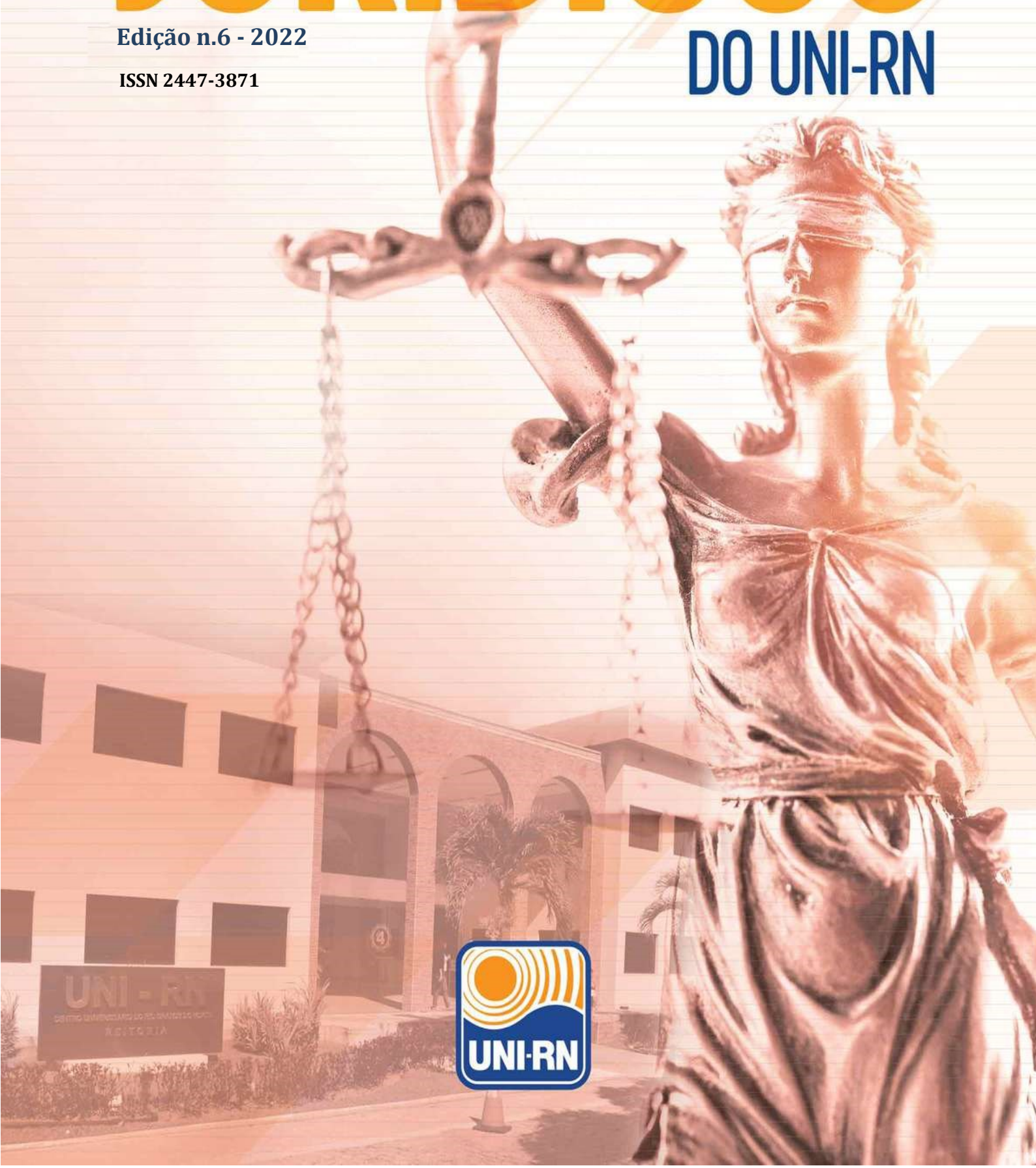


REVISTA DE ESTUDOS **JURÍDICOS** DO UNI-RN

Edição n.6 - 2022

ISSN 2447-3871



**LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE**

REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS DO UNI-RN

Centro universitário do Rio Grande do Norte

N.6, Janeiro / dezembro 2022

e-ISSN 2447-3871

**NATAL/RN
2022**



Copyright: Direitos desta edição reservados ao
Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN

REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS DO UNI-RN (e-ISSN 2447-3871)

On-line - <http://revistas.unirn.edu.br/>

E-mail: revistajuridica@unirn.edu.br

Catálogo na Publicação – Biblioteca UNI-RN
Setor de Processos Técnicos

R454

Revista de Estudos Jurídicos do UNI-RN / Centro Universitário do
Rio Grande do Norte. – n.6 (jan./dez.2022)- . – Natal : UNI-RN,
2022-

831 p.
Anual

Descrição baseada em n. 6 (jan. /dez. 2022).
e-ISSN: 2447-3871

1. Direito 2. Artigos 3. Peça.

RN/UNI-RN

CDU 34

Fernando Roberto Brandão da Silva (CRB 15/383)

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE

Presidente

Dr. Manoel de Medeiros Brito

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE

Reitor

Prof. Daladier Pessoa Cunha Lima

Vice-reitora

Prof^a Ângela Maria Guerra Fonseca

Pró-reitora Acadêmica

Prof^a Fátima Cristina de Lara M. Medeiros

Pró-reitor de Pesquisa e Pós-graduação

Prof. Aluísio Alberto Dantas

Coordenadores do Curso de Direito

Prof^a Úrsula Bezerra e Silva Lira

Prof^a Adriana Gomes Medeiros de Macedo Dantas

CONSELHO EDITORIAL

Presidente

Prof. Fábio Fidelis de Oliveira

Equipe

Ana Mônica de Medeiros Ferreira - Externo

Marcelo Maurício da Silva

José Eduardo de Almeida Moura

Marco Aurélio de Medeiros Jordão

Walber Cunha Lima

Ricardo Tinôco de Gois - Externo

Ilustração da Capa

Executiva propaganda

Padronização e Adm. Portal de Revistas

Fernando Roberto Brandão da Silva

Revisão

João Maria de Lima

Coordenação Editorial

Profº Fábio Fidelis de Oliveira

ENDEREÇO PARA CORRESPONDÊNCIA REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS DO UNI-RN

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE – UNI-RN
Rua Prefeita Eliane Barros, 2000 – Tirol – Natal/RN – CEP 59.014-540

Portal: <http://revistas.unirn.edu.br>

E-mail: revistajuridica@unirn.edu.br

SUMÁRIO

EDITORIAL

Fábio Fidelis de Oliveira

9-10

ARTIGOS:

A CONCESSÃO DO DIVÓRCIO POST MORTEM E O DIREITO SUCESSÓRIO

Carolina Cirne Felinto, Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes

11-31

A IMPORTÂNCIA DAS EMPRESAS JUNIORES NOS VÍNCULOS DA EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA: O SEU IMPACTO NA FORMAÇÃO JURÍDICA E EMPREENDEDORA

Esther Fernandes de Castro Dantas, Úrsula Bezerra e Silva Lira

32-57

A INFLUÊNCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS NOS PROCESSOS DE GUARDA

Amanda Arruda Teixeira, Emmanuelli Carina de G M Soares

58-88

A INSTITUIÇÃO DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO NO BRASIL E SUA APLICAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO EM FACE DOS CONFLITOS IMOBILIÁRIOS

Jefté Mateus Lira Silva de Oliveira, Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes

89-118

A NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DO CÔNJUGE PARA A REALIZAÇÃO DA CIRURGIA DE LAQUEADURA E AS SUAS REPERCUSSÕES SOCIAIS E JURÍDICAS

Ana Luísa Breckenfeld Ricarte Nobre, Emmanuelli Carina de B. G. M. Soares

119-131

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI 12318/10 EM ANALOGIA À ORIENTAÇÃO PARENTAL CONTRA O IDOSO

Mariana Barbosa Oliveira Nascimento, Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes

132-156

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: DESAFIOS JURÍDICOS NA ERA 4.0

Paulo Ricardo de Lima Lucena, Leonardo Medeiros Júnior

157-181

A UNIÃO ESTÁVEL NA REFORMA DA PREVIDÊNCIA: APLICAÇÃO DA TEORIA DE BOBBIO E O DEVER DE COERÊNCIA

Maxnara de Lima Soares Brito, Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes

182-206

A UNIFICAÇÃO DOS ATOS DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E INSTITUIÇÃO DE CONDOMÍNIO: UMA ANÁLISE DA LEI N. 14.382/2022

Siseli Cardoso Fernandes Pandolphi, Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes

207-238

ABANDONO DIGITAL: A RESPONSABILIDADE PARENTAL DIANTE DOS PERIGOS DAS REDES SOCIAIS À LUZ DA LGPD E DO MARCO CIVIL DA INTERNET PARA A PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	
Rebeca Rodrigues Soares, Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes	239-272
ADOÇÃO À BRASILEIRA X ADOÇÃO <i>INTUITU PERSONAE</i>: DISPARIDADES ENTRE O CRIME E A LEGALIDADE	
Aline Gurgel D'ávila, Rosângela Maria R. M. Mitchell de Moraes	273-298
A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PLATAFORMAS DE COMÉRCIO ONLINE DO TIPO MARKETPLACE E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO DO CONSUMIDOR À LUZ DA TEORIA DA ECONOMIA COMPARTILHADA	
Dezuila Santos de Araújo, Rosângela Maria R.M. Mitchell de Moraes	299-321
ANÁLISE JURÍDICA DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA ESFERA DO COMÉRCIO DIGITAL	
Carolina Andrade Paiva, Úrsula Bezerra da Silva Lira	322-351
APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA NAS RELAÇÕES INCESTUOSAS: UM PACTO DE SILÊNCIO	
Laura Emília de Carvalho Marcelino, Emmanuelli Karina de Brito Gondim Moura Soares	352-382
ASSISTÊNCIA AFETIVA DOS INCAPAZES E OS IMPACTOS DA QUARENTENA NA FORMAÇÃO DE VÍNCULOS AFETIVOS	
Arthur Ferreira Pinto de Araújo, Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchel de Moraes	383-413
CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE, INCOMUNICABILIDADE E IMPENHORABILIDADE NAS DOAÇÕES: REVOGAÇÃO POR VIA EXTRAJUDICIAL	
Herbert Soares Pereira, Úrsula Bezerra da Silva Lira	414-437
COMPETÊNCIA CUMULATIVA DE MATÉRIA CÍVEL E CRIMINAL DA VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR COMO FORMA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA MULHER	
Isabela Bezerra Dantas de Araújo Azevedo, Emmanuelli Karina de Brito Gondim Moura Soares	438-469
IDADE NÚBIL: ANÁLISE DOS IMPACTOS DA LEI 13.811/19 SOB O ARTIGO 1520 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	
Beatriz Cunha de Menezes, Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes	470-492
A ADOÇÃO AVOENGA FRENTE AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	
Beatriz de Melo Gadelha Meira, Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes	493-521

**O ABANDONO DIGITAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E O QUE REGE A
LEGISLAÇÃO BRASILEIRA QUANTO AO TEMA**

Bianca Chacon Barbalho Simonetti, Emmanuelli Karina de Brito Gondim Moura Soares 522-549

**O DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR FRENTE AOS ENTRAVES NO PODER DE
ESCOLHA DA MULHER: UMA ANÁLISE ACERCA DA ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA**

Tereza Carolina Araújo de Moraes Fontoura, Walber da Cunha Lima 550-580

**O DIREITO PREVENTIVO COMO PROPULSOR DE ESCALABILIDADE E REDUÇÃO
DE LITÍGIOS EM EMPRESAS**

Esther Sales Tinôco, Úrsula Bezerra e Silva Lira 581-607

**OS PRINCÍPIOS A SEREM OBSERVADOS NA DESERDAÇÃO FEITA PELO AUTOR DA
HERANÇA POR MEIO DE AÇÃO JUDICIAL**

Caroline Maria Vallim Barbosa, Rosângela Maria R. M. Mitchel de Moraes 608-632

**POSSIBILIDADE DE INVENTÁRIO NA MODALIDADE EXTRAJUDICIAL MESMO
HAVENDO HERDEIRO INCAPAZ**

Milton Solci Junior, Rosangela Maria R. M. Mitchell de Moraes 633-660

**RESPONSABILIDADE DOS CLUBES DESPORTIVOS POR ATOS DE DISCRIMINAÇÃO
PRATICADOS POR SEUS TORCEDORES**

Daniel Ginani Freire, Rosângela Maria R. M. M. de Moraes 661-690

**ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE SUPLEMENTAR: UMA ANÁLISE
ACERCA DOS IMPACTOS SOFRIDOS PELAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE E
SEUS BENEFICIÁRIOS FRENTE A PROMULGAÇÃO DA LEI Nº 14.454/22 E O
JULGAMENTO DO STJ (RESP 1886929 e RESP 1889704)**

Luiza Freire Lima, Walber Cunha Lima 691-714

TESTAMENTO VITAL E MORTE DIGNA: ASPECTOS BIOÉTICOS E JURÍDICOS

Beatriz Veras de Vasconcelos, Walber Cunha Lima 715-738

**TRIBUTAÇÃO DE BENS NA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL: UMA
ANÁLISE LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL ACERCA DA INCIDÊNCIA DO IR, ITCD E
ITBI**

Carlos Alberto Gomes Junior, Rosângela Maria M. M. de Moraes 739-773

**UMA ANÁLISE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS FRENTE À
VULNERABILIDADE DOS DADOS NO INSTAGRAM**

Guilherme Bulhões Alexandre, Leonardo Medeiros Junior 774-798

**UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA GUARDA COMPARTILHADA COMO FORMA DE
COIBIR A PRÁTICA DA ALIENAÇÃO PARENTAL**

Mariana Rose Costa da Silva Bezerra Dantas, Emanuelli Karina de Brito Gondim Moura Soares 799-820

PEÇA :

**AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE DUPLA MATERNIDADE E PARENTALIDADE
HOMOAfetiva COM PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA**

Úrsula Bezerra e Silva Lira

821-831

EDITORIAL

A Revista de Estudos Jurídicos do UNI-RN, através do seu atual número, vem estimular a circulação de trabalhos científicos na especificidade de um dos grandes flancos da investigação jurídica. O Direito Civil, fervilhante campo de indagações acadêmicas, deita fundas raízes nas mais altas tradições sem descuidar da permanente conexão com as demandas do presente.

O nosso periódico, no fomento à divulgação científica que se debruce sobre o tema da efetivação do direito a partir do conceito de responsabilidade social, elege como uma de suas linhas o campo do direito privado frente a um mundo de intensas transformações sociais.

Aqui, a contribuição de discentes e docentes demarca, como possíveis caminhos aos questionamentos lançados quotidianamente em nossos círculos de relações, a contribuição intelectual nascida de uma formação jurídica arrojada e questionadora.

Se é verdade que não pode haver um bom civilista que não tenha, como alicerce de seus conhecimentos, o domínio das estruturas dogmáticas fundamentais, também se afigura como constatação incontornável a necessidade de enfoques investigativos atentos às relações interpessoais renovadas em instigantes mutações.

No rol da presente coletânea, elementos alocados nas mais usuais referências da área, como os institutos da adoção e da guarda e os temas da deserdação, alienação parental e assistência afetiva, mereceram acurado recorte analítico frente à emergência de renovadas problemáticas.

Também estão aqui dispostos trabalhos sobre a violência doméstica e familiar, os direitos reprodutivos, os impactos sociais da legislação sobre a idade núbil, a união estável na reforma da previdência, a tributação de bens na dissolução da sociedade conjugal, o inventário extrajudicial e a figura do herdeiro incapaz, o testamento vital e os desdobramentos jurídicos sobre o problema das relações incestuosas.

O número temático ainda destinou espaço para o enfoque investigativo sobre os complexos problemas contemporâneos como o chamado abandono digital, a lei geral de proteção de dados e a responsabilidade civil pelo uso da inteligência artificial.

Noutro flanco, não foram esquecidas contribuições científicas que elegeram como temática central os conflitos imobiliários e a instituição do patrimônio de afetação, os

aspectos sucessórios da concessão do divórcio *post mortem* e a atuação do direito preventivo no horizonte da redução dos litígios entre empresas.

Por fim, em consonância com o enfoque específico adotado pela revista que, mais uma vez, é manifesto na investigação acerca da “justiça” em suas amplas manifestações, é acrescentada ao quadro de contribuições uma peça jurídica que, de maneira arrojada, enfoca o reconhecimento de dupla maternidade e parentalidade homoafetiva.

Assim, o caleidoscópio de abordagens civilistas que ora apresentamos corresponde aos esforços de aprofundamento temático nascidos de uma integral experiência do ensino superior que, mais uma vez, oferece à comunidade jurídica potiguar os melhores frutos de um investimento responsável, contínuo e inovador. Boa leitura!

Fábio Fidelis de Oliveira

A CONCESSÃO DO DIVÓRCIO *POST MORTEM* E O DIREITO SUCESSÓRIO

Carolina Cirne Felinto¹

Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes²

RESUMO

No direito brasileiro atual, o divórcio é uma das hipóteses que possibilita o encerramento do vínculo matrimonial. O divórcio se traduz como uma das mais sublimes formas de manifestação de vontade, prestigiando o princípio da liberdade. Existe a possibilidade da morte de uma das partes, no curso processual, sem que tenha havido decisão prévia acerca do divórcio, mesmo tendo sido solicitado previamente. Nesse sentido, a problemática deste artigo se encontra no questionamento de qual seria o interesse de agir no divórcio *post mortem*. Assim, o objetivo geral é analisar a sobreposição da autonomia da vontade diante de uma possível perda de objeto da ação, tendo em vista a natureza personalíssima do processo de divórcio, e, de maneira mais específica, apresentar as consequências sucessórias da não concessão do divórcio *post mortem*. Dessa forma, utilizou-se o método dedutivo, uma vez que, por meio de posicionamentos doutrinários, jurisprudenciais, legislação vigente, bem como monografias se encontrará uma resposta para a problemática. Por fim, ficou constatado o interesse de agir, mesmo após o falecimento do cônjuge, devendo ser concedido o divórcio *post mortem*, o qual gera efeitos sucessórios.

Palavras-chave: Divórcio. Divórcio *Post Mortem*. Autonomia de vontade. Aspectos sucessórios.

ABSTRACT

According to the current Brazilian law, divorce is one of the situations that ends the matrimonial bond. Divorce translates itself as one of the most pure display of will, honoring the principle of freedom. There's the possibility of one's death in the course of

¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: rosangela@unirn.edu.br.

the process, without having occurred a previous decision regarding the divorce, even though it had been previously requested. In this sense, the problem with this article is the question that arises concerning the act of the “post mortem” divorce. Thus, the main goal is to analyse the overlap of the will of independence, against the possible objective lost in the process, facing the personal nature of the divorce process and, specifically, showing the consequences of not conceding the succession rights of post mortem divorce. This way, it has been used the deductive method, once, by doctrinal positions, law cases, current legislation, as well articles, it will find an answer for the issue. Finally, it has been verified the interest of act, even though the consort death, and this way the post mortem divorce should be granted, with successor effects.

Keywords: Divorce. Post Mortem Divorce. Independence of will. Successor aspects.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende solucionar a problemática de qual seria o interesse de agir no divórcio *post mortem*. Para isso, será utilizado o método dedutivo, uma vez que será por meio de posicionamentos doutrinários, jurisprudenciais, legislação vigente, bem como monografias, que se formará uma premissa maior do assunto abordado. Assim, o trabalho foi dividido em quatro capítulos.

O divórcio é o atual meio utilizado pelos casais que desejam dissolver o vínculo matrimonial. Entretanto, nem sempre foi permitido se divorciar no Brasil. Dessa forma, o primeiro capítulo abordará as evoluções jurídicas do divórcio. Antigamente, o casamento era associado ao sagrado e por isso era indissolúvel. Contudo, após diversas alterações, no ordenamento jurídico brasileiro, surgiu a Emenda Constitucional nº 66/2010, que possibilitou aos cidadãos se divorciarem, sendo como requisito apenas a manifestação da vontade de encerrar o casamento.

A Emenda Constitucional nº 66/2010 foi um grande avanço para a sociedade brasileira que estava insatisfeita. Após a inovação, foi permitido aos indivíduos se divorciarem quantas vezes fosse desejado, e, também não haveria mais necessidade de motivar o que levou ao fim da relação conjugal.

Nesse sentido, o objetivo geral é analisar a sobreposição da autonomia da vontade diante de uma possível perda de objeto da ação, tendo em vista a natureza

personalíssima do processo de divórcio, e, de maneira mais específica, apresentar as consequências sucessórias da não concessão do divórcio *post mortem*.

O segundo capítulo abordará como as evoluções jurídicas influenciaram, no direito de família, como um todo, ao passo que diversos princípios norteadores foram instituídos, dentre eles, o princípio da autonomia privada. Esse princípio garante a sobreposição da vontade dos indivíduos na formação de seu núcleo familiar, ou seja, garante aos cidadãos que formem suas famílias de acordo com suas vontades, com mínima intervenção estatal.

Além disso, o princípio da afetividade também teve forte influência nas evoluções conquistadas, no âmbito familiar. Esse princípio possibilitou o reconhecimento, no âmbito jurídico, de diversos tipos de famílias divergentes da composição tradicional, uma vez que surgiu a concepção de que a família é formada a partir de vínculos socioafetivos, sendo o afeto a base para construir a sensação de pertencimento.

Nesse contexto, surge o entendimento de que as partes que integram a relação matrimonial devem possuir *animus* de permanecerem casadas. Caso contrário, os cônjuges possuem o direito de se divorciar. Como garantia da efetividade do rompimento, seja pela via judicial ou extrajudicial, é necessário que as partes manifestem seu desejo junto ao Poder Judiciário ou a um tabelião em sede de cartório de registros civis, respectivamente.

No entanto, no momento em que as partes se manifestam pelo fim do relacionamento até a homologação do pedido feito, há um espaço de tempo no qual podem ocorrer implicações indesejadas, a exemplo de um ou ambos os consortes. Tal situação é passível de discussão, visto que o divórcio e a morte possuem consequências jurídicas diversas. Assim, o terceiro capítulo é o tema central do presente artigo, sendo responsável por apresentar o instituto do divórcio *post mortem*. Além disso, este capítulo busca demonstrar de que modo esse instituto está relacionado com a autonomia de vontade dos consortes e seus requisitos.

Por fim, no quarto capítulo será abordado o impacto da concessão ou não do divórcio *post mortem*, nos aspectos sucessórios, ao passo que o reconhecimento da dissolução conjugal *post mortem* altera o estado civil dos cônjuges, além de retirar o cônjuge sobrevivente da condição de herdeiro necessário da ordem de vocação hereditária.

Sendo assim, a análise por parte desse estudo é essencial, uma vez que, manifestada a vontade da parte em se divorciar, está preenchido o único requisito para concessão de tal dissolução, não sendo justo extinguir a ação de divórcio, apenas pela morte de uma das partes, além de que são gerados efeitos sucessórios distintos às demais classes de herdeiros. Diante desse cenário, a jurisprudência brasileira já começou a se posicionar sobre o assunto, de modo a não deixar àquele que precisa de proteção, desamparado.

2 O INSTITUTO DO DIVÓRCIO

Inicialmente, no direito brasileiro, uma vez instituído o matrimônio, este não poderia mais ser desfeito, uma vez que a Igreja, com postura extremamente conservadora, possuía forte influência sobre as pessoas e o Estado.

Entretanto, a partir do Código Civil de 1916, Lei nº 3.071 (Brasil, 1916), apesar de ainda ter bastante influência da Igreja, foi permitido a primeira ruptura matrimonial, que ocorria pelo “desquite”, instituto que não desfazia o vínculo matrimonial, apenas dissolia a sociedade conjugal e encerrava o regime de bens.

Qualquer outra configuração de família que não fosse moldado pelo que era previsto pelo Código Civil acerca do casamento, não era admitida em sociedade, não sendo reconhecido como família, nem produziria efeitos no âmbito jurídico. Descreviam como concubinato qualquer tipo de relacionamento fora das configurações que o casamento demandava.

De acordo com Maria Berenice Dias (2018), além de ser um ato extremamente mal visto e rejeitado pela sociedade, o desquite não solucionou o problema da extinção voluntária do casamento, uma vez que, além de não ser possível casar-se novamente, os requisitos exigidos para ser concedido eram inúmeros.

Nesse contexto, foi promulgada a Lei nº 6.515 (Brasil, 1977), intitulada como a Lei de Divórcio, que abriu a possibilidade de dissolução do casamento, desde que cumprisse o requisito prévio da separação judicial, nos casos expressos em lei. O surgimento do instituto do divórcio eliminou a ideia da família como instituição sacralizada.

Segundo Rodrigo Pereira (2021), com a Lei do Divórcio, primeiramente, era necessária ação de separação dos cônjuges para só depois convertê-la em divórcio.

Seria o chamado “divórcio indireto” ou “divórcio por conversão”. Nesse sentido, o processo de separação era permitido apenas uma única vez e, como requisito obrigatório, os cônjuges teriam que aguardar o prazo de três anos separados, para só então converter-se em divórcio.

A Lei nº 6.515, em seu art. 40³, também permitia o divórcio direto - nas hipóteses de casais que já estivessem há mais de dois anos separados de fato -, previamente à data de promulgação da lei. Assim, cônjuges que se enquadravam nos requisitos podiam ingressar, diretamente, com a ação de divórcio, com a devida justificativa da causa da separação, sem ter que previamente ingressar com ação de separação.

Entretanto, mesmo com a evolução do instituto da dissolução do vínculo matrimonial, a população ainda se queixava da inacessibilidade, visto que os requisitos para concessão do divórcio direto e indireto eram rigorosos.

Nesse contexto, foi promulgada a Constituição Federal (Brasil, 1988), a qual pregava, em seu art. 226, § 6^º, que o casal poderia ajuizar ação de separação judicial, e após um ano, os cônjuges poderiam iniciar uma ação de divórcio, ou, nos casos em que os consortes comprovassem estarem separados de fato e de corpos há dois anos, poderiam entrar diretamente com ação de divórcio.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 absorveu o texto constitucional e trouxe, em seu art. 1580⁵, a mesma ideia de dissolução do vínculo matrimonial. Contudo, alguns anos depois, em 2010, surgiu a Emenda Constitucional nº 66, que estabeleceu que não seria mais necessário prazo mínimo para dissolução do vínculo matrimonial. Portanto, para divorciar-se, bastava a vontade de uma das partes, consagrando o princípio da autonomia privada.

Assim, conforme afirma Rosenvald e Farias (Apud Rodrigo Pereira, 2022), não havia mais previsões de prazos como requisitos prévios, bem como a necessidade de comprovação da separação de fato entre os consortes. A supervalorização do quesito afeto e, conseqüentemente, a sua falta na relação a dois autorizava - desde já o

³ **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977:** Art. 40. No caso de separação de fato, e desde que completados 2 (dois) anos consecutivos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo da separação.

⁴ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:** Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

⁵ **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002:** Art. 1.580. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.

divórcio - pela simples manifestação de vontade de um dos cônjuges.

Segundo o art. 1571, inciso IV do atual Código Civil⁶, o divórcio é uma das vias para dissolução da sociedade conjugal e vínculo matrimonial. Segundo Maria Berenice Dias (2018), com o divórcio há alteração do estado civil dos cônjuges, que de casados passam a divorciados. A morte de um dos ex-cônjuges não altera o estado civil do sobrevivente, que continua sendo divorciado, não adquirindo a condição de viúvo.

Atualmente, o casamento é regulado pelo art. 1.511 do Código Civil de 2002⁷, que dispõe que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, o qual tem como base a união legal entre duas pessoas, cujo objetivo seja de construir uma família.

Afere-se, nesse sentido, que no momento em que um dos cônjuges pleiteia o divórcio, está manifestando sua vontade de romper com o vínculo conjugal e, conseqüentemente, manifesta também a vontade da ocorrência de todos os efeitos - inclusive os patrimoniais - que decorrem de tal ato.

O divórcio pode ocorrer de forma consensual, quando as partes envolvidas estão de acordo com os termos do divórcio, ou de forma litigiosa. No divórcio consensual, caso não haja filhos incapazes, esse pode ser realizado perante um tabelião, segundo o Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 (Brasil, 2015), em seu art. 733⁸. Independentemente da espécie de divórcio cabível, no caso concreto, sempre será necessária a presença de um advogado com capacidade postulatória.

Assim, com a Lei nº 11.441/2007, os cartórios de registros e estabelecimentos notariais foram autorizados a realizar divórcios, desde que este fosse consensual e não estivessem envolvidos interesses de nascituro ou filhos incapazes. Claramente, essa foi uma medida que beneficiou as varas de família, visto que, além de garantir celeridade ao processo, diminuiu a quantidade de processos que possuíam pequena complexidade.

Contudo, na falta de preenchimento dos requisitos para o divórcio consensual extrajudicial, este deve ser feito através do Poder Judiciário, pela ação de divórcio.

Conforme afirma Maria Berenice Dias (2018), a ação que busca a dissolução do

⁶ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002: Art. 1.571. A sociedade conjugal termina: (...) IV - pelo divórcio.

⁷ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002: Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

⁸ Lei nº 13.105, de março de 2015: Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731.

casamento é personalíssima, portanto, é exigida a presença de cônjuges no processo, e estes devem ser capazes. Nesse contexto, conforme art. 5º do Código Civil⁹, a partir do implemento da maioridade, a capacidade é presumida e, o art. 5º do CC também afirma em seu parágrafo único II que o casamento emancipa o cônjuge menor de idade.

Ao solicitar o divórcio, não é necessário que haja qualquer motivação do pedido, apenas o que for acordado entre os cônjuges, como a partilha de bens, que também poderá ser realizado após o divórcio, nos casos que não houver consenso, conforme art. 1581 do Código Civil¹⁰; guarda dos filhos e regime de visitas; valor de alimentos; dentre outros.

Ademais, após homologação do acordo por juiz competente e trânsito em julgado da sentença que decreta o divórcio, os cônjuges adquirem a condição de divorciados e, um mandado é extraído ao Cartório do Registro Civil para averbação, nos assentos de casamento e de nascimento de ambos os cônjuges. Entretanto, após o fim do vínculo matrimonial, ainda pode haver alteração de cláusulas do acordo.

Uma vez concedido o referido divórcio, é importante destacar que a sentença produzirá efeitos jurídicos que retroagirão, em relação ao momento em que foi proposta a ação, ou seja, a data do divórcio será considerada como sendo o marco da distribuição do processo, conforme demonstra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP)¹¹, uma vez que altera aspectos sucessórios.

Já o divórcio litigioso, segundo Maria Helena Diniz (2022), é aquele em que as partes não possuem mais *animus* de permanecerem casados ou unidos, entretanto, não há consenso, no que diz respeito ao término do relacionamento, seja porque um deles não deseja se divorciar ou porque não estão de acordo com os termos do divórcio. Assim, se faz necessário o intermédio do juiz para resolução do conflito.

Além disso, o divórcio é um direito potestativo extintivo, uma vez que o basta a manifestação de vontade de apenas um dos cônjuges para poder pedir o divórcio sem

⁹ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002: Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. **Parágrafo único.** Cessará, para os menores, a incapacidade: (...) **II** - pelo casamento; (...).

¹⁰ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002: Art.1581. O divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens.

¹¹ Ementa: Divórcio - Falecimento de cônjuge após o ajuizamento da ação (post mortem). Decretação do divórcio com eficácia retroativa a data do requerimento da petição inicial. Cabimento. Iniciativa de dissolução matrimonial adveio da parte recorrida. Existência de separação de corpos pelo prazo de oito anos.

A morte de um dos cônjuges no curso da ação não acarreta a perda de seu objeto se já manifesta a vontade dos cônjuges de se divorciarem. Divórcio é direito potestativo (Emenda Constitucional 66/2010) – Ação procedente – RECURSO PROVIDO (TJ-SP - AC: 10009538120188260012 SP 1000953-81.2018.8.26.0012, Relator: Salles Rossi, Data de Julgamento: 05/04/2021, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 05/04/2021)

que o outro conteste, de acordo com Rodrigo Pereira (2021). Assim, em caso de uma das partes propor ação com pedidos cumulados, devido à natureza desse direito, o juiz deverá conceder o divórcio em sede de tutela antecipada.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INERENTES ÀS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

A constituição Federal de 1988, em seu texto normativo, cita um rol exemplificativo de princípios que são norteadores das novas relações familiares no direito brasileiro. Dentre eles, em seu art. 1º, inciso III¹², aborda o princípio da dignidade da pessoa humana.

A noção da dignidade da pessoa humana já estava incorporada no constitucionalismo brasileiro, desde a Constituição de 1934, e, é um fundamento do estado democrático de direito. Segundo Maria Berenice Dias (2018), este seria o mais universal de todos os princípios, constituindo-se como um “macroprincípio”.

O princípio da dignidade da pessoa humana trata, em especial, para o direito de família, o respeito à autonomia dos sujeitos e sua liberdade. É evidente que as previsões constitucionais a respeito do tema explicitam a indiscutível escolha do constituinte em elevar o indivíduo ao patamar de prioridade do estado, tendo este o dever de salvaguardar direitos do cidadão, conforme preceitua Rolf Madaleno (2022).

Maria Helena Diniz (2022) prega que no caso de direito de família, este superprincípio garante ao instituto da família que se desenvolva de forma plena, assegurando aos seus membros que realizem metas e objetivos. Dessa forma, conforme preceitua a autora, o princípio da dignidade da pessoa humana está diretamente relacionado ao princípio da liberdade dos indivíduos, uma vez que garante às pessoas que formem suas famílias de acordo com suas vontades, com mínima intervenção estatal.

Ademais, a afetividade também constitui um princípio jurídico aplicado ao âmbito familiar. Conforme Rodrigo Pereira (2021), esse princípio assegura que os laços familiares devem ser compostos – principalmente - através da sensação de pertencimento, em torno da primazia do afeto.

O princípio da afetividade fez com que diversos tipos de família divergentes da

¹² **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:** Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; (...).

composição tradicional (Formado por marido, esposa e seus respectivos filhos) fossem aceitos e reconhecidos, no âmbito jurídico. Nesse sentido, surge a concepção de que a família é formada a partir de vínculos socioafetivos, sendo o afeto a base - na construção da relação entre duas pessoas em busca da formação de uma nova família - , conforme prega Maria Berenice Dias (2018).

Embora o afeto não esteja explícito como princípio constitucional, ele encontra-se intrínseco em seu texto normativo, conforme demonstra o art. 227, § 6º¹³, quando assegura igualdade entre os filhos havidos ou não da relação conjugal.

Nesse contexto, o entendimento de doutrinadores como Maria Helena Diniz (2022) e Rolf Madaleno (2022), é de reconhecimento do afeto como requisito necessário para a constituição da família, de modo que, na falta deste, não há motivos para exigir a manutenção do núcleo familiar. Portanto, é digno garantir aos indivíduos a dissolução do casamento quando o afeto não for mais elemento presente na união.

Segundo Rodrigo Pereira (2021) preceitua, o fim da afetividade é o elemento preponderante para o término da sociedade conjugal, bem como da união estável, independente da manifestação formal da autoridade competente. Vista como um meio, e não mais como um fim, a família se projeta como um instrumento da busca pela felicidade dos indivíduos que a compõem. Assim, a autoridade deve se limitar a homologação do desejo das partes na ceara jurídica.

Além disso, o princípio da mínima intervenção estatal, também chamado de princípio da liberdade, é um forte norteador das relações familiares contemporâneas. Segundo Maria Berenice Dias (2018), esse princípio está diretamente vinculado ao princípio da autonomia privada, que se relacionam de modo que se torna imprescindível a demarcação dos limites de interferência do Estado, para que este não se sobreponha às vontades das partes.

Rodrigo Pereira (2021) preceitua que a autonomia privada objetiva a concepção do ser humano como agente moral, dotado de razão, com liberdade de fazer escolhas, desde que estas não perturbem os direitos de terceiros, nem violem outros valores relevantes para a comunidade. Outrossim, deve-se resguardar que os atos de vontade

¹³ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:** 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.(...) 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.(...).

dentro das relações familiares sejam respeitados, ainda que ocorra evento futuro não esperado, como a morte.

Assim, a intervenção do Estado deve ser tão somente para tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade, de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo. Dessa forma, o referido princípio possibilitou que indivíduos tivessem livre escolha sobre seus parceiros, tornando ultrapassada a concepção de que é considerada família apenas o modelo tradicional. Dessa forma, de acordo com Maria Helena Diniz (2022), surgiu o pluralismo familiar, em que as relações são compostas de formas distintas, prevalecendo como requisito o afeto.

A título de exemplo, a relação homoafetiva, composta por pessoas de mesmo sexo, atualmente é reconhecida como uma espécie de família. Embora os artigos constitucionais referentes às relações familiares permaneçam os mesmos, as decisões de tribunais com repercussão geral suprem a falta legislativa e reconhecem a união homoafetiva como entidade familiar, com os mesmos direitos da união heteroafetiva¹⁴.

Nesse contexto, o princípio defende que, apesar de ser dever do estado intervir, no âmbito das relações familiares, para garantir a proteção dos indivíduos, em especial, de crianças e adolescentes, tal intervenção deve ocorrer de forma moderada, apenas para garantir o poder de escolha da família, sem intervir no âmbito da autonomia privada, ou seja, o estado deve funcionar como garantidor da realização pessoal de seus membros.

Ademais, conforme prega Gonçalves (Apud Rodrigo Pereira, 2021), os nubentes podem optar por um regime próprio, criando um regime misto, eleger um novo e distinto, modificá-lo, combinar os bens que serão separados e os que farão parte da comunhão. Nesse sentido, a escolha do regime de bens prestigia o princípio da liberdade, uma vez que o indivíduo é livre para optar.

Segundo Farias (2018), o casamento, assim como a união estável, na maioria das vezes, se reveste de afeto e vontade de ambas as partes em permanecer juntos. Sendo assim, não há sentido constituir uma relação sem o intuito de continuidade. Ainda, mais pertinente que manter um relacionamento a todo custo, sem que não exista

¹⁴ Ementa: 1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (adpf). perda parcial de objeto. recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. união homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. julgamento conjunto. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277- DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. (...).

mais o animus da comunhão, é estritamente fundamental prezar pelo bem-estar e felicidade do casal, a fim de que sua dignidade pessoal seja preservada. Sendo o divórcio tão importante quanto o casamento ou união estável, quando por motivos unicamente dos cônjuges, decidem pela permanência ou não do matrimônio.

Ademais, conforme destaca Érico Maciel Filho (Apud Madaleno, 2022), quando surge uma desavença de natureza grave entre os cônjuges, mesmo que a lei obrigue os cônjuges a permanecerem unidos, a entidade social representada por esses dois seres não é mais uma família, porquanto as predisposições psicológicas de cada um deles contribuem para impedir a realização das finalidades mais elementares dessa instituição social.

Assim, a função estatal é garantir a vontade dos membros constituintes da relação familiar, portanto, assegura a liberdade dos indivíduos. Dessa forma, o princípio atuou como mola propulsora para a instituição do divórcio, uma vez que enaltece a autonomia privada.

Por fim, o princípio da liberdade ganhou espaço com a evolução das relações familiares, garantindo a efetivação do divórcio, interferindo – unicamente - quando um direito fundamental é violado. Afinal, o divórcio é ato de pura e simples vontade dos cônjuges, não podendo o Estado ou qualquer outro órgão, pessoa, entidade, resolver acerca do estado civil alheio.

No próximo capítulo, será abordado o surgimento do divórcio *post mortem* de um dos cônjuges. Dessa forma, torna inegável o objetivo de respeitar a vontade do falecido, haja vista se este já havia ingressado com o pedido de divórcio não haveria necessidade de o cônjuge sobrevivente passar a ter o estado civil de viúvo, fato esse que está diretamente vinculado ao Princípio da Intervenção Mínima do Estado.

4 DIVÓRCIO POST MORTEM

De acordo com Madaleno (2022), surgiram mudanças na sociedade brasileira com o paulatino afrouxamento dos costumes e com a própria redução do tempo da separação de fato de cinco para dois anos, necessários para a obtenção do divórcio direto. A essas circunstâncias se associaram outros fatores, como a mitigação do uso da culpa nas dissoluções conjugais, além da possibilidade da pluralidade de divórcios, porque inicialmente a lei só permitia a pessoa se divorciar uma única vez.

Conforme Rodrigo Pereira (2021), a evolução jurídica sobre o conceito de família, novas configurações familiares foram ocupando legítimo espaço na sociedade e perante a lei, reconhecendo a família plúrima e eudemonista. A aceitação social das pessoas separadas ou divorciadas retirou a importância cultural do modelo conjugal idealizado pela sociedade brasileira, acrescentado do prevalente respeito, na atualidade, ao direito pertinente à felicidade de uma pessoa viver sozinha ou com outra. Assim, o matrimônio deixou de representar um sacramento e vínculo indissolúvel.

Segundo Maria Helena Diniz (2022), há quatro hipóteses em que se extingue o direito ao divórcio. A primeira é pelo exercício do direito, quando o casamento for dissolvido por sentença que homologa ou decreta o divórcio ou se o pedido de divórcio for negado; a segunda é pelo perdão, que deve ocorrer antes da propositura da ação de divórcio ou durante seu curso, desde que comprovada a intenção de continuar na vida em comum; a terceira hipótese é pela desistência da ação de divórcio; por fim, a quarta seria pela morte de um dos cônjuges no curso da ação, antes do registro da sentença.

Nesse sentido, na hipótese de morte de um dos cônjuges, o entendimento anterior utilizado pelos tribunais¹⁵ era de que a ação do divórcio perdia o objeto, sendo extinta sem resolução de mérito e o cônjuge sobrevivente passava ao estado civil de casado para viúvo, o que por consequência, a depender do regime de bens, o tornaria herdeiro do cônjuge falecido, fato que não ocorreria caso houvesse a decretação do divórcio.

Dessa forma, havia controvérsia se prevalecia ou não a manifestação de vontade das partes de se divorciarem, sendo a diferença de suma importância, uma vez que a dissolução ou não do vínculo matrimonial surte efeitos jurídicos próprios e distintos, sendo a morte do cônjuge, por exemplo, fato gerador de direitos sucessórios e previdenciários, e o divórcio, de direitos à partilha de bens e pensão alimentícia.

Após a EC nº 66/2010 (Brasil, 2010), o único requisito para o divórcio passou a ser a vontade das partes, ou de apenas uma delas. Assim, não teria sentido atribuir o estado de viuvez a quem já havia previamente manifestado o desejo de se divorciar.

¹⁵ EMENTA: AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL. CONTESTAÇÃO COM PEDIDO DE ALIMENTOS. FALECIMENTO DO AUTOR. PERDA DO OBJETO. AÇÃO PERSONALÍSSIMA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. INTELIGÊNCIA DO ART. 267, INC. IX, DO CPC. RECURSO PREJUDICADO. Falecendo o cônjuge torna-se sem objeto o pedido de divórcio e o debate em torno dos alimentos, por serem assuntos que envolvem direito personalíssimo, portanto intransmissíveis a quaisquer herdeiros. Extinção da lide que se impõe, na exegese do art. 267, IX, do CPC. (TJ-SC – AC: 881765SC2011.088176-5, Relator: Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Data de Julgamento: 07/02/2012, Terceira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n., de São Bento do Sul)

Dessa forma, o entendimento de extinção da ação sem resolução do mérito no caso de falecimento de cônjuge, durante a instrução processual do pedido de divórcio fora alterado jurisprudencialmente, passando a prevalecer a possibilidade de o divórcio ser decretado após o falecimento, o chamado “divórcio *post mortem*”.

O divórcio *post mortem* é aquele que é concedido após a morte de uma ou ambas as partes, desde que estas já possuam uma ação de divórcio em curso, e que reste inequívoca e explícita a vontade de separação de ambos. De acordo com Rodrigo Pereira (2021), a decisão que estabelece o fim do vínculo matrimonial dos consortes possui efeitos retroativos ao óbito, reproduzindo diversas implicações, no aspecto sucessório.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) foi o primeiro a se manifestar sobre a temática¹⁶, reconhecendo a possibilidade da decretação de divórcio *post mortem*, quando há o falecimento de uma das partes antes do encerramento do processo de divórcio, com fundamento no reconhecimento da autonomia de vontade em se divorciar - manifestada pela pessoa falecida -, no curso dos autos, em atenção ao direito potestativo da pessoa em não mais manter o vínculo conjugal, como requisito trazido pela Emenda Constitucional nº 66/2010. Ademais, a decisão em questão reconheceu o espólio como parte legítima para pedir a declaração do fim do casamento do de cujus pelo divórcio.

Entende-se pelo art. 1.582 do Código Civil¹⁷ que o pedido de divórcio é de natureza personalíssima, ou seja, compete somente aos cônjuges. Nesse sentido, dar

¹⁶ EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - DIVÓRCIO - PROCESSUAL CIVIL - MORTE DO CÔNJUGE - SUCESSÃO: ESPÓLIO: LEGITIMIDADE. Em tese, o espólio é parte legítima para pedir a declaração do fim do casamento do de cujus pelo divórcio, se já exaurido o exercício do direito em vida, pelos cônjuges. APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - DIVÓRCIO - PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Ausência de apreciação de matéria prejudicada pelo resultado do julgamento não caracteriza omissão sanável pela via dos embargos de declaração. APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - DIVÓRCIO - PROCESSUAL CIVIL - MANIFESTAÇÃO DE VONTADE: MORTE DO CÔNJUGE - DIREITO POTESTATIVO - PERDA DO OBJETO: NÃO OCORRÊNCIA. É potestativo o direito do cônjuge ao divórcio. 2. A morte do cônjuge no curso na ação não acarreta a perda do objeto da ação se já manifesta a vontade dos cônjuges de se divorciarem, pendente apenas a homologação, em omissão do juízo. APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - DIVÓRCIO - PROCESSUAL CIVIL - BENS: PARTILHA - COMPETÊNCIA: JUÍZO SUCESSÓRIO. Superado o debate acerca do divórcio e em curso o inventário dos bens deixados pelo cônjuge falecido, o juízo sucessório atrai a discussão sobre o pedido de partilha de bens. APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - DIVÓRCIO - ALIMENTOS - ALIMENTANTE: MORTE - OBRIGAÇÃO NÃO CONSTITUÍDA - CARÁTER PERSONALÍSSIMO: EXTINÇÃO. 1. A obrigação de prestar alimentos extingue-se com a morte do titular da relação jurídica. 7. O espólio só responde pelo crédito de alimentos já constituído antes da morte do alimentante e até a conclusão da partilha. APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - DIVÓRCIO - PROCESSUAL CIVIL - GRATUIDADE DA JUSTIÇA - REQUISITOS. 1. Falta interesse processual no pedido de revogação do benefício da gratuidade da justiça a quem foi inadmitido no processo nem será condenado nos ônus respectivos, por efeito do provimento do recurso. 2. É sem objeto o pedido de revogação de benefício da gratuidade da justiça não concedido. 3. Ante a presunção de veracidade da declarada insuficiência de recursos, corroborada por prova documental não desconstituída, mantém-se o benefício da gratuidade concedido à pessoa natural. (TJ-MG - AC: 10000170712665001 MG, Relator: Oliveira Firmo, Data de Julgamento: 29/05/2018, Câmaras Cíveis / 7ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 05/06/2018)

¹⁷ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002: Art. 1582. O pedido de divórcio somente competirá aos cônjuges.

continuidade à ação de divórcio não seria uma possibilidade caso um ou ambos os consortes não pudessem mais figurar nos polos do litígio. Entretanto, vale salientar que a intenção da aplicação do divórcio após a morte não seria transgredir a natureza personalíssima da ação da qual o instituto da dissolução matrimonial se reveste.

No caso do divórcio *post mortem*, a controvérsia reside em analisar qual dos motivos, seja a morte ou a dissolução do vínculo matrimonial, ocorreu primeiro. A análise do caso concreto interferirá na decisão da demanda. Isso porque, uma vez levada em consideração a manifestação de vontade de ambos ou de um dos consortes antes do evento morte, não se ofende a regra da ação personalíssima, bem como se atribui à sentença efeitos retroativos ao momento da interposição da ação.

A real finalidade do divórcio *post mortem* é tão somente permitir que o processo possa seguir seu curso natural, respeitando a vontade do falecido, tendo em vista que foi - claramente expresso - seu desejo pelo fim do relacionamento antes de seu falecimento, fato esse que está diretamente vinculado ao Princípio da Intervenção Mínima do Estado. Nota-se que a ação não deixa de ser exclusiva dos cônjuges com o falecimento de um ou ambos os consortes.

Ademais, a título exemplificativo, atualmente, no Brasil, admite-se a adoção *post mortem*, a qual a adoção será considerada plena ainda que haja o falecimento do adotante no curso do processo (Diego dos Santos, 2019). Nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, 1990), art. 42, § 6º¹⁸, a adoção *post mortem* poderá ser deferido ao adotante desde que haja manifestação inequívoca da vontade de adotar antes de seu falecimento.

Conforme preceitua Rolf Madaleno (2022), em caso de falecimento de adotante, antes da efetivação da adoção, mediante sentença, uma vez demonstrada a inequívoca manifestação de vontade em adotar e preenchidos os requisitos indispensáveis para a efetivação da adoção, poderá esta se concretizar sem grandes impasses.

Dessa forma, vale destacar que a legislação brasileira prestigia os princípios da afetividade e liberdade como requisitos principais para a construção do instituto da família, visto que, da mesma forma a adoção *post mortem*, o divórcio *post mortem* leva em consideração a manifestação da vontade antes do evento morte e os laços afetivos construídos.

¹⁸ **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990:** Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. (...) § 6 A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

De acordo com Maria Helena Diniz (2022), persistir em uma união que se encontra mal sucedida é se posicionar contra todos os preceitos do Código Civil que explanam a eficácia do casamento. Não é razoável ir de encontro às provas, detalhadamente, postas no processo, como audiência preliminar de conciliação sem sucesso, quando estas evidenciam que o casal não se cobrava mais quanto à fidelidade mútua, não possuem mais o mesmo domicílio, nem possuem mais respeito ou consideração um pelo outro.

Ademais, o divórcio é tão importante quanto o casamento, ao passo que não havendo mais os preceitos advindos da união, como o princípio da solidariedade e da afetividade, bem como o descumprimento de deveres estabelecidos para possibilidade de uma vida a dois, é facultado aos indivíduos que decidam pela permanência ou não do matrimônio.

Conforme Nelson Rosenvald e Cristiano Farias (Apud Rodrigo Pereira, 2021), a autonomia de vontade é o ponto principal para a concessão não só do divórcio *post mortem*. A “humanização” do divórcio, após o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, quanto ao direito de não permanecer casado enseja a sobreposição dos princípios fundamentais do direito, que protegem a manifestação de vontade das partes, antes aos formalismos legais.

A perpetuação da liberdade de escolha dos indivíduos equilibra o desejo de se unir e permanecer no relacionamento e a vontade de dissolvê-lo, restando apenas às partes a decisão de manutenção ou ruptura. De acordo com Rodrigo Pereira (2022), não pode o poder Judiciário, simplesmente, desconsiderar a manifestação de vontade do casal, uma vez que tal atitude desrespeita sua intimidade como indivíduo, além de interferir em uma decisão estritamente particular, fruto da expressão do princípio da liberdade, inerente a qualquer indivíduo.

Dessa forma, a decisão que concede o divórcio *post mortem* retroage para a data da propositura da ação, negando à parte sobrevivente a condição de herdeiro necessário. Assim, a partir da sentença que dissolve o vínculo matrimonial, ambos não guardam mais os deveres impostos pelo matrimônio, bem como atinge o aspecto sucessório.

Por fim, são diversas as consequências provenientes da não concessão do divórcio *post mortem*, quando necessária no caso concreto. A prestação jurisdicional não só faz jus quanto ao desejo das partes em sede processual, mas também evita uma

série de consequências sucessórias que serão expostas no próximo capítulo.

5 EFEITOS DO DIVÓRCIO *POST MORTEM* NO DIREITO SUCESSÓRIO

Segundo Venosa (2021), suceder é substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos. Na sucessão, existe uma substituição do titular de um direito. Quando o conteúdo e o objeto da relação jurídica permanecem os mesmos, mas mudam os titulares da relação jurídica, operando-se uma substituição, diz-se que houve uma transmissão no direito ou uma sucessão.

A herança dá-se por lei ou por disposição de última vontade, conforme prega o art. 1786 do Código Civil¹⁹. O testamento traduz a última vontade do falecido, atendendo, no que couber, segundo as regras hereditárias, a vontade do testador. Quando não houver testamento ou no que sobejar dele, segue-se a ordem de vocação hereditária legítima, isto é, estabelecida na lei.

Conforme preceitua o Código Civil de 2002, há herdeiros ditos necessários, que são aqueles que não podem ser afastados totalmente da sucessão. Em seu artigo 1.845²⁰, afirma que são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Havendo essas classes de herdeiros, fica-lhes assegurada, ao menos, metade dos bens da herança. É o que se denomina legítima dos herdeiros necessários. A outra metade fica livre para o testador dispor como lhe aprouver.

Nesse sentido, segundo Venosa (2021), o testador escolhe os herdeiros testamentários, ao lhes atribuir uma porção fracionária ou percentual da herança, ou legatários, ao lhes atribuir bens certos e determinados do patrimônio. O herdeiro é sucessor universal, quer provenha da ordem legal, quer provenha da vontade do testador. O legatário é sucessor singular, e só virá a existir por meio do testamento.

Sob a ótica matrimonial, em regra, o cônjuge ou consorte sobrevivente se inclui, automaticamente, no instituto da vocação hereditária como herdeiro necessário, tendo em vista que a abertura da sucessão se dá pelo evento morte. Contudo, conforme afirma o art. 1829 do Código Civil²¹, não irá compor a ordem de vocação

¹⁹ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002: Art. 1786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.

²⁰ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002: Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

²¹ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002: Art. 1829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da

hereditária o cônjuge sobrevivente que tenha se casado com o falecido no regime de comunhão universal ou no regime de separação obrigatória de bens.

Ademais, o artigo citado também prega que aqueles que optaram, no momento do casamento, pelo regime de comunhão parcial de bens, ou automaticamente incorporaram na forma do art. 1.640 do Código Civil²², em caso de não restarem bens particulares do autor da herança, não participa o cônjuge ou sobrevivente da vocação hereditária. Isso porque, os bens comuns serão convencionados em sede de meação, enquanto os bens particulares que integravam o patrimônio exclusivo do falecido serão passíveis de concorrência.

Sendo assim, uma vez declarada a dissolução liminarmente, através de decisão judicial, e posteriormente um dos ex-cônjuges venha a falecer - enquanto prosseguia o processo referente aos aspectos consequentes da dissolução, como partilha de bens ou guarda dos filhos menores - o indivíduo sobrevivente não ocupará mais o posto de herdeiro necessário, pois a condição de divorciado não concede o direito à participação da sucessão de parte falecida.

De acordo com Venosa (2021), a ordem de vocação hereditária, fixada na lei, busca beneficiar os membros da família, uma vez que o legislador presume que nessas relações residam os maiores vínculos afetivos do autor da herança. Nesse sentido, a hipótese em que o cônjuge do falecido participa da sucessão do *de cujus*, mesmo que antes do evento morte já tivesse ingressado com uma demanda judicial exigindo o divórcio, contraria as intenções previstas pelo legislador ao estabelecer a ordem vocacional.

Dessa forma, existe a possibilidade da morte de uma das partes, no curso processual, sem que tenha havido decisão prévia acerca do divórcio, mesmo tendo sido solicitado previamente. No caso de comprovada separação de fato, em sede processual, e pedido liminar de divórcio não homologado em juízo, a concessão do divórcio post mortem atua interferindo diretamente na ordem da vocação hereditária, uma vez que retira o ex-cônjuge da situação de herdeiro necessário. Ademais, altera o estado civil do consorte sobrevivente, uma vez viúvo, para divorciado.

Assim, a essencialidade da aplicação do divórcio post mortem é constatada no

comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais.

²² **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002:** Art. 1640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

momento que interfere, diretamente, na mecânica da sucessão, ao passo que evidencia a necessidade de recalcular o quinhão que os demais herdeiros receberão por direito ao fim do processo de inventário, pois uma vez consumado o divórcio, o então ex-cônjuge não participa mais da partilha, restando aos descendentes, sendo eles filhos ou não do de cujus, uma quota diferente e consequentemente maior do que seria se a parte sobrevivente ainda figurasse na condição de herdeira necessária.

Além disso, o art. 1.830 do Código Civil²³ estabelece que o cônjuge sobrevivente não integrará a vocação sucessória na hipótese de, ao tempo de morte do outro, não estavam separados judicialmente, mas estavam separados de fato há mais de dois anos, salvo se comprovado que a convivência se tornara impossível sem culpa do consorte sobrevivente.

Entretanto, após a Emenda Constitucional nº 66/2010, o divórcio passou a ser concedido sem prazo mínimo como requisito, bem como se tornou inútil a discussão de culpa pelo fim do relacionamento, uma vez que o único pressuposto necessário para concessão do divórcio é a vontade de um dos consortes. Nesse sentido, conforme Enunciado 33 do 1º Encontro Estadual de Juízes da Família e Sucessões de São Paulo²⁴, a previsão do artigo 1830 do Código Civil tornou-se inconstitucional após Emenda Constitucional nº 66/10.

Conforme Rolf Madaleno (2022), uma vez estando o processo maduro para julgamento, no aspecto da dissolução, não podem as partes serem penalizadas por um desacerto judicial pela não concessão de um direito potestativo em lapso temporal correto. Dessa forma, tribunais brasileiros já reconhecem as implicações jurídicas que a separação de fato possui no âmbito do divórcio e suas consequências no direito sucessório.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, consolidou seu entendimento²⁵

²³ **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Art.1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

²⁴ **1º Encontro Estadual de Juízes da Família e Sucessões de São Paulo, enunciado 33.** A partir da Emenda Constitucional 66/2010, que passou a admitir divórcio sem prazo mínimo de casamento e sem discussão de culpa, tornou-se inconstitucional a previsão do art. 1.830 do Código Civil, parte final, no sentido de que o direito sucessório do cônjuge sobrevivente poderia se estender além de dois anos da separação de fato se provado que a convivência se tornara impossível sem culpa dele. Em consequência, decorridos dois anos de separação de fato, extingue-se esse direito, sem possibilidade de prorrogação.

²⁵ EMENTA: DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. SUCESSÃO. COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. SUCESSÃO ABERTA QUANDO HAVIA SEPARAÇÃO DE FATO. IMPOSSIBILIDADE DE COMUNICAÇÃO DOS BENS ADQUIRIDOS APÓS A RUPTURA DA VIDA CONJUGAL. 1. O cônjuge que se encontra separado de fato não faz jus ao recebimento de quaisquer bens havidos pelo outro por herança transmitida após decisão liminar de separação de corpos. 2. Na data em que se concede a separação de corpos, desfazem-se os deveres conjugais, bem como o regime matrimonial de bens; e a essa data retroagem os efeitos da sentença de separação judicial ou divórcio. 3. Recurso especial não conhecido. (BRASIL.

quanto aos efeitos da separação de fato não só em relação à herança, mas também quanto ao cumprimento dos deveres recíprocos e sua obrigatoriedade, uma vez que cessam os efeitos do regime de bens no momento em que há a separação de fato. Essa ação ainda põe em evidência a “teoria da primazia da realidade” no aspecto afetivo conjugal.

Sendo assim, a extinção do processo de divórcio sem resolução do mérito com embasamento na morte de uma das partes componentes do processo, segundo Rolf Madaleno (2022), configura clara insistência na manutenção das formalidades em detrimento da realidade dos fatos, na hipótese de haver provas efetivas de que não mais existia uma relação conjugal no momento da instauração do processo. Assim, resultaria em consequências irreparáveis aos verdadeiros herdeiros sucessórios e desprestígio à vontade do falecido em consolidar o rompimento do vínculo matrimonial.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho tratou a respeito da necessidade de concessão do divórcio *post mortem*. No caso de as partes possuírem uma ação de divórcio em curso, em que resta comprovado o término do relacionamento, mediante provas trazidas e alegações feitas por um ou ambos os consortes, e não tenha sido declarada a dissolução liminarmente, quando devido, pelo magistrado, aplica-se o instituto do divórcio *post mortem* no intuito de homologar a dissolução que deveria ter ocorrido tão logo solicitada pelas partes.

Nesse sentido, o princípio da liberdade, positivado como direito fundamental em diversos diplomas constitucionais democráticos ao redor do mundo, constitui-se como um dos aspectos substanciais responsáveis por reger a vida do homem. Embora todos possuam o mesmo direito a autonomia de escolha, cada um irá decidir como deseja coordenar os rumos da própria vida, e isso inclui o desejo de constituir ou romper seus relacionamentos conjugais.

Assim, restou demonstrado que a prolatação da sentença em sede de ação de divórcio se torna um mero detalhe quando as evidências estão cristalinas e o desejo do casal se de divorciar destacado. Não pode o juiz se abster em decidir, acerca do

divórcio, quando este possui natureza de direito potestativo, além de nada impedir que a decisão já tivesse sucedido, ou mesmo que viesse a ocorrer, não fosse o óbito de um dos consortes.

Entendeu-se, também, que em nenhum momento, a aplicação da dissolução conjugal - após a morte influiria em algum desrespeito à natureza personalíssima - que a ação de divórcio possui, uma vez que a manifestação de vontade, requisito base para a concessão da dissolução, já teria sido externada processualmente por uma ou ambas as partes antes do óbito, bastando para que o poder Judiciário homologasse o pedido.

Além disso, conforme demonstrado, no Brasil, o instituto da adoção *post mortem* possui previsão legislativa e é aplicada no direito brasileiro. O requisito para concessão é apenas que tenha havido clara manifestação de vontade do adotante falecido, em adotar. Dessa forma, não há sentido não conceder o divórcio *post mortem* quando há um instituto tão semelhante sendo praticado no direito brasileiro.

Portanto, de tudo que já foi exposto, resta comprovado o interesse de agir na ação e a importância da concessão do divórcio *post mortem*, nos processos em que as partes tenham claramente manifestado vontade de dissolver o vínculo matrimonial antes do óbito.

Ante o exposto, por todo o avanço que, ao longo dos anos, foi sendo conquistado acerca da possibilidade de se divorciar, a não aplicação do instituto quando necessário configuraria um retrocesso a tudo que já foi logrado acerca do assunto. O amadurecimento, quanto à utilidade do divórcio, após a morte promoverá à comunidade jurídica a aplicação de uma medida pertinente e substancial à resolução de conflitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL, **Lei nº 6.515**, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm. Acesso em: 22 set. 2022.

BRASIL, **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 25 out. 2022.

BRASIL, **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 set. 2022.

BRASIL, **Lei nº 13.105**, de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 22 set. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13 ed. São Paulo, Juspodivm, 2018.

DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v.5. Disponível em: Minha Biblioteca, 36. ed. Editora Saraiva, 2022.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. Disponível em: Minha Biblioteca, 12 ed. Grupo GEN, 2022.

PEREIRA, Rodrigo da, C. e Edson Fachin. **Direito das Famílias**. Disponível em: Minha Biblioteca, 3. ed. Grupo GEN, 2021.

SANTOS, Diego Moraes. **Adoção post mortem no direito brasileiro**. Disponível em: <https://www.unifacvest.edu.br/assets/uploads/files/arquivos/27c84-santos,-diego-moraes.-adocao-post-mortem.-lages,-unifacvest,-2019.pdf>. Acesso em: 25 out. 2022.

VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil - Família e Sucessões** - v. 5. Disponível em: Minha Biblioteca, 21. Ed. Grupo GEN, 2021.

A IMPORTÂNCIA DAS EMPRESAS JUNIORES NOS VÍNCULOS DA EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA: O SEU IMPACTO NA FORMAÇÃO JURÍDICA E EMPREENDEDORA

Esther Fernandes de Castro Dantas¹

Úrsula Bezerra e Silva Lira²

RESUMO

As Empresas Juniores funcionam com o objetivo de aproximar o mercado de trabalho e o ambiente acadêmico, proporcionando aos estudantes a oportunidade de aplicar os conhecimentos teóricos adquiridos durante o curso, auxiliando no aprendizado e capacitando os estudantes para serem profissionais mais completos e preparados para integrar um meio corporativo. O presente trabalho analisa a importância dos vínculos da extensão universitária como ferramenta imprescindível na educação, mas em especial as Empresas Juniores, a fim de que seja possível construir, durante a formação do profissional graduado em direito, diretrizes que alavanquem as oportunidades de emprego e garantam uma maior empregabilidade. Nesse sentido, para a produção do presente artigo foi utilizada a metodologia exploratória com revisão bibliográfica e abordagem qualitativa acerca dos desafios enfrentados pelos profissionais formados no curso de direito, bem como, o impacto da vivência empresarial júnior, como um grande potencializador nos vínculos da extensão universitária, atribuído na formação acadêmica.

Palavras-chave: Empresa Júnior. Extensão universitária. Mercado de trabalho.

ABSTRACT

The Junior Companies work with the objective of bringing the labor market and the academic environment closer together, providing students with the opportunity

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte Email: estherfernandescd@gmail.com

² Professora orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte Email: ursula@unirn.edu.br

to apply the theoretical knowledge acquired during the course, assisting in learning and enabling students to be more complete professionals and prepared to integrate a corporate medium. The present work analyzes the importance of university extension links as an essential tool in education, but in particular Junior Companies, so that it is possible to build, during the training of professional graduates in law, guidelines that leverage job opportunities and ensure greater employability. Research with an exploratory methodology is used with a bibliographical review and a qualitative approach about the challenges faced by professionals trained in the law course, as well as the impact of junior business experience, as a great enhancer in university extension links, attributed in academic training.

Keywords: Junior Company. University Extension. Labor market.

1 INTRODUÇÃO

Diante de diversas dificuldades encontradas no mercado de trabalho, a maior delas, com certeza, consiste na quebra de expectativa dos profissionais que não se encontram nas áreas escolhidas devido à falta de preparo para atuar naquilo que gostariam. Assim, o presente artigo trata de formar uma análise acerca da importância das Empresas Juniores nos vínculos da Extensão Universitária, como ferramenta completa e capaz de proporcionar todas as exigências previstas na Resolução CNE/CES n. 7, de 18 de dezembro de 2018.

Em análise específica ao curso de direito, é possível perceber como se comporta o mercado jurídico atual. Segundo levantamento realizado pela INEP em 2018, o curso de direito é o maior em número de matrículas no Brasil, possuindo um crescimento exponencial de 2009 a 2017 de aproximadamente 30% das procuras (INEP, 2018).

Entretanto, é de fácil análise que, por mais excepcional que a formação acadêmica seja, pouco nela se ensina sobre o mercado financeiro e corporativo que o profissional precisará enfrentar ao sair da graduação, crescendo, portanto, uma grande barreira entre a teoria e a prática educacional, visto que, muito se conhece sobre as teorias contenciosas presentes no dia a dia do advogado mas

inexiste as perspectivas práticas presentes na atuação empreendedora que qualquer profissional liberal, independente da área, enfrentará.

A formação teórica e conceitual no aluno durante todo percurso da graduação universitária é construída através das experiências que interferem diretamente à sua prática profissional, com o intuito de expandir momentos reflexivos e trazer um ambiente capaz de aproximar o graduando, da melhor maneira possível, da realidade crua que se relaciona com o mercado de trabalho.

É possível perceber que os estágios e atividades extracurriculares são propostas no decorrer de diversos cursos superiores como dispositivos pedagógicos que diminuem o impacto da falta de experiência após o fim da graduação.

Atividades de extensão universitária se alinham neste intuito, ampliando a formação para além da profissionalização: “para que se transforme num horizonte mais amplo de estudo e produção e socialização de conhecimentos” (SANTOS, 2010), o que decorre da indissociabilidade entre o ensino, a pesquisa e a extensão – eixos que sustentam o conceito e as ações da universidade no terceiro milênio.

O presente artigo é dividido em 04 seções, se aprofundando em uma análise acerca das dificuldades enfrentadas no mercado de trabalho aos profissionais graduados em direito, bem como as limitações impostas pela Ordem dos Advogados no Brasil, através do Código de Ética, que influenciam o exercício da profissão, e que impactam diretamente na transição da universidade para o mercado.

Logo, é apresentada a importância da extensão universitária nos vínculos acadêmicos, e como as Empresas Juniores são capazes de suprir todas as diretrizes impostas, capaz de formar de maneira imersiva o profissional, garantindo a ele conhecimentos técnicos de execução, como também, interdisciplinares e pessoais.

Dessa forma, partindo do princípio que as oportunidades oferecidas pelo mercado de trabalho estão cada vez mais limitadas, “os diplomas são cada vez mais necessários, mas, ao mesmo tempo, cada vez menos suficientes” (RÉGNIER, 2007), é possível perceber que o mercado possui atributos meritocráticos, ou seja, refletem diretamente no esforço e empenho individual para além da formação, uma vez que os diplomas estão cada vez mais acessíveis dentro das propostas fornecidas na extensão, porém, além das capacidades teóricas e literárias, o mercado exige e seleciona os melhores que se enquadram em eixos taxativos específicos.

Nesse contexto, após a idealização dos projetos de extensão, emergiu-se no Brasil o conceito de Empresa Júnior, uma associação sem fins lucrativos, constituída e gerida, exclusivamente, por estudantes que cursam o ensino superior (BRASIL JÚNIOR, 2011), com o intuito de promover novas competências além daquelas adquiridas dentro de sala de aula e, também, aproximá-los do mercado de trabalho (MATOS, 1997).

Assim, na intenção de analisar os resultados referentes ao impacto causado pelo MEJ (Movimento Empresa Júnior), é possível construir perspectivas e atrelar resultados que possibilitam compreender a importância da prática imersiva ofertada pelo Movimento Empresa Júnior, frente a formação acadêmica do profissional graduado no curso de Direito.

O método utilizado na confecção do presente artigo consiste no exploratório, tendo a pesquisa se utilizado do levantamento bibliográfico, da análise jurisprudencial e coleta de dados estatísticos produzidos por órgãos e entidades do governo federal, bem como consulta a sites de entidades de classe.

2 DAS DIFICULDADES DO PROFISSIONAL GRADUADO EM DIREITO NO MERCADO DE TRABALHO

Ao analisar a história do Brasil, é possível fazer uma breve perspectiva acerca das primeiras escolas de Direito que surgiram no país, na época do Primeiro Reinado em 1827, sendo as cidades de São Paulo e Olinda como pioneiras na formação desta nova vanguarda no ensino, na intenção de suprir as necessidades dos habitantes do norte do Brasil, bem como, se tornaram ferramentas imprescindíveis para a criação de um legítimo ordenamento jurídico, rompendo as influências das faculdades portuguesas (FREITAS, 2015).

Trazendo esse panorama histórico, atualmente o Brasil atinge a marca de mais de 1.200 cursos correspondente ao curso de Direito, tornando-se a nação com mais cursos em todo o mundo (FREITAS, 2015). Entretanto, apesar dos grandes números, existem diversos fatores que impulsionam a requisição do curso, principalmente pela fama das segmentações profissionais que ampliam as opções do indivíduo para o mercado de trabalho.

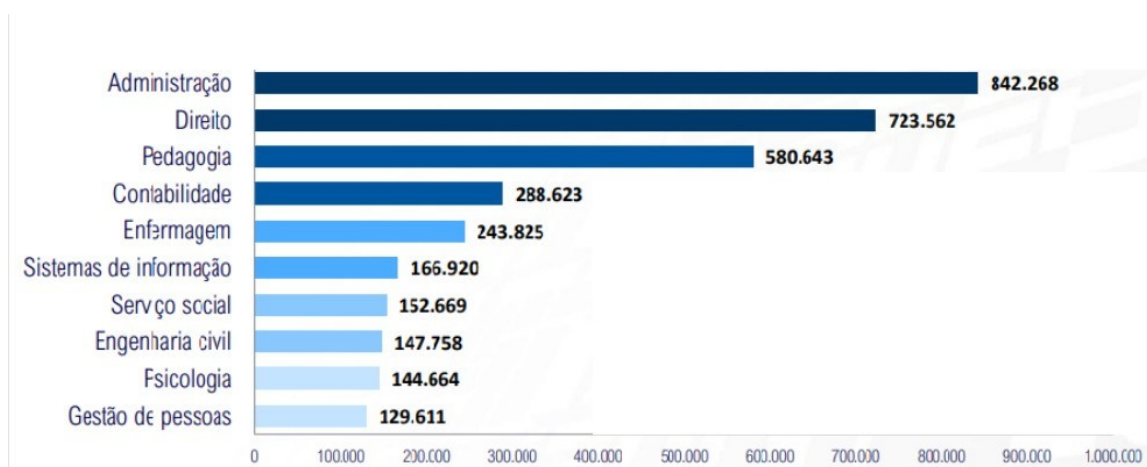
Ao falar da formação acadêmica do bacharel em direito, é possível traçar

diferentes desafios na iniciação profissional, posto que, atualmente é possível visualizar uma longa peneira qualificatória, vista tanto na opção por aprovação em um concurso público quanto na escolha de exercer o ofício de advogado.

Com o passar dos anos, o mercado de trabalho vem filtrando aqueles que mais se enquadram nas qualificações desejadas, o que mostra um grande desequilíbrio quanto à procura em relação à quantidade de alunos formados anualmente dentro do curso de direito e falta de sucesso dos indivíduos nesse mercado, ocasionado, principalmente, pelo fraco ensino prático incentivado pelas universidades, com também, o desinteresse do indivíduo em querer aprofundar e enriquecer os seus conhecimentos no decorrer de sua graduação.

No ano de 2021, o curso de Direito teve um aumento exponencial de visibilidade, sendo o segundo maior curso em porcentagem de matrículas no Brasil, a coleta, segundo o Censo da Educação Superior, registrou cerca de 723.562 matrículas na grade de direito em todas as instituições de ensino superior.

Figura 1- Distribuição da Matrícula em Cursos de Graduação 2021



Fonte: INEP, 2021.

Além disso, em análise à carreira na advocacia, conforme levantamento oficial do Conselho Federal da OAB, tem-se que no início de 2013 o Brasil possuía 754.685 advogados registrados em seus quadros, ou seja, uma média de 01 (um) advogado para cada 256 (duzentos e cinquenta e seis) habitantes do país (MASSARELLI, 2016).

A grande maioria dos advogados busca seguir a carreira liberal, de forma autônoma, e de legítimo prestador de serviços, atuando no mercado de trabalho como um ente negocial, o que definitivamente é, quando se resolve criar ou

gerenciar um escritório de advocacia (MASSARELLI, 2016).

Entretanto, ainda assim, a advocacia não é vista, muito menos entendida como uma atividade de cunho empresarial, tecnicamente falando, mas sim, estritamente intelectual (MASSARELLI, 2016), o que gera grandes limitações ao exercício da prática da advocacia, tendo em vista que grande parte dos profissionais não conhecem as habilidades atreladas à vivência empresarial.

Conforme Massarelli (2016):

Ao frequentar a graduação por cinco anos, muito se estuda, lê e escuta sobre matérias processuais, constitucionais, e até mesmo (de maneira acertada, inclusive) questões eminentemente filosóficas e teóricas, mas nada se ensina do conteúdo mínimo necessário para o novo advogado ingressar no mercado de trabalho (MASSARELLI, 2016).

O Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil proíbe aos escritórios a relação direta com o cunho empresarial, o que provavelmente tenha sido um dos motivos que acabou afastando os próprios advogados da ideia de gestão, planejamento e idealização de um escritório como “empresa”. Entretanto, apesar de ser uma sociedade civil, isso não afasta completamente a advocacia das ideias de empreendedorismo, muito pelo contrário.

Nessa realidade, é possível coletar relatos acerca das dificuldades enfrentadas por advogados que atuam na advocacia em Natal, Rio Grande do Norte, e o impacto que isso ocasionou a eles ao ingressar no mercado profissional. Em coletas com esses advogados, é possível perceber uma padronização de diálogos. Ao perguntar sobre “a maior dificuldade enfrentada após a formação acadêmica?”, o advogado Antônio Medeiros Neto, formado em 2020 pela Universidade Potiguar, declarou que: “As maiores dificuldades giraram em torno da captação de clientes, a venda de serviços jurídicos no meio digital, tendo em vista que a internet hoje é o grande fluxo, e vem sendo um novo mercado de trabalho.”(NETO, 2022)

Neste ínterim, a captação de clientes é uma grande barreira no mercado jurídico. O Código de Ética estabelecido pela Ordem dos Advogados no Brasil, esteve vigente desde 1995, e não abordava o tema da publicidade na advocacia com a devida profundidade, apenas com o provimento 94/2000 as determinações foram reguladas.

Em virtude disso, atualmente, algumas atualizações foram realizadas, que permitiram a utilização do marketing para advogados. Entretanto, apenas de maneira informativa, sem possuir intenção de oferecer tipos de serviço, conforme o artigo 46:

Art. 46. A publicidade veiculada pela internet ou por outros meios eletrônicos deverá observar as diretrizes estabelecidas neste capítulo.

Parágrafo único. A telefonia e a internet podem ser utilizadas como veículo de publicidade, inclusive para o envio de mensagens a destinatários certos, desde que estas não impliquem o oferecimento de serviços ou representem forma de captação de clientela (OAB, 1995).

Apesar de ter sido proibido o oferecimento de serviço, ou a captação de clientes por meio da Internet, este trecho autoriza que se possa utilizar um método específico de publicidade, que nada mais é do que o marketing de conteúdo. A informação é corroborada pelo art. 39:

Art. 39. A publicidade profissional do advogado tem caráter meramente informativo e deve primar pela discrição e sobriedade, não podendo configurar captação de clientela ou mercantilização da profissão (OAB, 1995).

Por esse motivo, é necessário ao advogado inserido atualmente no mercado, a capacidade de lidar com as atualizações e saber utilizar as ferramentas como instrumentos de trabalho, de maneira estratégica e assertiva para o desenvolvimento profissional.

Nesta feita, ao perguntar ao advogado entrevistado sobre quais habilidades ele gostaria de ter adquirido ainda na formação, ele afirmou:

“Sem dúvidas acredito que o lado do empreendedorismo e uma maior preparação do formando para o mercado de trabalho, visto que os cursos de direito somente abordam a teoria e o mínimo de prática.” (NETO, 2022).

Desta forma, em síntese, o aperfeiçoamento da formação acadêmica nas áreas práticas do empreendedorismo é crucial para preparar o profissional a conviver e crescer no mercado de trabalho, visto que, apesar de experiências práticas nas elaborações dos serviços oferecidos nos escritórios, o empreendedorismo jurídico vai muito além de habilidades dentro do contencioso, e sim, nas práticas de gestão, prospecção, marketing e sucesso do cliente, tratando-se fielmente de uma empresa e da capacidade do profissional de geri-la.

É importante mencionar como as instituições de ensino devem incentivar, dentro das matrizes curriculares, a cadeira de empreendedorismos nos cursos, principalmente no curso de direito.

Ainda em análise de pesquisa, ao entrevistar a Advogada Laís de Andrade Diniz, formada em 2016 pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte, é possível perceber uma perspectiva diferente, apesar de possuir uma linha de raciocínio paralela. Ao perguntar a advogada sobre a maior dificuldade enfrentada após a formação acadêmica, ela respondeu:

A minha maior dificuldade após o término da graduação foi inicialmente definir uma área de atuação e me inserir no mercado de trabalho, tendo em vista que durante a graduação não tive nenhuma vivência prática em escritório de advocacia, o que tornou mais difícil aplicar a teoria vista na faculdade na prática. (DINIZ, 2022)

Arelado a isso, ao perguntar sobre quais habilidades a mesma gostaria de ter adquirido ainda na formação, ela respondeu que gostaria de ter aprimorado suas habilidades em relação à comunicação e com o processo de vendas.

É muito importante relacionar o fato que a formação completa do advogado está interligada a todas as frentes de comunicação necessárias, tendo em vista as necessidades básicas para o exercício da profissão, ampliando, não só as habilidades técnicas de convencimento, como também interpessoal, tendo em vista que a profissão lida diretamente com pessoas (SILVA, 2021).

O desenvolvimento de *soft skills* são essenciais para um bom desempenho no mercado de trabalho, principalmente na advocacia, trata-se de habilidades subjetivas. É imprescindível uma boa comunicação, eficiente no que se propõe, bem como ser colaborativo e trabalhar bem em equipe, desenvolver a liderança e a criatividade, organizar e gerir o tempo em benefício próprio e da atividade desenvolvida, além de saber se portar diante dos problemas, e ser capaz de pensar e agir estrategicamente frente às dificuldades (SILVA, 2021).

Por fim, é importantíssimo que o universitário, ainda na graduação busque o seu diferencial, e aprimore seus desenvolvimentos técnicos e interpessoais, tendo em vista que após a formação acadêmica, o mercado de trabalho exige parâmetros de profissionais que se adequam aos espaços. Todo o aprendizado adquirido - nas instituições de ensino - podem ser direcionados a vários caminhos, por mais que o

escopo do empreendedorismo seja o de maior foco neste trabalho, as habilidades que se adquire são aplicáveis em todos os âmbitos do mercado.

3 A IMPORTÂNCIA DA EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA PARA FORMAÇÃO JURÍDICA E SOCIAL DO PROFISSIONAL

As transformações no ensino, com o passar dos anos, aconteceram de acordo com as diferentes necessidades de mercado e da população, visto que, o contexto universitário só é legítimo quando são envolvidos em atividades voltadas para os anseios da sociedade em que se encontram (DURHAM, 1989). O ensino, pesquisa e extensão, portanto, formam um tripé obrigatório nas universidades e são indissociáveis através do artigo 207 da Constituição de 1998 (BRASIL, 1998).

Atrelado a isso, com o objetivo de contribuir para a produção universitária, a extensão possui o papel de impulsionar o papel solidário, social, cultural, e prático para a sociedade, entretanto, no meio acadêmico, é possível perceber que ao falarmos de consolidar a teoria à prática, podemos estabelecer diversos ramos importantes, capazes de conduzir o aluno a entender e ter a oportunidade de realmente vivenciar, de acordo com os obstáculos sociais, aquilo que aprendeu, ou aprender do externo e trazer perspectivas para as teorias da sala de aula.

Não diferente do contencioso, ao falar das matérias atribuídas ao curso de direito, é palpável observar que dentre as diversas e complexas áreas das grades curriculares, o conceito prático da extensão pode, algumas vezes, oportunizar conceitos e idealizações para os diferentes ramos do mercado. Esta é, sem sombra de dúvida, o maior legado e direcionamento capaz de vincular a satisfação do graduando que entra no curso escolhido e pretende ter êxito no mercado.

O grande desafio da extensão é construir a relação do ensino e da pesquisa às necessidades sociais, portanto, é necessário estabelecer quais contribuições serão relevantes e irão gerar impacto social, para que, assim, seja possível, direcionar o aprofundamento da cidadania e a transformação efetiva da sociedade, de acordo com o nicho escolhido.

A Resolução n.º 07, de 18 de dezembro de 2018, feita pelo Ministério da Educação, traz as concepções, diretrizes e princípios nomeados em prol do conceito

de Extensão Universitária, e constituindo-se em processos interdisciplinares, políticos educacionais, culturais, científicos, tecnológicos, possuem função de promover a interação transformadora entre as instituições de ensino superior e os outros setores da sociedade, por meio da produção e da aplicação do conhecimento, em articulação permanente com o ensino e a pesquisa.

O conceito de Extensão aplicada em 2018, em seu antigo 6º, 7º e 8º abrange formas aplicáveis para a formação acadêmica do aluno no percurso da graduação, fomentando a análise prática das grades curriculares através de atividades interdisciplinares.

Art. 6º Estruturam a concepção e a prática das Diretrizes da Extensão na Educação Superior:

I - a contribuição na formação integral do estudante, estimulando sua formação como cidadão crítico e responsável;

II - o estabelecimento de diálogo construtivo e transformador com os demais setores da sociedade brasileira e internacional, respeitando e promovendo a interculturalidade;

III - a promoção de iniciativas que expressem o compromisso social das instituições de ensino superior com todas as áreas, em especial, as de comunicação, cultura, direitos humanos e justiça, educação, meio ambiente, saúde, tecnologia e produção, e trabalho, em consonância com as políticas ligadas às diretrizes para a educação ambiental, educação étnico-racial, direitos humanos e educação indígena;

IV - a promoção da reflexão ética quanto à dimensão social do ensino e da pesquisa;

V - o incentivo à atuação da comunidade acadêmica e técnica na contribuição ao enfrentamento das questões da sociedade brasileira, inclusive por meio do desenvolvimento econômico, social e cultural;

VI - o apoio em princípios éticos que expressem o compromisso social de cada estabelecimento superior de educação;

VII - a atuação na produção e na construção de conhecimentos, atualizados e coerentes, voltados para o desenvolvimento social, equitativo, sustentável, com a realidade brasileira.

Art. 7º São consideradas atividades de extensão as intervenções que envolvam diretamente as comunidades externas às instituições de ensino superior e que estejam vinculadas à formação do estudante, nos termos desta Resolução, e conforme normas institucionais próprias.

Art. 8º As atividades extensionistas, segundo sua caracterização nos projetos políticos pedagógicos dos cursos, se inserem nas seguintes modalidades:

I -

programas;II -

projetos;

II - cursos e

oficinas;IV - eventos;

V - prestação de serviços

Sendo assim, tem-se que a aplicabilidade incentiva as Instituições de Ensino Superior na construção profissional de seus alunos, capazes de gerar impacto na sociedade a fim de promover o desenvolvimento econômico, social e cultural dentro

da formação acadêmica.

Além disso, em análise ao art. 8º da Resolução, é visível entender que existem cinco modalidades capazes de compor as frentes extensionistas, entre elas, a de maior análise neste trabalho, a prestação de serviços.

4 O MOVIMENTO EMPRESA JÚNIOR

O Movimento Empresa Júnior (MEJ) nasceu em 1967 na *L'Ecole Supérieure des Sciences Economiques et Commerciales* (ESSEC) na França, instituição na qual os alunos fundaram a primeira empresa júnior do mundo: a Junior Entreprise. Essa empresa possibilitou aos estudantes a vivência técnica em conjunto com a teoria ensinada em sala de aula, fato esse capaz de proporcionar a disseminação do conceito entre as instituições de ensino superior francesas (LAUTENSCHLAGER, 2009).

Atrelado a isso, houve expansão em relação ao MEJ, sendo inseridos em vários outros países na Europa, o que incentivou a criação da JADE, a Confederação Europeia de Empresas Juniores (LAUTENSCHLAGER, 2009). Atualmente, é conhecida como junior Enterprise Europe (JE EUROPE), instituição que comporta, em média, trinta e três mil estudantes universitários, bem como representa trezentos e setenta Empresas Juniores diferentes, em diversas Instituições de Ensino.

Com o passar dos anos, as Empresas Juniores se evidenciam cada vez mais no cenário do mercado e da educação superior no Brasil, principalmente a partir da promulgação da Lei n.º 13.267, de 6 de abril de 2016, que lhes conferiu um reconhecimento de ordem jurídico política perante a sociedade brasileira. Fato esse é grande importância para a construção do movimento no Brasil, apesar de decorridos 30 anos do surgimento da primeira Empresa Júnior Brasileira (PERES, 2017).

Apesar de boas referências, o processo para a configuração da primeira Empresa Júnior no Brasil foi burocrático, visto que existiram diversos desafios atrelados ao seu reconhecimento e aceitação perante a sociedade da época, principalmente, devido a peculiaridade de como essas entidades se apresentam dentro do próprio ordenamento jurídico brasileiro (PERES, 2017).

É importante apresentar que as Empresas se relacionam como organizações, e as mesmas possuem como característica principal, a fomentação de aspectos inerentes a dois tipos de pessoas jurídicas de direito privado: as associações civis (forma de constituição) e as sociedades empresárias (desempenho de atividades), esses dois nichos levaram Jules Silva a citar a “[...] criação da figura híbrida de associação-empresa, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro”, o que poderia explicar o receio de sua legalização por meio de legislação própria quando nem mesmo se havia certeza sobre suas implicações jurídicas (PERES, 2017).

Todavia, a compreensão cada vez maior sobre a importância das Empresas Júniores para o desenvolvimento socioeconômico brasileiro faz com que se procure entender mais sobre seu funcionamento, a realidade vivida por elas e por quem as forma e gere, além de se mensurar os resultados de suas atividades, tanto interna quanto externamente, sendo possível se fazer um juízo valorativo acerca de suas funções sociais perante a sociedade e da entrega que verdadeiramente fazem ao povo brasileiro, fazendo-se mister analisar o propósito de seu surgimento, a sua verdadeira natureza jurídica, bem como se organizam e impactam a realidade socioeconômica nacional (PERES, 2017).

Apesar do conceito “Empresa Júnior” não ter surgido no Brasil, o país abraçou a experiência por volta de 1988, através do diretor da Câmara de Comércio Franco-Brasileiro, João Carlos Chaves. Ele já tinha conhecimento do termo carregado de herança pelos franceses e desde então passou a idealizar o ponto de partida necessário para atrelar essa nova perspectiva de mercado ao ambiente acadêmico brasileiro.

Portanto, a Escola de Administração de Empresas Getúlio Vargas, em São Paulo (FGV- SP) foi casa e sede, pela primeira vez, ao que anos depois iria se tornar o Movimento Empresa Júnior (MEJ) no Brasil.

É de óbvio conhecimento que a maior intenção de João Carlos Chaves era constituir uma empresa, imersa e estabelecida no mercado, que fosse gerida e administrada exclusivamente por alunos, na intenção que eles tivessem a oportunidade de vivenciar, de maneira imersiva, como seria aplicar aquilo que estudavam nas salas de aula, através dos meios corporativos. Neste ínterim, em 1989 se fundou a primeira empresa júnior do país, a Júnior GV.

Figura 2 - Divulgação da primeira Empresa Júnior do Brasil.



Fonte: Acervo da Folha de São Paulo

Através disso, o conceito passou a se popularizar, o que possibilitou que outras empresas, em diferentes instituições de ensino se espalhassem pela cidade de São Paulo, fato esse que acarretou a primeira Federação estadual das Empresas Juniores do Estado de São Paulo (FEJESP), e em 1990, um ano depois da fundação da primeira empresa, já havia 07 (sete) outras empresas que se vincularam no estado de São Paulo (BRASIL JÚNIOR, 2017)

Para que se tenha uma ideia dos contornos acerca da propagação do conceito Empresa Júnior, estima-se que surgiram, entre 1988 e 1995, mais de 100 empresas juniores em todo o Brasil, o que viabilizou cada vez mais a troca de experiências, práticas empreendedoras e resultados obtidos. (BRASIL JÚNIOR, 2017)

Toda essa conjuntura ensejou a criação de uma rede de contatos e compartilhamento de experiências, culminando na necessidade cada vez maior de unificação e compatibilização de princípios, ideias e metas. (PERES, 2017). Essa rede de experiências compartilhadas foi elevada a nível nacional a partir da criação, já em 1993, do Encontro Nacional de Empresas Juniores (ENEJ), tendo como condão a reunião de empresários juniores de todo o Brasil para participarem de uma experiência interativa e reflexiva dos pontos de vista educacional e empresarial, sendo hoje, o maior evento de empreendedorismo jovem do mundo. (BRASIL

JÚNIOR, 2022.)

O fortalecimento dessa rede em nível nacional deu base à tentativa de fundação de uma confederação nacional que representasse todos os empresários juniores brasileiros, como órgão máximo de representação perante as mais diversas instituições públicas e privadas. (PERES, 2017). Nesse sentido, em 1998 foi criada a Comissão Nacional das Empresas Juniores (CONEJ), que tinha como objetivo fomentar a solidificação de uma rede conhecida como Rede Brasil Júnior, formada por um conjunto de federações estaduais unidas com o intuito de organizar e estruturar a fundação da Confederação Nacional de Empresas Juniores. (BRASIL JÚNIOR, 2017)

Todavia, apenas em 2001 a ideia de instituir um órgão de representação nacional tomou forma, merecendo destaque a preocupação dos envolvidos em fundar uma confederação efetiva, que transpassasse o mero aspecto formal de uma entidade representativa das empresas juniores e suas respectivas federações estaduais (BRASIL JÚNIOR, 2017)

Através disso, ficou acordado que apenas haveria a criação desse órgão nacional no caso de pelo menos cinco federações conseguissem cumprir com 11 metas preestabelecidas (PERES, 2017), pois era necessária uma qualidade mínima de funcionamento para que se garantisse uma confederação nacional respeitada e coerente com a grandeza do MEJ brasileiro. Assim, em 2003 surgiria formalmente a Confederação Nacional de Empresas Juniores, mais conhecida como Brasil Júnior (BRASIL JÚNIOR, 2017).

Apesar da primeira Empresa Júnior brasileira ter sido criada há quase 35 anos e de ter transcorrido praticamente 20 anos da fundação da Brasil Júnior, até o ano de 2016 não havia qualquer legislação própria que tratasse devidamente sobre a criação e o funcionamento das Empresas Juniores (PERES, 2017).

Em virtude disso, diante do aumento do impacto social das Empresas Juniores na sociedade, ficou evidente a necessidade do surgimento de uma legislação específica sobre o tema, a fim de garantir a segurança jurídica dos centros de ensino, das empresas juniores, dos empresários juniores e do crescente número de clientes (RIBEIRO, 2015)

Assim, a Lei n.º 13.267/16 dispôs em seu art. 2º genuíno conceito da entidade em questão, de tal maneira que a delimita como sendo uma organização

constituída sob a forma de associação civil, vinculada ao menos a um curso de graduação de instituição de ensino superior, e gerida por seus alunos devidamente matriculados, de tal forma que permita a capacitação acadêmica e profissional de seus associados por meio da realização de projetos e serviços relacionados ao campo de abrangência daquele curso:

Art. 2º Considera-se empresa júnior a entidade organizada nos termos desta Lei, sob a forma de associação civil gerida por estudantes matriculados em cursos de graduação de instituições de ensino superior, com o propósito de realizar projetos e serviços que contribuam para o desenvolvimento acadêmico e profissional dos associados, capacitando-os para o mercado de trabalho.

§1º A empresa júnior será inscrita como associação civil no Registro Civil das Pessoas Jurídicas e no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica.

§2º A empresa júnior vincular-se-á a instituição de ensino superior e desenvolverá atividades relacionadas ao campo de abrangência de pelo menos um curso de graduação indicado no estatuto da empresa júnior, nos termos do estatuto ou do regimento interno da instituição de ensino superior, vedada qualquer forma de ligação partidária (Lei n.º 13.267/2016).

Essa previsão normativa, com delimitação conceitual, veio sanar situação de “anomalia jurídica” (PERES, 2017) que causava desconfiança e desconhecimento por parte de professores, Instituições de Ensino Superior e órgãos de classe acerca do que seriam as empresas juniores, prejudicando o pleno funcionamento destas a partir da negativa de orientação acadêmica para a execução de projetos e de disponibilização de espaço físico, chegando-se, até mesmo, a contrariedade dos conselhos profissionais e proibição de funcionamento pela Instituição de Ensino Superior (MOSCOZO, PEREIRA, 2016).

A Lei das Empresas Juniores possibilitou maior segurança jurídica a essas entidades e propiciou um ambiente mais favorável à regulamentação perante o Estado, a Instituição de Ensino Superior, aos órgãos de classe e, inclusive, para que se garantisse uma confederação nacional respeitada e coerente com a grandeza do MEJ (Movimento Empresa Júnior) brasileiro (PERES, 2017).

5 AS EMPRESAS JUNIORES NOS CURSOS DE DIREITO E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A FORMAÇÃO ACADÊMICA

O Movimento Empresa Júnior no Brasil tem como missão formar, por meio da vivência empresarial, empreendedores comprometidos e capazes de transformar o país em um Brasil empreendedor. Através disso, o Movimento insere alunos no

mercado de trabalho enquanto estes ainda estão cursando a universidade, atribuindo a eles a responsabilidade de pensar estrategicamente, amadurecer ideias e produtos capazes de impactar o mercado e impulsionar a inovação, bem como oferecer a combinação ideal da teoria à prática.

Entretanto, algumas iniciativas, como é o caso do Movimento Empresa Júnior, são capazes de capacitar os estudantes, por meio da vivência empresarial, a serem empreendedores e agentes de transformação da realidade brasileira. Apesar do Movimento impactar todos e os mais diversos cursos de graduação, em especial no curso de direito, as impulsões transformam o mercado jurídico diariamente, oferecendo oportunidades até então negligenciadas ao longo da história.

Em princípio, o MEJ no meio jurídico se desencadeou em 1994, a partir da fundação da Empresa Júnior de Direito da Universidade Paulista (EJUR), entretanto, diferente de outras áreas, as Empresas Juniores de Consultoria Jurídica sofreram grandes dificuldades no processo de expansão, tendo em vista que se atrelaram e são regidas pela Ordem dos Advogados do Brasil (FILHO, 2022).

Em virtude das diferenças encorpadas nas respectivas áreas de atuação, existiu um grande debate acerca da atuação dessas empresas no meio jurídico, na qual, impulsionou uma seccional estadual da OAB em 2003, no estado de São Paulo, tendo em vista que o Tribunal de Ética e Disciplina (TED) da OAB-SP divulgou o seguinte parecer

EMPRESA JÚNIOR DE CONSULTORIA - ENTIDADES CIVIS INSTITUÍDAS POR ACADÊMICOS - FUNCIONAMENTO JUNTO A FACULDADE DE DIREITO A lei não veda a fundação de entidades civis para o exercício de atividades com fins educativos e de aperfeiçoamento do futuro bacharel. As finalidades estatutárias descritas não se confundem com assistência judiciária gratuita, ou prática de estagiários em escritórios de advocacia. Não obstante, devem constar dos estatutos sociais proibições de exercício de quaisquer atividades próprias da advocacia (postulação em juízo, consultoria, assessoria e direção jurídicas - art. 1º, I e II, do EAOAB), incluindo assistência judiciária gratuita ou demais atos que impliquem captação de clientela e causas, bem como deve constar, explicitamente no título da empresa e nos artigos do estatuto a expressão "assessoria acadêmica". Encaminhamento ao Presidente do TED com sugestão para eventuais providências das Comissões de Estágio e Exame de Ordem e Prerrogativas do Advogado. Proc. E2.264/00 - v.u. em 14/12/00 do parecer e ementa do Rel. Dr. CARLOS AURÉLIO MOTA DE SOUZA - Rev. Dr. LICÍNIO DOS SANTOS SILVA FILHO - Presidente Dr. ROBISON BARONI⁴⁸

Com o posicionamento do Tribunal de Ética e Disciplina (TED), foram retiradas todas as possibilidades de funcionamento das Empresas Juniores de

Direito no estado, uma vez que perderam todas as possibilidades de atuação no mercado jurídico (FILHO, 2022). O Tribunal concluiu, como justificativa para essa decisão, que as Empresas Juniores serviriam para “captação de clientela” dos alunos após a conclusão do curso universitário.

Entretanto, esse posicionamento não foi adotado em todo território nacional pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o que permitiu que os estados do Ceará, Minas Gerais, Bahia, Goiás e o Distrito Federal, considerassem a atuação das Empresas juniores jurídicas exercendo um papel essencial na formação dos futuros operadores do Direito. E isso provocou um impacto sobre as empresas, já que o seu funcionamento ficou em risco. Em virtude disso, no ano de 2011 foi criada a Liga das Empresas Juniores de Direito (LEJUD), com a intenção trocar experiências e expandir o MEJ Jurídico no país (FILHO, 2022).

A partir disso, as Empresas desencadearam e passaram a possuir maior posicionamento, permitindo a sua expansão, até então considerada limitada. Atualmente as Empresas Juniores de Direito são disciplinadas pela Lei 13.267, de 6 de abril de 2016, como todas as outras.

Porém, o §2º do art. 8º afirma a importância da atuação das empresas conforme o seu curso, assim, de acordo com a legislação que será responsável por fiscalizar sua atuação, "art. 8º A empresa júnior deverá comprometer-se a: [...] II - exercer suas atividades segundo a legislação específica aplicável à sua área de atuação e segundo os acordos e as convenções da categoria profissional correspondente”.

Partindo dessa linha de raciocínio, em Empresas Juniores do curso de Direito estão submetidas, regularizadas e fiscalizadas pelo Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil e pelo Estatuto da Advocacia. (FILHO, 2022).

É cabível ponderar ainda que, por esse motivo, existem requisitos e frentes que devem ser respeitadas, como por exemplo: As Empresas Juniores do ramo jurídico não podem atuar dentro do contencioso judicial, restando apenas o trabalho pelas vias do direito preventivo e na parte consultiva, bem como as formas de prospecção de clientes são, da mesma forma como dos escritórios de advocacia, através das vias passivas.

Dessa forma, a implementação da Lei garantiu uma maior segurança

jurídica, o que impactou diretamente no reconhecimento para as Empresas do curso de Direito, possibilitando a sua expansão e regularização frente às instituições.

6 O IMPACTO DAS EMPRESAS JUNIORES NA FORMAÇÃO JURÍDICA E EMPREENDEDORA DO PROFISSIONAL GRADUADO

Atrrelado a isso, além de um grande aliado na formação acadêmica, as Empresas Júniores são estimulantes interdisciplinares capazes de capacitar o aluno enquanto ele ainda está se aprofundando em disciplinas teóricas da graduação.

A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) contínua, o tempo médio para um jovem com ensino superior completo se inserir no mercado de trabalho é, em média, de 16,8 meses. (BALIANA, 2022) De acordo com uma pesquisa realizada pela Brasil Júnior, Confederação Brasileira das Empresas Júniores no Brasil, ao longo do ano de 2021, um jovem que participou do Movimento Empresa Júnior pode entrar até quatro vezes mais rápido no mercado de trabalho quando comparado com outros universitários (BALIANA, 2022).

Os dados em pesquisas apresentaram que 52,98% dos pós juniores que fizeram parte do Movimento Empresa Júnior, levaram até três meses para serem empregados após a saída da organização, (BALIANA, 2022), isso porque, o universitário tem a oportunidade única de ter um contato direto com o mercado, e ser visível para empresas de diferentes portes, escritórios renomados, e não só observar a inovação de perto, mas também fazer parte da execução dela. Possuindo, portanto, o ensejo acompanhar as principais tendências do mundo corporativo ainda na faculdade (BALIANA, 2022).

Segundo o estudo realizado pelo Institute For The Future (IFTF), 85% das atividades profissionais que estarão disponíveis no mercado daqui a dez anos ainda não existem, ou seja, atualmente, existe uma grande rotatividade e fluxo de comunicação necessários para aperfeiçoar as necessidades do mercado (BALIANA, 2022).

Essa proximidade com as ferramentas práticas e o fluxo das tendências atuais, garantem aos participantes do Movimento Empresa Júnior uma vantagem para direcionamento de estudos, cursos, processos seletivos e todos os leques de carreiras que desejar (BALIANA, 2022). “A rápida inserção no mercado de trabalho

se dá por uma série de fatores. Um deles é o desenvolvimento de soft skills durante o movimento, habilidades comportamentais cada vez mais exigidas pelas empresas” (NASCIMENTO, 2022) afirma a Presidente da Brasil Júnior em 2022.

Nesta feita, Beatriz Nascimento, Presidente Executiva da Brasil Júnior no ano de 2022, também declarou:

Esses jovens desenvolvem não só pensamentos como também atitudes empreendedoras. 64,2% dos pós-juniões consideram contribuir ativamente, total ou parcialmente, com a bandeira do empreendedorismo no Brasil. No mais, 82,8% estariam dispostos a investir em empreendimentos que acreditassem e 75,4% lidam bem com riscos calculados. (NASCIMENTO, 2022)

Ao analisar alguns depoimentos de 20 pós-juniões, atualmente advogados e que tiveram a oportunidade de participar do movimento no período da graduação, podemos coletar dados acerca da trajetória do membro durante o processo de participação, bem como o impacto que isso gerou em sua formação acadêmica. Vejamos:

Gráfico 1 - Tempo de participação

Por quanto tempo você fez ou faz parte de sua Empresa Júnior?

20 respostas



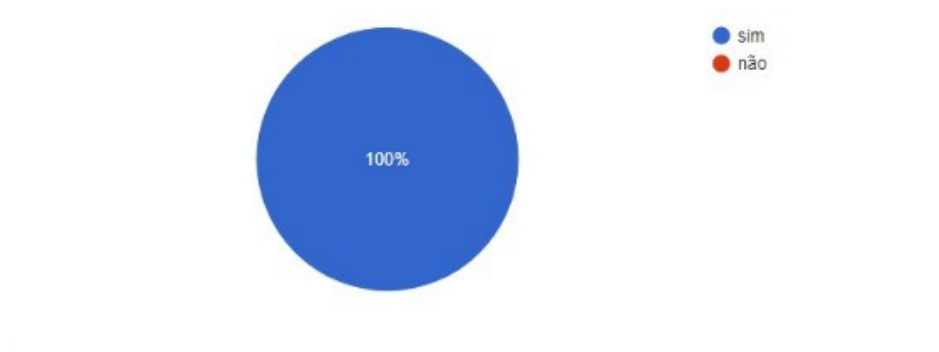
Fontes: Dados de Pesquisa 2022.

Percebe-se que a trajetória de grande parte dos participantes totalizou um período de 12 ou mais de 24 meses, tempo suficiente para adquirir experiências em diversas áreas na empresa, e garantindo o acúmulo de habilidades atribuídas a vivência empresarial, de gestão, vendas, gerenciamento de tempo e serviço, bem como o próprio exercício das atividades práticas atreladas ao direito.

Gráfico 2 - Formação Empreendedora

Você acredita que a vivência no MEJ é capaz de aperfeiçoar o processo de formação dos profissionais em nível superior?

20 respostas

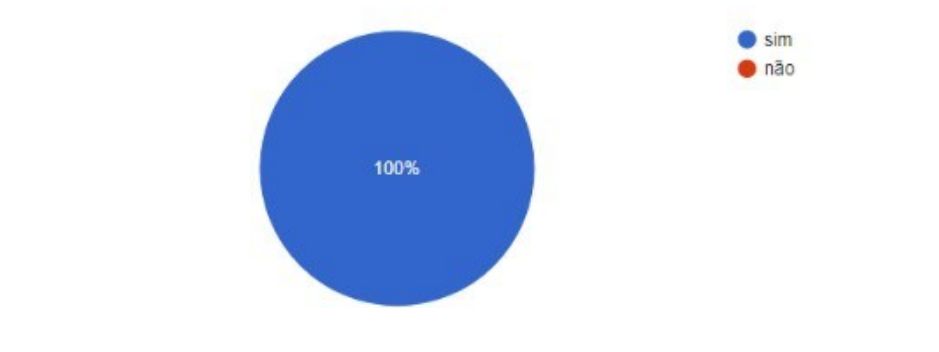


Fontes: Dados de Pesquisa (2022).

Gráfico 3 - Formação Empreendedora

Você acredita que ao participar de uma Empresa Júnior é possível estimular o espírito empreendedor e promover o desenvolvimento técnico, acadêmico, pessoal e profissional de seus associados?

20 respostas

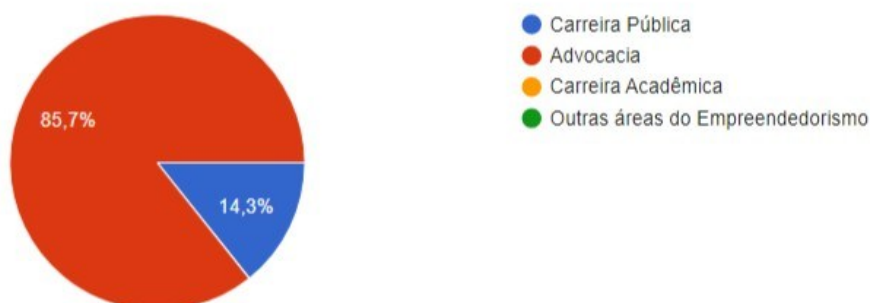


Fontes: Dados de Pesquisa (2022).

Diante dos gráficos acima apresentados, é possível identificar que todos concordam acerca do aperfeiçoamento pessoal e profissional promovido pelo movimento durante o decorrer da graduação, fomentando assim, o espírito empreendedor nos participantes. Influenciando diretamente em suas escolhas futuras diante do curso.

Gráfico 4 - Empreendedorismo Jurídico**Após a formação, qual área de atuação você mais se identificou?**

20 respostas

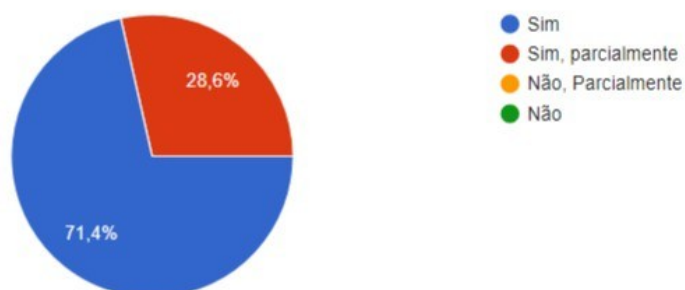


Fontes: Dados de Pesquisa (2022).

Considerando que o intuito do movimento empresa júnior é formar lideranças capazes de transformar o país através do empreendedorismo, resta claro que grande parte dos participantes optaram pela advocacia, pois visualizam nela uma frente imprescindível do empreendedorismo no meio jurídico, levando em conta que adquiriram ferramentas capazes de auxiliar sua gestão de conhecimento com o decorrer dos anos. Fato esse comprovado pelo próximo gráfico, no qual concordam que a participação na Empresa Júnior ampliou a percepção acerca do empreendedorismo jurídico.

Gráfico 5 - Empreendedorismo Jurídico**Você acredita que a sua participação em Empresa Junior durante a graduação de Direito ampliou sua percepção acerca da empreendedorismo jurídico?**

20 respostas



Fontes: Dados de Pesquisa (2022).

Ainda em análise ao grupo participante da pesquisa, é possível compartilhar alguns depoimentos capazes de ajudar na compreensão desse impacto

no meio acadêmico. Veja-se:

Afirma Milton Neto, pós-júnior da CONSEJ:

O MEJ foi de suma importância para aplicar na prática, ferramentas jurídicas, complementando o ensino da sala de aula no próprio mercado, desenvolvendo tanto o lado acadêmico como o lado profissional. O movimento dá a oportunidade de desenvolver pontos pessoais fracos, através de vivências que muitos só terão ao terminar o curso. (NETO, 2022)

Logo mais, afirma Leonardo Fraifer, pós-júnior da ANIMUS Consultoria Jurídica:

O MEJ foi importante principalmente no meu desenvolvimento pessoal (dentro do aspecto profissional). Me ensinou muito sobre dinâmica de trabalho, ou seja, como lidar com grandes demandas, prazos, responsabilidade na prestação dos serviços, relacionamento com cliente (limites, comunicação, negociação). Ainda, me fez desenvolver muitas soft skills como liderança, trabalho em equipe, comunicação, solução de problemas complexos e gestão de tempo. No geral, embora não seja algo de percepção imediata, acredito que foi uma experiência que estimulou um enorme autoconhecimento, a partir de tentativas, erros, acertos e, conseqüentemente, aprendizados. (FRAIFER, 2022)

Ainda em coleta de depoimentos, Matheus Peres, pós-júnior da CONSEJ afirma:

A Empresa foi importante para auxiliar na minha percepção acerca da necessidade de educar os empreendedores da necessidade de assessoria jurídica para prevenção de riscos jurídicos, uma vez que a cultura de contratação de advogados segue voltada à remediação de problemas causados pela falta de gestão jurídica dos negócios e decisões empresariais. (PERES, 2022)

Logo mais, Gabriel Gomes, pós-júnior da ANIMUS Consultoria Jurídica afirmou:

Sempre tive grandes referências do MEJ e motivos para querer ser parte. A grande questão era conseguir adentrar, pois temia não conseguir passar por causa das minhas fragilidades. A partir do momento que me deram a oportunidade, falei pra mim mesmo que iria usufruir dela o máximo possível, pois só teria a ganhar com a experiência. E assim foi: além de desenvolver habilidades que, até então, eram bloqueadas em mim, pude aprender coisas não só técnicas de prestações de serviços, como as próprias relações interpessoais e o que é ser um líder, liderar pelo exemplo e ser inspiração para outros. Mais do que tudo, isso é a vivência empresarial e que vai te fazer capaz de enfrentar o mercado de trabalho, o que muitos não têm o privilégio de ter esse direcionamento. Hoje, só tenho a agradecer pelos frutos que a minha EJ me proporcionou, por ter norteado uma área que hoje sou entusiasta e sigo profissionalmente, além do contato com profissionais incríveis durante a trajetória, que sei posso contar. E a cereja do bolo, que considero uma das coisas mais genuínas, que tenho muito orgulho, carinho e levo no coração: a família que você irá levar por longos anos. Isso vale mais do que qualquer coisa, que não tem preço. Isso TUDO é se permitir ser MEJ. (GOMES, 2022)

Por fim, é cabível afirmar que aqueles que possuem a oportunidade de passar pelo Movimento Empresa Júnior são positivamente impactados não só na inserção do mercado de trabalho, como também em seu desenvolvimento sócio comportamental, de liderança e de mentalidade, transformando ativamente a sociedade, sendo agente necessário e imprescindível para a formação completa do profissional que ingressará no mercado.

7 CONCLUSÃO

Com o intuito de analisar a importância das Empresas Juniores nos vínculos da extensão universitária, é possível construir uma perspectiva crítica acerca do impacto que o incentivo à educação empreendedora, ainda na graduação, influencia na construção do profissional, como reflexo de sucesso no mercado de trabalho.

Ainda nessa linha de raciocínio, analisou-se as dificuldades dos profissionais ao tentarem se enquadrar nas expectativas e requisitos impostos pelo exercício das atividades da advocacia, bem como, as limitações frente ao Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil, mostrando a importância da formação acadêmica de qualidade e como a extensão universitária pode contribuir no preenchimento de lacunas práticas quanto a capacitação do aluno para o campo profissional.

Nesta feita, fez-se uma análise acerca do Movimento Empresa Júnior dentro desses vínculos educacionais, e como ele proporciona a experiência completa e necessária taxada na Resolução N° 7, de 18 de dezembro de 2018, impactando na Resolução CNE/CES n° 5/2018, que regulamenta as diretrizes curriculares dos cursos de direito.

Outrossim, foram coletados depoimentos de pessoas que passaram pelo Movimento, bem como depoimento de pessoas que não passaram, comparando as diferentes perspectivas acerca das dificuldades e idealizações para o mercado atual.

É possível perceber como o Movimento Empresa Júnior pode contribuir para a forma acadêmica do curso de direito, no que diz respeito ao desenvolvimento profissional dos graduandos. Formando profissionais capazes de entender o mercado e suas limitações, antes mesmo de finalizar a formação, além de fortalecer as perspectivas estratégicas, de gestão, vendas, desenvolvimento pessoal e

comunicação, frentes extremamente importantes para o exercício regular do advogado.

Por fim, a missão do Movimento Empresa Júnior é formar lideranças comprometidas e capazes de transformar o país em um Brasil empreendedor, fomentando a visão empreendedora durante a graduação, e impactando em uma nova perspectiva econômica no País. No curso de direito, o movimento é capaz de transformar realidades através do exercício das práticas jurídicas, transformando pessoas e negócios por meio da vivência empresarial.

REFERÊNCIAS

BALIANA, Isabella. **O Movimento Empresa Júnior ajuda jovens a entrar 4x mais rápido no mercado**. 2022. Disponível em: <https://querobolsa.com.br/revista/movimento-empresa-junior-ajuda-jovens-a-entrar-4x-mais-rapido-no-m>. Acesso em: 25 nov. 2022.

CONSTITUIÇÃO (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 out 1988.

COSTA, Alessandra de Sá Mello da. **Convergências, divergências e silêncios: o discurso contemporâneo sobre o empreendedorismo nas empresas juniores na mídia de negócios**. 2010. 286f. Tese (Doutorado em Administração) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa. 2010. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7999/Tese_Alessandra_Mello_Costa.pdf?sequence=1. Acesso em: 5 nov. 2022.

FERREIRA LIMA, Thays; CANTAROTTI, Aline. A formação e a construção de competências para a atuação do profissional de secretariado executivo - um estudo de caso em uma empresa júnior. **Revista de Gestão e Secretariado**, v. 1, n.2, jul./dez., 2010, p. 94-122 Sindicato das Secretárias (os) do Estado de São Paulo São Paulo, Brasil.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Acervo da Folha de São Paulo**. São Paulo. 1989. Disponível em: acervo.folha.com.br/leitor.do?numero=10567&anchor=4872921&origem=busca&originURL=&pd=7726f2752f8e083912f193c93dbd8742. Acesso em: 10 de nov. 2022.

LANZILLOTTI, Regina Serrão; MACHADO, Gisele Vitorino; DE MIRANDA, Maike Freitas. Empresa Júnior: criação, divulgação e maturação. **Revista Brasileira de Extensão Universitária**, v. 2, n. 2, p. 110-113, 2004. Disponível em: <<https://doi.org/10.36661/2358-0399.2004v2i2.953>> Acesso em: 14 nov. 2022.

LAUTENSCHLAGER, Fabiana Barcelini. **Percepção dos graduandos sobre o**

desenvolvimento de competências em uma empresa júnior de psicologia. 2009. 110f. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2009. Disponível em: Acesso 20 dez. 2022

LIMA JUNIOR, José Martins. **Ética – profissional e a inserção no mercado de trabalho do profissional do Direito.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,etica-profissional-e-a-insercao-no-mercado-de-trabalho-do-profissional-do-direito,56844.html>> Acesso em: 04 out 2022.

MACEDO ZILIOOTTO, Denise; BERTI, Ariete Regina. **A aprendizagem do aluno inserido em empresa júnior.** Revista Conexão UEPG, v. 8, n. 2, jul. –dez., 2012, p. 210-217. Universidade Estadual de Ponta Grossa Ponta Grossa, Brasil

MASSARELLI, Alex Dias. **A inserção do jovem Advogado no mercado de trabalho.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34355/a-insercao-do-jovem-advogado-no-mercado-de-trabalho>> Acesso em: 18 set. 2022)

MEDEIROS FILHO, Pedro Jorge. **Empresa Júnior de Direito da Universidade Federal do Ceará: História, Legislação e Impactos no ensino Jurídico.** 2022. 62 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2022.

MOSCOZO, A. P. Q.; PEREIRA, Ana Paula. **O histórico do Projeto de Lei na perspectiva dos presidentes da Brasil Júnior.** In: DIDIER JR, Fredie et al. (coord.). A Lei das Empresas Juniores: estudos sobre o marco legal da educação empreendedora no ensino superior. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 15.

OAB. **Tribunal de Ética e Disciplina da OAB-SP.** Decisão nº Proc. E-2.264/00. Disponível em: Acesso em: 15 nov. 2022.

OAB. Código de ética e disciplina da OAB. Lei 8.906/1994. Acesso em: 2 nov. 2022.

PERES, Matheus de Medeiros. **Empresas juniores nos juizados especiais cíveis: legitimidade ativa à luz das semelhanças com as microempresas e da análise de efetividade do acesso à justiça.** 2017. 118 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Departamento de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017.

PORTAL BRASIL JÚNIOR. **Produtos Brasil Júnior.** Disponível em: <https://brasiljunior.org.br/conheca-a-brasil-junior>. Acesso em: 20 dez. 2022.

PORTAL MEC. **RESOLUÇÃO CNE/CES Nº 5, de 17 de dezembro de 2018.** Acesso em: 24 nov. 2022.

PORTAL BRASIL JÚNIOR. **Missão da Brasil Júnior.** <<https://brasiljunior.org.br>> Acesso em: 20 nov. 2022.

PORTAL BRASIL JÚNIOR. **Lei das Empresas Juniores: um marco para o empreendedorismo jovem.** < <https://brasiljunior.org.br/>> Acesso em: 12 nov. 2022.

PLANALTO. Lei nº 13.267/2016. **PLANALTO. LEI Nº 8.906, DE 4 DE JULHO DE 1994.** Acesso em: 6 dez. 2022.

QUEIRÓZ, José Reinado de; OLIVEIRA SOBRINHO, Luiz Vieira de; ALEXANDRE, Mauro Lemuel de Oliveira. Dinâmica empreendedora no processo de formação acadêmica: o papel de empresas juniores. **Revista Interface**, v.5, n.2, jul-dez. 2008, p.132-147. Natal-RN. Disponível em: <<https://ojs.ccsa.ufrn.br/index.php/interface/article/view/89>> Acesso em: 14 de nov. 2022.

RIBEIRO, Pedro Teles Quinderé. **Empresas juniores: sua regularização e influência na educação jurídica.** 2015. Disponível em: <<https://ojs.ccsa.ufrn.br/index.php/interface/article/view/89>> Acesso em: 14 nov. 2022

Rogério Chér em documentário produzido pela Brasil Júnior, **a Confederação Brasileira de Empresas Juniores, em homenagem aos 25 anos do Movimento Empresa Júnior no Brasil** (BRASIL JÚNIOR). Documentário de 25 anos do MEJ. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=1xvisdzwrso>> Acesso em: 18 de Set de 2022.

SANTOS, Daniel Ribeiro dos. **Empresas Juniores de Direito: um estudo sobre o impacto dessas Instituições na formação do estudante de graduação.** Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/26461/1/Daniel%20Ribeiro%20dos%20Santos.pdf>> Acesso em: 23 nov. 2022.

SAIULYS, Daniela **A fundadora da Poli Júnior (Empresa Júnior de Engenharia da USP) e da FEJESP (Federação das Empresas Juniores do Estado de São Paulo).** **Empresa Júnior** (BRASIL JÚNIOR) op. Disponível em: < cit.).<https://www.youtube.com/watch?v=XNmiAJ2smXY>> Acesso em: 18 set. 2022.

A INFLUÊNCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS NOS PROCESSOS DE GUARDA

Amanda Arruda Teixeira¹

Emmanuelli Carina de G M Soares²

RESUMO

A constitucionalização do Código Civil Brasileiro, com ajuda das normas constitucionais, nos trouxe uma série de evoluções no direito das famílias, entre elas, artigos que regem sobre a dissolução da união matrimonial, o direito sobre o exercício de guarda e o direito a convivência, que deve ser resguardado mediante a previsão do artigo 227 da Constituição Federal e do ECA. Este presente trabalho de curso, abordará as influências das medidas protetivas nos processos de guarda com o aspecto histórico e social do direito de família brasileiro, levando em consideração o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, utilizando-se da doutrina e da jurisprudência para conciliar a teoria à prática e ressaltando os conceitos utilizados na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) e no Código Civil (Lei nº 10.406/2002) para mostrar como resguardar o atendimento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente nos processos de guarda, quando ocorre a violência doméstica e familiar, tendo sido expedida medida protetivas, de afastamento do agressor, com relação a vítima.

Palavras-chave: Medidas protetivas. Violência doméstica. Guarda compartilhada. Atendimento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

ABSTRACT

THE INFLUENCE OF PROTECTIVE MEASURES ON CUSTODY PROCESSESABSTRACT

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: amanda.teixeira950@gmail.com

² Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: emmanuelli@unirn.edu.br

The constitutionalization of the Brazilian Civil Code, with the help of constitutional norms, brought us a series of evolutions in family law, among them, articles that govern the dissolution of the matrimonial union, the right to exercise custody and the right to coexistence, which must be protected by means of article 227 of the Federal Constitution and the ECA. This present course work will address the influences of protective measures in custody processes with the historical and social aspect of Brazilian family law, taking into account the principle of the best interest of the child and adolescent, using doctrine and jurisprudence to reconcile theory with practice and highlighting the concepts used in the Maria da Penha Law (Law No. 11,340/2006) and the Civil Code (Law No. 10,406/2002) to show how to safeguard compliance with the principle of the best interest of the child and of the adolescent in custody processes, when domestic and family violence occurs, and protective measures have been issued, removing the aggressor, in relation to the victim.

Keywords: Protective Measures. Domestic violence. Shared Guard. Compliance with the Principle of the Best Interest of the Child and Adolescent.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade que vivenciou o século XX é marcada pela presença do patriarcalismo e do conservadorismo, tais características se transmitiram para as leis da época que mostram a predominância do homem nas relações matrimoniais. O Código Civil de 1916, por sua vez, retrata a diferença dos direitos e deveres do homem e da mulher, demonstrando a total submissão da mulher perante a figura do seu marido em questões sobre o provimento da sua casa e sobre a criação dos seus filhos.

Nesta época, a mulher era considerada relativamente incapaz, vivendo à sombra do seu marido, não tendo a capacidade plena para exercer seus atos da vida civil. Apenas com a promulgação do Estatuto da Mulher Casada, no ano de 1962, as discriminações foram amenizadas e a isonomia começou a prevalecer nas relações, ainda assim, foi apenas com a Constituição Federal e com o Código Civil de 2002 que a isonomia virou um direito fundamental do homem e da mulher.

A guarda dos filhos também obteve uma evolução no decorrer dos anos, em

1916, o casamento quando dissolvido pelo desquite judicial, se observava a culpabilidade do cônjuge, devendo a guarda dos filhos ficarem com o cônjuge inocente ou se os dois forem culpados, a guarda dos filhos maiores de 6 anos era unilateral do pai, como era previsto nos artigos 325 e 326 do CC/16.³

Em 2002, surgiu com o novo código, a oportunidade da guarda compartilhada, que proporciona aos genitores uma participação compartilhada quanto às responsabilidades na vida de seus filhos, respeitando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Esta norma, retrata uma evolução do instituto da guarda compartilhada, visto que na vigência do Código Civil de 1916 as decisões judiciais sobre a guarda era preferencialmente unilateral e aplicada em favor da genitora. Esta posição foi relativizada, principalmente após a relativização da “culpa” na separação, que passou a ser uma realidade após a CF/88.

O Código Civil de 2002 sofreu modificações importantes em relação ao instituto da guarda. A Lei nº11.698/2008, que deu uma nova redação para o artigo 1.583, instituiu o poder da guarda compartilhada dos menores como uma opção do exercício de responsabilidade dos genitores, que estiverem em situação de separação, divórcio ou extinção de união estável. Por sua vez, a Lei nº 13.058/2014 trouxe uma especificação quanto ao exercício da guarda compartilhada, estabelecendo-a não mais como uma opção dentre as demais, mas como uma guarda preferencial, sendo aplicada como regra desde então.

Ademais, a sociedade isonômica dos dias atuais, ainda carece de melhorias, pois a violência contra a mulher é um marco recorrente, devido a este problema, cabe aos juristas saberem como conciliar a guarda dos filhos em um divórcio judicial litigioso agravado pela violência doméstica e como prevenir novos casos dessa epidemia social. Por isso, o intuito deste trabalho é analisar a legislação, a doutrina e a jurisprudência desmistificando os conceitos para assim, poder visualizar a aplicação prática das medidas protetivas nos processos de guarda.

2. A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA COM ENFOQUE NO PAPEL DA MULHER NA SOCIEDADE

³ Lei nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União de 5 de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071impressao.htm. Acesso em: 10 de jun. 2022.

2.1 CONTEXTUALIZAÇÕES HISTÓRICA

As medidas protetivas são um marco importante no direito à proteção as mulheres no Brasil, servem para amparar e proteger a vítima do agressor, mas não é de hoje que a mulher vem conquistando e impondo seus direitos na sociedade, por isso, para se entender sobre as medidas protetivas e seus efeitos no processo de guarda, é necessário realizar a análise dos direitos conquistados pelas mulheres ao longo dos anos, principalmente na área do direito das famílias.

Desde 1988, com a promulgação da Constituição Federal, a sociedade brasileira é regida pelo princípio fundamental da isonomia, onde os direitos e deveres tanto dos homens quando das mulheres devem ser elaborados de forma equitativa, mas nem sempre funcionou desse modo, os séculos XIX e XX são marcados até os dias atuais pela longa caminhada na evolução do direito das mulheres, onde direitos que hoje são considerados “normais” e “costumeiros”, precisaram de muita luta para serem conquistados.

2.2 O PAPEL DA MULHER SEGUNDO O CÓDIGO CIVIL DE 1916

O Código Civil de 1916 é a maior referência prática para se analisar os direitos conquistados pelas mulheres ao longo dos anos, que apesar de terem um grande avanço em comparação a outras épocas, ainda eram precários quando comparados aos direitos atuais. Vale ressaltar, que o contexto histórico do código de 1916 era a Primeira Guerra Mundial, marcada pela instabilidade econômica e social, cujos direitos previstos não podem ser considerados úteis nos dias atuais.

A sociedade predominantemente patriarcal do ano de 1916, mostra a figura do homem como o provedor da família e a figura da mulher como àquela responsável pela educação dos filhos e pelo zelo da moradia. Portanto, Código Civil vigente à época seguiria a mesma linha de raciocínio, em suas normas é possível verificar a incapacidade civil mulher e o marido como seu devido representante legal. Nos artigos 233 e 242 do referido código, podemos perceber a dependência da mulher até no exercício profissional, diferentemente dos dias atuais em que o trabalho é um direito fundamental de todos os cidadãos devidamente capazes.

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal.

Compete-lhe:

I. A representação legal da família.

II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial.

IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal.

Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido:

VII. Exercer profissão.⁴

Além de regular o exercício da profissão da mulher, o marido ainda tinha o poder de administrar os bens particulares da esposa, àqueles provenientes de herança ou doação. Este domínio do homem, em relação a mulher no regime matrimonial revela a construção social da submissão feminina, um fator relevante quando falamos em violência doméstica, visto que, na época, devido à grande influência do marido na vida de sua esposa, eram consideradas normais as penalizações pela desobediência.

2.3 ESTATUTO DA MULHER CASADA

Diante das evoluções sociológicas e com os direitos que começaram a ser adquiridos pelas mulheres, os legisladores começaram a elaborar leis que regulassem a independência feminina, entre elas, a de maior relevância para a época, é o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), onde alterou a redação dos artigos referentes ao poder da mulher no Código Civil, garantindo o poder de exercer profissão sem a anuência do marido, a ter o direito de custódia dos filhos em casos de desquite e a ter o poder de administrar seus bens particulares.

Este estatuto, foi criado com o propósito de acabar com a submissão da mulher e sua incapacidade relativa em relação aos atos da vida civil, as alterações feitas nos artigos, apesar de pequenas, geraram um grande avanço no direito feminino, fornecendo direitos e deveres a ambos os cônjuges que antes eram exclusivos do marido. A mulher solteira, por sua vez, não tinha quaisquer restrições sobre administrar seus bens ou sobre o seu direito de trabalhar, sendo esta conquista apenas da mulher casada. Em especial, o Estatuto da Mulher Casada⁵ revogou e alterou

⁴ **Lei nº 3.071, DE 1º de JANEIRO DE 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União de 5 de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071impressao.htm. Acesso em 10 de junho de 2022

⁵ **LEI Nº 4.121, DE 27 DE AGOSTO DE 1962.** Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Diário Oficial da União de 3 de setembro de 1962. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm. Acesso em 12 de junho de 2022

as normas do Código Civil referentes a submissão da mulher em relação ao seu marido, dando independência sobre os atos da vida civil.

2.4 LEI DO DIVORCIO

Apesar de todo o avanço ilustrado, o Estatuto da Mulher Casada foi omissivo nas alterações sobre o fim da união matrimonial, sendo este um direito conquistado apenas em 1977 com a chamada Lei do Divórcio, que regula a dissolução de todo o vínculo matrimonial existente, não se aplicando mais o desquite judicial. Com o advento desta lei, nasceu o direito de se construir uma nova família e um novo casamento após a separação judicial. De certa forma, esta lei aproximou os cônjuges da igualdade no tratamento, já que antes dela a mulher costumava ser recriminada e culpada pela separação devido ao machismo existente na época.

A Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), apesar de seu nome específico, não rege apenas sobre o referido instituto, mas redigiu sobre diversos institutos do direito de família, um grande marco foi a faculdade baseada na vontade da mulher em prevalecer com o sobrenome do marido após o divórcio, visto que, antes era obrigatório mesmo após o desquite. Esse direito decorre da identidade que o sobrenome gera no indivíduo, a exemplo disso, temos a atriz e modelo brasileira, Luiza Brunet, cujo sobrenome pertence ao seu ex-marido Gumerindo Brunet cuja relação perdurou de 1978 a 1984.

Art 17 - Vencida na ação de separação judicial (art. 5º " caput "), voltará a mulher a usar o nome de solteira.

(...)

§ 2º - Nos demais casos, caberá à mulher a opção pela conservação do nome de casada.

Art 18 - Vencedora na ação de separação judicial (art. 5º " caput "), poderá a mulher renunciar, a qualquer momento, o direito de usar o nome do marido.⁶

Esses períodos retratados mostram a realidade da mulher perante a sua família no século XX, abordando amplamente a submissão perante o seu marido e a sua convivência familiar. Anteriormente, foi retratado a evolução do direito das mulheres de modo comparativo com os dias atuais, por isso, é perceptível a mudança legislativa

⁶ **LEI Nº 6.515, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1977.** Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Diário Oficial da União de 27 de dezembro de 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em 26 de junho de 2022.

sobre o assunto no decorrer dos anos, abordando cada vez mais a inclusão da mulher na sociedade.

2.5 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

A promulgação da Constituição Federal de 1988, veio após o contexto da ditadura militar e trouxe normas inclusivas gerando uma nova visão para o direito brasileiro, principalmente pela garantia da igualdade jurídica entre homens e mulheres em seu art. 5º, levando a criação do princípio norteador do direito constitucional brasileiro, 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.

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.⁷

O referido princípio, garantiu a igualdade entre os gêneros, acabando de vez, legislativamente, com qualquer desigualdade existente entre eles. Na esfera familiar, a mulher passou a ter um poder igualitário ao do homem, compartilhando dos mesmos direitos e deveres sobre seus filhos, seus bens, sua moradia e principalmente sobre sua liberdade. A partir deste princípio, o pátrio poder se tornou o poder familiar, trazendo a responsabilidade da família para ambos os genitores.

Nesse sentido, Tartuce em seu livro Manual de Direito Civil (p. 2712, 2022), afirma que:

Diante do reconhecimento dessa igualdade, como exemplo prático, o marido ou companheiro pode pleitear alimentos da mulher ou companheira, ou mesmo vice-versa. Além disso, um pode utilizar o nome do outro livremente, conforme convenção das partes (art.1.565, § 1.º, do CC).⁸

Uma grande mudança que a Constituição realizou no direito de família, foi o reconhecimento da união estável como entidade familiar, prevista no artigo 226, §3º,

⁷ **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. 05 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01 de julho de 2022.

⁸ TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 12ª ed. – Rio de Janeiro, Forense, METODO, 2022.

gerando uma garantia para aqueles que apesar de constituírem família, não eram casados civilmente, este advento garantiu a divisão de bens entre o casal e garantiu todos os direitos advindos do divórcio como se casados fossem.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.⁹

Outrossim, a Constituição Federal reformou o conceito de família, trazendo novas abordagens e reconhecendo diversas formas de uniões familiares, entre elas as famílias advindas da união estável e as famílias monoparentais. A família monoparental trouxe a independência da mulher em suas relações, colocando-a como chefe da sua própria família após o divórcio ou em casos que a união matrimonial não chegou a ocorrer. Outras formas de famílias, a exemplo da família homoafetiva, surgiram através do ativismo judicial e da hermenêutica constitucional das normas cíveis que versam sobre o direito de família, por meio do julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, ambos em 2011.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.¹⁰

Em casos de divórcio, a família matrimonial se transforma em duas famílias monoparentais, fazendo com que os casais divorciados compartilhem entre si a guarda dos filhos menores. O instituto da guarda, previsto no código civil de 1916 era conhecido de um modo diferente do que conhecemos nos dias atuais, nele instituto jurídico utilizado era o da custódia dos filhos, que ficava com o cônjuge inocente na separação, ou seja, aquele que não foi o culpado pela dissolução da sociedade conjugal, como diz o art. 326 do referido código:

Art. 326. Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.
§ 1º Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua

⁹ **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. 05 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01 de julho de 2022.

¹⁰ **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. 05 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01 de julho de 2022.

companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos.
 § 2º Os filhos maiores de seis anos serão entregues à guarda do pai.¹¹

No Código Civil de 2002, o princípio da isonomia foi respeitado em seus artigos, não colocando a mulher em um contexto de submissão nem seguindo em rumo ao patriarcado, um grande exemplo é o divórcio e a guarda dos filhos após o divórcio, que visa respeitar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e da igualdade entre os cônjuges, não levando em consideração a conduta de cada um na separação.

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 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.¹²

Destarte, é possível perceber que a submissão feminina perante o homem, regulada pelo Código Civil de 1916, trouxe uma denominação de que a mulher é um ser relativamente incapaz, porém, com os direitos conquistados pelas mulheres ao longo dos anos, estamos chegando cada vez mais perto da aplicação prática do princípio da isonomia, que apesar de ser um direito fundamental na teoria, não é aplicado como deveria, visto que, mulheres continuam a ser submissas perante seus maridos, pais e até mesmo seus irmãos, o que acaba por deixá-los tendo um poder maior sobre elas, favorecendo a ocorrência da violência doméstica.

3. AS PRERROGATIVAS DO PODER FAMILIAR

3.1 O PATRIO PODER

Como já visto anteriormente, a vigência do Código Civil de 1916 trouxe consigo o conceito de pátrio poder, ou seja, o poder familiar seria exercido tão somente pelo pai de família, que tinha as prerrogativas de provedor da casa e definir como sua prole seria criada e educada. Sua esposa, mãe dos seus filhos, por sua vez,

¹¹ **LEI Nº 3.071, DE 1º de JANEIRO DE 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União de 5 de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071imprensa.htm. Acesso em 10 de junho de 2022.

¹² **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 15 de junho de 2022.

tinha apenas a função de auxiliar no exercício deste poder, que em sua ausência, deveria aplicar e obedecer todas as regras impostas por seu marido. Nos artigos 233 e 240 do Código de 1916, dispõe a previsão do pátrio poder, que impõe, legislativamente, a mulher como submissa ao seu marido, assumindo a condição de companheira e colaboradora nos encargos da família.

Conforme os anos foram passando, a mulher conseguiu cada vez mais se impor perante a sociedade conquistando seus direitos. Desta forma, houveram mudanças significativas com a promulgação do Estatuto da mulher casada, que modificou o artigo 380 do Código Civil de 1916, ampliando o conceito de pátrio poder para poder familiar, onde ambos os pais devem colaborar entre si para definir o futuro de seus filhos, o que não ocorreu na prática pois apesar da evolução deste conceito, o poder familiar não era aplicado a ambos em sua totalidade, visto que, em qualquer divergência sobre alguma decisão prevaleceria a decisão do pai, tendo a mãe o exercício deste poder somente nos casos da ausência do pai.

Este referido instituto, basicamente, serviu para dar um lugar de fala a mulher em suas decisões familiares, mas não dava a elas o poder de contestar as decisões do pai imediatamente. A contestação do pátrio poder, só poderia ser realizada por via judicial, de forma demorada e burocrática, por isso, a visão de poder familiar que demonstrava ser um grande avanço no direito das mulheres, foi deixada de lado tendo em vista a tamanha dificuldade de se impor.

Art. 380. Durante o casamento, compete o pátrio poder aos pais, exercendo o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência (BRASIL, 1916).¹³

Ressalta-se que o fato da mulher ter uma chance de contestar judicialmente o poder do pai dos seus filhos, era um enorme avanço para a época, visto que anteriormente, o poder da genitora só era exercido plenamente no caso de falecimento do genitor. Diante disso, apesar de um direito precário, o Estatuto da Mulher Casada deu esperanças para a mulher que optava a não ser submissa ao pai dos seus filhos.

¹³ **LEI Nº 3.071, DE 1º de JANEIRO DE 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União de 5 de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071impressao.htm. Acesso em 10 de junho de 2022

Apenas com a Constituição Federal de 1988, com a aplicação do princípio da isonomia no direito brasileiro, a mulher passou a ter os mesmos direitos e deveres que o pai de seus filhos. Dessa forma, foi estabelecido o fim do pátrio poder, dando início ao poder familiar, que é disciplinado pelo CC/02, sendo aplicado de forma integral e justa. Nos dias atuais, pode-se dizer que esta norma obteve sucesso na sua aplicação apesar de algumas ressalvas, visto que, existem mulheres em relacionamentos abusivos que não conseguem se impor diante das decisões proferidas por seus maridos.

Art. 299. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade¹⁴

Não obstante, o fato do poder familiar ser exercido por ambos os genitores, devido a evolução legislativa do direito de família e do direito brasileiro, demonstra a aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, em que a decisão que melhor beneficiar o menor será aplicada, dando total integralidade a genitora e o genitor em contestar a opinião um do outro, gerando um debate sobre a criação da criança e/ou do adolescente até se chegar em um consenso que beneficie todas as partes envolvidas.

3.2 O CONCEITO DE PODER FAMILIAR

O poder familiar é definido, segundo Maria Helena Diniz, como:

“um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho”.¹⁵

Com base neste conceito, pode-se perceber a igualdade entre os genitores nas prerrogativas do poder familiar, afastando em qualquer hipótese o patriarcalismo e a hierarquia entre eles. Para este conceito ser melhor aplicado, existem dois princípios que estão implícitos: o princípio de igualdade entre os cônjuges e companheiros (art.

¹⁴ **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. 05 de outubro de 1988.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01 de julho de 2022.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. 33ª ed. – São Paulo, Saraiva, 2018.

226, parágrafo 5º da CF/88 e art. 1511 do CC/02) e o princípio da igualdade entre os filhos (art. 227, parágrafo 6º da CF/88 e art. 1596 do CC/02).

O princípio da igualdade entre os filhos, é necessário pois estabelece os mesmos direitos e deveres aos filhos gerados, durante ou não, o casamento e aos filhos adotados sem qualquer tipo discriminação entre eles, garantindo a aplicação prática do princípio da isonomia e evitando quaisquer desavenças entre os filhos legítimos e legitimados.

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.¹⁶

Nesta mesma linha de raciocínio, o princípio da igualdade entre os cônjuges e companheiros, extinguiu o pátrio poder, dando a ambos os cônjuges os mesmos direitos e deveres em relação a família, sem qualquer submissão ou discriminação entre eles, respeitando o princípio da isonomia.

Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.¹⁷

Tendo em vista os aspectos observados, o poder familiar é uma evolução legislativa do pátrio poder, visto que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 o respeito e a igualdade devem prevalecer em qualquer norma e em qualquer relação, sejam os filhos legítimos ou legitimados, marido ou esposa, homens ou mulheres. Por fim, o objetivo deste conceito é garantir o melhor interesse do menor, seja com seus deveres ou obrigações, para que ao crescer, tenham as melhores oportunidades possíveis.

3.3 AS PRERROGATIVAS DO PODER FAMILIAR

Como visto anteriormente, o poder familiar deve ser exercido por ambos os

¹⁶ **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 25 jul. 2022

¹⁷ **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 25 jul. 2022

genitores da prole, atribuindo assim a incumbência de garantir o respeito aos seus direitos e deveres, por isso, os pais a partir do nascimento, são os responsáveis por educar, alimentar, proteger, cuidar e dar assistência a seus filhos, totalmente ou parcialmente incapazes, para que assim, eles consigam se tornar seres adultos responsáveis. Diante disso, a constituição prevê expressamente as prerrogativas do poder familiar no artigo 227, que assim dispõe:

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.¹⁸

O art. 1634 do Código Civil de 2002¹⁹, alterado pela lei 13.058/14, também traz as prerrogativas do poder familiar, onde estão listados os direitos e deveres dos genitores para com os filhos, garantindo-lhes toda a assistência devida. Nele, entende-se que os genitores são as pessoas mais adequadas para educar e cuidar da prole, independente da relação conjugal, mas em alguns casos, é possível situações em que os genitores não sejam as pessoas mais adequadas para exercer essas prerrogativas.

Diante do exposto acima, pode-se concluir que o poder familiar objetiva o cuidado dos pais para com o seu filho, de forma a garantir a aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, fazendo com que o menor tenha seus direitos garantidos e resguardados durante a perduração desse poder. Por isso, esse direito é inalienável, pois só pode ser conferido a um terceiro via decisão judicial, é irrenunciável, pois os genitores não podem se abster de garantir esses direitos tendo em vista a fragilidade do menor, e também é um direito imprescritível, visto que os pais só param de exercer após a prole se tornar um adulto maior de 18 anos ou ser um menor emancipado.

3.4 A EXTINÇÃO, A SUSPENSÃO E A PERDA DO PODER FAMILIAR

¹⁸ **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. 05 de outubro de 1988.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

¹⁹ **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 25 jul. 2022

O poder familiar, precisa de responsabilidade e atenção do genitor para ser aplicado, por isso, assim como todo e qualquer direito previsto na legislação brasileira, apesar de ser imprescritível, inalienável e irrenunciável pode sofrer sanções quando não manejado da maneira correta. Tais sanções servem para perder, extinguir, ou suspender o poder familiar como uma forma de punição para o genitor e uma forma de proteção para o menor.

3.4.1 A SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR

A suspensão do poder familiar, é uma forma de punição aplicada aos genitores, que mediante decisão judicial transitada em julgado, eles têm o seu direito ao poder suspenso por um certo lapso temporal, até que se entenda que os interesses e a segurança do menor não estão sendo prejudicados pelas atitudes do genitor. A suspensão, tem previsão legal no artigo 1.637 do CC/02, que conta com um rol taxativo de hipóteses em que a suspensão deve ocorrer.

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.²⁰

A outra hipótese, descrita no parágrafo único do referido artigo, demonstra que o genitor condenado por um crime cuja pena seja superior a 2 anos de prisão, ele terá seu direito ao poder familiar suspenso. Esta medida é tomada, pois a partir do momento em que o genitor cumpre pena privativa de liberdade, ele não tem condições de participar diretamente na vida da criança, devendo esse poder passar para o outro genitor, ou para um terceiro familiar, que tenha plenas condições de criar o menor.

Para Maria Berenice Dias, a suspensão do poder familiar pode ser total ou parcial, como assim dispõe:

“A suspensão do poder familiar é medida menos grave, tanto que se sujeita a

²⁰ **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 25 jul 2022

revisão. Superadas as causas que a provocaram, pode ser cancelada sempre que a convivência familiar atender ao interesse dos filhos. A suspensão é facultativa, podendo o juiz deixar de aplicá-la. Pode ser decretada com referência a um único filho e não a toda a prole. Também pode abranger apenas algumas prerrogativas do poder familiar. Por exemplo, em caso de má gestão dos bens dos menores, é possível somente afastar o genitor da sua administração, permanecendo com os demais encargos”.²¹

Com base nisso, pode-se concluir que a suspensão do poder familiar é uma medida temporária e pouco gravídica, podendo ser aplicada total ou parcialmente a depender do caso. Como qualquer punição, a suspensão só pode ser aplicada mediante decisão judicial transitada em julgado, ficando a critério do juiz analisar o caso e verificar a melhor forma em que será aplicada. Da mesma forma em que o juiz aplica a punição, fica a seu critério interromper a punição quando verificar que as atitudes do genitor não mais afetarão o menor.

3.4.2 A PERDA DO PODER FAMILIAR

Por outro lado, a perda do poder familiar é uma medida mais grave aplicada pelo juiz, que deve mediante sentença judicial transitada em julgado ser aplicada de forma imediata. A previsão deste instituto está no artigo 1638 do Código Civil atual em um rol taxativo.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
 I - castigar imoderadamente o filho;
 II - deixar o filho em abandono;
 III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
 IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.
 V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.
 (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)
 Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que:
 (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)
 I - praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar:
 (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)
 a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)
 b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)
 II - praticar contra filho, filha ou outro descendente: (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)²²

²¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 15 ed. - São Paulo, Editora juspodium, 2022.

²² **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União de 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 25 jul. 2022

- a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018)
- b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão. (Incluído pela Lei nº 13.715, de 2018).²³

O artigo acima expõe parcialmente a resolução para a problemática deste trabalho, trazendo a perda do poder familiar para aquele que pratique violência doméstica contra o detentor de igual poder familiar. Parece uma resolução simples para que a vítima de violência doméstica não entregue seu filho para a pessoa que fez da sua vida um verdadeiro inferno, mas a prática desse dispositivo não funciona dessa maneira. Na jurisprudência a seguir, é possível ver um caso prático favorável em que o agressor não obteve êxito ao tentar recuperar o poder familiar.

RECLAMAÇÃO CRIMINAL RECEBIDA COMO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FUNGIBILIDADE RECURSAL. MEDIDAS PROTETIVAS. CARÁTER CÍVEL. PERDA PARCIAL DO OBJETO. AUSÊNCIA DE INTERESSE. CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIALIZADO. MÉRITO. GUARDA UNILATERAL. CABIMENTO. DECISÃO MANTIDA. 1.

Diante da discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do instrumento processual cabível para impugnar decisões proferidas pelo Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher ao deferir medidas protetivas com caráter cível, é o caso de aplicação do Princípio da Fungibilidade para conhecimento da Reclamação Criminal nesta Turma Cível como recurso de Agravo de Instrumento, após declinação da Turma Criminal respectiva. 2. Diante do caráter multifacetado das relações humanas e considerando o imbricado de relações jurídicas afetadas pela situação de violência, é inconteste que o Juizado Especializado de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher possui competência híbrida: tanto criminal, quanto cível, inclusive para discutir questões afetas à prole quando presente o contexto de violência familiar contra a genitora. 3. Seguindo a diretriz estampada no artigo 227 da Constituição Federal, todo e qualquer litígio envolvendo a guarda de filho menor ou incapaz deve ser solucionado sempre no interesse deste, sendo imperioso lhe assegurar um convívio social digno e favorável ao seu desenvolvimento. 3.1 Além do contexto familiar de violência contra a genitora dos menores, resta evidentemente ausente o requisito da convivência harmônica entre os genitores, fato que inviabiliza o diálogo saudável esperado no cotidiano das guardas compartilhadas, sendo o caso de fixação da guarda unilateral provisória em face da genitora. 4. Reclamação Criminal recebida como Agravo de Instrumento. Recurso parcialmente conhecido e, na parte conhecida, não provido.

(TJ-DF 07208908320198070000 DF 0720890-83.2019.8.07.0000, Relator: EUSTÁQUIO DE CASTRO, Data de Julgamento: 29/10/2020, 8ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no PJe: 13/11/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)²⁴

²³ **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 25 jul. 2022

²⁴ TJ-DF 07208908320198070000 DF 0720890-83.2019.8.07.0000, Relator: EUSTÁQUIO DE

Mas, apesar disso, existem casos em que a mulher, por medo, decide não processar seu agressor na área criminal, nestes casos, a perda do poder familiar não se torna uma opção para o juiz, pois não há como se comprovar a violência, ainda assim, o delegado pode instituir as medidas protetivas necessárias para o caso, onde uma medida de distanciamento mínimo pode colidir com o instituto da guarda compartilhada, como será visto mais à frente.

Diante disso, a perda do poder familiar ocorre após o trâmite do devido processo legal, tendo os genitores o pleno exercício da ampla defesa. A legitimidade de promover esta ação cabe a qualquer pessoa interessada, até mesmo o Ministério Público, sendo competência das Varas de Infância e Juventude.

No entanto, pode-se perceber que a perda do poder familiar, é dado em face da prática de uma conduta dolosa, nos casos de crimes contra a vida, a integridade física e a integridade sexual de alguém ou por uma conduta culposa como pode ocorrer nos casos de maus tratos. Dessa forma, cabe ao juiz analisar e verificar a veracidade das informações prestadas, a gravidade delas e assim, tomar a melhor decisão com base no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

3.4.3 A EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

Apesar do nome do instituto assustar os leigos, não necessariamente a previsão legal se tratará de algum de extrema gravidade, como nos outros dois institutos. Este instituto se trata da extinção dos direitos e deveres dos genitores com suas respectivas proles, grande parte das motivações são causas naturais que ocorrerá, sem exceção, a todos que detém o poder familiar. A extinção do poder familiar está previsto no artigo 1635 do Código Civil de 2002, e prevê o seguinte:

Art.1635.Extingue-se o poder familiar:
 I - Pela morte dos pais ou do filho;
 II - Pela emancipação, nos termos do art. 5o, parágrafo único;
 III - pela maioridade;
 IV - Pela adoção;
 V - Por decisão judicial, na forma do artigo 1.638²⁵

CASTRO, Data de Julgamento: 29/10/2020, 8ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no PJe :13/11/2020 .
 Pág.: Sem Página Cadastrada

²⁵ **LEI Nº 10.406 DE 10 DE JANEIRO DE 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União de 11 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 29 jul. 2022.

As motivações naturais como a morte dos pais ou do filho e a maioridade, ocorrem em todos os casos em que se existe uma união familiar, nele mostra a interrupção do poder dos pais perante seus filhos. Mas, existem alguns casos que podem ser aplicados por meio de uma faculdade como a emancipação do menor, onde a lei já entende que mesmo sem a idade que define a capacidade plena, ele está apto a realizar todos os atos da vida civil. A adoção, um ponto mais delicado, ocorre grande parte por uma escolha dos pais, que ao não ter condições de criar o menor, faz a escolha de entregá-la a uma família que ofereça as condições dignas.

Dado o exposto, essas medidas são exemplos de casos em que os genitores estão sujeitos a perder, mesmo que temporariamente, o direito ao poder familiar dos seus filhos. Alguns casos mediante a forma dolosa ou culposa, já outros, serão uma consequência da vida, mas todos seguirão a mesma linha de raciocínio, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e da proteção integral.

3.5 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Os princípios são um elemento basilar para a aplicação e o estudo de qualquer área do direito, eles devem ser respeitados mesmo que estejam implícitos nas normas, no direito de família não seria diferente, a utilização dos princípios devem prevalecer pois eles visam a melhor aplicação das normas, desta forma, é preciso saber um pouco mais sobre o princípio norteador dos processos de guarda.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é o mais importante dentre tantos princípios aplicáveis no direito de família, ele aborda que na separação, deve prevalecer os interesses do menor sobre os interesses dos pais. Este princípio, implícito no art. 227, caput, da CF/88, é regulador não só dos processos de guarda, mas da relação familiar e extrafamiliar como um todo, diminuindo os casos de abandono parental e afetivo dos genitores com seus filhos.

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.²⁶

²⁶ **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. 05 de outubro de 1988.

Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso: 27 jul. 2022.

Tais interesses, regulados no art. citado anteriormente, visam garantir os direitos fundamentais da criança e do adolescente, visto que, os menores são constantemente encontrados vivendo em total descaso com a previsão legal brasileira. Nos processos de guarda, no entanto, por haver conflitos entre os pais sobre os bens materiais em processos litigiosos, a criança/o adolescente acaba por ser deixado de lado nos interesses de seus guardiões.

Deste modo, o Código Civil, prevê expressamente quais medidas tomar quando este interesse não estiver sendo respeitado e os genitores atuarem com total imprudência e negligência. O art. 1.584 do CC, dá total direito ao juiz de exercer seu poder de impor a guarda a um terceiro, de preferência um parente, se ele verificar que o filho não deve permanecer sobre a guarda dos pais, tal regra demonstra que nem sempre o melhor para o menor é estar sob a guarda dos genitores, devendo também respeitar a decisão e vontade de cada um. Ademais, ainda que o genitor não possua o direito a guarda, existe a possibilidade do direito a convivência, que gera o direito do genitor estar com os filhos em dias predeterminados.

4. O PODER FAMILIAR E OS PROCESSOS DE GUARDA

O Século XXI, marcado pela mudança nas relações pessoais por meio da tecnologia, trazendo uma procura vasta pela rapidez e pela praticidade dos atos praticados, logo, as relações amorosas se tonaram, em grande parte, rápidas e superficiais, gerando inúmeros conflitos entre as partes no decorrer em que se desmancham. Mas, não é novidade de que nos dias atuais, tornou-se normal o nascimento dos frutos da relação sem o compromisso do casamento, gerando dúvidas em como proceder com a criação dos filhos, por isso, o instituto da guarda foi criado com a função de regular a criação do menor cujo os pais não desfrutaram de uma relação amorosa.

O processo de guarda, no entanto, acaba sendo doloroso tanto para os pais quando para os filhos, em meio a tantas discussões e desavenças. Por isso, o direito de família tende a se adaptar constantemente para atender a evolução da sociedade nas relações familiares. Tais adaptações foram o estopim para a criação de diversas correntes doutrinárias que visam garantir os direitos e a proteção para os filhos menores em meio a ruptura conjugal dos pais, de uma forma que mantenha a

continuidade da relação da prole com ambos os genitores garantindo que eles participem ativamente na vida de seus filhos.

Diante disso, o instituto da guarda compartilhada, alterado pela lei 13.058/14, é aplicado, via de regra, com o intuito de preservar o menor dos conflitos gerados pelos seus pais, de uma forma que eles participem ativamente do crescimento e da formação de cada um. Tal lei alterou os dispositivos 1583, 1584, 1585 e 1634 do Código Civil de 2002 dando a preferência deste instituto dentre os demais, deixando os outros serem aplicados de forma subsidiária desde que respeitando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Apesar do intuito da guarda compartilhada ter surgido para atender a evolução da sociedade e, sobretudo, das relações familiares, ainda encontram-se obstáculos para a sua concessão, seja pelo desconhecimento dos genitores sobre o instituto, seja pelo litígio entre os genitores após a ruptura conjugal, ou, até mesmo, pela falta de mudanças na mentalidade dos interpretes da lei. Portanto, o intuito deste capítulo é desmistificar a utilização da guarda em diferentes casos, demonstrando o funcionamento do poder familiar em cada um dos institutos.

4.1 CONCEITO

O exercício da guarda da criança e do adolescente conferido aos pais, onde gera o poder-dever de proteger e cuidar a prole é considerado um grande exemplo do exercício do poder familiar. Nesse sentido, o artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que:

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. § 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§ 4º —Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação

específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.²⁷

Nesse sentido, para ser aplicado o poder-dever da guarda, é necessário buscar o instituto que mais se adequa ao caso concreto, de modo em que gere o maior número de benefícios para os pais e para o menor. O poder familiar, por sua vez, pode ser restringido a depender de qual tipo de guarda for aplicado, diante disso, a seguir constará as espécies de guarda prevista no direito brasileiro e a funcionalidade do poder familiar mediante a aplicação de cada uma delas.

4.2 GUARDA UNILATERAL

A guarda unilateral ocorre, quando por consenso dos genitores ou decretada pelo juiz, a competência do poder familiar será exercida por ambos, apesar do genitor guardião tomar as decisões de forma autônoma, cabendo ao outro genitor o mero direito de supervisão, fiscalização e o direito a convivência com o menor por meio da regulamentação de visitas, vale ressaltar, que esta modalidade não gera a isenção de dever da contribuição com a pensão alimentícia.

Esta modalidade está prevista no §1º do artigo 1.583 e no artigo 1.589 do Código Civil vigente, que traz sua definição e suas prerrogativas relacionadas ao direito de visitas.

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.

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.²⁸

Salienta-se que a guarda unilateral só deve ser aplicada quando todas as possibilidades da aplicação da guarda compartilhada houverem sido esgotadas, visto que, a guarda compartilhada é o instituto que maior atende os interesses dos pais e do menor, gerando a participação e a convivência com ambos os genitores.

²⁷ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília; 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 05 de out. 2022.

²⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 nov. 2022.

4.3 GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada é dentre as modalidades, a mais aplicada no direito brasileiro, onde o poder familiar é concedido a ambos os genitores, de um modo que eles, mesmo separados, consigam participar ativamente da vida do filho. Sua aplicação é realizada por meio do consenso nas decisões dos pais ou por entendimento do juiz, se assim entender ser mais benéfico, por isso, seu conceito é o mais se aproxima do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA. A redação atual do artigo 1.584, § 2º Código Civil (introduzido pela Lei 13.058/14) dispõe que a guarda compartilhada é a regra há ser aplicada, mesmo em caso de dissenso entre o casal, somente não se aplicando na hipótese de inaptidão por um dos genitores ao exercício do poder familiar ou quando algum dos pais expressamente declarar o desinteresse em exercer a guarda. Caso em que a guarda compartilhada vai regulamentada, mas o regime de convivência entre pai e filha continua sendo o regime vigente, fixada residência habitual materna. DERAM PROVIMENTO (Agravo de Instrumento Nº 70064723307, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 25/06/2015).

(TJ-RS - AI: 70064723307 RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Data de Julgamento: 25/06/2015, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/07/2015)²⁹

Nesta modalidade, apesar do nome, a criança ou o adolescente deve residir com o genitor que apresente as melhores condições de criação, sendo facultado ao outro, o planejamento prévio de como irá exercer as prerrogativas do poder familiar. Por isso, segundo o artigo 1.583 §2º, este instituto gera a melhor aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, dividindo o tempo de convívio entre ambos os cônjuges e gerando a responsabilidade para ambos dos direitos e deveres para com a criança.

Destarte, a guarda compartilhada vem sendo cada vez mais aceita pela jurisprudência e pela doutrina, sendo aplicada de ofício ou por acordo das partes, tendo êxito na prática. Este modelo vem beneficiando crianças e adolescentes a terem a participação ativa de ambos os pais em sua vida e ao mesmo tempo, os pais não ficam com todo o encargo da criação dos filhos, por isso, a tendência é cada vez mais juristas aplicarem esta modalidade com frequência.

²⁹ (TJ-RS - AI: 70064723307 RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Data de Julgamento: 25/06/2015, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/07/2015)

4.4 GUARDA ALTERNADA

A guarda alternada, um conceito doutrinário, muito se confunde com a guarda compartilhada, mas seus conceitos são completamente distintos. Enquanto na guarda compartilhada, ambos os genitores gozam simultaneamente do poder familiar, a guarda alternada estabelece mediante consenso, que a guarda é exclusiva daquele que estiver, por tempo determinado, cuidando do seu filho. Sendo assim, ela alternará entre os genitores da forma que melhor atenderem seus interesses. Devido ao conceito, esta modalidade não é muito aplicada na prática, pois a criança vira uma espécie de “nômade” entre a casa dos pais podendo haver qualquer tipo de rejeição ao lar.

Maria Berenice Dias assegura que:

(...) guarda alternada: modalidade de guarda unilateral ou monoparental, caracterizada pelo desempenho exclusivo da guarda, segundo um período predeterminado, que pode ser anual, semestral, mensal ou outros. Essa modalidade de guarda não se encontra disciplinada na legislação Brasileira e nada tem a ver com a guarda compartilhada, que se caracteriza pela constituição de famílias multinucleares, nas quais os filhos desfrutam de dois lares, em harmonia, estimulando a manutenção de vínculos afetivos e de responsabilidades, primordiais à saúde biopsíquica das crianças e dos jovens.(DIAS, 2011, p.528).³⁰

Este modelo, é muito aplicado em situações que os pais do menor moram em regiões distintas, por isso, essa é a solução para que o menor conviva com os dois genitores, mesmo que de forma periódica.

4.5 A DIFERENÇA ENTRE A GUARDA E O DIREITO A CONVIVÊNCIA

Como visto anteriormente, o direito a guarda e a convivência está relacionado ao exercício do poder familiar dos genitores. No entanto, o direito a convivência, previsto no artigo 1.589 do Código Civil de 2002, garante ao genitor que não detém a guarda, ou a quem requeira, de realizar visitas periódicas ao menor no intuito de garantir o contato do menor com sua família. Este direito, pode ser fixado pelo juiz ou a requerimento das partes se entenderem que contribui com o menor interesse da criança e/ou do adolescente.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 15 ed. - São Paulo, Editora juspodium, 2022.

5. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: SUAS CONSEQUÊNCIAS E LIMITAÇÕES NOS PROCESSOS DE GUARDA

5.1 CONCEITO

A violência doméstica é toda ação ou omissão de caráter abusivo que gere um abalo moral, físico ou patrimonial a mulher, cometido por um ente de seu convívio íntimo. Considerada como uma violação dos direitos humanos, esta modalidade de violência, segundo o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, acumulou mais de 31 mil denúncias entre janeiro a julho de 2022.

Sua definição legal, encontra-se no artigo 5º da Lei 11.340/06, intitulada como Lei Maria da Penha, que enuncia as modalidades e ocasiões em que a violência doméstica ocorre.

Art. 5º 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:

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.³¹

Diante deste conceito e dos dados estatísticos acima mencionados, a evolução do direito das mulheres garantiu a punição aos seus agressores e uma forma de proteção para as vítimas, este avanço significativo decorreu da adoção de tratados internacionais em nosso ordenamento jurídico, a exemplo da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que garantiu a aplicação do princípio da isonomia e a aplicação de medidas preventivas e punitivas em face a discriminação da mulher.

Todavia, após toda a evolução legislativa do direito das mulheres, as estatísticas da violência doméstica são cada vez mais assustadoras, de modo que, a dificuldade em sair do relacionamento abusivo acaba por trazer consequências

³¹ BRASIL. Lei 11.340/2006. Dispõe sobre a violência doméstica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm<<http://>. Acesso em 4 de out. 2022.

irreparáveis para a mulher e seu filho. Dessa forma, a vítima quando casada com o agressor, geralmente opta por não denunciá-lo visando a garantia da criação de seu filho, porém, nos casos em que a denúncia ocorre, é preciso verificar como ficará a educação da criança no exercício da guarda, tendo em vista que após a denúncia, quando o agressor não é preso, existirão medidas protetivas que visam restringir os atos do agressor, impedindo-o de participar ativamente da vida do seu filho.

Para se entender melhor como funciona o processo de guarda enquanto os genitores estão em meio a um processo discutindo a violência doméstica, é necessário estudar as modalidades de violência e suas consequências penais na vida do agressor, entendendo como ficará a situação da criança perante o caso.

5.2 AS MODALIDADES DE VIOLÊNCIA

Utilizando como base o texto da Lei Maria da Penha para se obter a conceituação das modalidades de violência, é encontrado cinco modalidades diferentes em que a violência doméstica pode ocorrer. A primeira modalidade é a violência física, que ocorre quando o agressor utiliza de sua força física ou de objetos perfuro-cortantes para lesionar a vítima, seja por meio de tapas, empurrões, chutes e até mesmo mordidas. O artigo 7º, I, da Lei Maria da Penha conceitua a violência física como:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

A segunda modalidade, denominada como violência psicológica, ocorre quando por meio de palavras, a mulher é desmoralizada, afetando sua autoestima e em casos mais graves, causando ansiedade e depressão. A violência psicológica, em alguns casos, chega a ser mais grave que a física, pois afeta o intelecto da mulher que acaba sem ter forças para sair da relação gerando dependência e submissão. O artigo 7º, II, da Lei Maria da Penha assim dispõe:

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;

A terceira modalidade aborda sobre a violência sexual, que ao contrário do que muitos pensam, não se resume apenas ao estupro. A violência sexual existe desde o impedimento do uso de métodos contraceptivos até a ameaça para a realização do ato sexual. Esta modalidade é propícia a gerar traumas físicos e psicológicos a mulher, e em alguns casos, até a gravidez indesejada. O artigo 7º, III, da Lei Maria da Penha dispõe que:

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;

A quarta modalidade diz respeito a violência patrimonial, que é configurada por qualquer ato atentatório aos objetos pertencentes a mulher, sua previsão legal está no artigo 7º, IV, da Lei Maria da Penha, que assim dispõe:

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;

A quinta, e última, modalidade de violência doméstica é a violência moral, onde o agressor que pratique qualquer dos crimes contra a honra no contexto da violência doméstica, deverá ser punido. A previsão legal desta modalidade está no artigo 7º, V, da Lei Maria da Penha.

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Diante do exposto, a violência doméstica pode ser manifestar de diversas formas, cabe ao legislador interpretar o caso concreto e entender qual forma de violência foi praticada e se ela se enquadra nos requisitos da violência doméstica, para

assim poder resolver a situação da melhor maneira possível.

5.3 AS CONSEQUENCIAS JURÍDICAS PARA O AGRESSOR

As medidas protetivas se consagram como as mais eficazes consequências para o agressor, visto que, é uma medida punitiva que o Estado aplica visando beneficiar e proteger a vítima da violência doméstica, garantindo seus direitos fundamentais. Diante disso, a previsão legal das medidas protetivas está na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), que prevê normas garantidoras de proteção à mulher vulnerável e normas punitivas ao agressor.

A punição do agressor, ocorre após a denúncia da vítima, onde o delegado irá verificar o caso concreto e aplicar as medidas eficazes em busca de evitar a persistência da violência. Dentre as medidas previstas no artigo 22 da Lei 11.340/06, a principal medida a ser tomada é a proibição de condutas, entre elas, a distância mínima entre o agressor e a vítima, que englobará a sua residência, a residência de seus familiares e o local de trabalho. Caso o agressor desrespeite as medidas aplicadas, a previsão legal garante a prisão em flagrante do agressor.

A proteção a vítima, por sua vez, é realizada pelo encaminhamento a casas de apoio em endereço desconhecido, nela, a vítima pode residir até se encontrar pronta para retornar a sociedade, onde a lei irá garantir todas as formas de reconstruir a sua vida longe de seu agressor.

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:
I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;
II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;
III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;
IV - determinar a separação de corpos.
V - determinar a matrícula dos dependentes da ofendida em instituição de educação básica mais próxima do seu domicílio, ou a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga.³²

Com base em todas as medidas aplicadas elencadas na lei, percebe-se a gravidade da violência doméstica. Ocorre que este crime já foi tratado como um crime

³² BRASIL. Lei 11.340/2006. Dispõe sobre a violência doméstica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm<<http://>. Acesso em 4 de out. 2022.

de menor potencial ofensivo, sendo julgado pelos juizados especiais, mas após as devidas providências, hoje ele é tratado pela vara criminal e a depender do caso, pelo tribunal do júri.

5.4 AS LIMITAÇÕES CAUSADAS AO EXERCÍCIO DE GUARDA E SUAS CONSEQUÊNCIAS PERANTE O PROCESSO DE GUARDA

A jurisprudência acerca do assunto, não é pacífica. Constantemente é encontrado casos em que a guarda compartilhada é concedida ao agressor e casos em que a guarda compartilhada não é concedida a ele. Esta divergência ocorre devido ao entendimento do magistrado se a guarda atenderia ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente ou não. Por isso, apesar de todas as influências e consequências geradas pelas medidas protetivas, há possibilidades da genitora entregar seu filho nas mãos do seu agressor, que em alguns casos, pode se demonstrar um bom pai.

A jurisprudência a seguir, demonstra um caso real em que o instituto da guarda compartilhada não foi aplicado, prevalecendo a guarda unilateral da mãe, mas este caso não impede a aplicação do direito a convivência do menor com o genitor, desde que seja verificado que a convivência esteja de acordo com o melhor interesse da prole, vejamos:

AÇÃO DE GUARDA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRELIMINAR AFASTADA. ANIMOSIDADE ENTRE OS PAIS. EXISTÊNCIA DE PROCESSO CRIMINAL EM DECORRÊNCIA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. IMPOSSIBILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA. AUSÊNCIA DE PROVAS QUE COMPROVEM A FALTA DE TRATAMENTO ADEQUADO NO LAR MATERNO. MANUTENÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA

ATUAL. SENTENÇA MANTIDA. 1.Cabe destacar que o juiz é o destinatário da prova, não se podendo olvidar que, nos termos do art. 370 do Novo Código de Processo Civil, cabe-lhe determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Assim sendo, compete ao julgador avaliar os elementos constantes nos autos e a utilidade da prova pretendida, podendo dispensar a produção de provas que julgar desnecessárias. 2. Embora a realização do estudo do psicossocial seja considerado um dos meios de prova para convencimento do julgador, o magistrado não está vinculado somente ao referido documento, que é mero auxiliar na formação do julgamento, devendo ser analisado todo o conjunto fático probatório constante nos autos. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada. 3. Caso concreto em que restou clara a animosidade entre as partes, tendo em vista a existência de processos criminais por condutas praticadas pelo réu/apelante contra a autora/apelada no âmbito doméstico, o que gerou o deferimento de medida protetiva em favor da apelada e a procedência da denúncia formulada pelo

Ministério Público para condenar o apelante nas penas do artigo 147 do CP, c/c artigo 5º, inciso XLVI, da Lei 11.340. 4. Sobre o tema, é sabido que, **embora a guarda compartilhada seja a regra no ordenamento jurídico, deve-se dar prevalência à guarda unilateral quando essa atender ao melhor interesse da criança e quando houver beligerância entre os genitores.**

Outrossim, foi encontrado casos concretos em que a guarda compartilhada foi concedida mesmo com os pais sendo respectivamente agressor e vítima.

TJ-SE-Apelção Cível AC 0035392720178250027 (TJ-SE)

AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE **GUARDA** E VISITAS C/C EXONERAÇÃO E FIXAÇÃO DE ALIMENTOS. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE GUARDA COMPARTILHADA, AINDA QUE EXISTENTE ANIMOSIDADES ENTRE OS GENITORES. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO MELHOR INTERESSE DOS FILHOS. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER SITUAÇÃO DE RISCO QUE JUSTIFIQUE A **GUARDA EXCLUSIVA** DOS MENORES PARA UM DOS PAIS. VONTADE ESBOÇADA PELO INFANTE DE CONVIVER COM A GENITORA. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. DIVISÃO E

IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. I- Não vislumbrando situação de risco que justifique a concessão da guarda exclusiva das crianças para um dos genitores, o compartilhamento da guarda é o contexto que melhor atende aos interesses dos menores, permitindo que ambos genitores possam participar e contribuir de forma efetiva em sua evolução. II- Recurso conhecido e improvido. Decisão unânime. (Apelação Cível nº 201800824834 nº único 0003539-27.2017.8.25.0027- 2ª Câmara Cível

Tribunal de Justiça de **Sergipe- Relator: Alberto Romeu Gouveia Leite- Julgado em 11/06/2019).**³³

6 CONCLUSÃO

A evolução do direito das mulheres nos trouxe uma forma diferente de enxergar o mundo, nos aproximando cada vez mais da aplicação prática do princípio da isonomia. Diante de toda evolução, podemos perceber os inúmeros direitos conquistados pelas mulheres e nos fazendo refletir que mesmo após todas as conquistas, as mulheres ainda sofrem constantemente com a violência doméstica.

Com base em todo o estudo acerca do instituto da guarda, foi verificado que a evolução do direito de família acompanhou a evolução da sociedade, sofrendo as alterações do Estatuto da mulher casada, da Lei do divórcio e da Constituição Federal para se adequar aos novos conceitos e família. Mas apesar de toda a evolução, foi preciso a criação de leis, como a lei Maria da Penha para garantir a proteção física e

³³ Apelação Cível nº 201800824834 nº único 0003539-27.2017.8.25.0027- 2ª Câmara Cível Tribunal de Justiça de **Sergipe- Relator: Alberto Romeu Gouveia Leite- Julgado em 11/06/2019**

psíquica da mulher.

Com base na pesquisa realizada, foram encontrados casos em que o agressor teve o direito a guarda compartilhada do menor concedido, mas também, houveram casos encontrados em que o agressor não teve esse direito. Toda essa divergência jurisprudencial ocorre pela aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente em todo e qualquer processo de guarda, garantindo o exercício do poder familiar, mas também o suspendendo quando o genitor não é digno desse exercício.

Portanto, gera o conflito se o agressor pode ser um bom pai ou se ele pode transmitir o perfil agressivo para a criança, por isso, nas varas da família onde esses processos são discutidos, existe sempre o acompanhamento do psicólogo e do assistente social que irão elaborar laudos atestando qual seria a posição do juiz que melhor se adequaria aos interesses tanto da criança como dos pais.

Isto posto, mostra que todo caso concreto é diferente e que são possíveis diversos direcionamentos para cada um, por isso, é necessário o olhar minucioso de cada profissional como uma forma de proteção tanto para o genitor quanto para o menor.

Destarte, o judiciário tem, como regra, utilizado o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente como o norteador dos processos de guarda, independentemente de qualquer rixa entre os pais, ocasionando, em algumas situações, a convivência subjetiva entre agressor e vítima, resguardando o direito a guarda e a convivência dos genitores com os filhos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 de nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 12 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 28 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no

10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm>. Acesso em: 11 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília; 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 05 de out. 2022.

BRASIL. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre o Estatuto da mulher casada; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm>. Acesso em: 12 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Dispõe sobre a Lei do Divórcio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acesso em 26 de nov. 2022.

Brasil tem mais de 31 mil denúncias de violência doméstica ou familiar contra as mulheres até julho de 2022. GOV.BR, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2022/eleicoes-2022-periodo-eleitoral/brasil-tem-mais-de-31-mil-denuncias-violencia-contra-as-mulheres-no-contexto-de-violencia-domestica-ou-familiar>>. Acesso em: 15 de out. 2022.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. 33 ed. – São Paulo, Saraiva, 2018.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 12ª ed. – Rio de Janeiro, Forense, METODO, 2022.

A INSTITUIÇÃO DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO NO BRASIL E SUA APLICAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO EM FACE DOS CONFLITOS IMOBILIÁRIOS

Jeft e Mateus Lira Silva de Oliveira¹

Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes²

RESUMO

O presente artigo aborda a origem e a importância do patrimônio de afetação para a segurança das relações imobiliárias, bem como a eficácia do respectivo regime nos cenários de falência e recuperação judicial do incorporador. Ademais, indaga-se na pesquisa como o patrimônio de afetação comporta-se no contexto dos grupos econômicos empresariais, bem como a interpretação do Poder Judiciário na aplicação da temática em casos concretos. O método de pesquisa utilizado é o hipotético-dedutivo, tendo em vista a formulação de hipóteses com o objetivo de examinar a eficácia e a aplicabilidade do patrimônio de afetação diante de situações complexas, que podem gerar decisões judiciais conflitantes, que possuem o condão de interferir na proteção patrimonial objetivada pelo instituto. Destarte, constatou-se a eficácia do patrimônio de afetação nos cenários de recuperação judicial e falência do incorporador, bem como a aplicabilidade do regime de afetação aos contratos de incorporação imobiliária. Por fim, ressaltou-se que apesar da proteção dada pelo patrimônio de afetação, existem decisões judiciais que comprovam que o referido instituto não constitui uma garantia de proteção absoluta para adquirentes e credores.

Palavras-chave: Patrimônio de afetação. Recuperação Judicial. Falência. Incorporação Imobiliária. Propriedade privada. Decisões Judiciais.

¹ Acadêmico de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte UNI-RN. E-mail: lirajef-te@gmail.com

² Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte/UNIRN. E-mail: rosangela.mrm@hotmail.com

THE INSTITUTION OF AFFECTING HERITAGE IN BRAZIL AND ITS APPLICATION BY JUDICIAL POWER FACING REAL ESTATE CONFLICTS.

ABSTRACT

This article discusses the origin and importance of Asset Assets for the security of real estate relationships, as well as the effectiveness of the effect regime in the bankruptcy and judicial recovery scenarios of the developer. The research method used is the hypothetical deductive, in view of the formulation of hypotheses with the objective of verifying the effectiveness and applicability of the affected assets in the face of complex situations and conflicting judicial decisions, which can interfere in this patrimonial protection. Thus, the effectiveness of the affected assets was verified in the scenarios of judicial reorganization and bankruptcy of the developer, as well as the applicability of the allocation regime to real estate development contracts. Finally, it was emphasized that despite the protection given by the assets of affectation, there are judicial decisions that prove that the referred institute does not constitute a guarantee of absolute protection for purchasers and creditors.

Keywords: Assets of affect. Judicial recovery. Bankruptcy. Real estate incorporation. Private property. Judicial decisions.

1 INTRODUÇÃO

O direito imobiliário é uma das mais importantes searas do direito privado, estando alicerçado sobre o direito de propriedade e sendo extremamente extenso e complexo, possuindo enorme peso nas mais diversas relações econômicas e sociais desde os tempos mais remotos da antiguidade. Destarte, o mercado imobiliário ocupa posição estratégica na economia brasileira, sendo o propulsor de um dos setores mais importantes para o crescimento econômico do país, o setor da construção civil.

Diversos empreendimentos imobiliários são lançados diariamente no mercado brasileiro e a maior parte dos adquirentes não possui consciência dos riscos inerentes ao contrato de incorporação imobiliária, regido pela Lei nº 4.591/1964 (BRASIL, 1964). Ora, o imóvel próprio é o sonho de milhões de brasileiros, que

depositam muitas vezes as economias de uma vida inteira para adquirirem um imóvel, buscando por meio da propriedade privada, uma segurança jurídica e social face às constantes crises econômicas do país.

Por conseguinte, partindo desse cenário, pode-se vislumbrar que as necessidades habitacionais e comerciais são determinadas por fatores sociais, econômicos e políticos. Dessa forma, diz-se que a fonte do direito positivo é o fato socialmente relevante e é nesse contexto que o patrimônio de afetação é positivado no ordenamento jurídico brasileiro, pela Lei n.º 10.931/2004 (BRASIL, 2004), como reação à falência de uma das maiores construtoras do país, a Encol, que deixou milhares de adquirentes totalmente desassistidos.

O presente trabalho de curso objetiva demonstrar a eficácia do regime de afetação para a segurança das relações imobiliárias, bem como o seu desenvolvimento à luz do conceito histórico da propriedade privada. Além do exposto, o presente artigo visa discorrer sobre como o patrimônio de afetação comporta-se nos cenários de recuperação judicial e falência do incorporador, assim como buscar entender como o Poder Judiciário vem aplicando o instituto de afetação à luz do Código de Defesa do Consumidor e das legislações especiais sobre a matéria.

O estudo é desenvolvido por intermédio da utilização do método hipotético-dedutivo, tendo em vista que busca provar a eficácia do patrimônio de afetação, por meio das lacunas do ordenamento jurídico e das especificidades dos cenários de recuperação judicial e falência e das decisões conflitantes sobre a temática. Esse método é baseado na construção de conjunturas ou premissas com alta probabilidade de veracidade, que passam por um processo de inferência dedutiva, logo, se as hipóteses são verdadeiras, as premissas também serão.

No primeiro capítulo deste artigo, será tratada da origem do instituto de afetação sob a ótica da importância da propriedade privada e da sua evolução histórica. Também é abordado como o patrimônio de afetação surgiu no Brasil e como ocorreu o processo que culminou na Lei n.º 10.931/2004 (BRASIL, 2004).

No capítulo posterior, será discorrido sobre os elementos da teoria do regime de afetação e sua aplicabilidade às incorporações imobiliárias, por meio da explanação de conceitos basilares sobre o tema sob o enfoque das legislações específicas que sedimentam a matéria.

Assim, após a construção de um entendimento sólido sobre o patrimônio de

afetação, o capítulo seguinte abordará, sob uma ótica interdisciplinar com o direito empresarial, como o patrimônio de afetação comporta-se nos cenários de recuperação judicial e falência do incorporador, testando sua eficácia por meio da análise de decisões judiciais.

Já o último capítulo do presente trabalho delinea como o instituto do patrimônio de afetação vem sendo aplicado e interpretado pelo Poder Judiciário na ótica dos direitos dos adquirentes, objetivando elucidar a problemática por intermédio da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor diante das legislações especiais sobre a matéria para saber se o regime de afetação constitui uma garantia absoluta para os adquirentes nos contratos de incorporação imobiliária.

Portanto, o presente artigo propõe-se a discutir a problemática lançada, por meio da formulação de hipóteses, tendo em vista a abordagem de pesquisa exploratória e qualitativa, que por intermédio de bibliografias, estudos de casos, doutrinas, legislações e artigos científicos, entregará um resultado satisfatório.

2 A ORIGEM DO INSTITUTO DE AFETAÇÃO SOB Á ÓTICA HISTÓRICA DO CONCEITO DE PROPRIEDADE

A propriedade privada, enquanto direito, é um dos fundamentos basilares do Estado Democrático e encontra-se intrinsecamente atrelada ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana em sua essência. Dessa maneira, entende-se que a propriedade privada desempenha papel angular nas relações sociais, econômicas e políticas há milênios e que a construção do seu conceito sofreu transformações ao longo da História.

O direito é essencialmente histórico e por essa razão deve ser considerado o elemento histórico na análise jurídica do conceito de propriedade. Destarte, sabe-se que as condições políticas, econômicas e sociais determinaram o desenvolvimento da propriedade, contudo existe uma enorme dificuldade para entender a propriedade privada no período que antecede o direito clássico, sendo as informações desse período escassas e contraditórias. Porém, de acordo com as pesquisas de Morgan e as conclusões de Engels, é possível admitir que a propriedade comum constituiu a primeira forma de propriedade (1972, p.59, apud FACHIN, 2011).

Assim, o ter nasce praticamente contemporaneamente ao ser, ou seja, o sur-

gimento da ideia de propriedade é quase simultâneo ao surgimento do ser (BARBOSA; PAMPLONA FILHO, 2004). Por essa abordagem, é importante ressaltar que, apesar da existência de críticas quanto à propriedade e seu viés “segregacionista” e “excludente”, é inegável o tamanho de sua importância na história da humanidade e sua influência nas relações interpessoais desde os tempos mais remotos.

Entretanto, o conceito de propriedade conhecido na atualidade foi sedimentado na Roma Antiga, que pregava uma propriedade privada absoluta e perpétua. A conceituação da propriedade no Direito Romano influenciou diretamente o regime feudal e posteriormente o capitalismo, deixando profundas marcas na sociedade contemporânea (FACHIN, 2017).

Ademais, é no período feudal que o conceito de propriedade vai sofrer mais uma profunda modificação. Ora, se antes em Roma a propriedade era absoluta, indivisível e *Ad Eternum*, no sistema feudal a propriedade perde seu caráter unitário e exclusivista e passa a ser conceituada de forma coletiva. Ademais, deve-se elucidar que na estrutura econômica do feudalismo, a terra é o bem principal, porque a subsistência social depende, fundamentalmente, do seu cultivo. Dessa maneira, a terra na sociedade feudal confunde-se com o próprio conceito de propriedade (DEBONI, 2017).

Todavia, o regime feudal entra em declínio a partir do século XV e ascende uma classe poderosa na Europa: a burguesia, que vai alterar profundamente as relações econômicas e sociais, bem como o conceito de propriedade. A burguesia, juntamente com os ideais iluministas e os novos valores sociais vão resgatar novamente a concepção romana individual de propriedade. Destarte, a nova concepção de propriedade, surgida e inspirada nos princípios de liberdade, igualdade e fraternidade, fez com que o direito de propriedade, tido como individualista, fosse excessivamente idolatrado, a prescindir dos interesses coletivos (DEBONI, 2017).

Paradoxalmente, após a Revolução Francesa em 1789, a propriedade retrocede nos moldes da noção de propriedade romana, de caráter absolutista e individualista, o que foi ratificado pelo Código de Napoleão, segundo a redação do art. 544 do mencionado código³, sendo tão somente limitada no uso restrito condicionado pelas leis ou regulamentos. Contudo, ao longo do século XX, a propriedade foi adquirindo contornos cada vez mais sociais, objetivando que tivesse uma função

³ Art.544, Código de Napoleão. A propriedade é o direito de gozar e de dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que não se faça uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos.

social, por meio da diminuição das desigualdades sociais e ampliando o alcance e a efetividade do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Essa evolução dos direitos sociais culminou com a promulgação da Constituição de Weimar em 1919, que vinculou o direito de propriedade aos interesses de natureza social. Ela representa o apogeu da nova concepção de propriedade que prevalece até os dias atuais e estimulou a consolidação da função social da propriedade. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro na sua esfera civil sofreu demasiada influência do Direito Romano, bem como da nova concepção da propriedade. A primeira vez que a função social da propriedade é inserida em uma Constituição Brasileira é em 1934, no art.113, inciso XVII⁴, quinze anos após a promulgação da Constituição de Weimar (DEBONI,2017).

A Constituição de 1988, em seu art.5º, incisos XXII e XXIII⁵, consolida a propriedade como direito fundamental, que não é absoluto e deve ser revestido e moldado para atender a função social. Tal concepção foi positivada no ordenamento pátrio, visando à redução das desigualdades sociais, bem como a promoção de uma sociedade mais justa e igualitária, mas sem que houvesse a perda do caráter individual e unitário da propriedade, marcando a derrocada do modelo romano-francês absolutista na legislação brasileira.

Igualmente, a propriedade ainda possui um forte simbolismo social, ela é sinônimo de recursos econômicos, prestígio e posição social, quanto mais propriedades um indivíduo possuir, maiores serão seus recursos financeiros.

Nesse contexto, de desenvolvimento e de consolidação da propriedade privada, é importante destacar a noção de patrimônio, que remete a uma ideia de unicidade e universalidade, sendo ele formado por todos os bens, direito e obrigações pertencentes a uma pessoa natural ou jurídica, assumindo um caráter indivisível e com um valor pecuniário. Por esse ângulo, a Teoria da Afetação foi criada, no final do século XIX, com a finalidade de destituir a ideia de singularidade patrimonial, destacando determinados bens já destinados a fins específicos do patrimônio comum (MOTA,2017).

⁴ Art. 113. XVII. É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressaltando o direito a indenização ulterior.

⁵ XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Dessa forma, mesmo diante da característica da unicidade do patrimônio, todos os bens que o compõem podem ser afetados para uma finalidade específica, contudo o patrimônio afetado não é excluído do patrimônio comum, mas torna-se vinculado a uma determinada obrigação (MOTA, 2017). Ora, após o encargo pelo qual o patrimônio afetado for cumprindo, o bem deve voltar a integrar o patrimônio de seu proprietário e a indisponibilidade dos bens afetados somente pode pendurar até o cumprimento do encargo pelo qual o patrimônio afetado foi constituído.

Na doutrina alemã, Von Thur (1864-1925) explanou que a unicidade patrimonial é rompida quando um conjunto de direitos é regido por normas especiais, podendo o patrimônio ser delimitado e restrito por intermédio de critérios determinados para uma finalidade específica. Vale explicitar, neste momento oportuno, que na doutrina italiana existe uma distinção entre “patrimônio separado” e “patrimônio autônomo”, sendo o primeiro formado por “núcleos patrimoniais” com característica de independência ao patrimônio universal; enquanto no segundo, autônomo, o conjunto de bens, direitos e obrigações surge como indeterminado, em caráter provisório, sem que se identifique ou até exista, desde logo, o seu titular (PENTEADO, 2010).

Dessa feita, a criação de um patrimônio autônomo sedimenta-se na ideia de reservar ou afetar uma parcela patrimonial para certa finalidade, na qual será formada por obrigações e responsabilidades, possuidora de ativos e passivos próprios que não devem sofrer os efeitos de outras obrigações advindas do sujeito titular do patrimônio geral (PENTEADO, 2010).

Por essa razão, é necessário compreender que a incomunicabilidade dos bens é critério primordial para a execução da finalidade do bem afetado, porque não é possível permitir que o patrimônio afetado seja utilizado de outras formas que não caracterizem a conclusão do objeto da afetação, tendo em vista que ele encontra-se imobilizado em função de sua finalidade. Portanto, constata-se que o patrimônio afetado constitui um patrimônio paralelo ao patrimônio geral do indivíduo, no qual seus ativos e passivos são vinculados para o desenvolvimento de sua finalidade originária (MOTA, 2017).

No Brasil, o acontecimento jurídico que propiciou o surgimento do instituto de afetação no direito positivo foi a falência da construtora Encol S/A. Não há como falar em patrimônio de afetação no cenário nacional sem mencionar o referido caso, que

abalou o mercado imobiliário brasileiro e trouxe severas consequências a milhares de adquirentes, trabalhadores e credores.

A Encol S/A foi uma empresa do setor da construção civil fundada em 1961, pelo engenheiro Pedro Paulo de Souza, com sede na cidade Goiânia e que possuía atuação em todo o território nacional, sendo uma das maiores referências do ramo em toda a América Latina. Entretanto, apesar de possuir uma cartela considerável de clientes e investimentos, advindos de um marketing agressivo, as estratégias econômicas da empresa eram insustentáveis, visto que ela utilizava os recursos dos adquirentes de um determinado empreendimento para financiar novos empreendimentos, constituindo uma verdadeira confusão patrimonial.

Diante do cenário insustentável, a Encol S/A requereu a concessão de concordata preventiva⁶ dando origem ao Processo 862/1997, no qual foi deferido o seu processamento e autorizado o pagamento de seus débitos quirografários em duas parcelas anuais. Contudo, os referidos débitos não foram adimplidos e em 1999 foi decretada a falência da Encol S/A.

O resultado da falência foi desastroso, quase 1 bilhão de reais em dívidas, 720 obras inacabadas, 23 mil funcionários desempregados, 42 mil mutuários sem os valores aplicados nas aquisições e sem os imóveis adquiridos e uma crise que o mercado da construção civil brasileiro nunca havia enfrentado (MOTA, 2017).

Cumprе ressaltar que, salvo poucos precedentes judiciais, o judiciário brasileiro não estava preparado para lidar com o volume incomensurável de demandas nessa seara (que até hoje ainda estão em tramitação), somado ao fato de que os adquirentes estavam totalmente desabonados, sem qualquer legislação que tutelasse os direitos desses diante do imbróglio causado pela falência da Encol.

Nesse contexto histórico, o Congresso Nacional entendeu a necessidade de proteção a credores e adquirentes de empreendimentos imobiliários realizados por incorporação imobiliária. Por esse enfoque, foi editado o Projeto Lei nº 3.065/2004 (BRASIL, 2004), com a ideia principal de proteção patrimonial, convertendo-se na Lei nº 10.931/2004 (BRASIL, 2004), que regulamenta o instituto do patrimônio de afetação por meio da segregação patrimonial tomando por base três pilares fundamentais, quais sejam, transparência, credibilidade e segurança jurídica (MOTA, 2017).

Portanto, surge no Brasil, em 2004, o patrimônio de afetação (já conhecido no

⁶ Instituto previsto pelo já revogado decreto-lei 7.661/1945.

ordenamento jurídico de outros países), como resposta aos anseios sociais após o traumático Caso Encol, objetivando restabelecer a confiança e a segurança das relações econômicas no mercado imobiliário, protegendo e beneficiando tanto os adquirentes dos imóveis em construção como credores e trabalhadores.

Assim, construído o arcabouço necessário para compreender o instituto de afetação e sua origem no direito e no ordenamento pátrio por meio de um recorte histórico da evolução do conceito de propriedade, o próximo capítulo abordará a teoria do regime de afetação e como ocorre sua aplicação às incorporações imobiliárias.

3 A TEORIA DA AFETAÇÃO E SUA APLICAÇÃO ÀS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS

O patrimônio de afetação consiste na separação do terreno e dos direitos a ele vinculados do patrimônio geral do incorporador, passando a ser destinado exclusivamente à consecução da própria incorporação, com a finalidade de entregar as futuras unidades autônomas aos adquirentes. Nesse entendimento, Caio Mário da Silva Pereira (2019) descreve a afetação como uma engenhosa concepção pelo qual os bens objetos da afetação passam a vincular-se a um objetivo determinado, gravados com um encargo e sujeito a uma restrição, de modo que é tratado de forma independente do patrimônio geral do incorporador.

Por essa razão, a afetação patrimonial garante a incomunicabilidade do patrimônio segregado do acervo geral da incorporadora, visando diminuir os riscos decorrentes de desequilíbrios econômicos de outros negócios da incorporadora e assim protegendo a incorporação afetada, promovendo sua sustentabilidade econômica. Ora, percebe-se que o patrimônio afetado não deixa de fazer parte integrante do patrimônio do titular da incorporação, contudo, essa massa segregada é vinculada a determinadas obrigações para a consecução da finalidade pela qual foi afetada, ou seja, a conclusão do empreendimento e a entrega das unidades autônomas aos adquirentes.

Por isso, é importante a noção basilar que o contrato de incorporação caracteriza-se pela venda antecipada de unidades imobiliárias que fazem parte do empreendimento imobiliário que será construído ou já está em fase de construção, mediante o pagamento antecipado de parte do preço da aquisição. Dessa relação, existe um

desequilíbrio contratual, tendo em vista que os adquirentes encontram-se em uma posição de desvantagem técnica e econômica em face da empresa incorporadora, ou seja, estão em uma posição de vulnerabilidade nessa relação de consumo (CHALHUB,2019).

Assim, um conjunto de obrigações e direitos é segregado, com a finalidade exclusiva de concluir a obra e entregar os imóveis aos adquirentes. Desse modo, como resultado da afetação, cria-se um regime de vinculação de receitas e despesas, pelas quais os valores pagos pelos adquirentes ficam destinados ao desenvolvimento e finalização da incorporação, salvo as raras exceções previstas em lei, que permitem o desvio de recursos para outras finalidades. Ademais, o acervo patrimonial afetado além de se vincular à satisfação dos créditos a ele vinculados, também responde pelos direitos creditórios dos adquirentes, trabalhadores da obra, do fisco, da previdência, das instituições financeiras financiadoras do projeto, bem como dos fornecedores (CHALHUB,2019).

Percebe-se, então, que o patrimônio de afetação responde somente pelas suas dívidas e obrigações, constituindo um importante mecanismo de prevenção e resolução de conflitos imobiliários. Ora, a incorporação imobiliária afetada tem autonomia própria, inclusive com uma contabilidade destacada da incorporadora, bem como com sua movimentação financeira em uma conta bancária específica. Além do mais, o controle e a fiscalização da incorporação são realizados mediante demonstrações periódicas do andamento da obra em conjunto com todo o cronograma e balanços financeiros.

Considerando então que o regime de afetação almeja concluir a obra e entregar as futuras unidades autônomas aos adquirentes, para que a finalidade de proteção do instituto fosse efetivamente concreta, o legislador no art.31-C da Lei nº 10.931/2004 (BRASIL, 2004) estabeleceu a comissão de representantes para fiscalizar e acompanhar o patrimônio de afetação. Assim, a Comissão de Representantes dos Adquirentes fica investida de poderes para fiscalizar o empreendimento, cabendo ao Incorporador entregar à Comissão de Representantes, no mínimo a cada três meses, demonstrativo do estado da obra e de sua correspondência com o prazo pactuado ou com os recursos financeiros que integrem o patrimônio de afetação recebido no período, firmados por profissionais habilitados, ressalvadas eventuais modificações sugeridas pelo incorporador e aprovadas pela Comissão de Representantes.

Ademais, a Comissão de representantes pode assumir a administração da incorporação em caso de atraso injustificado da obra ou em caso de falência, de forma direta e sem necessidade de intervenção judicial. Como bem explicita Chalhub(2019), a comissão de representantes dos adquirentes poderá promover a venda, em leilão extrajudicial, das unidades imobiliárias em estoque e prosseguir com o andamento da obra, imune aos efeitos da falência, podendo devolver à massa falida o saldo positivo da incorporação, se houver.

Em uma demanda judicial recente⁷, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu pela procedência do pedido de rescisão contratual formulado por um casal que adquiriu imóvel de uma incorporadora e pagou a quase totalidade do valor devido, agravado pelo fato de que as obras nem sequer haviam sido iniciadas, mesmo após 3 (três) anos da assinatura do contrato.

Assim, ainda que a inexecução das obras ocorra em razão de bloqueio de bens do grupo econômico, os próprios adquirentes podem assumir a execução das obras. Destarte, a comissão de representantes passará a deter a posse direta sobre o imóvel objeto da incorporação, cumprindo sua função fiscalizadora que é, por imposição legal, do bom andamento da incorporação e higidez do patrimônio de afetação (Lei nº 4.591/64, artigo 50)⁸.

Ademais, a comissão de representantes ainda será investida de mandato legal irrevogável para levar a termo a construção e receber, para tanto, as parcelas relativas à

⁷ EMBARGOS DE TERCEIRO. Patrimônio de afetação. Comissão de adquirentes. Pretensão da comissão autora de levantar constrição imposta ao patrimônio afetado para a construção de empreendimento. Sentença de improcedência. Apela a autora, alegando nulidade da sentença por ausência de fundamentação; estão sendo tomadas as medidas necessárias à construção do empreendimento; assembleias realizadas pela comissão de representantes deliberou pela contratação de outra construtora; impossibilidade de se declarar perda da eficácia do regime de afetação patrimonial; inobservância do benefício de ordem por parte dos réus, que não diligenciaram com o fim de encontrar bens em nome da incorporadora destituída e/ou de seus sócios. Cabimento. Compromisso de venda e compra para aquisição de unidade imóvel entre os embargados e a incorporadora. Rescindido judicialmente o contrato, assegurado aos compromissários/embargados o direito de reaver o que pagaram. Pedido de penhora por parte dos credores (embargados) de terreno que compõe patrimônio de afetação. Comissão de adquirentes que, por meio de acordo com a incorporadora homologado judicialmente, assumiu obrigação de levantar o empreendimento. Constrição judicial para garantir o crédito dos embargados imposta à área protegida pelo regime de afetação. Embargados poderão buscar meios alternativos à satisfação do crédito. Embargos acolhidos. Recurso provido. (TJ-SP - AC: 10951338220198260100 SP 1095133- 82.2019.8.26.0100, Relator: James Siano, Data de Julgamento: 13/10/2020, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/10/2020).

⁸ Art. 50. Será designada no contrato de construção ou eleita em assembleia geral uma Comissão de Representantes composta de três membros, pelo menos, escolhidos entre os adquirentes, para representar os perante o construtor ou, no caso do art. 43, ao incorporador, em tudo o que interessar ao bom andamento da incorporação, e, em especial, perante terceiros, para praticar os atos resultantes da aplicação dos arts. 31-A a 31-F § 1º Uma vez eleita a Comissão, cuja constituição se comprovará com a ata da assembleia, devidamente inscrita no Registro de Títulos e Documentos, esta ficará de pleno direito investida dos poderes necessários para exercer todas as atribuições e praticar todos os atos que esta Lei e o contrato de construção lhe deferirem, sem necessidade de instrumento especial outorgado pelos contratantes ou se for caso, pelos que se sub-rogamem nos direitos e obrigações destes. (Redação dada pela Lei 10.931, de 2004).

construção do empreendimento (correspondentes ao preço de aquisição das unidades e/ou do preço de custeio da construção), com poderes para, em vista disso, promover as medidas judiciais necessárias para buscar eventuais créditos relativos aos aportes necessários.

Ressalta-se que no caso das incorporações imobiliárias, o art. 31-A da Lei nº 4.591/1964 (BRASIL, 1964) prevê que a instituição do regime de afetação fica a cargo do incorporador, não tendo sido introduzida no ordenamento jurídico brasileiro de forma obrigatória, apesar dos seus inúmeros benefícios, notadamente que a incorporadora possa adotar um regime especial de tributação, descrito nos arts. 1º a 10 da Lei nº 10.931/2004 (MIRANDA; BIASE, 2017).

A instrução normativa RFB 1435/2013 dispõe sobre esse regime especial de tributação aplicável às incorporações imobiliárias, instituído pelo art. 1º da Lei nº 10.931/2004 (BRASIL, 2004), possuindo caráter opcional e irretratável enquanto perdurarem direitos de crédito ou obrigações do incorporador junto aos adquirentes dos imóveis que compõem a incorporação. Assim, para cada incorporação submetida ao RET, a incorporadora ficará sujeita ao pagamento mensal equivalente a 4% (quatro por cento) das receitas mensais recebidas, o qual corresponderá ao pagamento unificado de IRPJ, CSLL, Contribuição para o PIS/PASEP e Confins.

Contudo, a opção da incorporação imobiliária pelo regime especial de tributação, em que pese mais benéfico, somente será considerada realmente efetiva quando atendidos os seguintes requisitos, por ordem cronológica, de acordo com o art. 3º da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil (RFB) nº 1.435/2013⁹, que dispõe sobre a afetação do terreno; a inscrição de cada incorporação afetada no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas; a prévia adesão ao Domicílio Tributário Eletrônico (DTE); regularidade fiscal da matriz da pessoa jurídica quanto aos tributos administrados pela RFB, às contribuições previdenciárias e à Dívida Ativa da União administrada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN); regularidade do

⁹ Art. 3º A opção pela aplicação do RET à incorporação imobiliária, de que trata o art. 2º, será considerada efetivada quando atendidos os seguintes requisitos, pela ordem em que estão descritos: I - afetação do terreno e das acessões objeto da incorporação imobiliária nos termos dos arts. 31-A a 31-E da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964; II - inscrição de cada "incorporação afetada" no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), vinculada ao evento "109 - Inscrição de Incorporação Imobiliária - Patrimônio de Afetação"; III - prévia adesão ao Domicílio Tributário Eletrônico (DTE); IV - regularidade fiscal da matriz da pessoa jurídica quanto aos tributos administrados pela RFB, às contribuições previdenciárias e à Dívida Ativa da União administrada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN); e V - regularidade do recolhimento ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). VI - apresentação do formulário "Termo de Opção pelo Regime Especial de Tributação", constante do Anexo Único a esta Instrução Normativa, disponível no sítio da RFB na Internet no endereço <http://www.receita.fazenda.gov.br>.

recolhimento ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS); e a apresentação do formulário “Termo de Opção pelo Regime Especial de Tributação”.

Dessa forma, constata-se que o regime de afetação tem inúmeros reflexos sobre a incorporação imobiliária, não só no bojo do direito civil, mas também sobre uma esfera tributária. Ora, esse conceito de afetação de um patrimônio segregado que se vincula a direitos e obrigações específicas se adequa à incorporação imobiliária com maestria. Partindo desse pressuposto, é importante visualizar que a incorporação imobiliária é estruturada por meio de um memorial de incorporação, composto por documentos que descrevem o empreendimento, identificam o titular e as demais nuances inerentes ao negócio jurídico, como a discriminação das frações ideais, o projeto de construção e o orçamento.

Nessa perspectiva, Melhim Namem Chalhub (2019) entende que a incorporação trata-se de operação assemelhada a um *Project finance*, ou seja, é um procedimento sustentado pelo fluxo de caixa gerado pela exploração dos ativos do próprio empreendimento, que depende da sustentação financeira por meio de uma rede de contratos firmados pelos futuros adquirentes, que pagam parte do preço de forma antecipada em prol das futuras unidades autônomas.

Por esse ângulo, é importante enfatizar que o sucesso do empreendimento depende da aplicação regular dos recursos provenientes dos ativos gerados pela incorporação imobiliária para que haja a execução da obra, entrega das unidades com o registro dos títulos aquisitivos, liquidação do passivo e o retorno do investimento realizado pela empresa incorporadora. Então, diante dessas particularidades, o legislador previu no art. 64 da Lei nº 4.591/1964 (BRASIL, 1964) a possibilidade do incorporador desistir do negócio no prazo de seis meses, a contar do lançamento do empreendimento, se as vendas não demonstrarem capacidade de autossustentação financeira.

Em uma primeira análise, pode transparecer que a possibilidade do incorporador desistir da incorporação até seis meses após o lançamento do empreendimento traga sérios prejuízos aos adquirentes, contudo os transtornos enfrentados pelos adquirentes diante da desistência no prazo assegurado por lei não passa de mero aborrecimento comparado aos severos transtornos financeiros e emocionais quando a incorporação imobiliária se mostra insustentável, trazendo à baila como resultado o fracasso do empreendimento e evidenciando uma série de riscos aos promitentes-

compradores e aos credores do referido negócio jurídico.

Assim entendeu o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, de forma assertiva, em uma recente decisão originada de uma dúvida suscitada pelo oficial do registro de imóveis da circunscrição imobiliária competente¹⁰. Ora, o art. 34 da Lei nº 4.591/64¹¹ (BRASIL, 1964), entende que é desnecessária a anuência dos coproprietários para cancelamento da incorporação imobiliária, pois o pedido de cancelamento da incorporação não reflete unicamente os direitos dos adquirentes, de forma a condicionar o cancelamento da incorporação à anuência dos condôminos do imóvel, ainda mais quando o pedido é realizado dentro do prazo estipulado pela legislação.

Além do presente mecanismo, o legislador, no art.32 do mesmo diploma legal¹², também assegura a irretratabilidade das promessas de vendas, visando assegurar a continuidade do fluxo financeiro resultante do pagamento antecipado do preço das futuras unidades autônomas. Dessa forma, consta-se que nos contratos de compra e venda, uma vez presente cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade, essa tem o condão de impedir a rescisão contratual por mero arrependimento de uma das partes, a qual só é admitida, caso haja descumprimento de cláusulas contratuais.

Ante o exposto, nota-se que a teoria da afetação e suas aplicações às incorporações imobiliárias possuem diversos enfoques, desde a segregação do patrimônio, que se constitui um acervo apartado para uma finalidade específica vinculada aos direitos e obrigações, objetivando prevenir que os recursos angariados sejam desviados para outras finalidades diversas, bem como aos aspectos relevantes da incorporação imobiliária, principalmente, como bem assevera Melhim Namem Chalhub (2019) no que concerne à dependência da incorporadora do capital oriundo das unidades habitacionais a serem construídas e do interesse comum dos adquirentes na alienação dos imóveis a construir.

Portanto, é necessário compreender a real efetividade da teoria de afetação

¹⁰ Diante do exposto, JULGO IMPROCEDENTE a presente dúvida, recomendando ao Ilustre Oficial que promova ao cancelamento da incorporação imobiliária independente de anuência dos coproprietários, com a observância das demais cautelas legais. (TJ-MG- 0963023-58.2015.8.13.0024-Juíza Paula Murça Machado Rocha Moura).

¹¹ Art. 34. O incorporador poderá fixar, para efetivação da incorporação, prazo de carência, dentro do qual lhe é lícito desistir do empreendimento. § 4º A desistência da incorporação será denunciada, por escrito, ao Registro de Imóveis... (VETADO)... e comunicada, por escrito, a cada um dos adquirentes ou candidatos à aquisição, sob pena de responsabilidade civil e criminal do incorporador. § 5º Será averbada no registro da incorporação a desistência de que trata o parágrafo anterior arquivando-se em cartório o respectivo documento.

¹² Art. 32, § 2º Os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas são irretratáveis e, uma vez registrados, conferem direito real oponível a terceiros, atribuindo direito a adjudicação compulsória perante o incorporador ou a quem o suceder, inclusive na hipótese de insolvência posterior ao término da obra.

aplicada às incorporações imobiliárias no que tange a sua eficácia perante a proteção dos direitos dos adquirentes, credores e da própria incorporadora, que tem como vantagem um regime especial de tributação ao optar pelo patrimônio de afetação em sua incorporação imobiliária, corroborado pelo fato de que o instituto vem sendo cada vez mais sedimentado e amadurecido, principalmente diante da percepção da evolução das recentes decisões judiciais sobre a temática.

Destarte, tendo em vista a construção de um entendimento basilar sobre o regime de afetação e seus reflexos nos contratos de incorporação imobiliária, o próximo capítulo irá abordar como o patrimônio de afetação comporta-se nos cenários de recuperação judicial e falência do incorporador, notadamente nos contextos de grupos econômicos empresariais.

4 O PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO NOS CENÁRIOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA DA INCORPORADORA

Inicialmente, deve ser esclarecido que a recuperação judicial e a falência são dois mecanismos jurídicos que são regidos pela Lei nº 11.101/2005 (BRASIL, 2005), alterada recentemente pela Lei nº 14.112/2020 (BRASIL, 2020), e que apesar de ambos possuírem semelhanças também apresentam diferenças substanciais e que em razão disso devem ser apontadas para elucidar como o patrimônio de afetação comporta-se em cada um desses cenários.

Assim, tendo como fulcro o art.47 da Lei nº 11.101/2005 (BRASIL, 2005), entende-se que a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, com a finalidade de garantir a sustentabilidade da empresa, bem como de garantir o trabalho dos empregados e os interesses dos credores. Por essa ótica, a recuperação judicial tem como objetivo salvar a empresa, desde que ela seja economicamente viável, sendo a falência medida de *ultima ratio*, devendo ser decretada somente quando for inviável preservar a atividade econômica (SALOMÃO; PENALVA, 2019).

Nesse sentido, Fabio Ulhôa Coelho (2005) aponta uma fraqueza do atual modelo brasileiro de recuperação judicial, pois a lei atual vincula o indeferimento da recuperação judicial à decretação de falência, criando uma pressão sobre os credores para aprovarem o plano de recuperação judicial sob o risco de o juiz decretar a fa-

lência do devedor. Dessa forma, o objetivo da recuperação judicial é evitar o estado de falência do devedor e propiciar a continuação das atividades econômicas da empresa após um longo processo de reestruturação, o que não ocorre na falência, tendo em vista que é decretada quando os ativos da empresa não são mais suficientes para quitar suas obrigações legais e não existe mais viabilidade na continuação da atividade econômica.

Diante desses conceitos, é importante analisar o patrimônio de afetação diante dos dois cenários distintos, o primeiro sobre o arcabouço de quando a crise empresarial é recuperável e o empresário submete-se a procedimento próprio de natureza judicial e extrajudicial, para o prosseguimento de suas atividades ou de quando a crise é irrecuperável, com o desenvolvimento do processo falimentar em que não existe mais sustentabilidade para a permanência das atividades desempenhadas pela empresa (MIRANDA; BIASE, 2017).

Então, em primeiro plano, deve-se compreender a situação específica das sociedades econômicas que exploram a atividade de incorporação imobiliária notadamente quando utilizam do patrimônio de afetação e estão em processo de recuperação judicial. Ora, o art.31-F da Lei nº 4.591/1964¹³ (BRASIL, 1964) delimita de forma categórica e incisiva que os efeitos da decretação de falência ou de insolvência civil do incorporador não atingem os patrimônios afetados que foram constituídos. Nesse sentido, também corrobora o art. 119, IX, da Lei nº 11.101/2005 (BRASIL, 2005), pois prevê que os patrimônios de afetação constituídos cumprirão a finalidade para a qual foram criados, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados da massa falida.

Destarte, Cláudio Miranda e Nicolas Biase (2017) sedimentam a posição de que em regra geral e à luz da legislação vigente, o patrimônio de afetação não se submete à falência até que cumpra sua finalidade determinada, constituindo-se como um instrumento de proteção aos adquirentes do empreendimento afetado. Por essa razão, o patrimônio de afetação não pode ter sua finalidade deturpada diante de um processo de recuperação judicial, com o objetivo de satisfazer os credores da massa falida, devendo manter o escopo atribuído pelo legislador de privilegiar os interesses dos adquirentes das futuras unidades autônomas, bem como os trabalhadores que

¹³ O art. 31-F, Lei nº 4.591/1964: “Os efeitos da decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador não atingem os patrimônios de afetação constituídos, não integrando a massa concursal o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação”

executaram a obra, fornecedores e as instituições financeiras patrocinadoras.

Contudo, apesar de existir relativa segurança jurídica na recuperação judicial de empresas no que concerne à temática do patrimônio de afetação, existem nuances que podem gerar decisões judiciais desinformes, notadamente quando empresas do mesmo grupo econômico ingressam com pedidos conjuntos de recuperação judicial, o que põe em risco o cumprimento da finalidade determinada pela qual o patrimônio de afetação foi criado.

Tal questão foi abordada recentemente na recuperação judicial do Grupo Viver¹⁴ no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O Grupo Viver é composto por várias sociedades que exploram a atividade de negócios imobiliários, assim, diante da crise econômica enfrentada pelo Brasil nos últimos anos, o grupo econômico ingressou com pedido de recuperação judicial por meio de uma consolidação substancial, o que não poderia ter ocorrido.

Sendo assim, é importante demonstrar neste momento a diferença entre consolidação processual e a consolidação substancial no cenário da recuperação judicial para compreender melhor a problemática do caso supracitado. Contudo, inicialmente cumpre enfatizar a admissibilidade do litisconsórcio na recuperação judicial, tendo em vista se houver convergência de direitos, obrigações e interesses das sociedades do mesmo grupo empresarial. Lembra-se, o litisconsórcio pode ser tanto facultativo como necessário (MITIDIERO; FARO, 2017).

Dessa forma, a consolidação processual implica o processamento conjunto das recuperações judiciais de diferentes sociedades empresariais que fazem parte de um

¹⁴ Processo nº 1103236-83.2016.8.26.0100: Recuperação judicial. Pedido conjunto entre incorporadoras controladoras de grupo econômico e sociedades de propósito específicas (SPEs) constituídas para a condução dos empreendimentos imobiliários, algumas delas com patrimônios de afetação vinculados ao empreendimento respectivo. Agravo de banco credor para exclusão dessas últimas. Pertinência. Instituto da recuperação judicial que, dadas as características das incorporações imobiliárias e a singular posição nelas ocupada pelos adquirentes de unidades (residenciais ou não), inclusive quanto à natureza do direito correspondente (direito ao recebimento das unidades, e não de natureza pecuniária), não se compatibiliza com situações dessa ordem, estando pendentes as obras. Limitação da autonomia do incorporador. Prerrogativas atribuídas aos adquirentes, mesmo antes da Lei nº 10.931/2004, de fiscalização e deliberação em torno da continuidade da obra, em caso de crise. Recuperação de que somente se poderia cogitar em abstrato para sociedades de propósito específicas com obras já encerradas e unidades entregues, ou para hipóteses de deliberação prévia dos adquirentes, por meio de assembléia própria, em torno do desinteresse no prosseguimento da obra. Incompatibilidade que se acentua na hipótese de existência de patrimônio de PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO afetação, como no caso examinado. Patrimônio segregado por lei mesmo na hipótese de falência e que exclui por igual a possibilidade de recuperação judicial, enquanto não encerrado. Proteção que se volta não apenas aos adquirentes mas também, por expressa disposição legal, ao financiador da obra, como forma de favorecer e estimular o crédito. Impedimento que persiste, assim, mesmo se eventualmente concluída a obra, mas não liquidadas as obrigações para com o financiador. Inteligência dos arts. 119, IX, da LRF, 31-A, 31-E, 31-F e 43, VII, da Lei nº 4.591/64. Recurso provido também nessa parte, para exclusão do processo recuperacional de todas as SPE's nessa condição, referidas na decisão agravada.

mesmo grupo societário, sendo apenas uma medida que busca economia processual e uma conveniência administrativa (CEZERETI, 2015). Em contraponto, a consolidação substancial é uma espécie de litisconsórcio ativo que ocorre quando é constatada a interconexão entre as sociedades e como consequência ocorre uma unificação entre os ativos os ativos e passivos das empresas .

Por conseguinte, na consolidação substancial, todas as sociedades em recuperação se responsabilizam pelos credores, de forma que passam a ser tratadas como uma única entidade. Assim, essas sociedades apresentam um único plano de recuperação judicial, que engloba todos os credores de todas as sociedades em recuperação. Ademais, a consolidação substancial pode ser dividida em duas modalidades, obrigatória e voluntária, sendo a primeira aplicada diretamente pelo juiz, independentemente da vontade dos credores ou do próprio devedor; e a segunda decorrente da autonomia de vontade entre devedores e credores, buscando uma maior eficiência e economia.

Entretanto, o referido grupo econômico requereu a consolidação substancial objetivando a apresentação de um único plano de recuperação judicial, incluindo nele os patrimônios afetados por intermédio das SPEs (Sociedades de Propósito Específico) que haviam sido criadas com a finalidade de promover a incorporação imobiliária de diversos empreendimentos do grupo econômico. Destarte, o Grupo Viver sustentou a tese de que a sociedade *holding* não possuía receitas próprias, que havia uma profunda interconexão e dependência entre as sociedades do grupo e por possuírem um sócio-controlador em comum, deveria ser o requerimento de consolidação substancial deferido, independentemente da existência de patrimônios afetados.

Por surpresa, foi deferido o processamento com a consolidação substancial, mesmo diante da existência de patrimônios afetados, todavia a questão foi devolvida ao Tribunal por meio de agravo de instrumento¹⁵ interposto pelo banco-credor que aduziu que o regime de patrimônio de afetação é inconfundível com a figura da recuperação judicial, visto que sobredito patrimônio teria destinação específica e não

¹⁵ Ag. Inst. nº 2236772-85.2016.8.26.0000, 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Capital, T/SP: Trata-se de agravo de instrumento interposto contra as rr. Decisões de fls. 3.868/3.875 e 10.838/10.846 dos autos principais, que, uma, deferiu o processamento da recuperação judicial das sociedades empresárias agravadas, integrantes do Grupo Viver e por outro lado deliberando, em momento subsequente, pelo deferimento da consolidação substancial entre as recuperandas, com exceção das dezesseis Sociedades de Propósito Específicas (SPE) com patrimônio de afetação, ali referidas, determinando-se a apresentação por essas de planos individuais (segunda decisão).

poderia se prestar a outro fim que não a conclusão do próprio empreendimento ao qual vinculado.

Ora, apesar de a consolidação substancial durante alguns anos ter sido utilizada sem que fosse objeto de impugnação, seja de credores, seja do Ministério Público, seja do Poder Judiciário, sua aplicabilidade a sociedades que possuem patrimônio afetado não pode ser ratificada (SALOMÃO; PENALVA, 2019). A par disso, restou decidido que o patrimônio de afetação não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial, sob o risco de o patrimônio tender a se extinguir, como também a própria sociedade de propósito específica correspondente, não havendo na verdade atividade empresarial contínua a ser preservada, conforme o pretendido pelo legislador no art. 47 da Lei nº 11.101/2005 (BRASIL, 2005).

Por esse enfoque, explicita Arnaldo Rizzardo (2015) que o regime de afetação perdura até a conclusão da obra e a consequente entrega das unidades autônomas aos adquirentes, não sendo atingido pelos efeitos da recuperação judicial ou até mesmo da falência do incorporador. Assim, as dívidas contraídas em razão da incorporação do empreendimento afetado serão adimplidas com os próprios recursos financeiros da incorporação, havendo, portanto, todo um procedimento ordenado para substituir a figura do incorporador na consecução da finalidade originária de construção e entregas das unidades autônomas pela comissão de representantes, sem a necessidade de intervenção judicial.

Ora, pois bem, uma das principais características do regime de afetação, no plano das incorporações imobiliárias, é o fato de inicialmente não ser absorvido o patrimônio respectivo, em caso de falência do incorporador, à massa falida, não sendo os bens dele componentes, de acordo com o art. 31-F da Lei nº 4.591/64 (introduzido pela Lei nº 10.931/2004), atingidos pelos efeitos da falência ou insolvência civil do incorporador.

Nesse sentido, observa Ricardo Negrão (2015) que a falência do incorporador não atinge os bens que foram constituídos sob o regime de afetação e foram devidamente averbados no Registro de Imóveis competente. Por essa linha de raciocínio, é necessário entender que estão a salvo dos efeitos da recuperação judicial o terreno, as acessões, a obra civil, os créditos, débitos e obrigações inerentes ao empreendimento, notadamente os aportes feitos pelos promitentes compradores das unidades autônomas (FRONTINI, 2007).

Posta assim a questão, deve-se sedimentar o entendimento de que o patrimônio de afetação deve cumprir as disposições enfatizadas pela Lei nº 11.101/2005 (BRASIL, 2005), especialmente o art.119, IX¹⁶, para que cumpra a destinação específica pelo qual foi criado, permanecendo seus ativos e passivos segregados da recuperação judicial até que sua finalidade seja alcançada. Dessa forma, se tais condições não forem verificadas, continuará o patrimônio afetado segregado como se a falência nunca tivesse sido decretada (COELHO, 2013).

Em razão disso, é importante atentar-se que a proteção ao instituto de afetação nas incorporações imobiliárias não ocorre somente quando existe um processo falimentar, isso porque o art. 119, IX, da Lei nº 11.101/2005 (BRASIL, 2005), a rigor, somente fala em falência, não em processo recuperacional. Porém, é necessário entender que o patrimônio afetado mantém suas características, mesmo diante de eventual recuperação judicial, que, por si só, é evento menos danoso e de menor gravidade em face do processo de falência.

Ora, não é justificável que no caso de falência, que é medida de *ultima ratio*, não apenas o patrimônio seja preservado, como também seja tutelado em seu arcabouço as relações obrigacionais envolvendo o incorporador, como se não existisse um processo falimentar em curso e na recuperação judicial, que é medida menos gravosa e que visa preservar a continuidade da exploração da atividade econômica da empresa, sujeite-se o patrimônio afetado aos efeitos do referido procedimento, seja em relação aos credores, seja em relação a obrigações advindas do plano de recuperação, se desconstituído assim o núcleo elementar do patrimônio de afetação.

Destarte, como bem assevera Marcelo Barbosa Sacramone (2017), o patrimônio de afetação foi justamente instituído para evitar que os adquirentes e credores sofressem com a má gestão do incorporador e com a possibilidade de constrição do empreendimento advinda de débitos não diretamente relacionados às unidades autônomas da respectiva incorporação. Dessa feita, ainda corrobora no sentido de que embora inexista referência expressa à exclusão do patrimônio de afetação nos casos de recuperação judicial, sua exclusão é decorrente da interpretação sistemático-teleológica da Lei nº 4.591/1964 (BRASIL, 1964).

¹⁶ “Os patrimônios de afetação, constituídos para o cumprimento de destinação específica, obedecem ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo em favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanesce”.

Conclui-se então, que com a decretação de falência da empresa de incorporação imobiliária, caberá aos adquirentes decidirem pela continuidade do empreendimento ou pela liquidação. Todavia, nos casos em que houver patrimônios afetados, haverá sub-rogação dos adquirentes nas obrigações deixadas pelo incorporador falido (SOARES, 2019). Por conseguinte, entende-se majoritariamente que o patrimônio afetado permanece com suas garantias tuteladas diante dos cenários de recuperação judicial e falência do incorporador.

Tendo em vista a eficácia do patrimônio de afetação nos cenários mais extremos, conforme foi explicitada acima, o capítulo seguinte irá tecer comentários sobre a aplicabilidade do regime de afetação sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, objetivando demonstrar a proteção legal dada aos adquirentes das futuras unidades autônomas por meio dos contratos de incorporação imobiliária à luz das relações de consumo.

5 A APLICAÇÃO DO REGIME DE AFETAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO SOB A PERSPECTIVA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O patrimônio de afetação, instituto dos direitos reais adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da Lei nº 10.931/2004 (BRASIL, 2004), representou um avanço substancial na evolução da proteção das relações jurídicas imobiliárias, com o objetivo de trazer mais segurança e confiabilidade aos adquirentes e credores nos contratos de incorporação imobiliária.

Por esse ângulo, é importante mencionar que o contrato de incorporação imobiliária é tipificado pela Lei nº 4.591/1964 (BRASIL, 1964), possuindo um caráter complexo, tendo como objeto a venda das futuras unidades autônomas em construção, que integrarão um condomínio edilício. Destarte, o negócio de incorporação imobiliária cinge-se na alienação ou promessa de venda de frações ideais de um terreno, sendo vinculadas às unidades autônomas que serão construídas e a instituição do condomínio (CHALHUB, 2011).

Ademais, é dever do incorporador promover o registro dos memoriais de incorporação no Registro Imobiliário competente, obter as licenças necessárias para a construção, executar a obra do empreendimento, buscar a expedição do habite-se ao findo da obra e averbação da construção da edificação para fins de individualização

das unidades. Em contraste, o adquirente exonera-se de suas obrigações pagando o preço referente à unidade autônoma que adquiriu (SACRAMONE, 2017).

Por certo, como foi explanado ao longo do presente artigo, ainda é importante enfatizar que em razão da complexidade do contrato de incorporação e dos riscos que os adquirentes das futuras unidades autônomas estão sujeitos, o patrimônio de afetação é positivado ao ordenamento jurídico brasileiro. Ora, como bem assevera Melhim Namem Chalhub (2019), a afetação trata-se de uma técnica de prevenção de riscos que segrega determinado patrimônio e limita suas responsabilidades às obrigações a ele devidas, pois os objetos da afetação vão se vincular a um fim específico, gravados por um encargo ou restrição, sendo constituído um bem independente do patrimônio geral do incorporador.

Diante dos elementos narrados, é oportuno abordar neste momento o surgimento do Código de Defesa do Consumidor por meio da Lei nº 8.078/1990 (BRASIL, 1990), que representou um marco na defesa dos consumidores nas relações jurídicas de consumo, alicerçado na boa-fé e no equilíbrio contratual entre consumidores e fornecedores. Nessa visão, o Código de Defesa do Consumidor incluiu o contrato de incorporação imobiliária entre os contratos que caracterizam uma relação de consumo, tendo em vista que ele classifica o bem imóvel como produto para efeito das relações jurídicas de consumo e considera a atividade de construção e comercialização de imóveis como definidora da figura de fornecedor (CHALHUB, 2013).

Todavia, esse sistema de proteção instituído pelo Código de Defesa do Consumidor não implica a derrogação dos regimes jurídicos especiais dos contratos de incorporação imobiliária, como o da Lei nº 4.591/1964 (BRASIL, 1964) e o da Lei nº 10.931/2004 (BRASIL, 2004). Destarte, esses sistemas de proteção coexistem entre si, devendo o contrato de incorporação ser interpretado em consonância com seu regime jurídico próprio à luz dos princípios da boa-fé e do equilíbrio contratual, tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor (CHALHUB, 2013).

Diante desse contexto, a incidência de cláusulas gerais do CDC sobre o contrato de incorporação deve ser considerada por intermédio de uma ótica conjunta e associativa entre as normas do CDC e as leis específicas que versam sobre a incorporação imobiliária e o patrimônio de afetação, considerando os critérios de especialidade das normas.

Por exemplo, um adquirente de um empreendimento imobiliário que será

construído, descobre que o referido imóvel não terá área de lazer, apesar de no momento da contratação ter visto publicidade sobre esse fato, ou seja, o adquirente está diante de uma publicidade enganosa, que lhe traz danos morais e materiais. Dessa forma, ainda que haja um sistema próprio de proteção para as incorporações imobiliárias (Lei nº 4.591/1964 e Lei nº 10.931/2004), pode incidir sobre esse fato danoso o art. 37 do CDC¹⁷. Portanto, incide sobre esse contrato de incorporação as disposições gerais do Código de Defesa do consumidor à luz das relações de consumo, permanecendo o contrato regido pelas legislações próprias, naquilo que lhe é específico (CHALHUB, 2013).

Destarte, o Poder Judiciário vem abordando a temática nos últimos anos enfatizando nos casos de recuperação judicial e falência de incorporadoras e fundamentando suas decisões majoritariamente pelos critérios concebidos nos art. 31-a e seguintes da Lei nº 4.591/1964¹⁸ (BRASIL, 1964), visando garantir a preservação do patrimônio afetado e a segurança dos adquirentes e credores, ressalvadas algumas interpretações anômalas que merecem reflexão.

Em um caso recente de recuperação judicial, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal agiu de forma assertiva e coerente ao decidir que as garantias do patrimônio de afetação devem ser mantidas durante a recuperação judicial da empresa, não se misturando com os ativos e passivos da massa. Comprovado que o imóvel foi afetado, devem ser adotados os procedimentos previstos no artigo 119, inciso IX, da Lei nº 1.101/2005¹⁹ (BRASIL, 2005).

Contudo, no caso supracitado, o juízo *a quo* havia decidido pela não exclusão da recuperação judicial de um imóvel de propriedade da incorporadora, por entender que a recuperação judicial alterava as regras de segregação patrimonial e, portanto, não podendo excluir o imóvel do rol de bens da recuperação judicial.

Entretanto, tal decisão foi reformulada pelo juízo *ad quem*, tendo em vista que as Leis nº 4.591/1964 (BRASIL, 1964) e nº 11.101/2005 (BRASIL, 2005) preveem a

¹⁷ Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

¹⁸ Art.31-A, § 1º O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004).

¹⁹ AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO. EXCLUSÃO. As garantias do patrimônio de afetação são mantidas durante a recuperação judicial da empresa, não se misturando com os ativos e passivos da massa. Comprovado que o imóvel foi afetado, devem ser adotados os procedimentos previstos no artigo 119, inciso IX, da Lei nº 11.101/2005 (TJ-DF 07531732820208070000 DF 0753173-28.2020.8.07.0000, Relator: ESDRAS NEVES, Data de Julgamento: 07/04/2021, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no PJe : 22/04/2021 . Pág.: Sem Página Cadastrada.

separação de direitos e obrigações da sociedade de propósito específico, em caso de falência e como resultado da recuperação judicial. Ademais, é importante entender a aplicabilidade do art.119 da Lei nº 11.101/2005²⁰ (BRASIL, 2005), a qual prevê quanto à falência que o patrimônio afetado deve receber o tratamento específico, não se misturando com os passivos e ativos da massa.

Ainda se percebe em relação à recuperação judicial que as normas previstas na Lei nº 10.931/2004 (BRASIL, 2004) devem prevalecer, pois são específicas em relação à Lei de Falência, que no caso concreto é norma geral. Assim, o legislador não trouxe previsão legal que possa afastar a incidência da separação patrimonial e a proteção dada aos credores.

Nessa perspectiva, entende Fabio Ulhôa Coelho (2021) que garantir as regras de segregação dos riscos para que tenham plena eficácia não tem como objetivo atender os interesses do empresário, mas tutelar os direitos dos empregados, adquirentes e investidores. Nessa mesma linha contínua, ao tecer que na falência, liquidação extrajudicial ou insolvência, o patrimônio separado deve receber o tratamento específico que justificou sua criação, não se misturando com os ativos e passivos da massa, buscando evitar a contaminação dos empreendimentos frutíferos pelo azar dos que fracassaram.

No entanto, apesar de o entendimento de que o patrimônio de afetação deve ser segregado e possuir autonomia própria diante da incorporadora para cumprir o fim pelo qual foi estabelecido, qual seja a conclusão da obra do empreendimento imobiliário afetado, visando tutelar os interesses dos adquirentes consumidores e blindá-los do contexto da massa falida, não impede que eventuais decisões contraponham o entendimento majoritariamente aceito, evidenciando que o patrimônio de afetação não é um mecanismo de garantia absoluto em face dos riscos decorrentes da incorporação.

É, assim, que compreendeu o Tribunal Regional do Trabalho da 10ª região, em um dos seus julgados,²¹ no tocante à alegação de afetação do patrimônio prevista no

²⁰ Art. 119. Nas relações contratuais a seguir mencionadas prevalecerão as seguintes regras: [...] IX – os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer.

²¹ GRUPO ECONÔMICO. SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO. PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EXISTÊNCIA. No que se refere à dinâmica probatória, não se exige prova pré-constituída imposta pela lei para caracterização de grupo econômico; ou seja, todos os meios lícitos são hábeis ao

art. 31-A, §1º da Lei nº 10.931/2004 (BRASIL, 2004), entendendo que tal regramento não exime o patrimônio afetado dos encargos trabalhistas.

Contudo, vale enfatizar que no caso em comento, apesar de a Sociedade de Propósito Específica ter sido vendida a um terceiro de boa fé para a continuação e conclusão do empreendimento imobiliário e ter sido excluída do grupo econômico ao qual fazia parte originalmente, não impediu que os desembargadores entendessem que o patrimônio afetado de modo algum exclui a responsabilidade da incorporadora pelas suas obrigações trabalhistas, as quais, inclusive, ostentam caráter privilegiado.

Desse modo, percebe-se que o entendimento sobre a temática ainda não é unânime apesar da grande evolução da aplicação e interpretação do instituto pelo Poder Judiciário. Assim, apesar de o patrimônio afetado possuir um regime jurídico especial que de fato vincula o patrimônio para a consecução da incorporação por meio da conclusão das obras do empreendimento e da entrega das unidades autônomas, ele, infelizmente, não constitui uma garantia absoluta para os adquirentes dessa relação de consumo.

Destarte, a massa patrimonial afetada é segregada do patrimônio geral do incorporador, o que dificulta o uso irrestrito dos recursos financeiros captados, além de essa massa ser excluída da garantia geral dos credores do incorporador e vincular-se unicamente ao empreendimento imobiliário objeto do contrato, visando garantir a construção da edificação e a entrega das unidades autônomas, com a consequente transmissão da propriedade aos adquirentes (SIQUEIRA, 2019).

Ora, antes do referido instituto ser positivado no ordenamento pátrio, os adquirentes não possuíam qualquer segurança jurídica e estavam à mercê dos incorporadores e dos riscos inerentes da incorporação imobiliária. Por conseguinte, o patrimônio de afetação trouxe mais segurança e transparência para as relações imobiliárias, tendo em vista que apesar de cenários mais extremos, como na Recuperação Judicial e Falência, o patrimônio afetado permanece segregado para o fim pelo qual foi constituído.

objetivo de demonstrar a realidade. Não é concebível que esta Justiça permita que a constituição de sociedade de propósito específico possa ser utilizada pela empresa para se esquivar do cumprimento das obrigações trabalhistas, nem mesmo sob a alegação de que o patrimônio não pode ser atingido por ser patrimônio de afetação, em conformidade com o artigo 2º, § 2º da CLT. Empresas integrantes de grupo econômico são garantidoras de créditos no que diz respeito aos contratos firmados por quaisquer delas, pois, na qualidade de devedoras solidárias, serão sempre responsáveis pelos direitos advindos da relação de emprego (artigos 2º, § 2º, da CLT), não importando, para isso, a natureza jurídica da empresa que compõe o grupo econômico." (Desembargador Ribamar Lima Júnior). (TRT -10 00013658420165100015 DF, Data de Julgamento: 29/07/2020, Data de Publicação: 01/08/2020)

6 CONCLUSÃO

O presente artigo acadêmico objetivou a compreensão do patrimônio de afetação, sua importância e seus reflexos nos contratos de incorporação imobiliária, visando examinar se a proteção patrimonial dada aos bens afetados de fato é sólida e eficaz notadamente nos cenários de recuperação judicial e falência do incorporador, com ênfase na perspectiva do regime de afetação diante de grupos econômicos. Além disso, ainda foi abordado como o Poder Judiciário vem aplicando a temática sob a ótica de proteção aos adquirentes das unidades autônomas e como a massa falida atinge o patrimônio afetado.

Destarte, no primeiro capítulo, foi proposto demonstrar a evolução da teoria de afetação sob o conceito histórico de propriedade, para tentar compreender as razões pelas quais a propriedade privada tornou-se um símbolo de segurança, rentabilidade e status. Ademais, partindo da análise pressuposta, traçou-se um paralelo com o Caso Encol, na qual ficou evidenciado o binômio de que quanto maior a importância da propriedade privada ao longo da história, maior será a necessidade de sua proteção.

No capítulo posterior, foi explanado a teoria de afetação e seus desdobramentos nos contratos de incorporação imobiliária. Desse modo, buscou-se evidenciar que o patrimônio de afetação consiste em um patrimônio segregado do patrimônio geral do incorporador, que se vincula a uma determinada finalidade e, portanto, torna-se incomunicável em relação ao acervo geral da incorporadora, para evitar eventuais riscos que prejudiquem a sustentabilidade econômica da incorporação e que haja prejuízos aos adquirentes.

Ademais, ainda no referido capítulo, teceram-se comentários sobre o Regime Especial de Tributação (RET), oferecido às incorporadoras que optam pela adesão ao patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias, sendo regido pela Instrução Normativa RFB 934/2009 e que oferece vários benefícios fiscais, dentre eles um pagamento mensal equivalente a 6% (seis por cento) das receitas mensais recebidas, o qual corresponderá ao pagamento unificado de IRPJ, CSLL, Contribuição para o PIS/PASEP e Confins. Tendo em vista a interdisciplinaridade da presente pesquisa, o capítulo seguinte abordou como o patrimônio de afetação comporta-se nos cenários de recuperação judicial e falência do incorporador, notadamente diante da existência de grupos econômicos. Por conseguinte, percebeu-se que se na falência, que é um

processo mais danoso, o patrimônio de afetação deve ser segregado da massa falida e os interesses dos credores e adquirentes priorizados, quanto mais no processo de recuperação judicial do incorporador, no qual ainda existe a intenção de preservar a atividade econômica explorada pela empresa.

Não obstante, ainda foi abordada a possibilidade de pedido de recuperação judicial por meio de uma consolidação substancial, tendo em vista o caso do Grupo Viver. Desse modo, para responder à problemática foi necessário diferenciar consolidação substancial e consolidação processual no contexto da recuperação judicial, no qual ficou demonstrado que não é assertivo o deferimento da consolidação substancial quando existe um grupo econômico e sociedades de propósito específicas, em razão de tal medida processual atingir a proteção patrimonial dos bens afetados.

Por fim, no último capítulo da presente pesquisa, foi explicitado como o Poder Judiciário vem aplicando a temática sob o enfoque do Código de Defesa do Consumidor. Por conseguinte, ficou constatado que o regime de afetação constitui uma garantia eficaz, mas não absoluta, para proteger os adquirentes das unidades autônomas nos contratos de incorporação imobiliária. Ainda se frisa que apesar de a Lei nº 8.078/1990 (BRASIL, 1990) constituir um sistema próprio de proteção ao consumidor, nos casos dos contratos de incorporação imobiliária ela deve coexistir com a Lei nº 4.591/1964 (BRASIL, 1964) e a Lei nº 10.931/2004 (BRASIL, 2004), à luz dos princípios da boa-fé e do equilíbrio contratual, visando proporcionar a máxima proteção aos adquirentes.

Por todo o exposto, ficou evidenciado que o patrimônio de afetação constitui-se como uma técnica do direito real para prevenir os riscos inerentes ao contrato de incorporação imobiliária, visando trazer mais segurança jurídica e econômica para os adquirentes das futuras unidades autônomas, tendo em vista o peso da propriedade privada como sinônimo de estabilidade financeira e social.

Ao final desta pesquisa, observou-se a eficácia do regime de afetação sobre os bens afetados para a segurança jurídica das relações imobiliárias, bem como sua aplicabilidade positiva para assegurar a continuidade e conclusão da obra do empreendimento objeto do contrato de incorporação imobiliária e a consequente entrega das unidades autônomas aos adquirentes, mesmo nos cenários de falência ou recuperação judicial do incorporador, ainda que existam grupos econômicos.

Assim, percebe-se, que o patrimônio de afetação apesar de ser desconhecido

por muitos adquirentes, possui demasiada importância no mercado imobiliário e representou um marco de transparência, segurança e proteção após a derrocada da Encol. Ademais, ficou evidente que apesar de existirem decisões judiciais conflitantes nos casos de Recuperação Judicial e Falência do incorporador, o patrimônio de afetação deve permanecer segregado do acervo geral da incorporadora para a conclusão do empreendimento imobiliário.

Todavia, ficou constatado que o referido instituto não é uma garantia absoluta para os adquirentes, em razão da existência de decisões judiciais que interferem nessa proteção patrimonial. Portanto, é necessário que haja uma interpretação concisa e objetiva sobre a temática, conservando a intenção original do legislador da Lei nº 10.931/2004 (BRASIL, 2004), para evitar que decisões anômalas e conflitantes ponham em risco a credibilidade da eficácia do patrimônio de afetação.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Compreendendo os novos limites à propriedade: uma análise do Artigo 1.228 do Código Civil Brasileiro. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, p.73-92, 2004.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 maio 2021, 10:00.

BRASIL. **Lei nº 4.591, de 16 de Dezembro de 1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Brasília, DF: Diário Oficial da União, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm. Acesso em: 01 maio 2021, 08:30.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 30 abr. 2021, 23:30.

BRASIL. **Lei nº 10.931, de 2 de Agosto de 2004**. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.931.htm. Acesso em: 01 maio 2021, 08:30.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Instrução Normativa nº 1.435, de 30 de Dezembro de 2013**. Dispõe sobre os regimes especiais de pagamento unificado de tributos aplicáveis às incorporações imobiliárias, às construções de unidades habitacionais contratadas no âmbito do Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV) e às construções ou reformas de estabelecimentos de educação infantil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2014. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=48915#1378476>. Acesso em: 01 jun. 2021, 09:30.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder. Grupos de sociedades e recuperação judicial: o indispensável encontro entre direitos societário, processual e concursal. *In*: YARSHELL, Flávio I.; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Orgs.). **Processo societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. v. 2. p. 735-789.

CHALHUB, Melhim Namem. A afetação patrimonial e a recuperação judicial de empresa incorporadora. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 42, n. 87, p. 245-270, jul./dez. 2019.

CHALHUB, Melhim Namem. Incorporação imobiliária: aspectos do sistema de proteção do adquirente de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 36, n. 75, p. 167-198, jul./dez. 2013.

CHALHUB, Melhim Namem. O contrato de incorporação imobiliária sob a perspectiva do código de defesa do consumidor. **Doutrinas Essenciais de Direito Registral**, [s.l.], v. 4, p. 543-594, dez. 2011.

DEBONI, Giuliano. **Propriedade Privada: do caráter absoluto à função social e ambiental**. Disponível em: < <https://domalberto.edu.br/wp-content/uploads/sites/4/2017/08/Propriedade-Privada-do-Caráter-Absoluto-à-Função-Social-e-Ambiental.pdf> > Acesso em: 10 de maio de 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 14. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: Direito de empresa**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FACHIN, Luiz Edson. Conceituação do direito de propriedade. **Doutrinas essenciais de direitos humanos**, [s.l.], v. 2, p. 813-835, ago. 2011.

FRONTINI, Paulo Salvador. *In*: SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (orgs.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 453.

MIRANDA, Cláudio Luiz de; DI BIASI, Nicholas Furlan. A recuperação judicial de incorporadoras imobiliárias à luz do regime do patrimônio de afetação. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, [s.l.], v. 4, abr./jun. 2017.

MITIDIERO, Daniel; FARO, Alexandre; DEORIO, Karina; LEITE, Cristiano. Consolidação substancial e convenções processuais na recuperação judicial. **Revista de**

Direito Bancário e do Mercado de Capitais: RDB, São Paulo, v. 20, n. 78, p. 219-228, out./dez. 2017.

MOTA, Jessica Cristina Coitinho. Da importância jurídica do regime da afetação patrimonial nas incorporações imobiliárias. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 40, n. 82, p.155-181, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://avaead.unirn.edu.br/20191/course/view.php?id=4#section-3>. Acesso em: 05 mai. 2021.

NEGRÃO, Ricardo. **Direito empresarial**: Estudo unificado. 6. ed. São Paulo: Sarai-va, 2015.

PENTEADO JUNIOR, C. M. C. A afetação do patrimônio como execução ao princípio de sua universalidade: conteúdo jurídico e efeitos. **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**, [s.l.], v. 4, p. 39-50, dez. 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**: Direitos reais. 27. ed. São Paulo: Forense, 2019. v. 4.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edifício e incorporação imobiliária**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Os direitos do compromissário comprador diante da falência ou recuperação judicial do incorporador de imóveis. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 20, n. 76, p. 173-193, abr./jun. 2017.

SALOMÃO, Luis Felipe; PENALVA, Paulo. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência**: Teoria e prática. São Paulo: Forense, 2019.

SIQUEIRA, Tânia Bahia Carvalho. Os efeitos da crise sobre a incorporação imobiliária com patrimônio de afetação. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, [s.l.], v. 11, jan./mar. 2019.

SOARES, Renan Tadeu de Souza. **Patrimônio de afetação em recuperação judicial e falência do incorporador imobiliário**. 2019. 120f. Dissertação (Mestrado em Direito) –Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019. Acesso em: 05 de maio de 2021.

A NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DO CÔNJUGE PARA A REALIZAÇÃO DA CIRURGIA DE LAQUEADURA E AS SUAS REPERCUSSÕES SOCIAIS E JURÍDICAS

Ana Luísa Breckenfeld Ricarte Nobre¹

Emmanuelli Carina de B. G. M. Soares²

RESUMO

A necessidade de autorização do cônjuge para a realização da cirurgia de laqueadura no Brasil é uma temática bastante relevante e de inúmeros desdobramentos sociais e jurídicos. A evolução para a contemporaneidade trouxe consigo a percepção da garantia dos direitos fundamentais, os quais foram – e ainda são – conquistados com muita luta e reivindicação. Essa evolução pode ser observada de forma intensa principalmente para as mulheres, que vêm ganhando cada vez mais espaço na garantia de seus direitos, desde a Constituição Federal de 1924, onde eram considerados cidadãos apenas os homens, até que na Constituição Federal de 1988 houve a equiparação formal entre homens e mulheres. Porém muito ainda precisa ser feito para que consigam um lugar de total igualdade em relação aos homens. Nesse sentido, necessário se faz analisar de que modo a previsão legal do artigo 10, §5º da Lei n.º 9.263/96 infringe a efetiva aplicação dos direitos fundamentais das mulheres, assim como a intervenção que gera no planejamento familiar de todos, visto que devemos possuir total liberdade para garantir a dignidade individual nessas áreas de nossas vidas, sem que haja intervenção do Estado, de modo a examinar as repercussões jurídicas e sociais da temática em epígrafe. Para tanto, o presente artigo terá os métodos históricos e estatísticos como método de procedimento, uma vez que será por meio da análise de textos, documentos jurídicos e estatísticas sociais que o tema proposto será amplamente discutido. Ademais, as abordagens quantitativas e exploratórias serão empregadas com o intuito de verificar os desdobramentos sociais e jurídicos relacionados às previsões legais dos direitos fundamentais das mulheres e a sua repercussão à luz da Lei do Planejamento Familiar brasileiro.

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.

² Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.

Palavras-chave: Planejamento familiar. Processo de esterilização. Consentimento do conjuge. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The need for spousal consent for sterilization surgery in Brazil is a very relevant issue, with innumerable social and legal ramifications. The evolution to contemporaneity brought with it the perception of the guarantee of fundamental rights, which were - and still are - conquered with much struggle and claims. This evolution can be observed in an intense way, especially for women, who have been gaining more and more space in the guarantee of their rights, since the Federal Constitution of 1924, where only men were considered citizens, but much still needs to be done for them to achieve total equality in relation to men. In this line of thought, it is necessary to analyze how the legal provision of article 10, §5º of Law 9.263/96 infringes the effective application of women's fundamental rights, as well as the intervention it generates in everyone's family planning, since we must have total freedom to ensure individual dignity in these areas of our lives, without state intervention, in order to examine the legal and social repercussions of the theme in question. To this end, this article will use historical and statistical methods as a method of procedure, since the proposed theme will be widely discussed through the analysis of texts, legal documents, and social statistics. Moreover, the quantitative and exploratory approaches will be employed in order to verify the social and legal developments related to the legal forecasts of women's fundamental rights and their repercussion in the light of the Brazilian Family Planning Law.

Key Words: Family planning. Sterilization process. Spousal consent. Human dignity.

1. INTRODUÇÃO

A criação da Lei 14.443 de 02 de setembro de 2022, que entrará em vigência em 2023, afetará o planejamento familiar, assim como a visão sobre a independência da mulher, temas de extrema importância no cenário brasileiro nas últimas décadas.

Essa Lei, ao entrar em vigência, irá reduzir a idade mínima para realização da cirurgia de esterilização voluntária de 25 para 21 anos, assim como dispensará a

necessidade de autorização do cônjuge para a realização desta, ou seja, irá interferir diretamente na atual Lei nº 9.263/96, de Planejamento Familiar (especialmente § 5º do Art. 10) o que é um grande passo para a independência e afirmação dos direitos fundamentais das mulheres, que vêm crescendo desde o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962).

É de extrema importância frisar também que a criação de leis e transformações jurídicas não são o suficiente para colocar a mulher em uma posição igualitária na sociedade, visto que apesar de no art. 5º, inciso I, da Constituição Federal determinar que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, principalmente no âmbito familiar, as mulheres ainda não são totalmente equiparadas aos homens na sociedade, visto que ainda é um problema social que acompanha o Brasil em toda a sua evolução, criado pela sociedade prioritariamente patriarcal e machista, que coloca o “homem da casa” como a figura principal no sustento e tomada de decisões de sua família, tornando a mulher um personagem secundário, apenas de apoio para seu marido.

Além do direito das mulheres vir passando por diversas mudanças nas últimas décadas, evoluindo para uma busca à igualdade entre os gêneros, o Direito da Família também teve grandes e recentes evoluções, visto que até o ano de 2002 ainda vigorava no Brasil o Código Civil de 1916, onde era abordada uma estrutura familiar rígida, patriarcal heteroparental matrimonializada e biológica, excluindo direitos iguais aos outros tipos de família, inclusive aos filhos adotivos, mesmo que a Constituição Federal de 1988 já preservasse os direitos como o reconhecimento das uniões estáveis e famílias monoparentais, além de equiparar os direitos dos filhos independentemente se fossem biológicos ou não.

Por conseguinte, é fundamental que o tema proposto seja discutido, de modo a analisar as incumbências históricas trazidas pelas imposições masculinas e as suas repercussões na contemporaneidade, onde, teoricamente, a sociedade, e principalmente as mulheres, possuem liberdade de expressão e autonomia para a busca da efetivação dos seus direitos.

Ao longo do artigo será observada a evolução dos direitos de família juntamente à busca pela independência social das mulheres casadas, inclusive de suas escolhas sobre suas próprias famílias e gravidez, além de pontuar a importância do Estado no momento atual, não como interferência direta nas famílias, mas através das políticas públicas para a garantia dos direitos.

O método a ser utilizado para a elaboração do projeto de trabalho em epígrafe consiste no método indutivo, uma vez que será por meio do exame das previsões legais do ordenamento jurídico brasileiro, da análise de dados bem como de interpretações textuais, que se pretende examinar os fatores os quais norteiam as implicações estudadas.

No tocante ao tipo de abordagem, serão empregados os métodos histórico e estatístico, uma vez que será por meio da análise de textos, documentos jurídicos e estatísticas sociais que os aspectos propostos serão analisados.

2. EVOLUÇÃO DO DIREITO DA MULHER CASADA

Muito se sabe que na linha histórico-temporal, a mulher foi submissa às previsões legais que a ela eram impostas - muitas vezes, por homens - de modo que os seus direitos básicos eram podados às afirmações trazidas por esses. Sendo assim, é comum encontrar no ordenamento jurídico brasileiro, ainda hoje, normas que privem a mulher, como indivíduo, dos seus direitos básicos, mesmo que a Constituição Federal em vigor, que trouxe a equiparação formal entre homens e mulheres, determine em seu art. 5º que todos, independente do gênero possuem direitos e deveres iguais.

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

I - Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição

Além disso, como sabiamente explanou Constância Lima Duarte, em sua obra *Nísia Floresta*, mesmo com o respaldo jurídico as mulheres ainda não possuem total liberdade sobre seus corpos e decisões, principalmente no âmbito familiar, já que a sociedade é estruturalmente machista e patriarcal, as mulheres eram preparadas e educadas unicamente para o papel de mãe.

A história jurídica das mulheres se inicia no Código Civil de 1916, onde a mulher casada era considerada totalmente incapaz, ou seja, tudo dependeria da representação e autorização de seu cônjuge. Isso se dá pelo fato de a sociedade da época ser extremamente patriarcal e conservadora, a ponto de definir as mulheres como mera posse de seus maridos, sem qualquer direito ou independência, mesmo que em questões de seu interesse particular, totalmente submissas.

A primeira mudança significativa para a independência da mulher na sociedade brasileira foi a criação do Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962. Com a concretização deste estatuto a incapacidade feminina foi legalmente descartada, permitindo a mulher casada exercer diversos direitos civis que não possuía antes, como a livre entrada no mercado de trabalho, podendo tornar-se produtiva e mais independente, inclusive financeiramente, de seus maridos; retirou a prioridade paterna na tomada de decisões familiares onde houvesse divergências entre os cônjuges, permitindo a mulher também tomar decisões dentro de sua família de forma mais igualitária. Essas mudanças foram aos poucos sendo introduzidas na sociedade brasileira, já que muitos ainda viam a mulher com os olhares conservadores de tempos anteriores.

Outro ponto histórico importante para a emancipação feminina foi a criação da Lei do Divórcio, em 1977, visto que até então o casamento era um vínculo indissolúvel, havendo apenas o desquite, que havia a separação de seus bens, mas não a dissolução do vínculo matrimonial, de forma que não poderiam casar-se com outras pessoas após a separação. Nesse período as mulheres que sofriam desquites sofriam com preconceitos, de forma que muitas preferiam viver um casamento infeliz e diversas vezes humilhantes a serem desquitadas por seus maridos. Com a consolidação do divórcio no Brasil, as mulheres passaram a se tornar um pouco mais independentes e a ocupar uma posição mais próxima de seus maridos na sociedade familiar.

Foi apenas com a Constituição Federal de 1988 que a mulher, casada ou solteira, passou a ser vista na sociedade de forma igualitária, deixando-as no mesmo patamar legal que os homens. Porém, mesmo com a nova constituição a mulher ainda sofre diversos preconceitos e acaba se submetendo às vontades de seus cônjuges. Ainda há diversos obstáculos para que a mulher alcance sua devida posição de igualdade na sociedade, inclusive a independência para a realização da esterilização voluntária.

3. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DAS FAMÍLIAS

Inicialmente, a família era considerada apenas o vínculo matrimonial e biológico, além de, seguindo os fatos históricos, também era considerada patriarcal, tendo sempre o pai como principal ponto familiar, sem contar que não eram reconhecidas outras formas de família, apenas a tradicional formada pelo casamento entre um homem e uma mulher com a intenção de gerar filhos. Essa determinação do que seria a família perdurou até o

ano de 2002, com o Código Civil de 1916, que além de não reconhecer famílias não tradicionais, também não reconhecia o divórcio, até que nesse ano foi criado um novo Código Civil, com as alterações feitas de acordo com a Constituição de 1988, onde já eram aceitas outras formações familiares.

A primeira grande mudança na legislação sobre a estrutura, até então hierárquica, das famílias foi o Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121/62, que determinou, a até então negada, capacidade plena da mulher casada como cidadã, além de trazer o igual direito da mãe à guarda dos filhos, que até então era apenas do pai.

Porém, foi apenas com a Constituição de 1988 que a mulher foi formalmente equiparada ao homem, além de que foram reconhecidas as outras formas de família, como a monoparental, a formada por união estável, a homoafetiva, a reconstituída, entre muitas outras, de forma que todas elas devem receber a mesma proteção e garantias do Estado, sem que uma se sobreponha a outra, tornando o direito da família uma estrutura mais democrática e menos hierárquica, tornando o rol que antigamente era considerado taxativo em exemplificativo, de forma que a família não é mais composta por uma estrutura rígida e determinada, e sim, conforme os doutrinadores Flávio Tartuce e Maria Berenice Dias, *“o novo modelo de família funda-se sob os pilares da responsabilização, da afetividade, da pluralidade, do eudemonismo, impingindo uma nova roupagem axiológica ao direito de família”* (TARTUCE), de forma que a família se torna uma estrutura baseada no sentido afetivo e social e não mais no sentido biológico e rígido.

Em relação às famílias homoafetivas, só foram reconhecidas oficialmente como entidade familiar em 2011, com o julgamento da ADI 4277 e ADPF 132, que reconheceu a união estável entre casais homoafetivos. Já as multiparentais só foram aceitas, pelo menos no âmbito jurídico, em 2016, com o voto do Ministro Luiz Fux, que reconheceu a dupla paternidade em seu voto no RECURSO EXTRAORDINÁRIO 898.060.

4. O PLANEJAMENTO FAMILIAR E O DIREITO DE FAMÍLIA

O Fundo de População das Nações Unidas (UNFA) define o planejamento familiar como um conjunto de ações onde se oferece todo o suporte necessário, desde a educação reprodutiva até os recursos científicos disponíveis sobre concepção e anticoncepção. Ou seja, de acordo com essa descrição o planejamento familiar é a base de onde vem a decisão

de reproduzir de uma família ou indivíduo.

Seguindo esse último ponto, deve ser incluído o indivíduo fora do contexto familiar, visto que estes também podem tomar a decisão de não ter filhos ou não construir família, motivo pelo qual a Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep) acredita que o termo “planejamento familiar” deve ser atualizado para “planejamento reprodutivo”.

Apesar de ser um conceito básico, que aparentemente vem sendo construído desde as primeiras sociedades, só foi incorporado à legislação brasileira com a Constituição de 1988, com o art. 226, § 7º no capítulo de família. Esse artigo constitucional prega que seja vedada qualquer forma de intervenção, seja estatal ou privada, sobre as decisões do casal.

Complementando essa ideia de que não pode haver interferências nem imposições nas decisões feitas pela família, Paulo Lobo, juntamente com a doutrinadora Maria Berenice Dias, afirmam que o planejamento familiar é de natureza não coercitiva, mas natureza promocional, sendo fundamentado em ações educativas sobre a fecundidade, garantindo o acesso a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade para que o casal tome suas próprias decisões de forma consciente e protegendo sempre a família.

Respalhando a Constituição Federal, a Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996 entende, no art. 2º, o planejamento familiar como “*conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal*”. Diante desse texto legislativo pode-se observar a citação do homem e da mulher individualmente, sendo assim, pode-se afirmar que de certa forma a legislação mais a frente contradiz-se, em seu § 5º do Art. 10 da mesma lei ao determinar a necessidade de autorização do cônjuge para o processo esterilização.

Além disso, no artigo Art. 1.513 do Código Civil é tratado que “*é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família*”. Ou seja, a proteção à família deve sempre existir no Estado, mas de forma que a autonomia das pessoas e os direitos sobre o próprio corpo sejam resguardados pelas Leis e políticas públicas.

5. A ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA

O Brasil possui uma formação de base, desde o início de sua colonização, de origem predominantemente católica europeia (visto que durante o desenvolvimento de sua sociedade outras culturas e religiões foram marginalizadas), na qual o casamento tinha como principal objetivo a reprodução, e as relações sexuais deveriam ser apenas com essa mesma finalidade, caso contrário seria pecado e moralmente condenado pela sociedade.

Essa forma arcaica de se pensar era bastante concreta até poucas décadas, de forma que as formas anticoncepcionais demoraram a ser introduzidas na cultura, principalmente os meios cirúrgicos de esterilização, e até os dias de hoje são dificultadas, mal vistas e evitadas por alguns.

A esterilização era tão mal vista pela sociedade brasileira antiga que, de acordo com o Código Penal de 1940, era considerada um crime de lesão corporal, sendo realizada apenas de forma clandestina, o que causava diversos riscos à saúde daqueles que passavam por tal procedimento por não desejar mais ter filhos.

Porém, com o aumento da visibilidade e clamor pelos princípios constitucionais, garantidos na Constituição Federal de 1988, de liberdade e dignidade da pessoa humana, os direitos individuais vieram à tona, trazendo consigo um grande enfoque nos direitos sexuais e reprodutivos, que antes eram considerados tabus pela sociedade mais conservadora.

Com o avanço das ideias dos direitos sexuais e de reprodução se popularizando, foram afastando a ideia de que o casamento e relacionamentos deveriam ter como objetivo final a criação de prole, tornando isso uma escolha individual dos casais. Sendo assim, apenas em 1997 o Ministério da Saúde regulamentou oficialmente a esterilização cirúrgica.

Atualmente o processo para esterilização, tanto em homens como em mulheres, é regulamentado pelo art. 10 da Lei nº 9.263/96. Porém, com a mínima pesquisa ou interesse no assunto pode-se observar que esse método contraceptivo não é estimulado pela própria Lei e políticas públicas que o envolvem, pois o indivíduo interessado é extremamente restrito, além de ter que passar por diversas fases para que seja “aprovado” para a realização da intervenção cirúrgica. Dentre essas regulamentações está: idade mínima de 25 anos, ou, dois filhos vivos; prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade da esterilização, e é apresentado a outras opções contraceptivas demais fácil reversão.

Uma dessas fases necessárias para a aprovação é também a autorização do cônjuge, o que interfere diretamente no direito sobre o próprio corpo, principalmente no caso da mulher, que além de sofrer uma pressão social de realizar as vontades e desejos do marido, é quem carregará a prole durante toda a gestão, além de socialmente ser colocada como personagem principal no desenvolvimento do filho.

Porém, essa legislação está na iminência de passar por bruscas alterações, tendo em vista que em 02 de setembro de 2022 foi sancionada a Lei 14.443, que além de reduzir a idade mínima de 25 para 21 anos, dispensará a necessidade de autorização do cônjuge para a realização da esterilização cirúrgica voluntária.

As mudanças legais e jurídicas que essa nova Lei trará serão de grande importância para a emancipação da mulher, para seu direito de tomar decisões sobre seu próprio corpo e a torne uma figura de maior peso nas decisões voltadas ao planejamento familiar, visto que não mais dependerão da autorização do cônjuge para a realização de cirurgia de esterilização, não sendo mais totalmente submissa à vontade de reprodução de seu parceiro, fortalecendo seu devido acesso ao princípio constitucional da liberdade.

6. A MUDANÇA LEGISLATIVA E OS IMPACTOS DA LEI 14.443/2022 NA EFETIVIDADE DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

A Lei 14.443/2022 traz grandes mudanças para o cenário do planejamento familiar no Brasil, visto que além de promover a dignidade humana e o poder de escolha das mulheres na formação de suas famílias, também se torna um passo importante para a educação sexual de jovens e um avanço na saúde pública do país, de forma que transforma tanto o âmbito individual como o âmbito geral da sociedade.

Em parecer fornecido pela senadora Nilda Gondim (MDB-PB), foi afirmado que o uso correto de formas anticoncepcionais ajuda a prevenir diversos riscos à saúde, tanto das mulheres que engravidam como dos fetos e crianças, reduzindo inclusive a mortalidade infantil. Sendo assim, o aumento ao acesso ao método contraceptivo cirúrgico, com a devida informação e orientação, torna-se questão de saúde pública.

A laqueadura é uma das formas anticoncepcionais mais efetivas, além de ser permanente, de forma que a expansão de seu público tende a reduzir o número de gravidez indesejadas, além de, comprovadamente ser um benefício para a saúde reprodutiva da mulher visto que reduz o risco de doenças inflamatórias pélvicas e

previne o câncer de ovário.

Além da redução de idade e exclusão da necessidade de autorização do cônjuge, outro ponto abordado na Lei é a permissão da cirurgia de laqueadura durante o parto.

“Art. 10. I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de 21 (vinte e um) anos de idade ou, pelo menos, com 2 (dois) filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de 60 (sessenta) dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, inclusive aconselhamento por equipe multidisciplinar, com vistas a desencorajar a esterilização precoce;

§ 2º A esterilização cirúrgica em mulher durante o período de parto será garantida à solicitante se observados o prazo mínimo de 60 (sessenta) dias entre a manifestação da vontade e o parto e as devidas condições médicas.”

Essa mudança é de grande importância para a saúde pública e da mulher que escolhe essa opção.

Ao optar por fazer a cirurgia de laqueadura durante o parto, a mulher evita ter que passar por mais uma internação, reduzindo assim em grande número a possibilidade de problemas sérios, como infecções hospitalares, além de reduzir a ocupação de leitos hospitalares, que é uma grande questão da saúde pública atual com a constante lotação de hospitais, como afirma a fala da Senadora.

“A iniciativa não apenas aumentará o acesso ao método, mas também impedirá que a mulher se submeta a duas internações hospitalares e a dois procedimentos médicos que poderiam ser realizados simultaneamente”
Nilda Gondim (MDB – PB)

Quanto o âmbito individual, as mulheres terão mais voz no que condiz ao seu próprio corpo e sua vontade de gerar filhos dentro de um relacionamento, sem contar que as mulheres mais jovens que 25 anos, que não possuem filhos e não os desejam ter, terão a escolha de, com o devido acompanhamento médico e psicológico, optarem pelo método contraceptivo permanente, evitando assim a possibilidade de uma gravidez indesejada, resguardando seu direito de escolha.

7. O PAPEL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS JUNTO À LEI 14.443/2022

As políticas públicas são, em seu conceito básico meios do Estado garantir e colocar em prática os direitos previstos na Constituição Federal, e, apesar dos direitos familiares prezarem pela independência das escolhas da família frente ao Estado, ele

possui um papel de grande importância na garantia dos direitos individuais das famílias por meio das políticas públicas.

Sobre essa questão, é de grande importância citar a doutrinadora Maria Helena Diniz:

“O princípio da liberdade se faz muito presente no âmbito familiar, pela liberdade de escolha na constituição de uma unidade familiar, entre o casamento e a união estável, vetada a intervenção de pessoa pública ou privada (CC, art. 1.513); na livre-decisão acerca do planejamento familiar (CC, art. 1565, §2º), só intervindo o Estado para propiciar recursos educacionais e informações científicas;” (MADALENO, 2011, p. 89)

É de grande importância que o Estado, ao sancionar a Lei 14.443/2022, forneça todos os meios necessários para apoiar seus cidadãos diante de suas escolhas particulares e familiares na importância da laqueadura e vasectomia.

É preciso orientar não só os jovens, mas também aos mais velhos, a seriedade dessa escolha, visto que a esterilização cirúrgica é permanente, por meio de uma educação mais presente na sociedade, além de fornecer todo o acompanhamento psicológico necessário para o processo.

Além de reforçar a educação sexual para adolescentes, jovens e adultos, para trabalhar não só sobre esterilização, mas educar quanto ao planejamento familiar e a importância da paternidade e maternidade responsáveis.

Esses esclarecimentos podem ser feitos através de políticas públicas envolvendo o SUS, em nível Municipal, Estadual e Federal, podendo-se utilizar de campanhas de conscientização.

8. CONCLUSÃO

Diante de todos os pontos apresentados ao longo do artigo, pode ser observada a importância do sancionamento da Lei 14.443/2022 para a emancipação das mulheres quanto a sua reprodução, uma luta que vêm fazendo parte do movimento feminista há décadas.

Pode-se observar também que a luta pela independência legislativa não vêm dos dias de hoje, que a sociedade brasileira já foi muito mais patriarcal e que antigamente as mulheres casadas, além de não possuírem voz própria, eram apenas objetos de posse de seus maridos, e que, ao longo dos anos foram ganhando força.

Deve-se pontuar também que o novo regimento legal para a cirurgia de laqueadura

não vem apenas com a “facilitação” ao acesso do método contraceptivo, mas também com o aumento da responsabilidade do Estado em relação à saúde pública e a forma como essa nova Lei irá funcionar diante das políticas públicas de acolhimento e saúde mental das mulheres.

Sendo assim, ressalta-se a importância dos avanços para a saúde pública e para a independência das mulheres quanto a escolha da formação de suas próprias famílias, como também para a importância do fortalecimento do Estado na situação das políticas públicas relacionadas à educação sexual e à maternidade e paternidade responsáveis, que ainda são temas muitas vezes tratados como tabu e deixados de lado.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Janaína. Já é lei redução da idade para esterilização e dispensada autorização de cônjuge para sua realização. **Rádio Senado**. Brasília, 9 de setembro de 2022.

Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/09/09/ja-e-lei-reducao-da-idade-para-esterilizacao-e-dispensa-da-autorizacao-de-conjuge-para-sua-realizacao#:~:text=Foi%20sancionada%20a%20Lei%2014.443,permitida%20a%20laqueadura%20no%20parto>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BAHIA, Claudio José Amaral. **Família**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/117/edicao-2/familia>. Acesso em 21 nov 2022.

BRASIL. **Código Civil**. Art. 1.513 do Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 21 de setembro de 2022.

BRASIL. Constituição (1996). **Lei n.º 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm. Acesso em: 21 maio 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988), de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 nov. 2022.

DUARTE, Constância Lima. **Nísia Floresta**. 37 ed. Recife, 2010. p. 19.

EDUCADORES. **As Mulheres e as Leis Brasileiras através da História**. Disponível em: <http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?cont>

eudo=841#:~:text=Constitui%C3%A7%C3%A3o%20de%201934&text=Pro%C3%ADbe%20diferen%C3%A7as%20de%20sal%C3%A1rios%20para,parto%2C%20atrav%C3%A9s%20da%20Previd%C3%Aancia%20Social. Acesso em: 16 nov. 2022.

GARCIA, Felícia Zuardi Spinola. A evolução do direito das famílias e da condução de seus conflitos: novos desafios para a sociedade. **IBDFAM: instituto Brasideliro de Direito de Família**. Belo Horizonte, 3 maio 2018. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1273/A+evolu%C3%A7%C3%A3o+do+direito+das+fam%C3%ADlias+e+da+condu%C3%A7%C3%A3o+de+seus+conflitos:+novo+s+desafios+para+a+sociedade#:~:text=No%20Brasil%2C%20vemos%20que%20a,%2C%20matrimonializada%2C%20heteroparental%20e%20biol%C3%B3gica>. Acesso em: 16 nov. 2022.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. Apud DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.366.

MACÊDO, Stephanie. **Políticas Públicas: o que são e para que existem**. De 16 de novembro de 2018. Disponível em: <https://al.se.leg.br/politicas-publicas-o-que-sao-e-para-que-existem/>. Acesso em: 21 nov. 2022.

MIGALHAS quentes. **STF reconhece dupla paternidade**, de 21 de setembro de 2022. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/quentes/246020/stf-reconhece-dupla-paternidade>. Acesso em: 26 nov. 2022.

TARTUCE, Flávio, José Fernando Simão. **Direito Civil. v.5: Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016.

UNFA. Fundo de População das Nações Unidas. **Planejamento Familiar no Brasil: 50 anos de história**. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/arquivos/relatoriowpd.pdf>. Acesso em: 21 de setembro de 2022.

VECCHI, Sabah Fachin de. O livre planejamento familiar e o papel do estado como agente subsidiário de recursos e suportes para o desempenho do poder familiar responsável. **Revista Âmbito Jurídico**. São Paulo, n.172, ano.XXI, maio 2018. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/o-livre-planejamento-familiar-e-o-papel-do-estado-como-agente-subsidiario-de-recursos-e-suportes-para-o-desempenho-do-poder-familiar-responsavel/>. Acesso em: 16 nov. 2022.

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI Nº 12.318/10 EM ANALOGIA À ALIENAÇÃO PARENTAL CONTRA O IDOSO

Mariana Barbosa Oliveira Nascimento¹

Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes²

RESUMO

O idoso, assim como a criança e o adolescente, pode ser considerada uma figura vulnerável, necessitando de amparo e proteção integral, na intenção de ser resguardado de possíveis práticas abusivas - devido à fase da vida em que se encontra. Nesse caso, surge o pensamento de ser usada a Lei nº 12.318/10, em analogia a figura do idoso, assim como da criança e do adolescente, de modo que diante da ausência legal de uma proteção que o resguarde desse ato, questiona-se sobre o uso dela, chegando a presente problemática deste artigo. Assim, o objetivo geral é analisar a possibilidade de aplicação da referida lei, em relação ao idoso, e, de maneira mais específica, tentar contextualizar a sua figura, atualmente, apresentando as suas medidas de proteção e aludindo à prática da alienação parental para se chegar na resposta referente à problemática. Sendo assim, o trabalho contará com a abordagem do método dedutivo, o qual através de seus resultados encontrará uma resposta. Por fim, o presente estudo é de extrema relevância, uma vez que na carência de uma proteção para a vigente situação, se faz necessário o questionamento de medidas efetivas que venham a resguardá-los. Dessa forma, conclui-se que na ausência de uma proteção legal que ampare ao idoso, a jurisprudência entende sobre aplicação da Lei nº 12.318/10 ser usada em analogia, a fim de não os deixar desamparados, quanto à prática de uma possível alienação.

Palavras-chave: Direito civil brasileiro. Direito de família. idoso. Alienação parental.

ABSTRACT

¹ Acadêmica do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: rosangela@unirn.edu.br.

The elderly, as well as children and adolescents, can be considered a vulnerable figure, in need of support and full protection, with the intention of being protected from possible practices that, due to the stage of life in which they are found, may be subject to suffering. In this case, the idea of using Law N^o. 12,318/10 is presented in analogy to the figure of the elderly, as well as children and adolescents, given the legal absence of protection to protect them from this act. In this context, the use of this analogy has been questioned, reaching the issue of this article. Therefore, the general objective is to analyze the possibility of applying the aforementioned law in relation to the elderly, and in a more specific way, it tries to contextualize their figure, nowadays, presenting their protection measures and evading the practice of parental alienation in order to get the answer about the problem. Thus, the work will rely on the deductive method approach, which through its results an answer will be found. Finally, this study is extremely relevant, since in the absence of protection for the current situation, it is necessary to question effective measures that will protect the elderly. Therefore, it is concluded that in the absence of legal protection that supports the elderly, the jurisprudence understands that the application of Law N^o. 12.318/10 should be used in analogy, in order to not leave them helpless, regarding the practice of a possible alienation.

Keywords: Brazilian civil law. Family law. Elderly. Parental alienation.

1 INTRODUÇÃO

O caminho para um envelhecimento sadio está relacionado a certas condições as quais o ser humano foi submetido, no decorrer de sua vida, tendo como exemplo as questões ligadas à sua saúde psíquica, bem-estar físico e convivência social, como sendo fatores fundamentais que ensejem ao sujeito chegar na terceira fase de uma maneira muito ativa e saudável.

Entretanto, ainda que esses fatores fundamentais estejam presentes na vida do idoso, é de conhecimento geral que nessa fase certas peculiaridades podem vir a surgir, estando relacionadas, por exemplo, a aspectos visuais, auditivos, de coordenação motora, deixando-os suscetíveis a correr riscos aos quais antes poderiam não ser alvos. Diante dessa possibilidade, o idoso apresenta-se como sendo

uma figura vulnerável, que necessita de uma maior proteção integral, passando a ser garantidor de certos direitos e necessitando de um maior resguardo quanto às suas relações sociais.

Nessa perspectiva, nasce a preocupação de resguardar o idoso das situações que venham a submetê-lo, e que possam comprometer a sua integridade física e mental, como é o exemplo do ato de alienação parental, em que a criança e o adolescente também - enquanto figuras vulneráveis - estão sujeitos a sofrer a prática do abuso psicológico, com o objetivo de prejudicar e dificultar o convívio com seus vínculos familiares. Diante disso, emergiu a necessidade de criação da Lei nº 12.318/10 cujo objetivo visa proteger e resguardar à criança e ao adolescente dessa prática.

Todavia, ainda que se conheça sobre a importância da Lei nº 12.318/10 e da sua necessidade de proteção legal, o idoso também, enquanto figura vulnerável, acabou ficando à margem dessa proteção, lançando o seguinte questionamento: Como proteger o idoso em relação à prática de alienação, diante da omissão do Estatuto do idoso quanto a matéria?

Desse modo, o presente artigo pretende responder esta pergunta, surgindo com o objetivo geral de analisar a possibilidade de aplicação da Lei nº 12.318/10 em caráter de analogia à figura do idoso. Ademais, conta com os objetivos específicos referentes à conceituação da figura do idoso, atualmente, apresentação dos responsáveis por proporcionar a ele uma boa qualidade de vida, os seus direitos presentes na legislação e, posteriormente, aduz a Lei nº 12.318/10, verificando por fim, sobre a possibilidade de aplicação da mesma e o entendimento da jurisprudência ao seu respeito nos dias atuais.

Diante disso, o artigo utilizará do método dedutivo, uma vez que será por meio da pesquisa e da apresentação de seus resultados, que se formará uma premissa maior do que está sendo abordado. Com isso, o trabalho em questão foi dividido em quatro capítulos, tendo o primeiro apresentado a figura do idoso, nos dias atuais, trazendo os caminhos que foram necessários percorrer para que hoje esse tivesse um lugar diferenciado, enquanto ser social ativo.

Já o segundo capítulo, aduz acerca da proteção legal e integral que o idoso possui no Ordenamento Jurídico Brasileiro atual. Diante disso, apresenta os preceitos fundamentais que garantem ao idoso ter uma vida social digna, sendo amparado pelo

ordenamento vigente, tendo a concessão da manutenção dessa tutela por meio de sua família, sociedade e do Estado.

Nesse cenário, o terceiro tópico falará a respeito da prática de alienação parental, apresentando a Lei nº 12.318/10 como instituto de proteção às crianças e adolescentes. Assim, o capítulo retrata o ato da alienação parental, demonstrando às situações em que a mesma ocorre, discutindo os seus reflexos e ao final, retratando a importância da presente lei.

Por fim, o quarto capítulo retrata a problemática do presente artigo. Preliminarmente, refere-se à vulnerabilidade do idoso e como este - mediante a fase da vida em que este se encontra - pode estar sujeito a sofrer com certas situações, inclusive, a prática da alienação parental, assim como à criança e ao adolescente. Diante disso, é nessa perspectiva que se faz a análise e percebe-se sobre a ausência legal de proteção, com isso, apresentam-se os fundamentos para que a lei 12.318/10 seja usada em analogia à figura daquele.

Sendo assim, a análise por parte desse estudo é essencial, uma vez que o idoso - enquanto ser vulnerável - possui ausência de proteção legal que o resguarde de possíveis práticas de alienação que venha a sofrer, devendo se ter a aplicabilidade em analogia da Lei nº 12.318/10. Diante desse cenário, a jurisprudência brasileira já começa a se posicionar sobre o assunto, de modo a não deixar àquele que precisa de proteção, desamparado.

2 DO IDOSO

Inicialmente, antes de adentrar ao tema propriamente dito deste artigo, faremos uma contextualização do que seria a figura do idoso, retratando o período da vida em que este é caracterizado, levando em consideração o seu papel dentro da sociedade e demonstrando a necessidade do amparo familiar, para que suas proteções e garantias sejam efetivas.

À vista disso, é possível começar enquadrando que no Brasil, é considerado idoso o indivíduo com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, de acordo com o Estatuto do Idoso³ (BRASIL, 2003) em seu artigo 1º. Contudo, a delimitação da idade

³ Estatuto do Idoso, Art. 1º - É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

é apenas referência para nortear aqueles que precisam de uma proteção a mais, na tentativa de não terem seus direitos violados pela fase da vida em que se encontram.

Nesse contexto, de acordo com Rocha (2018) o envelhecimento está atribuído ao processo de naturalidade no decorrer da vida, ligadas às questões físicas, biológicas e psíquicas as quais o ser humano foi submetido, devendo ser levado em consideração a sua qualidade de vida.

Entretanto, Almeida, Gutierrez e Marques (2012) discorrem que a boa qualidade de vida deve ser entendida como um princípio relativo, que pode estar associado - de maneira objetiva - tanto na questão da condição social em que o ser humano vive em seu cotidiano, com a disposição de saúde física e psíquica, trabalho, transporte, moradia, como também, nas questões subjetivas, relacionadas à satisfação individual das suas relações sociais, do seu grupo de convívio e das suas expectativas na relação do seu bem-estar.

Diante disso, essas perspectivas não podem ser consideradas como escolhas determinantes e anulatórias, de modo que a complementação das duas melhora visão do que seria entendido por qualidade de vida.

Desse modo, partindo do entendimento que a condição para o bem-estar da pessoa idosa está diretamente ligada à sua trajetória, se faz necessária a manutenção dessa condição para que possa refletir ainda mais no aproveitamento da sua fase atual. Ademais, na visão de Silva e Zannin (2020) é válido mencionar que o envelhecimento não é apenas um processo físico e biológico, mas também subjetivo e social, carregado de múltiplos sentidos e vivenciado de diferentes formas, sendo responsável por estimular mudanças de perspectivas, valores, papéis e lugares do idoso na estrutura social.

Nesse cenário, o envelhecimento subjetivo e social traz o entendimento que idade seria apenas um marco temporal, nos levando a crer na presença ativa do idoso enquanto membro na sociedade. Seguindo nessa perspectiva, o idoso seria visto como indivíduo atuante na sociedade, com capacidade ativa social e que por já possuir experiências sociais, seria responsável por proporcionar maiores momentos de conhecimento e aprendizagem.

Todavia, Pereira (2014) entende esse processo de desenvolvimento do idoso ativo dentro da sociedade, só foi possível pelo progresso desta, a qual passou por períodos históricos, em busca de alcançar seus objetivos políticos de segurança,

injustiça social, proteção, liberdade, dadas pela Revolução Capitalista.

Nesse sentido, Pereira (2014) aponta que o crescimento e o desenvolvimento das sociedades são resultados de períodos de conquistas graduais, as quais foram definidas a partir de suas vivências, correspondendo ao que a sociedade moderna ou capitalista definiu para si, como os direitos humanos civis, liberdades necessárias, direitos sociais, entre outros.

Nessa perspectiva, se tem a noção de que a construção de sociedade é dada a partir do desenvolvimento do ser humano como indivíduo social, de modo que seus direitos advêm do entendimento de serem capazes de obter medidas protetivas estatais, em que o Estado seria o agente responsável por concedê-las.

Assim, partindo dessa compreensão, se tem a noção de que os Estados que possuem uma maior preocupação com o desenvolvimento do ser humano, conseqüentemente, possuem um maior avanço enquanto sociedade. Dessa forma, a concessão de políticas públicas relacionadas à saúde, educação e assistência social concedidas pelo Estado proporciona um melhor bem-estar dos seus membros.

Em contrapartida, aqueles países que não possuem tanto enfoque na criação de políticas públicas para ofertar à sua sociedade, retarda esse avanço social, refletindo em pensamentos ultrapassados. Todavia, a Organização Pan-americana de Saúde (2005) retrata que é compreensível que as políticas e programas precisem respeitar as culturas e tradições de seus países, mas ao mesmo tempo, se faz necessária a desmitificação de estereótipos ultrapassados, pois há presença de valores universais essenciais que transcendem a cultura, como a ética e os direitos humanos.

Diante disso, a visão do idoso como participante ativo dentro de uma sociedade demorou bastante para ser vista, por fatores que anteriormente estavam relacionados às suas próprias condições, âmbito familiar e pela sociedade em que se encontra.

No que diz respeito às suas condições, Katzer e Gobbo ([201-?]) discorrem que o idoso era visto como aquele possuidor de limitações físicas e biológicas, pessoa solitária, incapaz de acompanhar as questões da atualidade. Entretanto, o papel atual da ciência, da medicina, da prática de qualidade de vida, possibilita hoje que ele vivencie essa terceira idade de forma mais ativa e presente.

Além disso, Katzer e Gobbo ([201-?]) ainda relatam que é preciso conhecer o idoso em seu âmbito familiar, de modo a reconhecê-lo como um ser possuidor de necessidades e possibilidades, ainda que possuía algumas limitações frente à

virilidade da juventude. Dessa forma, enxergá-lo como um indivíduo capaz, dará a ele liberdade de ser reconhecido como um, possibilitando o espaço para afirmar seus desejos e necessidades, sem o presente receio do que seu familiar poderia estar pensando e questionando sobre si.

Ademais, o olhar por parte da sociedade - que ainda enxerga o idoso como aquele ser humano com perdas de autonomia, renegando - cada dia mais - suas individualidades e freando seus anseios - gera retardamento nessa missão de trazer o idoso como figura ativa, ocasionando a perda uma figura importante no crescimento da juventude atual.

Nesse sentido, o papel do idoso, na sociedade atual, possibilitará aos mais jovens, experiências, lições e aprendizados valiosos que foram adquiridos pelo caminhar de sua vida. Não obstante, o jovem também desenvolveria o papel de ensinar ao idoso, sobre aspectos atuais da vida cotidiana, como exemplo, a tecnologia, tendo assim uma relação troca de conhecimentos.

Contudo, a inserção desse idoso, na nossa sociedade, gera um receio quanto à sua proteção nas relações, necessitando que este seja resguardado não apenas de maneira efetiva pelo Estado, mas também - primordialmente - pela sua família.

Diante disso, Ramos e Nascimento (2008) enxergam que a instituição familiar, poderia ser entendida como aquela responsável por tornar o indivíduo um ser social, apresentando a cultura e valores coletivamente disseminados. Assim, se mostra um pilar ainda mais essencial nessa fase da vida, por possuir a responsabilidade de amparo e cuidado dos seus entes.

Dessa forma, é possível dizer de acordo com Silva et al. (2015) que o indivíduo - que é socializador primário na formação, isto é, aquele responsável por incorporar valores ao seus para convívio em sociedade, e responsável por resguardá-los - pode vivenciar a inversão dos papéis nessa fase, em que passa a ser amparado e protegido, além de aprender com suas gerações futuras.

Com isso, o convívio familiar é responsável por proporcionar ao idoso uma grande troca de conhecimentos, que podem resultar em momento de acolhimento, felicidade, carinho e garantindo assim, um melhor desfrute da terceira idade.

Além do mais, a socialização do idoso - no âmbito familiar - não deve ser vista de forma isolada, com isso Triadó e Villar (2007) citado por Araújo et al (2012) relatam que os vínculos que são estabelecidos aos idosos, no decorrer da vida, são

imprescindíveis para sua sensação de pertencimento, caracterizando uma maior rede de apoio, de forma a possibilitar uma socialização ainda mais completa. Entretanto, é importante relatar que a falta de umas dessas duas socializações não anula a necessidade e importância do convívio.

Nesse sentido, nos casos em que o idoso não possui um amparo familiar que lhe possibilite uma convivência diária, se tem ainda mais a necessidade da presença do convívio social, de modo que os vínculos sociais o possibilitam ter um maior bem-estar.

Dessa forma, Katzer e Gobbo ([201-?]) relatam que a troca de experiência - por parte de amizades advindas de casa de apoio, práticas esportivas ou grupos de convivência - traz ao idoso uma troca de sentimentos, de valores, de momentos, os quais são importantíssimos para o seu crescimento, uma vez que a sua fase atual é uma fase ainda maior de descobertas.

Diante do apresentado por todo o capítulo, é possível perceber que, hoje em dia, se tem um novo olhar para a figura idosa, de modo a passar enxergá-la não apenas como alguém de idade, mas como indivíduo social ativo dentro da sociedade e que o fato de dispor de certas limitações não deveria ser fator para o afastar da possibilidade de socializar.

Ademais, os caminhos que foram responsáveis para resultar em uma nova visão social ativa para quem está na terceira fase percorreu longos períodos históricos, em que cada avanço social foi um passo para a evolução enquanto sociedade, desde o reconhecimento dos seus direitos, ao entendimento da necessidade de serem resguardá-los.

Assim, o processo de socialização por parte da família tem como fator fundamental o convívio social, em que a presença das duas são fatores importantíssimos para o crescimento do indivíduo, ainda mais do idoso na fase em que se encontra. Contudo, é necessário lembrar que a falta de uma convivência seja ela familiar ou social, não deve ser responsável por anular a outra, de modo que a complementação das duas seriam ideais para promover ao idoso uma socialização por completo.

Por fim, o dever de amparar e proteger esse idoso não deve ficar apenas à mercê de seu âmbito familiar, devendo a figura Estatal também ser responsável por assegurar os seus direitos, protegendo e os resguardando da sociedade atual em que

ainda tem muito a se evoluir, recebendo o papel também como responsável por esse indivíduo, mas esta informação se apresentará no próximo capítulo.

3 A PROTEÇÃO ESTATAL COM O IDOSO

Neste capítulo, abordaremos sobre a figura estatal ter a responsabilidade de guardar a todos de sua nação, possibilitando a eles a oportunidade de se expressar, de receber e protestar em relação aos seus direitos ou a falta deles.

Assim, de acordo com o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o reconhecimento da Dignidade da Pessoa Humana é inerente a todos os membros da família, na concessão de seus direitos igualitários e inalienáveis, tendo a proclamação desse dispositivo a Assembleia Geral das Nações Unidas, no ano de 1948.

O presente documento é responsável por desencadear as nações a responsabilidade de proteção com seus membros, garantindo-lhe direitos necessários para sua vida enquanto sociedade, de modo a ofertar garantias constitucionais de proteção. Podendo ser fundamentado essa alegação a partir do artigo 7^º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Com isso, na intenção de tutelar o direito de seus cidadãos e de resguardá-los, o Estado adota uma responsabilidade civil para com eles, de modo a garantir sua liberdade, proteção e resguardo, sendo esses princípios propostos pelo *caput* do artigo 5^º da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Dessa forma, o bem-estar da população está relacionado a medidas protetivas estatais, que são responsáveis por garantir o direito efetivo do seu cidadão. Em vista disso, o bem-estar social - proporcionado por uma boa qualidade de vida, além avanços da medicina e da ciência - irá repercutir em uma maior longevidade da população, e Crelier (2021) relata que - no decorrer dos últimos anos - houve o aumento de expectativa de vida para 76 anos e 6 meses, de acordo com a pesquisa feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

⁴ Declaração Universal dos Direitos Humanos - Art. 7º - Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

⁵ Constituição Federal, Art. 5º, *Caput* - 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.

Nesse sentido, com o aumento da perspectiva de vida, se tem uma maior preocupação em resguardar de forma prioritária aqueles indivíduos que possuem idade igual ou mais que 60 (sessenta) anos, os idosos. Com isso, a figura estatal, em seu dispositivo constitucional de 1988, é fundamentada a partir do artigo art.230⁶.

Diante desse artigo, é possível perceber a preocupação estatal em assegurar a participação do idoso quanto à sua condição social, garantindo a defesa de sua dignidade, e bem-estar. Além disso, cita a família e sociedade como agentes responsáveis pela garantia de efetivação do mesmo no ambiente de socialização.

Nesse sentido, a presença de uma sociedade com maior expectativa de vida, atrelada ao processo de envelhecimento subjetivo, enxerga a necessidade da criação de um estatuto que resguarde de forma detalhada os interesses dos mais vulneráveis, nascendo assim o Estatuto do Idoso⁷ (BRASIL, 2003).

O Estatuto do Idoso nasce com a intenção de resguardá-lo e ampará-lo dentro da sociedade atual, estabelecendo garantias individuais e exclusivas inerentes à pessoa humana, estando disposto a presente afirmação no artigo 10⁸ desse dispositivo.

Diante disso, o Estado se responsabiliza em assegurar uma vida digna ao idoso de sua sociedade, o ofertando garantias políticas, individuais e sociais, sem que haja nenhuma distinção quanto à sua condição social, de maneira a tratar de forma igualitária e personalíssima, uma vez que se encontra em seu estatuto.

Além disso, o presente estatuto ainda dispõe acerca da preocupação em garantir as condições básicas para o a pessoa idosa, classificados como direitos fundamentais, estando relacionados à sua vida e saúde, de modo a serem realizadas através de políticas públicas, assim como discorre o art. 9⁹ do presente instituto.

Dessa forma, a união dos preceitos da dignidade humana e direitos fundamentais relacionados à vida, proporcionam ao idoso um melhor desfrute da sua terceira idade. Contudo, Kartzer e Gobbo ([201-?]) discorrem que apesar da legislação

⁶ Constituição Federal, Art. 230, *Caput* - A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

⁷ O Estatuto do Idoso é a Lei Federal nº 10.741 de 2003.

⁸ Lei nº 10.741/2003, Art. 10 - É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

⁹ Lei nº 10.741/2003, Art. 9º - É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável em condições de dignidade.

resguardar esses direitos, protegendo esses cidadãos, muitas das suas práticas ficam em falta, necessitando na verdade de garantias legais efetivas. Assim, discorrem acerca da necessidade de políticas públicas, a fim de assegurar patamares dignos de qualidade de vida e de bem-estar aos idosos, visando a garantia dos seus direitos.

Aliado a isso, o planejamento em conjunto de políticas juntamente com programas sociais efetivos, como exemplo de oficinas de teatro, dança, leitura e musicalidade, seriam responsáveis por estimular ao idoso a parte física e mental, possibilitando-o dispor de uma maior interação social e beneficiando a sua qualidade de vida.

Diante disso, Katzer e Gobbo ([201-?]) falam sobre a necessidade de apresentar ao idoso esses direitos, esclarecendo quais as suas garantias legais, que são responsáveis por definir os princípios, diretrizes e responsabilidades para com eles, visando à cobrança de um atendimento com dignidade nos serviços públicos e políticas públicas referente à terceira idade.

Assim, a união dessas políticas e serviços públicos efetivos, juntamente com a apresentação de seus direitos a essa terceira idade possibilitaria um maior reconhecimento por parte deles de seu direito e também da própria sociedade.

Nesse cenário, é possível refletir que o reconhecimento de seus direitos, enseja ao idoso a possibilidade de reivindicá-los, quando sentir que estes foram violados, de forma que resulta em sua socialização atual, promovendo sua interação social e fazendo parte ativamente por se sentir mais seguro, na sua inserção na comunidade.

Entretanto, relata Grando e Sturza (2016) que o processo de socialização atual não deve ficar apenas a cargo das políticas Estatais e do autorreconhecimento do próprio idoso como figura ativa, se faz necessária, também, a presença por parte da sociedade, de modo a lidar com a inclusão social para com os seus cidadãos da terceira idade.

Nesse sentido, Grando e Sturza (2016) ainda declaram que a inclusão social deverá acontecer através do reconhecimento e entendimento do idoso como um ser de autonomia, capacidades, de identidade, que responde por si, sujeito individual e de direitos. Diante disso, a mudança de perspectiva gerará um novo cenário social, em que a solidariedade trabalhada será fator essencial para a efetivação do entendimento do idoso como figura ativa em sua comunidade, atingindo um maior avanço social.

Diante de todo o exposto, é possível concluir desse capítulo, que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana é inerente a todos, necessitando que cada Estado-nação o respeite e os tutele como forma de direito fundamental, na vida de seus cidadãos.

Por assim dizer, a Carta Magna Brasileira de 1988 e o Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003) vêm a proporcionar e garantir a proteção daqueles que já se encontram na terceira idade, elencando pessoas responsáveis para a proteção dos mesmos, de modo a dividir essa responsabilidade para com a família, o Estado e a sociedade como membro necessário para promover a socialização e inclusão social ao idoso.

Contudo, é ainda que o Estado seja garantidor e efetivado desses direitos, a família possui o dever amparar e proteger o seu idoso, proporcionando-lhe o convívio enquanto ambiente familiar de socialização. Ademais, a sociedade deve também estar presente nessa responsabilidade, colocando em prática os direitos dos idosos, a partir do uso da solidariedade e inclusão social, possibilitando a eles um convívio social ativo e igualitário, enquanto membro da comunidade atual.

Por fim, a proteção do Idoso fica resguardado não apenas a responsabilidade individual, pois o Estado dividiu na figura de três pilares, conferindo-lhe o poder de promover a proteção junto à efetivação dos seus direitos, a presença familiar resguardando e o amparado ainda mais nessa fase da vida. E por último, mas não menos importante, tem-se a sociedade de forma a colocar em prática também a efetivação desses direitos pelas práticas do cotidiano, de modo a enxergar o idoso como como indivíduo de direito civis e igualitários.

4 A ALIENAÇÃO PARENTAL

O enfoque de discussão deste capítulo emerge através da Lei 12.318/2010¹⁰ que discorre acerca da Alienação Parental, a qual, segundo Carli (2013), é considerada o processo de conduta por parte do genitor ou do terceiro alienante, na prática de desmoralização, desconstituição da imagem e a implantação de realidades inverídicas na mente do menor, com a finalidade de retirar o direito à convivência familiar a criança alienada.

¹⁰ A Lei 12.318/10 é considerada a Lei de Alienação Parental dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Diante disso, nasce a preocupação por parte do Estado em resguardar a figura criança ou adolescente nessa relação familiar como mecanismo de proteção à essa prática, e assim, por meio do art. 2º da Lei 12.318/10¹¹ define-se o que seria a alienação parental e quem são as figuras responsáveis por praticá-las.

Após a interpretação do artigo 2º da Lei 12.318/2010, visualizasse que a prática desse ato não está relacionada apenas a figura materna ou paterna da criança ou adolescente e sim, a todos aqueles que dispõem de sua guarda, vigilância ou que possui autoridade sob a mesma. Assim, a prática da alienação parental não estaria somente restrita a figura dos genitores e sim, dentro também do seu âmbito familiar.

Nessa perspectiva, Carli (2013) discorre que os responsáveis por praticarem o ato da alienação parental, recebem o papel de alienadores, sendo estes, pessoas próximas a criança/adolescente, podendo ser o seu genitor, tutor ou qualquer outro ascendente que venha a interferir negativamente na formação psicológica desses menores.

Diante disso, Oliveira (2015) enxerga que o momento de descontinuação da imagem por parte do alienador da criança/adolescente pode incluir, como exemplo, falsas denúncias de maus-tratos, na intenção de impedir o contato do menor com seu genitor (a), levando-os a acreditarem que os fatos narrados realmente aconteceram.

Nessa perspectiva, a Lei 12.318/2010 ainda em seu artigo 2º, retratado pelos incisos do seu parágrafo único¹², lista por meio de um rol exemplificativo, os atos que podem ser caracterizados como ensejadores da alienação parental, na intenção de nortear quais ações se caracterizariam como a prática.

Diante disso, Torquette e Silva (2021), enxergam que a alienação através de suas exemplificações, são responsáveis por ferir o direito fundamental da criança e

¹¹ Lei 12.318/10, art. 2º - Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

¹² Lei 12.318/2010 – Art. 2º, **Parágrafo único**: São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

do adolescente e por prejudicar a convivência familiar através dessas práticas, uma vez que é direito do filho, ainda que incapaz, a convivência com seus pais e uma boa relação com os mesmos.

Ademais, ainda relata Freitas (2012) citado por Torquette e Silva (2021) que o âmbito familiar em que a criança encontra o espaço comunitário e o afeto essencial do seu desenvolvimento não depende da forma como aquele vínculo se iniciou ou, eventualmente, se defez. De forma que, é no espaço familiar que a criança e o adolescente devem encontrar sua estabilidade e socialização.

Assim, a Lei 12.318/10 em seu artigo 3º¹³ fundamenta todo esse pensamento apresentado, uma vez que discorre à respeito da prática como sendo ato de lesão aos direitos fundamentais dos menores, que por garantia Estatal possuem o direito de se ter uma convivência familiar saudável, de modo a desfrutar de afeto nas relações com seus genitores e sua família.

Ademais, partindo do entendimento por parte da necessidade de proteção, origina-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil,1990)¹⁴ com a intenção de resguardar e proteger o direito dos menores indefesos, dispondo em seus artigos acerca dos direitos humanos inerentes às crianças e adolescentes, com medidas de proteção integral, possibilitando sempre o amparo aos mesmos.

Diante disso, na intenção de ofertar o melhor interesse a criança o artigo 4º da Lei 8.069/90¹⁵ discorre sobre o papel da família, da sociedade e da comunidade em serem responsáveis por assegurar a efetivação dos direitos acostados no estatuto, de modo que a convivência familiar é tipificado como um princípio necessário e fundamental para a vida dessa criança ou adolescente.

Por assim dizer, Carli (2013) discorre que da prática da alienação parental, pode gerar a Síndrome da Alienação Parental, no qual relaciona-se com o resultado do processo de alienação, advindo das consequências emocionais e comportamentais a serem desenvolvidos pela criança diante da situação vivenciada.

Desse modo, Carli (2013) retrata também que as consequências advidas do

¹³ Lei 12.318/10, art. 3º, *caput* - A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

¹⁴ O Estatuto da Criança e do Adolescente é regido pela Lei 8.060/90.

¹⁵ Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente art. 4º, *caput* - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

desgaste psicológico vivenciados pela criança ou o adolescente na tentativa de afastar o convívio com sua família ou ensejar a destruição a imagem do seu genitor, pode gerar sentimentos de depressão, pois a criança acaba por passar a acreditar que pode não ser merecedora daquele amor, chegando a vivenciar o sentimento de culpa, abandono, rejeição, de baixa autoestima e de vazios afetivos ao longo de toda uma vida, além de sentimentos também relacionados à ansiedade e síndromes de pânico.

Além disso, Carli (2013) ainda relata que essas consequências podem perdurar por longos períodos, em que a vítima já adulta, poderá sentir um grande complexo de culpa por ter se mantido longe de seu pai ou sua mãe, em que sentia a necessidade do contato, mas diante da prática de alienação, acabou por ser impedido.

Assim, Oliveira (2015) discorre que a instigação da alienação parental pode ser considerada um comportamento abusivo, comparado a constrangimentos e ameaças, de modo que isso reflete não apenas na vida criança e adolescente, como também dos seus familiares, afetando toda uma convivência afetiva.

Sendo assim, por todo o exposto, entende-se que o processo de alienação parental ocorre pela prática de atos que interferem com o psicológico da criança ou adolescente, na tentativa de desvirtuar os seus pensamentos em relação à imagem tanto da sua figura paterna, como materna.

Ademais, é importante salientar que a alienação parental não está apenas ligada à prática por parte da figura dos genitores da criança ou do adolescente, e, sim ligada ao seu convívio familiar, podendo ser realizado por qualquer pessoa que esteja junto ao cotidiano das mesmas.

Além disso, há o que se falar na Síndrome de Alienação Parental, que está relacionada às consequências advindas do processo de alienação a que há criança foi submetida. Diferentemente da Alienação Parental, que é a prática do afastamento, omissão de informações do genitor (a), interferência psicológica, entre outros.

Diante disso, é possível dizer que grande são as consequências que a criança ou adolescente terá ao vivenciar esse processo, de modo que além de sofrer devido ao que foi submetido, terá a lesão do seu direito fundamental, uma vez que por garantia do seu Estado advinda do ECA, ela possui garantia de proteção, resguardo e amparo.

Por fim, no entendimento de que esse ato só ensejaria consequências negativas àquele que você tem responsabilidade de zelar e cuidar, se faz necessária uma análise efetiva da prática, uma vez que a mesma é fator prejudicial à saúde da

criança ou adolescente, além de refletir – negativamente - também em todo o ambiente familiar.

Já no próximo capítulo, abordarei à respeito da possibilidade de aplicação da lei nº 12.318/10, conhecida como a lei da alienação parental, ser usada em analogia à figura o idoso.

5 A APLICAÇÃO DA LEI Nº 12.318/10 EM ANALOGIA AO IDOSO

Os vínculos afetivos e sanguíneos, assim como Freud ensina (*apud* Brockhausen, 2021) ampara e protege da selvageria do humano, quando o abuso não vem de uma celular familiar. Entretanto, no casos em que advém de seio familiar e esse grupo falhar com sua proteção, são as relações externas e comunitárias a serem dispositivos de controle dessas violações, assim, em especial, às pessoas vulneráveis que precisam de proteção.

Nesse sentido, Alves e Mazzardo (2021) discorrem que ainda que a Lei nº 12.318/10 tenha sua aplicabilidade voltada para as crianças e adolescentes, não se pode desconsiderar que, com o avanço da idade, o idoso está inserido em condição de fragilidade e vulnerabilidade, tanto física, quanto mental, sendo dependente da presença familiar ou de familiares responsáveis.

Assim, Paulo e Silva (2019) enxergam que na ausência de uma previsão legal que ampare ao idoso nessas situações, poderia existir a possibilidade de aplicação da Lei nº 12.318/10 em analogia a presente figura, uma vez que se faz necessária a efetiva prática de conservação da tutela jurisdicional destes, que assim como a criança e o adolescente, não se deve haver distinção de tratamento e alcance de direito, por ambos serem considerados como figuras vulneráveis.

Dessa forma, a origem desse entendimento advém da própria Constituição Federal (BRASIL, 1988) que retrata em seu artigo 227¹⁶ acerca da necessidade de amparo e cuidado das crianças e adolescentes, que assim como o idoso são figuras que necessitam de um olhar especial, sendo concedido pelo presente artigo o dever de proteção por parte de sua família, Estado e sociedade, possuindo estes dever de

¹⁶ Art. 227, 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.

concedê-los os princípios básicos da vida, como saúde, alimentação, respeito e também, sendo responsáveis por mantê-los a salvo de qualquer prática que esteja relacionada à crueldade, violência, entre outros.

Além disso, o próprio texto constitucional ainda discorre sobre o dever de reciprocidade dos pais com os filhos quanto aos seus cuidados, de modo que os filhos maiores, possuem dever de amparar também seus pais na velhice, carência ou enfermidades, como disposto no próprio artigo 229¹⁷ do ordenamento Brasileiro, de acordo com Calmon (2020).

Frente à essa análise constitucional, é possível perceber a preocupação por parte Estatal em conceder aos vulneráveis uma proteção legal, na intenção de não desamparar àqueles que ainda são incapazes, como também àqueles que por mais que possuam capacidade civil, se encontram em uma fase da vida a qual estão sujeitos a certas situações, necessitando da presença familiar, Estatal e da sociedade para que não sejam submetidos a práticas que anteriormente poderiam não ser, como por exemplo, da alienação parental, ato que ocorre com a interferência psicológica, na intenção de obter alguma vantagem por parte do alienado.

Dessa forma, Cruz (2017) retratado por Alves e Mazzardo (2021) já dissertou acerca do tema, descrevendo que a alienação à pessoa do idoso observa-se, em geral, quando as mesmas possuem mais de uma família, com filhos provenientes de duas ou mais uniões. Contudo, relata também que pode ser realizada dentro de uma mesma família, nas situações em que um de seus membros, que tem mais influência sobre o idoso, dificulta o seu acesso aos seus outros familiares.

Diante disso, Calmon (2020) também traz como exemplo, o caso em que um dos filhos passa a alienar o seu pai idoso - em detrimento do outro irmão - com a finalidade de obter o controle exclusivo sobre o patrimônio do ascendente. Além de que, pontua que o papel do alienador nem sempre esse será exercido pelos filhos, sendo plenamente possível ocorrer a alienação ao idoso pelo seu curador, empregado, porteiro ou por parte do enfermeiro contratado para cuidar do mesmo. O fato é que, assim como na alienação parental da criança e do adolescente, há a possibilidade de ser realizada por uma diversidade de figuras presentes na vida dos menores, essa mesma possibilidade também pode ocorrer na alienação parental a idoso.

¹⁷ **Art. 229, CF** - Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

E é nessa perspectiva acerca das diversas figuras responsáveis pela alienação parental ao idoso, que a própria Brockhausen (2021) entende que a presente prática deveria ser retratada como alienação inversa, por entender que além da interferência psicológica ocorrer mediante a família do idoso, este pode também estar sujeito à prática por profissionais e até não familiares. Assim, diante desse entendimento, analisar-se-á a prática de alienação parental ao idoso, de agora em diante, como alienação inversa, por entender também que estaria abrangendo de uma melhor forma o instituto.

Posto isso, Brockhausen (2021) relata que a terceira idade é um momento em que certas particularidades vêm sendo mais comuns aos idosos, que podem sofrer de graus bem variados de alguma deficiência visual, auditiva, motora, sejam cadeirantes e até acamados. E, que diante do fator da idade avançada, verifica-se que até aqueles que já possuem alguma deficiência, se modificam e adquirem certas particularidades. O fato é que a presença dessas particularidades ao idoso incide em uma maior fragilidade, de modo que o impossibilita de enfrentar certas situações, o configurando como um ser suscetível à prática de alienação inversa. Assim, Brockhausen (2021) declara que devido à alienação ser uma forma de abuso emocional, essa pode se tornar mais complexa e ter efeitos ainda mais graves, na medida que a pessoa alienada dispõe de uma deficiência que afete suas capacidades mentais/intelectuais.

Sendo assim, de acordo com a legislação vigente no artigo 43¹⁸ que abarca sobre a necessidade de aplicação de medidas de proteção sempre que o idoso tiver seus direitos violados e ameaçados mediante ação ou omissão daqueles que possuem o dever de lhe proteger, é que se pode perceber que a prática da alienação acaba por infringir direitos fundamentais ofertados pelo Estatuto do Idoso.

Entretanto, ainda que se entenda e se conheça sobre a prática da alienação ferir os seus direitos fundamentais, através de uma análise do próprio Estatuto do Idoso, se constatou que há uma ausência legal quanto à proteção de possíveis interferências psicológicas que venha a ser submetido, fato que acaba por oportunizar a situação em relação à alienação, uma vez que não há uma proteção legal que o

¹⁸ Lei 10.741, Estatuto do idoso, art. 43 - As medidas de proteção ao idoso são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II - por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento;

III - em razão de sua condição pessoal.

resguate desse ato e nem medida protetiva, não podendo responsabilizar àquele que praticou a alienação e deixando o alienado desamparado.

Com isso, vale salientar que o idoso também sofre reflexos, gerados diante da prática de alienação inversa, apresentando Calmon (2020) que a figura do idoso pode ser considerada vítima em um aspecto duplo, pois, no primeiro momento, passaria pela situação de violência emocional/psicológica e posteriormente, passaria pela violência patrimonial.

Assim, Schirmer (2015) afirma sobre ser necessário enxergar a necessidade de proteção - não somente de crianças e adolescentes e sim, também dos idosos que sofrem, tanto quanto os menores a respeito dessa situação -, necessitando ser amparados, e que a busca de proteção aos idosos contra a alienação inversa tem sustentação direta ao princípio da dignidade humana, pois o abuso psicológico atinge, abertamente, o princípio em questão.

Além disso, Paula e Silva (2019) entendem que diante de todo o respaldo constitucional e infraconstitucional, se torna de grande relevância, tanto jurídica como social, cogitar de forma garantista a vulnerabilidade do idoso passíveis de atos alienação frente à ausência legal por parte dos mecanismos de proteção a estes.

Dessa forma, considerando aos princípios norteadores da própria Constituição Federal (BRASIL, 1988), juntamente com a ausência legal da presente matéria no Estatuto do Idoso e por estarem em uma fase da vida em que são considerados vulneráveis e suscetíveis, é possível dizer ser cabível o uso de analogia, por parte da referida Lei nº 12.318/10, em relação ao idoso.

À vista disso, a própria jurisprudência brasileira já começa a enxergar ser possível a aplicação do uso da analogia da alienação parental a figura do idoso. Com isso, julgou procedente a prática de alienação parental pela parte ré, em detrimento a sua genitora, diagnosticada com quadro demencial, mediante a ação proposta pelo seu curador¹⁹.

¹⁹ **“AÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL** - Pretendida supressão do direito de visitas da filha à genitora, com pedido alternativo de modificação do regime de convivência - **Propositura pelo curador da interditada, diagnosticada com quadro demencial** - Divergência entre irmãos - **Aplicação analógica da Lei 12.318/10 em casos de alienação parental contra idosos** - Demonstração dos atos praticados pela ré-reconvinte caracterizadores da alienação parental - **Evidente a conduta da apelante em denegrir a figura do autor-reconvindo perante a genitora das partes** - Dispensável perícia judicial. Para constatação da alienação parental diante do vasto conjunto probatório - Ademais, manifestou-se a apelante alegando ser desnecessária a produção da referida prova - À luz do melhor interesse da idosa e no intuito de garantir sua integridade psicológica e bem-estar, mostrou-se prudente a imposição de medida protetiva consistente na restrição das visitas da apelante à genitora, nos exatos termos expostos na r. decisão recorrida, a saber, quinzenalmente, aos domingos, das 17h às 19h, na residência do curador e mediante supervisão pelas cuidadoras da idosa - A ampliação do horário das visitas não é recomendável em razão

O fato é que diante do caso acima, após o reconhecimento da prática da alienação parental, foram utilizadas também em analogia às medidas de proteção, na intenção de conceder a vítima a sua integridade e conservação do seu psicológico/emocional, assim como disposto pelo parágrafo único²⁰ do art. 4º da Lei 12.318/10.

Assim, na intenção de dificultar a prática da alienação inversa, a própria doutrina passa a pensar em medidas de proteção, dispondo Brockhausen (2021), acerca da possibilidade de uma curatela compartilhada como um instrumento possível para combater a prática, uma vez que ocorreria uma convivência partilhada, não deixando o idoso apenas na responsabilidade de uma figura.

Por fim, diante de todo exposto no capítulo, se retrata a necessidade por parte do uso em analogia da Lei nº 12.318/10 como sendo um mecanismo de proteção e resguardo à figura do idoso, que assim como a criança e adolescente, precisa de uma maior cuidado e amparo.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho tratou a respeito da necessidade de aplicação por parte da Lei nº 12.318/10 ser usada em analogia ao idoso, que assim como a criança e adolescente são considerados figuras vulneráveis e suscetíveis da presente prática. Dentro desse contexto, na ausência de uma previsão legal que venha a resguardar o idoso do ato da alienação, se questionou sobre a possibilidade de aplicação em analogia, obtendo assim, resultados positivos.

Inicialmente, restou-se demonstrado sobre a figura do idoso, hoje em dia, possui um novo olhar, no qual ele é considerado um ser social ativo e que suas limitações não lhe conferem o direito de ser afastado da sociedade. Contudo, para que se chegasse a esse entendimento, foi necessário um longo caminho de conquistas sociais,

da gravidade dos atos alienadores praticados pela apelante -Inviável, ainda, alterar o local da visitação, qual seja, a residência do autor-reconvindo, já que restou proibida a presença dele no recinto por ocasião das visitas - Também deverá ser mantida a proibição de contato telefônico entre a ré-reconvinte e a genitora e a presença de terceiros quando da visitação, além das cuidadoras - Medidas impostas pelo juízo monocrático que foram adequadas diante das peculiaridades do caso, não se admitindo a aplicação de sanção menos gravosa como pretende a apelante - Pedidos não acolhidos." Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1156919694/apelacao-civel-ac-10326805720198260001-sp-1032680-5720198260001>.

²⁰ Art. 4º, parágrafo único - Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

para que garantissem os seus direitos e fossem resguardados.

Assim, observou-se sobre a necessidade da presença familiar como agente fundamental para conceder ao idoso um convívio social, de modo que esta possui o papel de ser protegê-lo, uma vez que é responsável por sua tutela.

Contudo, entendeu-se também que o dever de amparo e proteção ao idoso não deveria ficar apenas refletido no seu âmbito familiar, responsabilizando também a figura Estatal para a concessão desses direitos à sociedade, que assume o papel da prática de inclusão social e efetivação de seus direitos.

Observa-se ainda que, mediante a fase da vida que se encontra o idoso, ainda que ser social ativo e respaldado por proteção integral do Estatuto do Idoso e da Constituição Federal de 1988, há o que se falar sobre o fato de este estar sujeito a possíveis atos, que antes por não dispor de uma fragilidade e vulnerabilidade, não estava à mercê de certas situações.

Nesse sentido, constatou-se a respeito da prática de alienação parental a qual a criança e ao adolescente, figuras também vulneráveis e frágeis, estão suscetíveis a passar, a qual na intenção de ser objeto de vantagem, em certas situações, sofrem interferência psicológica, refletindo assim, no afastamento dos seus vínculos familiares. Diante disso, na intenção de proteção desses menores, houve a criação da Lei 12.318/10.

Assim, entendeu-se que o idoso, diante da fase atual em que se encontra, pode estar sujeito a certas particularidades, podendo a vir sofrer também assim como a criança e adolescente da alienação parental, ou como entendo, alienação inversa. Com isso, mediante a análise da situação, ficou possível perceber que a prática de alienação fere os princípios fundamentais presentes no Estatuto do idoso, além de que este ainda é omissivo quanto à proteção mediante a interferência mental, e que além disso, a prática também está em dissonância aos princípios fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988.

Constatou-se, portanto sobre a necessidade de ser resguardado o idoso de possíveis situações que ele venha a passar mediante a essa prática, entendendo acerca da necessidade de aplicação por parte da analogia da Lei nº 12.318/10 e constatando a sua aplicação positivamente já há caso presente na jurisprudência brasileira.

Ante o exposto, tem-se a necessidade do entendimento acerca da

aplicabilidade em analogia à Lei nº 12.318/10 à figura dos idosos, como forma a não os deixar desamparados e garantir a manutenção da sua tutela constitucional, já que eles têm por direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marco Antônio Bettine de; GUTIERREZ, Gustavo Luis; Marques, Renato. **Qualidade de vida:** definição, conceitos e interfaces com outras áreas de pesquisa, São Paulo: Escola de Artes, Ciências e Humanidades – EACH/USP, 2012. p. 19. Disponível em: < http://www.each.usp.br/edicoes-each/qualidade_vida.pdf>. Acesso em: 23 de set de 2021.

ALVES, Vitória Barboza; MAZZARDO, Luciane de Freitas. **A alienação parental do idoso e a possibilidade de aplicação da lei nº 12.318/10 por analogia.** Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1733/A+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental+do+idoso+e+a+possibilidade+de+aplica%C3%A7%C3%A3o+da+lei+n%C2%BA+12.318-10+por+analogia>> . Acesso em: 27 out. 2021.

ARAÚJO, Cíntia Kroth; CARDOSO, Claudia Maria Corrêa; MOREIRA, Etiane Pereira; WEGNER, Evelin; AREOSA, Silvia Virginia Coutinho. **Vínculos familiares esociais nas relações dos idosos.** Revista Jovens Pesquisadores, Santa Cruz do Sul, v.0, n. 1, p. 98-102, 2012. Disponível em: <[file:///C:/Users/DELL/Downloads/2868-10402-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/DELL/Downloads/2868-10402-1-PB%20(1).pdf)> . Acesso em: 23 de set de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 de set de 2021.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP – **Apelação Cível: AC 1026779-11.2019.8.26.0001** SP 1026779-11.2019.8.26.0001. Disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1156920209/apelacao-civel-ac-10267791120198260001-sp-1026779-1120198260001>> . Acesso em: 04 de out. 2021.

_____. **Lei 12.318/10.** Alienação Parental. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm> . Acesso em: 18 de out 2021.

_____. **Lei 8.069/90.** Estatuto da Criança e Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 18 out 2021.

_____. **Lei 10.741.** Estatuto do Idoso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm> Acesso em: 22 de set

de2021.

BROCKHAUSEN, Tamara. Invisibilidades: Alienação familiar da pessoa com deficiência. **Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões**, nº45, p.200/204, Belo Horizonte, 2021. Disponível em:< 45.pdf>. Acesso em: 03 de out. 2021.

CALMON, Patrícia Novais. **A teoria dos lugares paralelos interpretativos na alienação parental inversa de primeiro e segundo graus**. Disponível em: >https://www.academia.edu/43701120/A_teor%C3%A7%C3%A3o_parental_inversa_de_primeiro_e_segundo_graus> Acesso em: 27 out. 2021.

CRELIER, Cristiane. **Expectativa de vida dos brasileiros aumenta 3 meses e chega a 76,6 anos em 2019**. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/29505-expectativa-de-vida-dos-brasileiros-aumenta-3-meses-e-chega-a-76-6-anos-em-2019>>. Acesso em: 19 de set de 2021.

GRANDO, Juliana Bedin; Sturza, Janaína Machado. A sociedade e os idosos: perspectivas sob o olhar dos direitos fundamentais e sociais. **Revista Kairós Gerontologia**, v. 19, n.22, p. 359-361, 2017. Disponível em:<<https://revistas.pucsp.br/index.php/kairos/article/view/34116/23455>>. Acesso em: 22 de set de 2021.

INTER TEMAS. CARLI, Márcia; BALSAN, Francys. **Alienação Parental: Reflexos no processo de ensino aprendizagem**. Disponível em:<<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/3423/3179>> Acesso em: 22 out. 2021.

KATZER, Mônica Datiane; GOBBO, Edenilza. **Percepção sobre a convivência familiar e comunitária da população idosa. [202-?]**. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/16503752-Percepcao-sobre-convivencia-familiar-e-comunitaria-da-populacao-idosa.html>>. Acesso em: 23 de set 2021.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 23 de set de 2021.

OLIVEIRA, Ana Lúcia Navarro de. **A alienação parental e suas implicações no contexto**. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/alienacao_parental/alienacao_parental_e_familia_contemporanea_vol2.pdf>, pág. 06-15. Acesso em: 14 dez. de 2021.

PAULA, Suellen Augusto de; SILVA, Ana Lectícia Erthal Soares. **A alienação parental inversa e o cabimento do dano moral: uma extensão aos Direitos dos Idosos**. Artigo apresentando XV Encontro de Iniciação Científica, Centro Universitário 7 de setembro, Fortaleza, Ceará, v.9, n. 1, 2019. Disponível em: <<file:///C:/Users/DELL/Desktop/Artigos%20utilizados%20no%20TC/ref%20cap%203%20-%20aliena%C3%A7%C3%A3o%20inversa.pdf>> . Acesso em: 30 de out. 2021.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Desenvolvimento, progresso e crescimento econômico**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n. 93, p. 33-60, 2014. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ln/a/Qn76SFwhyHVMmJjBjRBX7ny/?lang=pt>>. Acesso em: 22 de set de 2021>.

RAMOS, Danielle Marques dos; NASCIMENTO, Vírgilio Gomes do. A família como instituição moderna. **Fractal: Revista de Psicologia**, Niterói/RJ, v. 20, n. 2, p. 461-462, Dez/2008. Disponível em: <SciELO - Brasil - A família como instituição moderna A família como instituição moderna>. Acesso em: 23 de set. 2021.

ROCHA, Jorge Afonso. O envelhecimento humano e seus aspectos psicossociais. **Revista Farol**, Rolim de Moura – RO, v. 6, n. 6, p. 78, jan./2018. Disponível em: <<http://www.revistafarol.com.br/index.php/farol/article/view/113/112>>. Acesso em: 23 de set. 2021.

SCHIRMER, Gabriela da Silva. **A alienação parental contra idosos: a possibilidade da utilização por analogia da lei 12.318/10 visando a proteção da população idosa**. Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), 2015. Disponível em: <<file:///C:/Users/DELL/Downloads/Gabriela%20da%20Silva%20Schirmer.pdf>>. Acesso em: 30 de out. 2021.

SILVA, Camila Bogado Rodrigues; ALMEILDA, Isadora Rezende; LOURENÇO, Marco Holetz de Toledo; SILVA, Talita Ferreira Gomes. A socialização primária e sua importância na integração do indivíduo no meio em que vive. **Jornal Eletrônico, faculdades integradas vianna júnior**. Edição especial, dez. 2015, p. 36. Disponível em: <407-Texto do artigo-341-765-10-20190213 (2).pdf>. Acesso em: 18 de out. 2021.

SILVA, Larissa Tenfen ; ZANNIN, Farias Sarah. **Tempos de avosidade: reflexões sobre família, pessoa idosa e Direito**. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1505/Tempos+de+avosidade:+reflex%C3%B5es+sobre+fam%C3%ADlia,+pessoa+idosa+e+Direito>>. Acesso em: 19 de set 2021.

TORQUETTE, Alexandra Junia de Paula; SILVA, Alexandre Alves da Silva. **Alienação parental e os reflexos sociojurídicos**. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/14167/1/ALIENA%C3%87%C3%83O%20PARENTAL%20E%20OS%20REFLEXOS%20S%C3%93CIO-JURIDICOS.pdf>> . Acesso em: 14 dez. 2021.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. **Universal Declaration of Human Rights**. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>> . Acesso em: 23 de set. de 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Envelhecimento ativo: uma política de saúde**. Tradução de Suzana Gontijo, Brasília: Organização Pan-America de Saúde, 1ª ed. 60

p. 2005. Disponível
em: <https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/7685/envelhecimento_ativo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 21 de set. 2021.

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: DESAFIOS JURÍDICOS NA ERA 4.0

Paulo Ricardo de Lima Lucena¹

Leonardo Medeiros Júnior²

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo investigar a problemática da imputação da responsabilidade civil pelos atos autônomos praticados pela Inteligência Artificial - IA - sob o prisma do direito civil brasileiro. Em primeiro plano, apresenta-se uma breve análise sobre a origem, evolução e funcionamento dos sistemas de Inteligência Artificial, como tecnologia emergente para, posteriormente, enfrentar os aspectos jurídicos que, no presente momento, servem de base para a solução de eventuais litígios envolvendo as decisões autônomas da Inteligência Artificial. Por fim, no decorrer do trabalho demonstra-se que a cláusula geral da responsabilidade civil, disposta no artigo 927, parágrafo único do Código Civil de 2002, bem como o Código de Defesa do Consumidor, apesar de serem uma saída viável para agasalhar os problemas, não serão suficientes em futuro próximo em virtude do desenvolvimento exponencial das novas tecnologias que possuem sistemas de Inteligência Artificial.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Inteligência artificial. Atos autônomos. Dano.

CIVIL RESPONSIBILITY FOR THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE: LEGAL CHALLENGES IN THE 4.0 ERA

ABSTRACT

This study aims to investigate the problem of imputation of civil responsibility for autonomous acts practiced by Artificial Intelligence – AI – under the prism of

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN, E-mail: paulolucena.jus@hotmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN, E-mail: leonardomjunior@hotmail.com

Brazilian civil law. In the foreground, it presents a brief analysis on the origin, evolution and functioning of Artificial Intelligence systems as emerging technology to later face the legal aspects that, at this moment, serve as a basis for the resolution of eventual litigation involving autonomous decisions of Artificial Intelligence. Finally, in the course of the work, it is demonstrated that the general clause of civil liability, set forth in article 927, sole paragraph of the 2002 Civil Code, as well as the Consumer Defense Code, despite being a viable way out of the problems, will not be sufficient in the near future due to the exponential development of new technologies that have Artificial Intelligence systems.

Keywords: Civil responsibility. Artificial intelligence. Autonomous acts. Damage.

1 INTRODUÇÃO

A busca do homem pela criação e desenvolvimento de instrumentos que os auxiliem em atividades diárias remonta a antiguidade. Em datas mais primitivas é possível encontrar vestígios de confecções de ferramentas produzidas a partir de materiais disponíveis na natureza.

Todavia, com o passar dos séculos, descobertas foram realizadas, a capacidade cognitiva do indivíduo também foi alterada e os meios de produção, comunicação e transporte, dentre outros, tornaram-se obsoletos em virtude dos avanços proporcionados pelas revoluções industriais e evolução tecnológica.

Dessa forma, o que antes residia apenas no imaginário dos indivíduos, fomentado por obras de ficção científica, hoje, tem assumido papel de destaque, tornando-se realidade. *Softwares* para dispositivos eletrônicos cada vez mais avançados estão sendo desenvolvidos com o objetivo de facilitar atividades manuais.

A força humana vem sendo substituída pela utilização da robótica em diversos segmentos da indústria, como a criação de carros autônomos sem a necessidade de intervenção de um condutor, drones militares e civis cada vez mais precisos, medicina remota, algoritmos que auxiliam juízes na tomada de decisões em casos complexos, além de outras novidades que estão a surgir.

A partir disso, a humanidade tem experimentado algo totalmente

diferente, o que denomina-se Quarta Revolução Industrial³, caracterizada por uma Internet móvel cada vez mais presente, com sensores menores e forte presença da Inteligência Artificial e aprendizado de máquina (*machine learning*), tudo isso com custos cada vez mais acessíveis.

Todavia, nesse cenário, não se pode olvidar o surgimento de problemáticas nos campos sociais, econômicos e, sobretudo, no campo jurídico. Neste sentido, o artigo em análise tem por escopo principal investigar o problema da responsabilização jurídica pelos danos decorrentes de atos autônomos praticados pela Inteligência Artificial, haja vista que tais circunstâncias não foram antecipadas nem previstas por seus desenvolvedores e programadores.

Partindo dessa premissa, torna-se dificultosa a responsabilização civil em diversas situações, como casos envolvendo colisão de carros não tripulados, discriminação algorítmica em virtude da cor do indivíduo ou até mesmo decisões judiciais automatizadas que auxiliam o Estado-Juiz, mas que apresentam vieses.

Assim, identificou-se que as discussões legislativas a respeito do tema no cenário pátrio ainda se encontram em estágio preambular, dificultando, muitas vezes, a sustentabilidade dos avanços tecnológicos no país e, conseqüentemente, o distanciamento de outras potências globais que já se situam em contextos mais avançados, como é o caso da União Europeia.

Para melhor alcançar o objetivo proposto, o artigo dispõe de cinco capítulos, possibilitando a compreensão do pensamento de forma estruturada.

No capítulo – Descobrimos a Inteligência Artificial (IA) – pretende-se destacar o conceito, surgimento e evolução da Inteligência Artificial. Neste tópico, também será exposto o seu funcionamento através do *machine learning* (aprendizagem de máquina), redes neurais e *deep learning* (aprendizagem profunda).

O capítulo – Os aspectos Jurídicos da Inteligência artificial – debruça-se sobre as discussões legislativas no Brasil, além de mencionar, sob a perspectiva do direito comparado, as disposições do Parlamento Europeu, o qual aborda pontos importantes em relação ao tema e tem corroborado como instrumento base para a estruturação de um arcabouço jurídico mais moderno, acompanhando de maneira satisfatória as transformações advindas das novas tecnologias, em específico sobre o desenvolvimento e a utilização da Inteligência Artificial.

³ SCHWAB, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. 1ª. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

O capítulo seguinte – Responsabilidade Civil da Inteligência Artificial – tem o condão de explanar o instituto da responsabilidade no direito brasileiro e esclarecer de que maneira é possível solucionar as controvérsias que poderão surgir em virtude dos atos autônomos de uma Inteligência Artificial, além de investigar se é razoável a atribuição da responsabilidade objetiva ou subjetiva em um caso concreto.

E, por fim, a conclusão, que busca revelar se esta aplicabilidade do instituto da reponsabilidade civil para situações envolvendo os atos autônomos da inteligência artificial são satisfatórias ou se será necessário o legislador repensar as normas para garantir um sistema jurídico mais seguro, evitando, assim, a inibição do desenvolvimento tecnológico no país.

Nesta investigação utilizou-se o método indutivo, partindo da observação de uma premissa, a fim de chegar a uma conclusão. Esta, por sua vez, ainda é parcial em virtude da complexidade do tema e da necessidade de uma investigação mais profunda.

A metodologia perseguida neste estudo consistiu na análise legislativa e doutrinária - ainda que muito escassa - sobre a responsabilidade civil dos atos autônomos de uma Inteligência Artificial no Brasil. Para isso, foram necessárias a realização de leituras e de fichamentos de obras e artigos científicos de autores estrangeiros e nacionais que tratam sobre o assunto; a análise de notícias de jornais; além do estudo das normas: Recomendação à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre robótica da União Europeia, os Projetos de Lei n. 5051/2019 e 21/2020, que estabelecem princípios e deveres para o uso de inteligência artificial no Brasil, a Resolução nº 332 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e outros textos complementares que estarão disponibilizados ao final deste estudo no tópico bibliografia.

2 DESCOBRINDO A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA)

2.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Embora a expressão “Inteligência Artificial (IA)” tenha ganhado força nos últimos anos, insta notar que tanto a computação quanto a Inteligência Artificial são

alvos de investigação científica desde a década de 1950. Para efeito de conhecimento, data-se que os primeiros computadores eletrônicos digitais surgiram no período da Segunda Grande Guerra Mundial (1939 - 1945).

Um dos precursores na criação dessas máquinas foi Alan Turing⁴, que em 1950 publicou um artigo intitulado de “*Computing Machinery and Intelligence*”. Nesse estudo, Turing questionava: “As máquinas podem pensar?”. Movido por este sentimento, o matemático formulou o jogo denominado de “jogo da imitação”, também conhecido como Teste de Turing.

Na mesma década, nos Estados Unidos, no seminário do *Darhmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence* (Projeto de Pesquisas de Verão em Inteligência Artificial de Darhmouth) em *Darhmouth College*, o cientista Marvin Minsky⁵, inspirado em pesquisas sobre neurociência, construiu a primeira máquina de rede neural chamada de *Stochastic Neural Analogy Reinforcement Calculator* (SNARC).⁶

Mais adiante, em 1966, Joseph Weizenbaum⁷ desenvolveu uma aplicação simples de processamento de linguagem natural que era capaz conversar de maneira similar a uma pessoa. A aplicação foi batizada de ELIZA, sendo o primeiro *chatterbot*⁸ desenvolvido. Em termos técnicos, como bem frisado pelo cientista, ELIZA era considerado um programa bem simples:

Consistia principalmente de métodos gerais de análise e fragmentos delas, localizando o que chamamos de palavras-chave nos textos, montando sentenças a partir dos fragmentos, e assim por diante. Ela tinha, em outras palavras nenhum ferramental contextual embutido do universo do discurso. Isso era provido a ele por meio de um script. De certo modo ELIZA era uma atriz que comandava um conjunto de técnicas, mas não tinha nada pra dizer vindo de si mesma. (WEIZENBAUM, 1976, p. 188; tradução nossa).

⁴ Alan Mathison Turing foi um matemático, lógico, criptoanalista e cientista da computação britânico que viveu entre as décadas de 1910 e 1950. Considerado o pai da computação, foi um dos primeiros a pensar na viabilidade de uma inteligência artificial, seu grande feito foi a criação da Máquina de Turing, uma invenção automática capaz de manipular símbolos de fita de acordo com uma série de regras para guardar informação exatamente como os computadores fazem hoje em dia.

⁵ Marvin Lee Minsky foi um cientista cognitivo norte-americano, professor emérito do Instituto de Tecnologia de Massachusetts – MIT, responsável por desenvolver os pilares iniciais da IA.

⁶ O Stochastic Neural Analog Reinforcement Calculator, foi a primeira máquina de rede neural artificial já construída. Usando componentes analógicos e eletromecânicos, 40 neurônios foram feitos e conectados em uma rede, onde cada neurônio foi projetado usando um capacitor para memória de curto prazo. MARTINEZ, Edwardo. SNARC: History of AI. In: MARTINEZ, Edwardo. *SNARC: History of AI*. [S. l.], 4 abr. 2019. Disponível em: <https://historyof.ai/snarc/>. Acesso em: 29 nov. 2020.

⁷ WEIZENBAUM, J. *Computer Power and Human Reason: From Judgment to Calculation*. São Francisco: W. H. Freeman, 1976, p. 188.

⁸ Chatterbot é um programa de computador que tenta simular um ser humano na conversação com as pessoas. Seu objetivo é responder perguntas de forma similar a um ser humano e não como um simples programa de computador.

Já na década de 1980, a Inteligência Artificial transformou-se numa indústria, e os estudos e investimentos sobre as redes neurais foram retomados, ganhando impulso novamente. Nesse período, o Japão lança um projeto chamado “Quinta Geração”⁹, porém não obteve o sucesso esperado, refletindo no que denominam de “inverno da IA”

A segunda metade dos anos de 1990 foi marcada pela forte presença da Internet, e novamente a retomada e expansão do desenvolvimento da Inteligência Artificial. Foram criados nesse período programas que realizavam buscas na rede de forma automática e classificavam os seus resultados, sendo um protótipo do que se conhece atualmente como Google.

Percebe-se que, desde o princípio do desenvolvimento d Inteligência Artificial, diuturnamente tem-se buscado o aprimoramento da tecnologia, tornando-a cada vez mais próxima da capacidade cognitiva do ser humano. No entanto, as dificuldades enfrentadas pelos cientistas ao longo do percurso refletiram negativamente no avanço das pesquisas. Todavia, atualmente as discussões sobre inteligência artificial ganharam notoriedade outra vez, dando azo a novos contextos aos campos socioeconômicos, bem como jurídicos.

2.2 CONCEITO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Apesar de não existir uma definição precisa sobre o que é a Inteligência Artificial, alguns autores denominam IA como a representação de um *software* que se distingue dos demais, pois visa fazer com que computadores realizem funções exclusivamente de seres humanos¹⁰.

Tarcísio Teixeira e Vinícius Cheliga definem Inteligência Artificial como um sistema computacional desenvolvido para simular racionalmente as tomadas de decisão dos seres humanos, tentando traduzir em algoritmos o funcionamento do cérebro humano¹¹.

⁹ Este projeto chamava-se “fifth Generation Computer Systems” (FGCS). A proposta inicial para este projeto era construir uma máquina paralela, ou seja, um computador que é capaz de executar várias operações de forma simultânea incluindo programação lógica e técnicas de Inteligência Artificial. No entanto, os resultados não foram satisfatórios e não despertaram muito interesse na indústria.

¹⁰ DA SILVA, Fabrício Machado *et al.* Inteligência Artificial. Porto Alegre: Sagah, 2019, p. 13.

¹¹ TEIXEIRA, Tarcísio; CHELIGA, Vinícius. Inteligência Artificial: Aspectos Jurídicos. 2. ed. atual. Salvador: Juspodivm. 2020 p. 16-17.

Na mesma esteira, os autores Stuart Russel e Peter Norwig¹² utilizam um conceito misto, compreendendo que a Inteligência Artificial é um campo da ciência, sendo um resultado dos estudos dentro da ciência da computação.

Durante milhares de anos, procuramos entender como pensamos; isto é, como um mero punhado de matéria pode perceber, compreender, prever e manipular um mundo muito maior e mais complicado que ela própria. O campo da inteligência artificial, ou IA, vai ainda mais além: ele tenta não apenas compreender, mas também construir entidades inteligentes. (RUSSEL; NORWIG, 2004, p.3)

Parte da doutrina da ciência da computação, por sua vez, define que a base da inteligência artificial se encontra nos algoritmos, que são “uma descrição das etapas de resolução de um problema ou a indicação ordenada de uma sequência de ações bem definidas”, sendo “a maneira mais elementar de se escrever uma lógica”.¹³

A partir de todos os conceitos apresentados, percebe-se que o obstáculo para conceituar o termo de Inteligência Artificial é o mesmo enfrentado quando busca-se encontrar a conceituação de inteligência, uma vez que inexiste consenso na academia a respeito.¹⁴

Ainda, para este estudo, merece destaque a definição apresentada por Luis Álvarez Munárriz em sua obra “Fundamentos da Inteligência Artificial:

Em uma primeira aproximação podemos definir a IA como uma ciência que tem como objetivo o desenvolvimento e construção de máquinas capazes de imitar o comportamento inteligente de pessoas.

Um ramo especializado da informática que investiga e produz raciocínio por meio de máquinas automáticas e que pretende fabricar artefatos dotados de capacidade de pensar.

[...]

Podemos, portanto, ver a IA como um ramo da informática dedicado a criação artificial do conhecimento, ou seja, uma ciência que tem como aspiração fundamental o desenvolvimento e produção de artefatos computacionalmente inteligentes. É um saber positivo que tem como objetivo final a criação de sistemas especializados na manipulação inteligente do conhecimento. (ÁLVAREZ MUNÁRRIZ, 1994, p. 19-20).

Assim, apesar de não ser unânime o conceito de Inteligência Artificial, pode-se concluir, a partir de todos os pensamentos demonstrados, que trata-se de uma

¹² RUSSEL, Stuart; NORWIG, Peter. Inteligência Artificial. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 3.

¹³ VELLOSO, Fernando de Castro. Informática: conceitos básicos. 7ª ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 108.

¹⁴ NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Decisão Judicial e Inteligência Artificial: É Possível a Automação da Fundamentação? Bahia: Juspodivm, 2020, p. 559.

tecnologia computacional, que por meio de algoritmos tem o objetivo de executar atividades e tarefas de maneira automatizada que, outrora, só poderiam ser desempenhadas pelos próprios humanos. Ou seja, uma tecnologia que age como um humano através de um processamento de linguagem natural, representação do conhecimento, raciocínio automatizado e com capacidade de aprendizado.

2.3 FUNCIONAMENTO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A inteligência artificial busca simular o cérebro humano e suas tomadas de decisões. No entanto, para que tenha êxito e torne-se útil, é essencial o uso e a análise de grande quantidade de dados e algoritmos¹⁵. Estes são elementos imprescindíveis ao funcionamento do sistema inteligente. Em breve síntese, dados são registros de informações, caracteres, símbolos, números, imagens ou qualquer outro conjunto de elementos que possam ser observados e registrados, já os algoritmos são considerados uma sequência de operações lógicas que têm por objetivo encontrar a solução correta de um problema em um razoável espaço de tempo¹⁶.

Além disso, para o funcionamento correto da IA é essencial a presença de três elementos: sensores (*input*), lógica operacional (algoritmo) e atuadores (*output*), sendo que¹⁷

Os sensores coletam dados brutos do ambiente, enquanto os atuadores agem para mudar o estado do ambiente. O poder chave de um sistema de IA reside em sua lógica operacional. Para um conjunto de objetivos previamente estabelecido e com base em dados coletados pelos sensores [*input data*], a lógica operacional fornece um output para os atuadores. Estes assumem a forma de recomendações, predições ou decisões que podem influenciar o estado do ambiente.¹⁸

Dessa maneira, para que este sistema complexo consiga desempenhar suas funções, quais sejam, fazer predições, recomendações e tomar decisões de maneira autônoma, serão necessários algoritmos para fazê-la funcionar de forma satisfatória.

¹⁵ Ricardo Peña Marí, docente da Universidade Complutense de Madri, define os algoritmos como um “conjunto de regras que, aplicadas sistematicamente a alguns dados de entrada apropriados, resolvem um problema em um número finito de passos elementares”. Definição fornecida em entrevista para o jornal El País. Ver: FANJUL, Sérgio C. Na verdade, o que [...] é exatamente um algoritmo? El País Brasil, 30.03.2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/30/tecnologia/1522424604_741609.html>. Data de acesso 17.09.2020.

¹⁶ MUELLER, John Paul; MASSARON, Luca. Inteligência Artificial: Para Leigos. Rio de Janeiro: AltaBooks, 2019, p. 43.

¹⁷ NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Decisão Judicial e Inteligência Artificial: É Possível a Automação da Fundamentação? Salvador: Juspodivm, 2020, p. 560.

¹⁸ OECD. Artificial Intelligence in Society. OECD publishing, Paris, 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/eedfee77-en>>. Data de acesso 17.09.2020.

2.3.1 MACHINE LEARNING, REDES NEURAIS ARTIFICIAIS E DEEP LEARNING

O *machine learning* (ML) ou aprendizado de máquina é um subcampo da ciência da computação que estuda os métodos pelos quais a Inteligência Artificial desenvolve, através de algoritmos e análise de dados, a habilidade de aprender de maneira autônoma.

Um sistema de aprendizado de máquina é uma estrutura utilizada na programação, distinta da que ocorre no desenvolvimento dos *softwares* tradicionais. No método tradicional cria-se um conjunto de regras para a entrega de uma resposta a partir dos dados inseridos na máquina. Por outro lado, os algoritmos de aprendizado de máquina são desenvolvidos a partir dos dados que serão analisados pela própria Inteligência Artificial, e os resultados obtidos são criados pela máquina. Estes algoritmos permitem que o sistema automatize o seu aprendizado a partir da grande quantidade de dados que ele analisa, possibilitando, inclusive, a identificação de padrões¹⁹.

Destaca-se, porém, que o aprendizado de máquina não decorre apenas da racionalidade, mas também da experiência, da prática e do treinamento do sistema²⁰. Ademais, esta tecnologia possui melhor funcionamento em situações que exigem percepção sensorial e identificação de padrões por meio da análise de um grande banco de dados, pois esta técnica poderá não funcionar tão bem com baixa quantidade de dados a serem analisados.

Ainda sobre o assunto, é importante trazer à baila, para efeito de conhecimento, os métodos existentes de aprendizado de máquina, sendo eles: i) as redes neurais artificiais e ii) o *deep learning* (aprendizagem profunda).

Entende-se por redes neurais artificiais (RNA) as técnicas computacionais que apresentam um modelo matemático, tendo como fonte de inspiração a estrutura neural encontrada em cérebros humanos e que adquirem conhecimento através da experiência.²¹ Este método guarda uma grande similaridade com a arquitetura do cérebro humano, em virtude das camadas de neurônios artificiais que podem receber

¹⁹ DOMINGOS, Pedro. A few Useful Things to Know about Machine Learning. Communications of the ACM, Vol. 55 n^o 10, p. 78-87, 2012.

²⁰ NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Decisão Judicial e Inteligência Artificial: É Possível a Automação da Fundamentação? Salvador: Juspodivm, 2020, p. 563.

²¹ DE CARVALHO, André Ponce de Leon F. Redes Neurais Artificiais. São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://sites.icmc.usp.br/andre/body.htm>>. Data de acesso em: 18.09. 2020.

transmitir informações. Nessa abordagem, os construtores das redes neurais não fornecem regras para as tomadas de decisões. Inserem-se, por sua vez, grandes quantidades de dados, como imagens, sons, cliques, vídeos, dentre outros, fazendo com que a própria máquina funcione de forma autônoma com o mínimo de interferência humana neste processo.²²

Já o *deep learning*²³ é um sistema ainda mais complexo e que envolve mais camadas de redes neurais artificiais. Em regra, este método é formado a partir da incorporação de, no mínimo, duas camadas sucessivas de RNA.²⁴ Os algoritmos usam uma grande quantidade de dados a partir de um domínio específico para a tomada de decisões, otimizando, desta forma, o resultado desejado.²⁵

Por fim, denota-se que os conceitos abordados até aqui são de fundamental importância para a compreensão correta do funcionamento da inteligência artificial, evitando, assim, a redundância de definirmos como se fossem todos o mesmo objeto.

3 ASPECTOS JURÍDICOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

3.1 RECOMENDAÇÃO À COMISSÃO SOBRE DISPOSIÇÕES DE DIREITO CIVIL SOBRE ROBÓTICA DA UNIÃO EUROPEIA

Sobre o assunto, tem-se como referência as diretrizes já elaboradas no âmbito da União Europeia. A Organização Internacional encontra-se na vanguarda quanto ao tema em análise, a qual editou a Resolução 2015/2013 (INL), em 16 de fevereiro de 2017, abordando importantes recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica.²⁶

²² LEE, Kai-fu. Inteligência Artificial: Como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos relacionamos, trabalhamos e vivemos. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019. p. 20-21.

²³ Segundo o autor Kai-fu-Lee, o avanço do *deep learning* teve notória visibilidade em meados dos anos 2000, quando o pesquisador Geoffrey Hinton, descobriu um modo mais eficiente de treinar as redes neurais. LEE, Kai-fu. Inteligência Artificial: Como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos relacionamos, trabalhamos e vivemos. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019. p. 22.

²⁴ BOUCHER, Philip. How artificial Intelligence Works. European Parliamentary Research Service, 2019. Disponível em: <<https://www.europarl.europa.eu/at-your-service/files/be-heard/religious-and-non-confessional-dialogue/eventos/en-20190319-how-artificial-intelligence-works.pdf>>. Data de acesso: 20.09.2020.

²⁵ LEE, Kai-fu. Inteligência Artificial: Como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos relacionamos, trabalhamos e vivemos. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019. p. 23.

²⁶ UNIÃO EUROPEIA. Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, com recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL)). 2017. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//EN#BKMD-12>>. Acesso em: 10 out. 2017. Essa resolução teve como documento base a seguinte moção: UNIÃO EUROPEIA. Projeto de Relatório que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2013(INL)). Relatora Mady Delvaux, de 31 de maio de 2016.

O documento, em primeiro instante, esclarece os desafios e preocupações inerentes à singularidade da máquina, ou seja, a autonomia dos robôs. Quanto mais autônomos, menos são vistos como meros instrumentos. Tal característica, sob a ótica dos autores da proposta submetida ao parlamento, torna as normas ordinárias, em matéria de responsabilidade, insuficientes, reconhecendo a necessidade de se determinar um estatuto jurídico do robô.²⁷

O escopo das diretrizes estabelecidas na Resolução ora mencionada é a observância de princípios éticos básicos no desenvolvimento, na programação e na utilização da robótica e de Inteligência Artificial por todos os seus estados-membros.²⁸

Em capítulo específico, ao tratar sobre a responsabilidade, dos artigos 49 ao 59, a resolução orienta que, em virtude dos avanços tecnológicos, os robôs estão conseguindo efetuar atividades, que, em regra, eram executadas apenas por seres humanos, tornando as máquinas cada vez mais independentes.

Logo, quanto mais autonomia os robôs possuem, menos estes serão encarados como simples instrumentos nas mãos de terceiros intervenientes.²⁹ Desse modo, a responsabilidade jurídica em virtude de uma ação autônoma lesiva, segundo a resolução, constitui uma questão crucial a ser observada e mitigada.

49. Considera que a responsabilidade civil pelos danos causados por robôs constitui uma questão crucial que tem de ser igualmente resolvida ao nível da União, a fim de garantir o mesmo nível de eficácia, de transparência e de coerência na execução da segurança jurídica em toda a União para benefício dos cidadãos, dos consumidores e das empresas.

Pela leitura do capítulo “responsabilidade”, infere-se, além de outros aspectos, a preocupação da organização em tratar sobre a temática e estabelecer um caminho ético e eficiente a ser percorrido no desenvolvimento e uso da Inteligência Artificial, seja pela sociedade, que está sendo atingida voluntária ou involuntariamente

Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE582.443+01+DOC+PDF+V0//P T>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

²⁷ UNIÃO EUROPEIA. Projeto de Relatório que contém recomendações à comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2013 (INL)). Relatora Mady Delvaux, de 31 de maio de 2016. P.5-

6. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-582.443+01+DOC+PDF+V0//PT>. Acesso em: 15 nov.2020.

²⁸ PIRES, Thatiane Cristina Fontão; DA SILVA, Rafael Peteffi. A Responsabilidade Civil pelos atos autônomos da inteligência artificial: notas iniciais sobre a resolução do Parlamento Europeu. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, ano 2017, v. 7, n. 3, p. 245, 3 dez. 2017.

²⁹ Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2013(INL)). Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_PT.html#title1> Acesso em 15 nov.2020.

pela tecnologia, pelos consumidores que adquirem e usufruem dessas ferramentas e, por último, pelas empresas que produzem e as comercializam.

Destarte, no artigo cinquenta da mesma resolução, ventila-se que o desenvolvimento da robótica exige estudos da tecnoética para a integração homem e máquina, e estabelece dois pilares principiológicos: A previsibilidade e a direcionalidade, sendo estas, portanto, fundamentais para se alcançar uma base comum entre humanos e robôs, permitindo assim uma ação conjunta e sem problemas.

Além do mais, é de suma importância trazer à baila o dispositivo 57 e 58 da resolução, que dispõem sobre uma possível solução para atribuir responsabilidade pelos danos cometidos por robôs autônomos, qual seja, a criação de um regime de seguros obrigatórios.

57. Destaca que uma possível solução para a complexidade de atribuir responsabilidade pelos danos causados pelos robôs cada vez mais autônomos, pode ser um regime de seguros obrigatórios, conforme acontece já, por exemplo, com carros; observa, no entanto que, ao contrário do que acontece no regime de seguros para a circulação rodoviária, em que os seguros cobrem os atos e falhas humanas, um regime de seguros para a robótica deveria ter em conta todos os elementos potenciais da cadeia de responsabilidade;

58. Considera-se que, a semelhança do que acontece com os veículos motorizados, esse regime poderia ser complementado por um fundo de garantia da reparação de danos nos casos não abrangidos por qualquer seguro; insta o setor dos seguros a criar novos produtos e novos tipos de ofertas que estejam em linha com os avanços da robótica.

Desta forma, sob a exegese dos artigos mencionados, pode-se entender que os seguros cobririam os atos e falhas humanas, tal como os danos decorrentes de atos autônomos lesivos produzidos pela Inteligência Artificial, tendo em conta todos os elementos potenciais da cadeia de responsabilidade.

3.2 PROJETOS DE LEI Nº 5051/2019 E 21/2020

No Brasil, apesar das discussões ainda serem incipientes e carecer de normas e de doutrina especializada sobre o assunto, tal problemática já vem despertando o interesse da academia e dos parlamentares que estão reconhecendo a importância do debate público a respeito desse avanço tecnológico no país, em específico sobre o desenvolvimento e uso da Inteligência Artificial.

Em outubro de 2019, o senador Styvenson Valentim, através do Projeto de Lei nº 5051/2019³⁰, propôs a formulação de uma política nacional de inteligência artificial no país, que define princípios para o seu uso, bem como medidas para a formação de um ambiente favorável ao desenvolvimento dessas tecnologias.³¹

As razões expostas no Projeto demonstram a iniciativa em fomentar o desenvolvimento tecnológico, tendo como lastro princípios básicos, como o respeito à dignidade humana, os direitos humanos, a pluralidade e diversidade, transparência, confiabilidade, possibilidade de auditoria dos sistemas e a supervisão humana. Segundo o proponente, tudo isso assegurará um desenvolvimento tecnológico harmônico e estabelece a valorização do trabalho, a fim de promover o bem estar de todos.³²

Os pontos da proposta que merecem destaque e que se coadunam ao objeto desta pesquisa dizem respeito a: i) supervisão humana e ii) a responsabilidade civil por danos decorrentes da utilização de sistemas de Inteligência Artificial.

O *caput* do artigo quarto da proposta estabelece que os sistemas decisórios, baseados em Inteligência Artificial, serão sempre auxiliares à tomada de decisão humana, ou seja, prevê que as máquinas que disponham de sistema de Inteligência Artificial serão, sempre, conduzidas por humanos, o supervisor. A crítica que se faz a esta orientação é que nem toda Inteligência Artificial, como bem esclarecido no início deste estudo, carece de supervisão.³³ Logo, tornaria este dispositivo aplicável somente aos sistemas supervisionados.

A reboque disso, o parágrafo segundo do mesmo dispositivo ventila que a responsabilidade civil pelos danos decorrentes da utilização da Inteligência Artificial será direcionada ao supervisor da máquina. Portanto, pode-se entender que o legislador optou por um sistema de responsabilidade civil objetiva, não sendo uma

³⁰ O PL, está sob a relatoria do senador Rogério Carvalho e encontra-se, até a data em que se escreve este texto, 15 de nov. de 2020, junto a CCT - Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática.

³¹ SENADO FEDERAL. Senado Notícias. Styvenson defende princípios para uso de inteligência artificial no Brasil. Senado Notícias, Brasília, p. s.p, 25 out. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/10/25/styvenson-defende-principios-para-uso-de-inteligencia-artificial-no-brasil>. Acesso em: 15 nov. 2020.

³² BRASIL. Projeto de Lei nº 5051/2019, de 19 de setembro de 2019. Estabelece os princípios para o uso da Inteligência Artificial no Brasil. [S. l.], Disponível em: https://c1.sfdstatic.com/content/dam/web/pt_br/www/documents/products/service-cloud/pdf/3rd-state-of-service.pdf. Acesso em: 15 nov. 2020.

³³ "Learning techniques that group instances without a prespecified dependent attribute. This technique generally involves learning structured patterns in the data by rejecting pure unstructured noise. Clustering and dimensionality reduction algorithms are usually unsupervised." (AWAD, Mariette; KHANNA, Rahul. Efficient Learning Machines: theories, concepts and applications for engineers and system designers. Apress Open, 2015, p. 4).

solução futura adequada.

Faz-se necessário uma análise do projeto de forma mais aprofundada, direcionando o debate à especialistas e tendo como parâmetro as experiências de países que já utilizam ferramentas tecnológicas com Inteligência Artificial cada vez mais autônomas.

Outrossim, juntamente ao projeto supramencionado, tramita também, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 21/20³⁴, proposto pelo Deputado Eduardo Bismarck e apresentado ao Plenário em 07 de setembro de 2020. O projeto de lei estabelece princípios, direitos e deveres para o uso da Inteligência Artificial no Brasil e, diferentemente do PL 5051/2019, o legislador elaborou uma definição de Inteligência Artificial, entendendo-a como um “sistema baseado em processo computacional que pode, para um determinado conjunto de objetivos definidos pelo homem, fazer previsões e recomendações ou tomar decisões que influenciam ambientes reais ou virtuais”.

No entanto, diferente do Projeto de Lei anterior, no artigo sexto, o legislador elencou princípios para o uso responsável da Inteligência Artificial no Brasil, quais sejam: i) finalidade, para buscar resultados benéficos para as pessoas e o planeta; ii) centralidade no ser humano, devendo respeitar a dignidade humana, a privacidade e a proteção de dados pessoais e aos direitos trabalhistas; iii) não discriminação, evitando o uso dos sistemas para fins discriminatórios, ilícitos ou abusivos; iv) transparência e explicabilidade, a fim de permitir o uso e o funcionamento da Inteligência Artificial de forma transparente, respeitado o segredo industrial e comercial; v) segurança, com utilização de medidas técnicas e administrativas compatíveis com os padrões internacionais, garantindo, também, o gerenciamento e a rastreabilidade dos processos e decisões durante o ciclo de vida do sistema e, por fim, vi) responsabilização e prestação de contas.

Além do arcabouço principiológico, o PL também define os agentes de inteligência artificial, que podem ser as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, bem como os entes sem personalidade jurídica, os agentes de desenvolvimento, agentes de operação e as partes interessadas.

³⁴ BRASIL. Projeto de Lei nº 21/2020, de 04 de fevereiro de 2020. Estabelece os princípios, direitos e deveres para o uso de inteligência artificial no Brasil. [S. l.], Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928&filename=PL+21/2020. Acesso em: 15 nov. 2020.

Fora fixado, no artigo nono do mesmo projeto, os deveres dos agentes de inteligência artificial, que para este estudo destaca-se o inciso quinto, onde ficou estabelecido que estes agentes respondem na forma da lei pelas decisões tomadas por um sistema de inteligência artificial. Na mesma senda, o parágrafo único do dispositivo mencionado sustenta que a responsabilidade pelos sistemas de Inteligência Artificial deve ser atribuída aos agentes de desenvolvimento e de operação de sistemas, devendo ser observadas as suas funções.

Outrossim, denota-se que estas definições facilitam uma maior compreensão das partes que compõem a cadeia produtiva da Inteligência Artificial, entretanto, não solucionam o problema da imputação da responsabilidade civil em caso de possíveis danos.

Ademais, a partir da exegese da norma em destaque, mais uma vez, restou estabelecido o sistema de responsabilidade civil objetiva, porém, agora, com a existência de uma solidariedade entre os agentes, o que também não parece ser uma solução razoável, podendo refletir na promoção do desenvolvimento da inteligência artificial no Brasil.

Por fim, destaca-se que ambos os projetos se encontram estacionados e aguardando movimentação da câmara, sem previsão de continuidade de seu trâmite. O que prejudica e distancia a indústria tecnológica nacional dos países que nutrem maior atenção ao tema.

3.3 RESOLUÇÃO Nº 332 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ

Assim como todos os tópicos já mencionados ao longo deste estudo possuem extrema relevância ao desenvolvimento da temática, é mister trazer à baila a Resolução de nº 332 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.³⁵

Esta resolução, recém instituída no ordenamento jurídico pátrio, em 21 de agosto de 2020, dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial dentro do Poder Judiciário, haja vista que cada vez mais a instituição em sua integralidade tem buscado a implementação e o uso da IA em suas

³⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário. Brasília, DF, 21 ago. 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original191707202008255f4563b35f8e8.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2020.

atividades.³⁶ Desta forma, tribunais e setores administrativos que façam o uso dessas ferramentas deverão observar a sua compatibilidade com os direitos fundamentais expressos na Constituição Federal.

O desafio, segundo o Conselho Nacional de Justiça, é a construção de uma governança para que o Poder Judiciário entregue com melhor qualidade o serviço público a toda sociedade.³⁷

Para não escapar do objeto proposto deste trabalho, faz-se um recorte da resolução, projetando apenas o seu capítulo nono, denominado de “da prestação de contas e da responsabilização”. Neste capítulo em específico, mesmo que timidamente, o dispositivo de número 25 dispõe que qualquer solução por intermédio de sistema computacional do Poder Judiciário que possua IA deverá assegurar a transparência na prestação de contas aos usuários finais, que inclui, também, a sociedade.

Todavia, ao tratar sobre a responsabilidade ou a espécie de responsabilidade a ser atribuída ao agente causador do dano, não houve maiores esclarecimentos. Portanto, em eventual ato lesivo ocasionado pela IA no exercício da prestação do serviço jurisdicional, este será apurado conforme a legislação civil existente, não excluindo, também, a utilização e aplicação de outras normas que integram o ordenamento jurídico pátrio, bem como os tratados internacionais recepcionados por nosso sistema jurídico.

A crítica que novamente se faz é que apesar da excelente iniciativa pela edição da resolução, não há um respaldo significativo quanto a responsabilização por eventuais danos ocasionados pela IA, logo, as futuras problemáticas serão direcionadas à resolução pelos preceitos tradicionais do nosso sistema jurídico, os quais não se adequam a esta nova realidade.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO USO DA IA

4.1 RESPONSABILIDADE OBJETIVA OU SUBJETIVA?

³⁶ Segundo o estudo produzido pelo Conselho Nacional de Justiça, denominado “Inteligência artificial no Poder Judiciário Brasileiro”, desde ano de 2013 que tem havido a implementação da política pública para a informatização do processo judicial, através do PJe, além do mais outros projetos têm sido explorados pela instituição através de plataformas que possuem em sua engenharia a inteligência artificial como é o caso das plataformas Victor, Elis, Horus, Poti, Àmon, Toth, SINAPSES, dentre outros.

³⁷ CNJ (Brasil). Conselho Nacional de Justiça. Inteligência Artificial no Poder Judiciário. Brasília: [s. n.], 2019.

O tema responsabilidade civil possui inegável relevância no direito moderno. Diz-se que este assunto tem sido ampliado constantemente na mesma proporção em que se multiplicam os inventos, as descobertas e outras conquistas da atividade humana.³⁸ No entanto, o que ocorre quando esta ampliação ainda é limitada e dificulta o encontro de soluções viáveis para os novos paradigmas sociais?

Assim, abordar a responsabilidade civil no contexto da Inteligência Artificial não é tarefa simples, e envolve discussões complexas, seja no campo jurídico, seja na esfera Ética.

Para este estudo, delimita-se os conceitos mais elementares da responsabilidade civil no direito brasileiro, realizando-se a distinção entre as suas espécies, limitando-se aos conceitos de responsabilidade objetiva e subjetiva e como estes institutos servem de guarda-chuva ao objeto central deste trabalho.

Sérgio Cavalieri Filho define a responsabilidade como um dever jurídico, consequente à violação de uma dada obrigação. Na mesma esteira, Carlos Alberto Gonçalves leciona que a responsabilidade ilustra a ideia de restauração de equilíbrio, de uma contraprestação através da reparação de um dano³⁹. Dessa forma, unindo as ideias ventiladas pelos autores, pode-se concluir, simploriamente, que a responsabilidade civil nada mais é que um dever jurídico-econômico de reparação a título de indenização pela violação de uma dada obrigação.

Seguindo o raciocínio, de acordo com a concepção clássica da responsabilidade civil, a culpa é considerada um elemento fundamental. Nesse interim, o Código Civil de 2002, em seu artigo 186, manteve este elemento como pressuposto da responsabilidade subjetiva.⁴⁰ Assim, para que uma conduta danosa seja passiva de reparação civil, deverá esta ser lastreada na culpa em seu sentido amplo, ou seja, o dano somente se configura se o agente agiu com dolo ou culpa.⁴¹

Para a melhor compreensão do assunto, destacam-se os ensinamentos da civilista Maria Helena Diniz que, brilhantemente, define e classifica o elemento culpa como a violação de um dever jurídico que é imputado a alguém em virtude da omissão, intenção ou inobservância do dever de diligência ou cautela. Portanto, caracteriza-se

³⁸ FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 6ª. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 21-24.

³⁹ GONÇALVES, Carlos Alberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.19.

⁴⁰ Dispõe o código civil a seguinte redação: art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁴¹ GONÇALVES, Carlos Alberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.48.

pela imperícia, imprudência ou negligência. Já o dolo seria a vontade consciente de violar tal direito.⁴²

Deste modo, em resposta às transformações sociais ocasionadas pelo dinamismo e complexidade das relações públicas e privadas, constatou-se que não era mais possível a manutenção isolada da teoria da culpa, por esta não oferecer soluções satisfatórias. Movida por este sentimento, a corrente objetivista fragmentou o dever de reparação do dano da ideia de culpa, surgindo assim a responsabilidade civil objetiva, onde mesmo na inexistência do elemento subjetivo “culpa”, o dever de indenizar é decorrente da lei. Esta espécie de responsabilidade no ordenamento jurídico pátrio está prevista no artigo 927 do Código Civil de 2002⁴³, denominada de cláusula geral do risco, sendo uma importante saída para agasalhar esses novos fenômenos disruptivos.

De acordo com a professora Maria Helena Diniz, a responsabilidade civil objetiva é fundada no princípio de equidade, onde aquele que lucra com a situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes.⁴⁴

Compreendido as duas espécies de responsabilidade, bem como o entendimento do funcionamento de uma IA dotada de autonomia em tomada de decisão, questiona-se: A quem transportar a responsabilidade civil pelos danos causados pela Inteligência Artificial? Ao seu desenvolvedor que, supostamente, projetou a máquina para praticar tal conduta danosa; à empresa que comercializou o produto, hipoteticamente, defeituoso ou ao consumidor que “ensinou” a máquina a praticar uma conduta ilícita? São diversos os questionamentos que se faz diante da complexidade do assunto.

No entanto, como previsto no sistema jurídico pátrio, dos princípios da inafastabilidade da jurisdição e do “*non liquet*”, não pode o judiciário deixar de apreciar julgar as demandas que lhes são submetidas, ainda que na inexistência de lei expressa. Portanto, os dispositivos do Código Civil acima mencionados deverão ser utilizados como fonte primária à solução de possíveis conflitos envolvendo a IA.

⁴² DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 24^a. ed. São Paulo:Saraiva, 2010. p. 42 v. 7.

⁴³ Dispõe o código civil a seguinte redação: art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causardano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 24^a. ed. São Paulo:Saraiva, 2010. p. 52 v. 7.

4.2 A APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR FATO DETERCEIROS COMO INSTRUMENTO VÁLIDO

Apesar da norma civil brasileira não fazer menção expressa a esse tipo de controvérsia, denota-se que o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, pode ser um instrumento válido a ser explorado. Todavia, necessário se faz atentar aos diferentes graus de autonomia e de delegação de atividades humanas para a máquina, pois isso impactará de maneira decisiva nos danos causados pela máquina, sobretudo na responsabilidade civil.⁴⁵

Segundo afirma David C. Vladeck, grande estudioso do tema, apesar da grande evolução da tecnologia nos últimos anos, a mão humana ainda possui responsabilidade por definir e guiar grande parte do processo do desenvolvimento, capacidade de autonomia e controle da máquina.⁴⁶

Ao analisar tal afirmativa, percebe-se que ela gera impactos no estudo da reponsabilidade civil e coaduna-se com a possibilidade suscitada no início deste tópico, especificamente sobre a utilização do artigo 927, parágrafo único do Código Civil, atribuindo-se aos conflitos que vierem a surgir a responsabilidade civil por fato de terceiro, equiparando-se os robôs e sistemas de IA a um animal, a uma criança ou até mesmo a um empregado que esteja sob a supervisão de seu patrão⁴⁷, assim, basta que o exercício da função da máquina tenha contribuído para a causação do dano.

Segundo Ugo Pagallo, nesses casos pode-se adotar o que ele denomina de princípio da equivalência funcional, ou seja, se o patrão é responsável pela irregularidade de um ajudante humano, por que o proprietário não seria responsabilizado quando terceiriza alguma atividade ao robô ou à Inteligência Artificial? Este raciocínio corrobora ao princípio da equidade, pilar da responsabilidade civil objetiva e outrora mencionado neste estudo.

No entanto, a dificuldade em transportar a responsabilidade civil do patrão ao empregado, sendo este um robô ou um sistema de inteligência artificial, está nos parâmetros de conduta que necessitarão ser avaliados. Devendo, portanto, ser

⁴⁵ MEDON, Felipe. Inteligência Artificial e Responsabilidade Civil: Autonomia, Riscos e Solidariedade. [S. l.]: Juspodivm, 2020. p. 137.

⁴⁶ VLADECK, David C. Machines without principals: liability rules and Artificial Intelligence. Washington Law Review, vol. 89, n. 117, pp. 117-150, 2014, p. 120.

⁴⁷ PAGALLO, Ugo. The Laws of Robots: Crimes, Contracts and Torts. Law, Governance and Technology Series, vol. 10. Heilderberg: Springer, 2013, p. 115.

observado o que é adequado ou inadequado ou qual a tecnologia comparada existente no mercado, o que não seria tão fácil de identificar.

4.3 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR É UMA SAÍDA VIÁVEL?

Nessa mesma toada, há também reflexões no sentido de valer-se do Código de Defesa do Consumidor – CDC – para aplicabilidade da responsabilidade civil pelos atos danosos causados pela IA.

O diploma legal ora mencionado, apesar de trazer princípios e orientações importantes, também não parece completo no que pertine ao objeto deste estudo. Segundo aduz o artigo décimo segundo da norma, o fabricante, o produtor e o construtor serão responsabilizados, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores pelos defeitos presentes no produto.⁴⁸

Da mesma forma, o artigo décimo quarto imputa a responsabilidade civil ao fornecedor de serviços, independentemente de culpa, pelos danos que os consumidores suportarem pelos defeitos relativos à prestação do serviço, bem como pelas informações que sejam insuficientes ou inadequadas.⁴⁹

Ambos os dispositivos são claros quanto a espécie de responsabilidade civil e quem suportaria as despesas da reparação pelo dano causado. Estes mesmos dispositivos legais também podem ser uma saída viável no momento atual, mas na medida em que os sistemas de Inteligência Artificial se tornarem mais complexos, dotados de uma maior autonomia e singularidade, as normas mencionadas se tornariam obsoletas para solucionar os problemas, haja vista que o conceito usual de defeito já não seria aplicável aos novos casos envolvendo IA.

Atualmente, para a constituição do conceito de defeito exige-se a prova de que o sistema de Inteligência Artificial, serviço ou produto não atendeu às legítimas expectativas de segurança que o consumidor deveria desfrutar, conforme pode-se extrair da exegese dos dispositivos mencionados acima, o que ainda parece louvável

⁴⁸ De acordo com o dispositivo: Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

⁴⁹ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

em um cenário de *machine learning*, *deep learning* e redes neurais artificiais, supervisionadas e treinadas por seres humanos.

No entanto, na existência de um sistema com maior nível de autonomia, com auto aprendizagem e nenhuma dependência humana para o seu funcionamento, não haveria como utilizar o conceito tradicional de defeito exposto no CDC, pois percebe-se que o sistema de Inteligência Artificial irá causar danos no exercício regular de uma tarefa sem qualquer vício ou defeito.

Assim, compreende-se que a definição de defeito exposta atualmente no CDC deixará de ser uma mera falha de concepção do produto e irá cada vez mais se aproximar das escolhas éticas e morais do sistema de Inteligência Artificial. O exemplo mais usual seria na hipótese de um carro autônomo, em situação de iminência de colisão do veículo ou com um idoso ou com uma criança, ficar a cargo do algoritmo o poder de decidir qual seria a escolha mais justa.

5 CONCLUSÃO

Mesmo com todas as benesses oriundas desses movimentos de transformação por meio da tecnologia, implicações nos diversos ramos da cadeia produtiva estão sendo impactados, moldando a forma em que o mundo está sendo estruturado e criando novos desafios as futuras gerações.

Entretanto, como restou observado, muito embora essa nova realidade esteja sendo descortinada e sido palco de profundas discussões parlamentares e doutrinárias ao redor do mundo, no Brasil, ainda se carece de maior atenção. Isso impacta significativamente em um processo sustentável de desenvolvimento tecnológico e na aproximação com países vanguardistas no assunto.

Ainda que exista no ordenamento jurídico pátrio uma cláusula geral da responsabilidade civil objetiva, disposta no artigo 927, parágrafo único do Código Civil de 2002, a aplicabilidade desta não será suficiente em um contexto envolvendo Inteligências Artificiais com um nível avançado de autonomia. Da mesma forma, o Código de Defesa do Consumidor não atende à problemática, pelo simples fato de um suposto erro da máquina ter sido praticado no exercício habitual e regular de suas funções, ou seja, a Inteligência Artificial não possuía defeitos ou quaisquer vícios de fabricação, pois não fora programada para a entrega de um resultado que gerasse

algum ilícito. Logo, entende-se por bem, repensar o conceito jurídico tradicional de defeito e vício, devendo, portanto, transcender a questões éticas e morais.

Além do mais, outras soluções têm sido avaliadas pela doutrina com o objetivo de salvaguardar estas lacunas normativas e estabelecer maior segurança aos envolvidos na cadeia de produção destas tecnologias e à sociedade. É o caso da existência de um seguro obrigatório, destinado a eventual reparação do dano causado pela Inteligência Artificial. Por fim, ventila-se, também, a ideia da criação de uma personalidade eletrônica e um Estatuto Jurídico do Robô, tornando o sistema inteligente sujeito de direitos para fins de responsabilização.

Conclui-se, portanto, que diante estes avanços, é imperioso que o arcabouço normativo busque acompanhar as disrupções ocasionadas na sociedade. Apesar de ser uma atividade demasiadamente complexa, o legislador necessitará analisar o presente e criar projeções futuras no momento da elaboração de uma norma que efetive e garanta a segurança jurídica à coletividade.

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ MUNÁRRIZ, Luis. **Fundamentos de inteligência artificial**. Universidad de Murcia, 1994.

AWAD, Mariette; KHANNA, Rahul. **Efficient Learning Machines**: theories, concepts and applications for engineers and system designers. Apress Open, 2015.

BOUCHER, Philip. **How artificial Intelligence Works**. European Parliamentary Research Service, 2019. Disponível em: <<https://www.europarl.europa.eu/at-your-service/files/be-heard/religious-and-non-confessional-dialogue/eventes/en-20190319-how-artificial-intelligence-works.pdf>>. Data de acesso: 20 out. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 5051/2019**, de 19 de setembro de 2019. Estabelece os princípios para o uso da Inteligência Artificial no Brasil. [S. l.], Disponível em: https://c1.sfdcstatic.com/content/dam/web/pt_br/www/documents/products/service-cloud/pdf/3rd-state-of-service.pdf. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 21/2020**, de 04 de fevereiro de 2020. Estabelece os princípios, direitos e deveres para o uso de inteligência artificial no Brasil. [S. l.], Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928&filename=PL+21/2020. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro de 2002**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20

Nov.2020.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 20 Nov. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020**. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário. Brasília, DF, 21 ago. 2020. Disponível em:
<https://atos.cnj.jus.br/files/original191707202008255f4563b35f8e8.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2020.

CNJ (Brasil). Conselho Nacional de Justiça. **Inteligência Artificial no Poder Judiciário**. Brasília: [s. n.], 2019.

DA SILVA, Fabrício Machado *et al.* **Inteligência Artificial**. Porto Alegre: Sagah, 2019. 85p. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595029392/>. Acesso em: 16 set. 2020.

DE CARVALHO, André Ponce de Leon F. **Redes Neurais Artificiais**. São Paulo, 2009. Disponível em: <https://sites.icmc.usp.br/andre/body.htm>. Acesso em: 18 set. 2020.

DOMINGOS, Pedro. **A few Useful Things to Know about Machine Learning**. Communications of the ACM, v. 55 n.10, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 24^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 675 p. v. 7.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6^a. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. 579 p.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 6^a.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 547 p.

LEE, Kai-fu. **Inteligência Artificial: Como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos relacionamos, trabalhamos e vivemos**. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

LOBO, Ana Paula. Uso da Inteligência Artificial vai crescer 133% em 18 meses no Brasil. **Uso da Inteligência Artificial vai crescer 133% em 18 meses no Brasil**, [S. l.], p. s.p, 28 maio 2019. Disponível em:
<https://www.convergenciadigital.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&from%5Finfo%5Findex=161&inoid=50808&sid=3&tpl=pr> interview. Acesso em: 15 nov. 2020.

MARTINEZ, Edwardo. **History of AI: Highlighting Achievements in AI over the last 100+ years**. In: **SNARC**. [S. l.], 4 abr. 2019. Disponível em:
<https://historyof.ai/snarc/>. Acesso em: 16 set. 2020.

MACHADO, Vinicius Ponte. **Inteligência Artificial**. In: **INTELIGÊNCIA Artificial**. [S.l.: s. n.], [2015?]. cap. Histórico & Conceitos em IA, p. 06-18. Disponível em: http://www.uece.br/computacaoead/index.php/downloads/doc_download/2177-inteligencia-artificial. Acesso em: 16 set. 2020.

MEDON, Felipe. **Inteligência Artificial e Responsabilidade Civil**: Autonomia, Riscos e Solidariedade. [S. l.]: Juspodivm, 2020. 439 p.

MUELLER, John Paul; MASSARON, Luca. **Inteligência Artificial**: Para Leigos. Rio de Janeiro: Alta Books, 2019.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Decisão Judicial e **Inteligência Artificial: É Possível a Automação da Fundamentação?** In: *Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual*. Salvador: Juspodivm, 2020. cap. 21, p. 551-590.

OECD. **Artificial Intelligence in Society**. OECD publishing, Paris, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/eedfee77-en>. Acesso em: 17 set. 2020.

PAGALLO, Ugo. **The Laws of Robots**: Crimes, Contracts and Torts. Law, Governance and Technology Series, v. 10. Heilderberg: Springer, 2013.

PIRES, Thatiane Cristina Fontão; DA SILVA, Rafael Peteffi. A Responsabilidade Civil pelos atos autônomos da inteligência artificial: notas iniciais sobre a resolução do Parlamento Europeu. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, ano 2017, v. 7, n. 3, p. 238-254, 3 dez. 2017.

RESEARCH, Salesforce. State of Service: Insights e tendências de mais de 3.500 agentes e líderes mundiais em atendimento. In: **State of Service**: Insights e tendências de mais de 3.500 agentes e líderes mundiais em atendimento. 3ª. ed. [S.l.], 2018. Disponível em: https://c1.sfdcstatic.com/content/dam/web/pt_br/www/documents/products/service-cloud/pdf/3rd-state-of-service.pdf. Acesso em: 15 nov. 2020.

ROSA, João Luís Garcia. A Quinta Geração. **Diário do Povo**, Campinas, SP, ano 1995, 1 jun. 1995. Caderno de Informática, p. 01-02. Disponível em: www.cesarkallas.net/inteligencia_artificial/outras. Acesso em: 16 set. 2020.

SENADO FEDERAL. Senado Notícias. **Styverson defende princípios para uso de inteligência artificial no Brasil**. Senado Notícias, Brasília, p. s.p, 25 out. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/10/25/styverson-defende-principios-para-uso-de-inteligencia-artificial-no-brasil>. Acesso em: 15 nov. 2020.

TEIXEIRA, Tarcisio; CHELIGA, Vinicius. **Inteligência Artificial**: Aspectos Jurídicos. 2. ed. atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

VELLOSO, Fernando de Castro. **Informática**: conceitos básicos. 7 ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

VLADECK, David C. Machines without principals: liability rules and Artificial Intelligence. **Washington Law Review**, v. 89, n. 117, p. 117-150, 2014.

A UNIÃO ESTÁVEL NA REFORMA DA PREVIDÊNCIA: APLICAÇÃO DA TEORIA DE BOBBIO E O DEVER DE COERÊNCIA

Maxnara de Lima Soares Brito¹

Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes²

RESUMO

O presente artigo tem como objeto de estudo a alteração legislativa no instituto da pensão por morte, a qual tornou imprescindível a produção de prova material contemporânea ao óbito para comprovação da união estável. Tem-se como objetivo geral deste trabalho fazer uma análise acerca de tal mudança, e ainda, de maneira mais específica, pretende-se mostrar suas incompatibilidades com o ordenamento jurídico pátrio. Utiliza-se o método hipotético dedutivo, pois, parte-se da hipótese de que essa exigência não possui respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, o que foi devidamente observado no decorrer do artigo. Constatou-se que essa alteração normativa também não coaduna com o princípio da afetividade, responsável por guiar as relações familiares, notadamente, a união estável. Por fim, conclui-se que demandar prova material de um instituto amparado pela informalidade e afeto, nada mais é do que contraditar a essência do próprio instituto.

Palavras-chave: União estável. Pensão por morte. Afetividade. Prova.

ABSTRACT

THE UNION STABLE IN SECURITY REFORM: APPLICATION OF THE THEORY OF BOBBIO AND THE DUTY OF COHERENCE

The present article has as object of study the legislative change in the institute of the death pension, which made it essential to produce contemporary material proof

¹ Acadêmica do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: maxnaradelima@gmail.com.

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: rosangela.mrm@hotmail.com.

to the death of the instituter to prove the stable union. The general objective of this work is to make an analysis about such a change, and yet, in a more specific way, it is intended to show its incompatibilities with the national legal system. The hypothetical deductive method is used, because it is based on the hypothesis that this requirement is not supported by the Brazilian legal system, which was duly observed during the article. It was found that this normative change also does not fit with the principle of affection, responsible for guiding family relationships, notably, stable union. Finally, it is concluded that to demand material proof from an institute based on informality and affection is nothing more than to contradict the essence of the institute itself.

Keywords: Stable union. Death pension. Affection. Proof.

1. INTRODUÇÃO

A vigência da Lei n.º 13.846 resultou em consequências não somente para o âmbito previdenciário, bem como para o civil, com especial enfoque, nos direitos dos companheiros. A propósito, para fins de pensão por morte, tornou-se indispensável a produção de prova material para comprovação da união estável.

Para além disso, exige-se de igual modo que a prova material seja contemporânea na forma da lei, isto é, produzida em período não superior a vinte e quatro meses, anteriores à data do óbito do instituidor.

A princípio, essa mudança legislativa aparenta não caminhar na mesma direção do ordenamento pátrio. Isso porque, com o avanço social e o advento da Constituição Federal de 1988, os companheiros estão - cada vez mais - obtendo a tutela jurídica de seus direitos. É o que se percebe, inclusive, pela tendência da jurisprudência que tem sido no sentido de conferir os mesmos direitos a cônjuges e companheiros.

Nesse sentido, o artigo tem como objetivo geral analisar os impactos dessa exigência normativa. Outrossim, de modo mais específico, indagar se há respaldo jurídico para a união estável, observar a exigência de ser comprovada unicamente por prova material. Para tanto, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, pois, parte-se do pressuposto de que essa exigência não está em harmonia com o ordenamento jurídico.

Desse modo, o trabalho está estruturado em três tópicos. O primeiro aborda os aspectos históricos sobre a união estável, os quais são cruciais para compreender a importância que possui o instituto, no ordenamento jurídico. Nesse primeiro momento, faz-se uma linha cronológica com os principais acontecimentos e transformações sob uma perspectiva social e jurídica da união estável. Assim, busca-se demonstrar o caminho percorrido pelos companheiros até o reconhecimento da união estável como entidade familiar.

O segundo tópico introduz o estudo da pensão por morte, partindo-se da seguridade, no Brasil. Nesse capítulo, trata-se de questões históricas e conceitos previdenciários essenciais para a análise da problemática. Além do mais, demonstra-se com clareza como a pensão por morte, está disciplinada no ordenamento, e ainda, sua relação principiológica com o Código Civil, designadamente, com a família.

Por fim, no terceiro tópico apresenta-se a problemática deste artigo. Inicialmente, contextualiza-se as mudanças normativas e, em seguida, dialoga-se com vertentes da Teoria do Ordenamento Jurídico de Norberto Bobbio.

Posto isso, tem-se como ponto de partida a coesão, unicidade e coerência, pressupostos que devem estar presentes no ordenamento jurídico. Concomitantemente, disserta-se acerca de uma possível antinomia do tipo total-parcial entre o Código Civil e a lei previdenciária, no tocante a união estável. Assim, nesse capítulo se analisa a mudança normativa não somente, perante julgados e princípios, mas, principalmente, a partir do dever de coerência, que deve ser inerente ao ordenamento jurídico.

Esse estudo é de extrema importância, uma vez que exigir a produção de prova material contemporânea ao óbito, à primeira vista, não parece ser compatível com o complexo de normas brasileiras, tampouco com o entendimento da jurisprudência. Por tais motivos, se justifica a análise minuciosa dessa alteração legislativa com o intuito de verificar se há jericidade ou não nessa exigência.

2. UNIÃO ESTÁVEL

Antes de adentrar no mérito do presente artigo, é primordial uma análise histórica da família, pois, identificar suas primeiras manifestações e comportamentos

- até os dias atuais - é imprescindível para compreender o valor jurídico que há no reconhecimento da união estável como entidade familiar.

Não há dúvidas de que, desde os primórdios, o ser humano sempre esteve inserido em um agrupamento. Segundo o pesquisador Leclercq (1968), seja nas sociedades simples ou nas complexas, a família se desenvolve - naturalmente - com o simples surgimento da vida humana.

No entanto, a “família” tal qual conhecemos hoje, passou por um longo período de construção social e cultural. No Brasil, em especial, houve forte influência do direito canônico, por exemplo. A “família”, por assim dizer, só era reconhecida através do casamento católico (*in facie Ecclesiae*³). Essa condição era imposta em razão da forte influência que a Igreja Católica detinha. Sua interferência era tão significativa a ponto de criar as regras para caracterização da “família”. Tanto é verdade que, segundo Caio Mário da Silva (1997), houve um tempo, no Brasil, mais precisamente, no período Colonial e no Império, que era possível identificar três modalidades de casamento: o católico, o misto (católico com acatólico) e aquele entre pessoas de seitas distintas.

Chega-se à conclusão, assim, de que em toda a história sempre foi possível encontrar diversos arranjos familiares. Embora não seja o objetivo do presente artigo falar sobre cada um deles, é possível constatar algo comum a todos: a afetividade. Afirmar isso pode causar até mesmo estranheza. É que, de fato, afeto não se confunde com amor. Isto é, consoante Flávio Tartuce (2012), afeto significa a ligação entre pessoas capaz de gerar uma carga positiva ou outra negativa. É evidente que a consequência positiva do afeto é o amor, ao passo que a negativa é o ódio.

Inclusive, foi com base nessa linha de ideias que o Código Civil de 2002 estabeleceu o afeto como elemento norteador das relações familiares. Dessarte, deixou no passado elementos arcaicos, tais quais a família patriarcal, a discriminação com os filhos havidos fora do casamento, o reconhecimento somente do vínculo biológico, a ilegitimidade do concubinato puro como entidade familiar entre outros.

Dentro desse contexto, interessante notar as considerações de Cristiano Chaves (2004) sobre o tema. O doutrinador aponta que a sociedade contemporânea rompeu com a concepção tradicional da “família” e adotou um novo modelo que além de democrático, igualitário e descentralizado. E, sobretudo, destaca o afeto como

³ Trata-se de termo em latim que significa “Em face da Igreja”.

“mola propulsora” desses novos arranjos familiares.

Agora, o afeto é considerado mais que um fundamento das relações familiares, trata-se de princípio, como bem diz Ricardo Lucas Calderon (2017). De outra maneira, pretende-se dizer que a afetividade é vista como princípio implícito, na Constituição de 1988, e, explícito no Código Civil. Sendo assim, “família” deixou de ser somente aquela constituída pelo matrimônio e pautada no vínculo biológico, para se tornar aquela constituída pelo vínculo afetivo.

Importante notar ainda, que tais mudanças só foram possíveis em razão da promulgação da Constituição de 1988. Assim sendo, conforme preceitua Cristiano Chaves (2004), a família deverá ser protegida pela Carta Magna, por meio de seus princípios gerais, como o da dignidade da pessoa humana. Seguindo esse raciocínio, a Constituição-cidadã trouxe proteção tanto para os arranjos familiares já previstos, bem como para os novos: a família monoparental e a união estável.

Com o advento da Constituição de 1988, a união estável foi elevada ao patamar de “entidade familiar”, com proteção civil e constitucional. Na verdade, o Poder Constituinte Originário transformou em norma uma situação fática, que já havia sido consagrada pela sociedade, embora fosse totalmente desprotegida pelo nosso ordenamento. Nessa senda, o Código Civil de 2002 passou a disciplinar a união estável, estabelecendo requisitos e regras.

Pois bem, esse é processo de criação da norma que encontra respaldo na teoria da tridimensionalidade do direito, mais bem explicado por Reale (2002). Em harmonia com essa tese, o fato é o fenômeno responsável por dar origem à norma, tendo em vista que, o Direito é construído a partir de vivências práticas. E se assim não fosse, teríamos um sistema fechado, abstrato e que não alcançaria a realidade social.

Diante disso, valendo-se de um fato de caráter social, qual seja, a união entre homem e mulher que não queriam atravessar as formalidades do casamento, deu-se o valor de família, e conseqüentemente, surgiu a necessidade de criar uma norma para fins de tutela jurídica.

Isso porque, o Código Civil de 1916 somente reconhecia o casamento como entidade familiar, de outro modo, “família legítima”. Nesse sentido, todas as outras formas, isto é, o concubinato puro e o impuro, eram considerados “ilegítimos”. Nesse ponto, vale a diferenciação do concubinato impuro do puro de Cristiano Chaves

(2019), porquanto o concubinato puro é composto por pessoas que poderiam se casar, mas preferiram não o fazer, ao passo que o concubinato impuro é formado por pessoas que não poderiam casar.

Segundo preceitua, Maria Berenice Dias (2010) a Constituição Federal ampliou o conceito de família e substituiu o que se entendia por “concubinato puro” para união estável. Em outros termos, o legislador reconheceu o concubinato puro, porém, deu-lhe outra terminologia. O que se quer dizer, então, é que uma nova entidade familiar havia sido acolhida. Salienta-se a imprescindibilidade de empregar novo termo tendo em vista que “concubinato” ficou marcado por forte carga preconceituosa na sociedade.

Posteriormente, foi editada a lei 8.971/94, a qual estabeleceu alguns pressupostos para configurar a união estável, tais quais: companheiros solteiros, divorciados ou viúvos, convivência mínima de 5 (cinco) anos ou existência de prole em comum. Sobre o assunto, Maria Berenice Dias (2010) aduz que os requisitos - em questão - foram alvos de crítica e não se sustentaram por muito tempo. Por óbvio, impor um requisito temporal faria com que o ordenamento incorresse no mesmo erro de antes: a omissão. Com isso, inúmeras famílias continuariam sem tutelajurídica.

Hodierno, a união estável, propositalmente, não é definida com certo rigorismo ou mesmo é dotada de requisitos restritivos como na Lei 8.971/94, consoante Patrícia Fontanella (2006).

Em verdade, a união estável sempre esteve presente em nossa sociedade, antes mesmo ser assim chamada, ou reconhecida. O que acontecia, era uma omissão do nosso ordenamento em relação à união entre duas pessoas que viviam como casadas fosse, mas, que nunca optaram pelas formalidades do casamento. Assim, a ausência de elementos formais está na essência da união estável, razão pela qual o legislador fez questão de não fixar balizas rígidas para que o juiz, ante seu livre convencimento, pudesse identificá-la caso a caso.

A partir do artigo 1.723⁴, depreende-se que o Código Civil de 2002 tratou de elencar alguns requisitos para caracterizar a união estável, especificamente: convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. E aqui, vale uma análise mais profunda desses pressupostos.

⁴ Art. 1.723, Lei n.º 10.406. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Inicialmente, verdade seja dita, são conceitos demasiadamente subjetivos, mas, para isso há uma razão de ser.

É que, não faria sentido o legislador criar uma norma com critérios objetivos, ou formais, se o fenômeno jurídico, em questão, a união estável, tem na sua natureza a ausência de formalidades. Apesar disso, não poderia, pois, ficar o instituto sem critérios para produzir efeitos.

De início, a união estável precisa ser dotada de publicidade. Significa que ela deve ser conhecida pela sociedade, não encontrando tutela jurídica as que forem munidas de clandestinidade ou segredo. É necessário também a continuidade da relação, não podendo existir interrupções capazes de comprometer a intenção de viver como casados fosse. Há, também, o ânimo de constituir uma família. O *intuito familiae* serve para diferenciar um namoro prolongado, ininterrupto e público, de uma união estável, por exemplo.

Por último, a relação deve ser duradoura. Esse pressuposto, porém, merece mais atenção. Ocorre que, não há - na legislação atual - prazo mínimo de convivência, como antes existia, para configuração da união estável. Dizer que a relação precisa ser duradoura, somente quer dizer que ela não pode ser efêmera. Fica, então, para o juiz, aos olhos do caso concreto, identificar se a união estável cumpriu tal requisito ou não, sem, porém, exigir tempo mínimo como *conditio sine qua non* para caracterizar da união estável.

A mais pura verdade é que, nas palavras de Maria Berenice Dias (2010), a união estável nasce de um vínculo afetivo e passa a ser constituída quando se torna pública, ou seja, conhecida socialmente. Disso, podemos concluir então que, o Código Civil de 2002 traduziu o afeto em conceitos amplamente subjetivos. Pois, desarrazoado seria, impor requisitos objetivos a algo que se comprova somente com o afeto.

Definir a família somente pela presença do vínculo afetivo simbolizou também - para os casais homoafetivos - uma grande conquista. Pois que, inicialmente, o nosso ordenamento não alcançou as relações homoafetivas, restringindo o reconhecimento da união estável somente entre homem e mulher.

Desse modo, o requisito do art.1.723 de “união entre homem e mulher” passou a ser estendido, já que não se justificaria, mais uma vez, a omissão, e, sobretudo, uma nítida desconformidade com a Constituição de 1988, a qual se propôs a ser garantista,

humanista, igualitária e um meio de promover as liberdades individuais.

Nessa lógica, em 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, por meio da ADIn 4277/DF, tratou de dar nova interpretação ao referido artigo e as uniões homoafetivas passaram a produzir efeitos tais quais aqueles produzidos por uma união heteroafetiva, já que ambas são constituídas a partir do afeto, como entende Maria Berenice Dias (2010).

A Constituição Federal de 1988 alçou a união estável tal qual o casamento, no que se refere à entidade familiar. Por tais razões, nada mais justo seria aplicar os mesmos impedimentos do casamento à união estável. O Código Civil, então, em seu artigo 1.521⁵ estipulou alguns impedimentos. Nesse cenário, a exceção se encontra no inciso VI do referido artigo, de outro modo, as pessoas casadas que comprovarem separação de fato, ou que forem separadas judicialmente, terão direito de constituir união estável. Assim caminha a jurisprudência pátria, notadamente a do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁶, que reitera o exposto.

Por esse ângulo, há que se fala ainda do art. 1.523 do Código Civil de 2002⁷, responsável por elencar hipóteses nas quais não poderá haver casamento, senão aquele amparado pelo regime de separação obrigatória de bens. Tais situações, ao contrário, não se aplicam a união estável.

⁵ Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante; VI -

as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

⁶ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM.

REQUISITOS. ÔNUS DA PROVA. TERMO INICIAL DA CONVIVÊNCIA. SEPARAÇÃO DE

FATO DO DE CUJUS. "(...) Além disso, atentando para o princípio da monogamia, importa observar que o casamento civil não é impedimento para o reconhecimento da união estável, desde que comprovada a separação de fato do convivente formalmente casado.". (TJ/RS, Sétima Câmara Cível, Apelação Cível Nº 70080419922, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 24/04/2019. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/jurisprudencia-e-legislacao/jurisprudencia/>. Acesso em 16 set 2020)

⁷ Art. 1.523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

3. PENSÃO POR MORTE

Não há como falar da pensão por morte, no Brasil, sem falar do seu surgimento junto à seguridade social. Porém, não sendo a finalidade deste artigo se aprofundar em aspectos históricos, o assunto será brevemente debatido.

Estima-se que sua origem se deu com as Santas Casas de Misericórdia, em 1543. Perpassou pelos planos mutualistas, as legislações esparsas que tratavam sobre benefícios, para se chegar, vagarosamente, às funções previdenciárias do Estado, como esclarece Fábio Vinícius Maia (2020). A consequência disso foi a criação, em 1793, do Plano de Benefícios dos órfãos e viúvas dos oficiais da marinha, assim como, em 1835, o Montepio geral dos servidores do Estado (MONGERAL).

Tempos depois, a Constituição Republicana de 1891, tratou de forma inédita sobre “aposentadoria”. No caso, o proveito que era custeado pelo Estado só abrangia servidores públicos e deixava de lado todos aqueles que não integravam a administração pública, evidenciando-se o nítido caráter segregatório.

Posteriormente, em 1919, com o Decreto n. 3.724, os acidentes de trabalho sofridos pelos empregados passaram a ser custeados pelos empregadores. Tratava-se de indenização, e não de um benefício previdenciário. Entretanto, a norma é dotada de certa importância nessa seara, uma vez que, pela primeira vez, houve preocupação em assistir a família em caso de morte, como assim entende Heloisa Hernandez Derzi (2004).

Fábio Vinícius Maia (2020) relata que a doutrina majoritária estabelece o marco inicial da Previdência Social, no Brasil, com a Lei Eloy Chaves, o Decreto-legislativo n. 4.682, de 1923. A partir dele, se iniciou o pagamento de pensão por morte aos dependentes do empregado falecido de morte comum ou acidentária. Eram considerados dependentes a viúva, ou viúvo inválido, filhos, pais e irmãs solteiras. Para isso, era necessário ter laborado 10 (dez) anos na empresa, salvo se fosse caso de acidente de trabalho.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988, outra vez merece destaque por ter instituído uma nova página para o regime previdenciário no Brasil. No que tange aos direitos sociais, a Lei Maior promoveu significativas mudanças ao criar um sistema integrado de Seguridade Social que abarca a saúde, a assistência social e a previdência. Com a Constituição-cidadã, o instituto em análise, segundo Carlos André de Castro

Guerra (2009) foi elevado a direito fundamental.

Nos dias que correm, a pensão por morte está disciplinada na Lei 8.213/1991 e prevista na Constituição em seu artigo 201, inciso V. Nesse âmbito, Frederico Amado (2020) conceitua a pensão por morte como benefício previdenciário que é devido aos dependentes dos segurados, assim consideradas as pessoas listadas no artigo 16, da Lei 8.213/91. Acrescenta ainda que é um benefício concedido, independente de carência, desde que se comprove a qualidade de dependente à época do óbito, o que será mais bem explanado no próximo capítulo.

Em síntese, a pensão por morte vai além de mais um benefício previdenciário, mais que isso, representa preocupação e proteção à família ao compensar, financeiramente, os familiares do falecido.

O princípio da solidariedade familiar é o responsável por embasar o recebimento da pensão por morte. É nele que se assenta a corresponsabilidade de afeto, respeito e, principalmente, assistência. Acerca da temática Paulo Lôbo (2011) expõe que a assistência é mútua e engloba aspectos morais e materiais. Para além disso, todos institutos de direito de família devem contemplar o princípio da solidariedade, pois, sua natureza está fortemente ligada a família atual.

No mesmo passo, no âmbito previdenciário, Fábio Zambitte Ibrahim (2019) compreende o princípio da solidariedade como o aquele que melhor representa a conversão de pequenas contribuições individuais em recursos financeiros capazes de gerar a proteção social.

Logo, o que se entende é que a solidariedade se expressa em um plano externo e outro interno, sendo ambos responsáveis por dar sentido a pensão por morte. No que tange a esfera interna, está a responsabilidade dos integrantes da família prestarem assistência entre si, ainda que seja depois do evento morte. Enquanto no plano externo, pode-se falar de solidariedade social, calcada na ideia de o Poder Público, junto da sociedade, promoverem o amparo financeiro à família também depois do falecimento do instituidor⁸.

Para melhor entender como o princípio da solidariedade é aplicado ao benefício previdenciário da pensão por morte, é necessário elucidar as definições de carência, qualidade de dependente e qualidade de segurado, bem como suas implicações.

⁸ Termo previdenciário utilizado para se referir àquele que deu início a pensão, ou seja, o falecido.

Nessa linha de pensamento, identificam-se três requisitos para pensão por morte produzir efeitos. Antes de qualquer coisa, é necessário ter havido óbito ou a morte presumida do segurado, a qualidade de segurado do falecido à época do óbito e a existência dependente.

Por sua vez, a qualidade de segurado não se confunde com carência. Dizer que a pensão por morte é devida - independente de carência - não implica dispensar a qualidade de segurado do pretendo instituidor.

Considera-se segurado aquele que está diretamente vinculado com a Previdência Social. Assim, possuir qualidade de segurado seria afirmar que na data do seu óbito, o falecido estava realizando, mensalmente, suas contribuições à Previdência. Logo, conclui-se que não fará jus ao benefício aquele que regularizar as contribuições do instituidor, após seu óbito, porque diferente da assistência social e da saúde, a previdência social está pautada na contributividade.

No que lhe concerne, de acordo com Lei de Benefícios da Previdência Social, carência nada mais é do que o número mínimo de contribuições mensais que se deveter realizado para ter direito ao benefício previdenciário pretendido. O que não se aplica para a espécie de benefício em análise.

De acordo com Feijó Coimbra (1999), figura como dependente aquele que vivia, efetivamente ou presumidamente sob o sustento do falecido. Por conseguinte, salvo os dependentes de primeira classe, para os demais, não basta se enquadrar nas espécies de dependentes trazidas em lei, devendo comprovar, na prática, sua condição de dependente. Isto é, demonstrar elementos probatórios capazes de provar significativa dependência econômica.

É nesse momento que se prestigia o princípio da solidariedade familiar. Partindo-se da premissa que o instituidor era o responsável financeiro do dependente, isto é, havia estava presente a qualidade de dependente, tal responsabilidade não pode acabar no momento da sua morte e deverá continuar por meio do benefício em foco.

A princípio, consideram-se hoje dependentes de primeira classe: o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, com menos de 21 (vinte e um) anos, ou inválido, ou que tenha deficiência mental ou intelectual que o torne absolutamente incapaz, assim declarado pelo juiz. Estes possuem presunção de dependência econômica. Há, ainda, os dependentes de segunda classe, ou seja, os pais do falecido, bem como de terceira classe, na qual figuram os

irmãos do segurado.

O cônjuge, como já mencionado, é considerado dependente de primeira classe. No entanto, antes da Constituição de 1988 o cônjuge varão⁹ só tinha direito ao benefício se estivesse inválido para o trabalho, fosse menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 60 (sessenta), sendo esses requisitos alternativos, bastando a satisfação de um deles.

Tal exclusão se justificava pois, durante muito tempo, vigorou a regra de que o homem era o arrimo da família, ou melhor, provedor do lar. Por este motivo, não se vislumbrava a necessidade de ele ser contemplado com a pensão por morte. Diversamente, como a mulher não estava inserida no mercado de trabalho, com a morte do seu esposo ela ficava financeiramente desamparada, motivo pelo qual havia necessidade de receber o benefício previdenciário.

Desse modo, com o advento da Constituição-cidadã, por intermédio do tratamento igualitário conferido ao homem e a mulher, o direito a pensão por morte foi estendido para o cônjuge varão, extinguindo, por sua vez, o tratamento excludente que outrora vigorava, pondo fim aos requisitos supracitados.

No âmbito previdenciário, com todas as transformações discurridas em capítulos anteriores, o companheiro e companheira passaram a ter o mesmo tratamento dado aos cônjuges e se tornaram dependentes de primeira classe. É o que se entende do artigo 16, inciso I da Lei 8.213¹⁰.

Nesse ponto de vista, é digno salientar o princípio da universalidade de cobertura e de atendimento e sua forte influência na ampliação do rol de dependentes. Previamente, trata-se de princípio presente na Constituição Federal, no artigo 194, parágrafo único, I. De logo, tem-se a imediata interpretação que qualquer pessoa teria acesso a seguridade social. A respeito disso, tal “universalidade” merece ressalvas. Veja-se, não se pretende criticar a norma constitucional, mas sim analisar a abrangência da “universalidade” que aduz o princípio. Corrobora com esse entendimento Fábio Zambitte Ibrahim (2019), quando aponta que a Previdência Social é pautada no sistema contributivo, restringindo-se àqueles que fazem mensalmente sua contribuição, e não à sociedade em sua totalidade.

⁹ Termo histórico que faz referência ao cônjuge do sexo masculino.

¹⁰ Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

Melhor seria relacionar o princípio - anteriormente citado - com o novo conceito de família, o qual já foi elucidado em outro momento. Dentro dessa conjuntura, com os novos arranjos familiares e a consequente mutação do “conceito de família” causado pela dinâmica social, foi possível ampliar o rol de dependentes da pensão por morte, consagrando, desse modo, o princípio da universalidade.

Dito isso, o entendimento atual acerca dos casais homoafetivos e a possibilidade do deferimento do benefício em tela a esses companheiros, nada mais é do que um exemplo prático da ampliação do rol de dependentes. Em que pese haver nítida omissão do legislador em enquadrar os homossexuais como dependentes, não merece subsistir vedações ao recebimento do benefício por estes. Ora, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu como fundamento a Dignidade da Pessoa Humana, bem como positivou a busca incessante pela igualdade. Nesse sentido, qualquer posicionamento de viés discriminatório a esses casais não possui o mínimo respaldo constitucional. Assim entende o Supremo Tribunal Federal¹¹.

Portanto, não se sustenta mais a restrição que antes havia no recebimento da pensão, seja aquele que impedia o cônjuge varão receber, seja o que impedia o companheiro homoafetivo receber. Nos dias de hoje, o companheiro e a companheira, inclusive os homoafetivos, fazem jus ao benefício previdenciário da pensão por morte desde que comprovada a existência da união estável.

4. CONSIDERAÇÕES AO ARTIGO 16, § 5º DA LEI 8.213

O objeto de discussão deste artigo reside na alteração do art.16 da Lei 8.213¹².

¹¹ “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. BENEFÍCIO DE PENSÃO PORMORTE. UNIÃO HOMOAFETIVA. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COMO ENTIDADE FAMILIAR. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DAS REGRAS E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS VÁLIDAS PARA A UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (...) “3. O direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro restou decidida. No julgamento do RE nº 477.554/AgR, da Relatoria do Ministro Celso de Mello, DJe de 26/08/2011, a Segunda Turma desta Corte, enfatizou que “ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual.” (STF, Primeira Turma, RE 687432 MG, Relator(a): LUIZ FUX, Julgado em 02 set 2012. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>> Acesso em 18 set 2020).

¹² Art. 16, Lei 8.213.

(...)

§ 5º As provas de união estável e de dependência econômica exigem início de prova material contemporânea dos fatos, produzido em período não superior a 24 (vinte e quatro) meses anterior à data do óbito ou do recolhimento à prisão do segurado, não admitida a prova exclusivamente testemunhal, exceto na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no regulamento. (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)

§ 6º Na hipótese da alínea c do inciso V do § 2º do art. 77 desta Lei, a par da exigência do § 5º deste artigo, deverá ser apresentado, ainda, início de prova material que comprove união estável por pelo menos 2 (dois) anos antes do óbito

Ao artigo 16 foram inclusos alguns parágrafos pela Lei nº 13.846, de 2019, a exemplo do parágrafo 5º que será tratado neste artigo.

Em uma primeira leitura do parágrafo 5º do artigo 16 da Lei 8.213, entende-se que, para comprovar a união estável, é preciso produzir provas materiais e contemporâneas. Mais que isso, a lei ainda definiu o que seria “contemporânea” aos fatos quando delimitou que as provas fossem produzidas, em período não superior a vinte e quatro meses anteriores ao óbito do instituidor. Não obstante, deixou expressamente previsto que não basta a prova - exclusivamente testemunhal - para comprovação da união estável, ressalvados os casos de força maior ou caso fortuito.

O parágrafo 6º do artigo 16, por sua vez, estende a comprovação da união estável, por meio de provas materiais ao caso do art.77¹³, parágrafo 2º, inciso V, c, da mesma Lei. O referido parágrafo lista algumas situações em que o benefício da pensão por morte será cessado. No caso específico do companheiro(a), o benefício cessará em conformidade com alguns prazos e circunstâncias também previstas. Para exemplificar, se o companheiro (a) estiver com menos de vinte e um anos de idade na data do óbito do instituidor, o benefício previdenciário cessará em três anos.

O que se pretende demonstrar, na verdade, é que mais uma vez a lei previdenciária exige a comprovação da união estável através de prova material contemporânea ao óbito. Veja bem, o artigo 77 da Lei 8.213 exige a comprovação não só de que o instituidor tenha vertido 18 (dezoito) contribuições mensais, mas também tenha tido no mínimo 2 (dois) anos de união estável ou casamento, sendo que agora, há outros parâmetros legais para comprovação da união estável que não os previstos no Código Civil.

Ora, se é o Código Civil que define, por excelência, a família e a união estável, o

do segurado. (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)

¹³ Art. 77, Lei 8.213. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais.

(...)

§ 2º O direito à percepção da cota individual cessará:

(...)

V - para cônjuge ou companheiro: (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)(...)

c) transcorridos os seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a idade do beneficiário na data de óbito do segurado, se o óbito ocorrer depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável: (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

1) 3 (três) anos, com menos de 21 (vinte e um) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

6) vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

questionamento a ser feito é, se estaria a lei previdenciária restringindo os meios para provar os requisitos da união estável, e assim sendo, indagar se há juridicidade nas mudanças ocasionadas pela Lei n.º 13.846.

Calha que, antes da Medida Provisória n.º 871¹⁴, de 2019, posteriormente, convertida na Lei n. 13.846 de 2019, o STJ e a TNU consolidaram o entendimento de que não era necessário início de prova material para provar a união estável, sendo suficiente a prova testemunhal. Isso se justificava porque não havia lei que exigisse o contrário. Assim, a TNU no julgamento do PEDILEF 00102435320064036311¹⁵ entendeu pela possibilidade de comprovar a união estável por meio de prova exclusivamente testemunhal, o que depois veio a ser o posicionamento do STJ no REsp 1804381 SP¹⁶.

Por outra forma, com a Lei n.º 13.846, para fins previdenciários, os companheiros terão que comprovar a convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família por meio de provas materiais, as quais devem ser produzidas em um período não superior a vinte e quatro meses à data do óbito.

Dito isso, resta saber quais as provas materiais a que o parágrafo 5º se refere. Para tanto, o decreto n.º 3.048, responsável por regulamentar a Previdência Social, em seu artigo 22, parágrafo 3º¹⁷, listou alguns exemplos de provas materiais capazes de

¹⁴ Trata-se de Medida Provisória convertida na Lei n. 13.846/2019, responsável por significativas mudanças no âmbito previdenciário.

¹⁵ "PEDIDO NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. COMPROVAÇÃO POR PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. POSSIBILIDADE PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS. PRESCINDIBILIDADE DO INÍCIO DE PROVA MATERIAL. SÚMULA N.º 063 DESTA COLEGIADO. QUESTÃO DE ORDEM N.º 020 DESTA TNU. INCIDENTE PROVIDO. (...)

4. (...) **Esta TNU possui Enunciado no sentido de que a comprovação de união estável para efeito de concessão de pensão por morte prescinde de início de prova material** (Súmula n.º 063 desta TNU). (...) (TNU, PEDILEF 00102435320064036311, Relator: Juiz Federal Daniel Machado da Rocha, Julgado em 11/12/2015, Disponível: <https://www.cjf.jus.br/jurisprudencia/tnu/>).

¹⁶ "PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. **DESNECESSIDADE DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL.**

1. Em nenhum momento a legislação previdenciária impôs restrições à comprovação da união estável entre o homem e a mulher mediante início de prova material; pelo contrário, deixou ao **arbítrio do julgador a análise de todas as provas legais que pudessem formar a sua convicção** acerca da existência da vida em comum entre os companheiros.

2. **O STJ entende pela não exigência de início de prova material para comprovação da união estável**, para fins de obtenção do benefício de pensão por morte, uma vez que não cabe ao julgador restringir quando a legislação assim não o fez. Nesse sentido: REsp 778.384/GO, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 18/9/2006; AgRg no REsp 1184839/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 31/5/2010.

3. Recurso Especial provido. (STJ, Segunda Turma, REsp n.º 1804381 SP, Relator: Min. Herman Benjamin, Julgado em 11/06/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>).

¹⁷ Art. 22, decreto n.º 3.048

(...)

§ 3º Para **comprovação do vínculo e da dependência econômica**, conforme o caso, deverão ser apresentados, no mínimo, dois documentos, observado o disposto nos § 6º-A e § 8º do art. 16, e poderão ser aceitos, dentre outros:

comprovar o vínculo e a relação de dependência econômica do companheiro. Destaca-se que, a nova redação do parágrafo 3º dada pelo Decreto n.º 10.410, de 2020 passou a exigir no mínimo 2 (dois) documentos. Desse modo, os companheiros deverão comprovar sua união estável e a dependência, a partir de provas materiais tais quais aquelas previstas no artigo 22 do Decreto n.º 3.048.

Isto posto, uma vez enfrentadas questões normativas essenciais para este artigo, é crucial percorrer um caminho mais teórico e um tanto abstrato, a fim de auferir o peso dessas modificações para o ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse diapasão, Bobbio (1995) trouxe considerações importantíssimas sobre o ordenamento jurídico. Antes de qualquer coisa, para ele, o ordenamento além de uno, deve ser coeso. Por este motivo, é fundamental uma norma única, da qual as demais devem se derivar, tanto diretamente, quanto indiretamente.

Entende-se a Constituição como a “norma única” a qual Norberto Bobbio (1995) se refere, pois, é dela que as outras normas têm origem. Outrossim, somente com uma norma que é referência para todas as outras, é possível chegar à coerência e harmonia entre as normas do ordenamento jurídico.

Vale salientar, essa coerência deve ser não somente em si mesma, mas também com o todo, o que não se verifica no aludido parágrafo, objeto desta discussão. Isso pois, como já dito em momento anterior e conforme o parágrafo 4º do artigo 16¹⁸, a

(Redação dada pelo Decreto nº 10.410, de 2020).

I - certidão de nascimento de filho havido em comum;

II - certidão de casamento religioso;

III - declaração do imposto de renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente; IV - disposições testamentárias;

V - anotação constante na Carteira Profissional e/ou na Carteira de Trabalho e Previdência Social, feita pelo órgão competente; (Revogado pelo Decreto nº 5.699, de 2006)

VI - declaração especial feita perante tabelião;

VII - prova de mesmo domicílio;

VIII - prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil;

IX - procuração ou fiança reciprocamente outorgada;

X - conta bancária conjunta;

XI - registro em associação de qualquer natureza, onde conste o interessado como dependente do segurado;

XII - anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados;

XIII - apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária;

XIV - ficha de tratamento em instituição de assistência médica, da qual conste o segurado como responsável;

XV - escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome de dependente; XVI -

declaração de não emancipação do dependente menor de vinte e um anos; ou XVII - quaisquer outros que possam levar à convicção do fato a comprovar.

¹⁸ Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

(...)

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

dependência econômica do companheiro (a) é presumida. Entretanto, contrariamente a isso, o parágrafo 5º do mesmo artigo estabelece - expressamente - que a união estável e a dependência econômica exigem início de prova material contemporânea aos fatos.

O que se percebe é uma nítida incoerência entre os dispositivos, uma vez que o parágrafo 4º presume a dependência econômica do companheiro (a) e o parágrafo 5º não só exige a comprovação da dependência, como também especifica o tipo de prova que deve ser produzida, dentro de um certo lapso temporal objetivamente definido.

De fato, a lei previdenciária não deixou claro se a presunção é relativa ou absoluta. No entanto, ainda que seja relativa, exigir provas para convencer o juiz é ferir a natureza do conceito de presunção relativa, segundo Daniel Neves (2018). Além disso, o doutrinador também aduz que a presunção relativa por si só já deve ser o suficiente para convencer o juiz, a não ser que exista provas contrárias a tal presunção. Ou seja, as provas não serão dispensadas, porém, haverá uma inversão no ônus probatório, razão pela qual a parte contrária - e não aquela que alega ser dependente - deverá comprovar que não existe a dependência.

Melhor dizendo, o cônjuge não precisa comprovar sua dependência econômica, pois, ao apresentar a certidão de casamento, isso já se deduz. O que não ocorre para o companheiro, pois que embora o companheiro figure como dependente de primeira classe, tal qual o cônjuge, é possível identificar um tratamento diferenciado quanto à comprovação de dependência econômica.

No sentido inverso está a tendência jurisprudencial, porque - cada vez mais - se busca a equiparação entre cônjuges e companheiros. À vista disso, os julgados Apelação Cível n.º 10724231520198260053¹⁹ do Tribunal de Justiça de São Paulo e Apelação Cível n. 70083866319²⁰ do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Por

¹⁹ "APELAÇÃO CÍVEL – ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO – PENSIONISTA DE MILITAR NA CONDIÇÃO DE FILHA SOLTEIRA – CESSAÇÃO DO PAGAMENTO DO BENEFÍCIO EM RAZÃO DA OMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL – DOCUMENTOS JUNTADOS AOS AUTOS DEMONSTRAM QUE A AUTORA CONVIVIA EM UNIÃO ESTÁVEL E TEVE UM FILHO DESSE RELACIONAMENTO, FATOS OMITIDOS PARA PERMANECER RECEBENDO PENSÃO EM DECORRÊNCIA DA MORTE DO GENITOR MILITAR - **EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO A FIM DE CONFERIR AOS COMPANHEIROS OS MESMOS DIREITOS E DEVERES ESTABELECIDOS AOS CÔNJUGES** - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO" (TJ/SP, Sétima Câmara de Direito, Apelação Cível N.º 10724231520198260053, Relator: Eduardo Gouvêa, Julgado em 21/10/2020. Disponível em: (...)https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=65AA9C3A25EC6BDBD9B2EE87105_F6CC9.cjsg3).

²⁰ "APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDÊNCIA PÚBLICA. PENSÃO POR MORTE. HABILITAÇÃO DE COMPANHEIRA COMO DEPENDENTE PREVIDENCIÁRIA. COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. EXIGÊNCIA DE LAPSO TEMPORAL. DESNECESSIDADE. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TETO DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO QUE

sinal, mais uma vez o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul faz considerações ricas ao assunto. No julgado em questão, fica evidente que não cabe à seara previdenciária fazer distinções entre o cônjuge e o companheiro tanto por não ser de sua alçada, como também porque a própria Constituição de 1988 não o faz. Por esses motivos, é totalmente descabida a exigência de prova de dependência econômica.

Além dessa inconsistência do parágrafo 5º com o parágrafo 4º, ambos pertencentes ao artigo 16, há outra ainda mais importante para se averiguar - referente ao parágrafo 5º - da Lei 8.213 em relação ao artigo 1.723, do código civilista.

Mais uma vez, valendo-se da teoria de Bobbio (1995), para se detectar uma antinomia, as normas devem pertencer ao mesmo ordenamento, bem como devem ter o mesmo âmbito de validade. No caso em questão, verifica-se que o âmbito temporal, espacial, pessoal e material são os mesmos para o parágrafo 5º, da Lei 8.213 e o artigo 1.723, da Lei 10. 406, mas com uma restrição, vislumbrando-se, desse modo, uma antinomia do tipo total-parcial. É que, embora tenham o mesmo âmbito de validade, uma norma é mais restrita que a outra.

Isso se justifica porque enquanto a Lei n. 10. 406 estabelece os requisitos de convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família para atestar a união estável, a Lei n. 8.213 especifica um meio para comprová-los. Isto é, exigir a produção de provas materiais contemporâneas nada mais é do que impor que os requisitos previstos no Código Civil sejam comprovados por um único meio: prova material produzida, em período não superior a vinte e quatro meses à data do óbito.

Essa exigência também não encontra respaldo no Código de Processo Civil,

NÃO ALCANÇA O LIMITE. ISENÇÃO DA TAXA ÚNICA DE SERVIÇOS JUDICIAIS. PREQUESTIONAMENTO.

1. (...) Condição de companheira evidenciada, o que enseja a concessão da pensão previdenciária pormorte de servidor público estadual, **descabendo à seara previdenciária realizar distinções entre os modelos familiares**. O art. 201, inciso V, da Constituição Federal deve ser atendido em interpretação sistemática com a Lei n. 9.278/1996, que arrola, entre os direitos dos conviventes em entidade familiar, a recíproca assistência moral e material, de modo que o direito ao recebimento de pensão por morte ?em face dos anos de contribuição do parceiro falecido - não pode sofrer restrição da espécie. **A dependência entre cônjuges e companheiros é presumida** e as condições financeiras de cada família apresentam relação direta com a contribuição que o segurado falecido prestou ao longo da vida aos cofres da previdência, justamente visando ao amparo de seus entes quando da morte. **Evidente que a exigência de dependência econômica ou tempo de duração de cinco anos de união estável não mais se sustentam, principalmente com a equiparação constitucional que alcança atualmente mesmo as relações entre pessoas do mesmo sexo**. Assim, uma vez reconhecida a existência da união estável enquanto entidade familiar, automática há de ser sua recepção em todo o ordenamento no que dirigir regras às relações de família. **E no direito previdenciário, principalmente, não pode ser diferente, eis que o ponto de partida, a pedra de toque do sentido da palavra dependência é extraída das situações que imitam a vida**, como por exemplo: ocorrentes entre marido e mulher; pai e filhos; guardiões e menores ou companheiros. **Despicienda, pois, a exigência de lapso temporal de cinco anos ou de prova de dependência econômica**. (...)” (TJ/RS, Segunda Câmara Cível, Apelação N.º 70083866319, Relator: Laura Louzada, julgado em: 06/05/2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa).

sequer na Constituição Federal de 1988. Posto que, a Constituição em seu artigo 5º, XXXV²¹ garante a todos o direito a prestação jurisdicional efetiva, bem como o Código de Processo Civil no artigo 369²² permite empregar todos os meios legais e os moralmente legítimos para provar a verdade dos fatos. Portanto, ao invocar o Poder Judiciário, as partes têm o direito fundamental de produzir as provas que desejar, sendo a única limitação que sejam provas lícitas e moralmente aceitas.

Acentua-se que, embora haja resquícios do sistema legal ou tarifário das provas, prepondera, hoje, no Brasil, o sistema do livre convencimento motivado. No primeiro sistema, a própria lei diz o valor que a prova tem e a atividade do juiz, nesse caso, fica limitada, não sendo possível fazer sua valoração pessoal da prova. Ao mesmo tempo que no segundo, não há hierarquia entre as espécies de provas, justamente porque não é a lei que diz o valor de cada uma, mas sim o juiz, valendo-se do seu livre convencimento motivado.

Disso, pode-se concluir que a lei previdenciária seguiu o sistema legal de provas, ao tarifar a prova material como meio exclusivo para provar a união estável e a dependência econômica. O juiz, então, fica restrito e só poderá, em tese, reconhecer a união estável, quando produzidas, no mínimo duas provas documentais, em período não superior a vinte e quatro meses à data do óbito, não sendo possível mais, apresentar prova exclusivamente testemunhal.

Dessarte, o parágrafo 5º, da Lei 8.213 além de antinômico com o artigo 1.723, da Lei 10. 406, é incompatível com o Código de Processo Civil e, principalmente, com a Constituição Federal de 1988.

A propósito, essa antinomia pode ser facilmente resolvida pelos critérios citados por Bobbio (1995), tais quais: o hierárquico, a especialidade e o cronológico. Posto isso, ao tratar de pensão por morte cujo ponto controvertido é a existência de união estável, a lei mais específica prevaleceria, qual seja, a lei previdenciária, isto é, reconhece-se a união estável, desde que respeitados os parâmetros do parágrafo 5º da Lei 8.213. De igual modo, quando o assunto for somente o reconhecimento da união estável, no âmbito civil, usa-se os pressupostos do 1.723, da Lei 10. 406, dispensada as exigências previstas naquela.

²¹ Constituição Federal, Art. 5º.XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

²² Código de Processo Civil, art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Embora não tenha sido difícil encontrar uma solução para essa antinomia, ela não é razoável. Fazer isso, é dar dois parâmetros distintos para se reconhecer a união estável dentro do mesmo ordenamento jurídico. Ou seja, na prática, para os companheiros que sempre tiveram dificuldades em comprovar algo que nasceu da informalidade e está pautado no afeto, agora, ficou mais difícil.

Logo, essa alteração legislativa figura como uma afronta ao princípio do não retrocesso. Em outras palavras, o legislador suprimiu de forma arbitrária direitos arduamente conquistados pelos companheiros, o que, como consequência tornou mais difícil provar a união estável no âmbito previdenciário. Desse modo, além de inoportuno e incongruente com o ordenamento jurídico pátrio, o retrocesso presente no dispositivo previdenciário, é, sobretudo, uma ofensa aos direitos adquiridos pelos companheiros, de ordem constitucional e infraconstitucional.

O posicionamento dos tribunais, por seu turno, tem sido no sentido de ser possível o reconhecimento da união estável por prova exclusivamente testemunhal, dispensando assim, a obrigação de produção de prova material que alude o parágrafo 5º da Lei 8. 213.

Portanto, corroboram com essa tese o Tribunal Regional Federal da 3.^a Região por meio da Apelação Cível MS n.º 0001137-60.2016.4.03.6006²³ e o Tribunal Regional da 4.^a Região no Recurso Inominado n.º 5008501-13.2018.4.04.7004²⁴. Assim, observa-se que o próprio Poder Judiciário, pautado no bom-senso e na razoabilidade vem dispensando a tariffação probatória veiculada notadamente, no parágrafo 5º da Lei 8.213.

Ante o exposto, sob a ótica dos julgados retro, além de inconsistente e desconforme com o ordenamento jurídico, a alteração se revela um retrocesso para os direitos dos companheiros. É que, como demonstrado desde o início deste artigo, a união estável tem na sua essência a informalidade e o afeto. Ela é a saída para aqueles

²³ “PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO CONJUGAL. COMPROVAÇÃO. DEPENDÊNCIA PRESUMIDA. TERMO INICIAL DOCUMENTO NÃO ESSENCIAL PARA A COMPROVAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. **PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL.** CONSECTÁRIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÃO IMPROVIDA. (...) Por outro lado, **a comprovação da união estável pode ser feita por prova exclusivamente testemunhal.**(...)” (JFMS, Nona Turma, Apelação Cível n.º 0001137-60.2016.4.03.6006, Relator: João Batista Gonçalves, Julgado em: 01/10/2020. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>).

²⁴ “A 3ª Turma Recursal do Paraná decidiu, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, nos termos do voto do (a) Relator (a). (...) Além disso, e inobstante as alterações promovidas pela Lei n. 13.846/19, não aplicáveis ao caso, é entendimento consolidado pela jurisprudência que a comprovação de união estável sequer necessita de prova material, bastando a prova testemunhal, unicamente (...)” (JFPR, Terceira Turma, Recurso Inominado n.º 5008501-13.2018.4.04.7004, Relator: José Antônio Savaris, Julgado 16/12/2019. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/795148440/recurso-civel-50085011320184047004-pr-5008501-1320184047004/inteiro-teor-795148490?ref=juris-tabs>).

que decidiram não atravessar as formalidades do casamento, mas viver como se casados fossem. Então, exigir a produção de provas materiais é mais que uma incoerência com as demais normas, é uma nítida incompatibilidade com a natureza e essência da união estável.

5. CONCLUSÃO

Este trabalho tratou da mudança ocasionada pela vigência da Lei n.º 13.846, responsável por exigir a produção de prova material contemporânea ao óbito para comprovação da união estável no pleito de pensão por morte.

Dentro desse contexto, partiu-se do pressuposto que essa exigência seria incompatível com o ordenamento jurídico, o que foi devidamente comprovado no decorrer do estudo.

Restou demonstrado, inicialmente, que essa mudança viola preceitos de ordem constitucional e infraconstitucional, notadamente do Código Civil, com implicações ainda no do Código de Processo Civil. É que o dispositivo em questão é o único no ordenamento brasileiro que exige a comprovação da união estável por meio exclusivamente de provas materiais.

Observa-se ainda que, essa exigência figura como uma tarificação probatória. Por este motivo, deixa o juiz limitado à lei e impedido de apreciar o conjunto probatório, a fim de valorar as provas, e, julgar a partir de seu livre convencimento motivado. No entanto, esse não é o sistema de apreciação probatória adotado como regra no Brasil, pois, não se enxerga o direito como um sistema fechado e abstrato incapaz de alcançar a realidade social. Ao contrário, a norma deve atender a dinamicidade da sociedade, bem assim da união estável, fenômeno social integralmente pautado na informalidade e afeto.

Constatou-se, portanto, que não se pode exigir a comprovação da união estável unicamente por meio de prova material, tal qual ocorre para o casamento. Acontece que, a união estável surge na sociedade como uma alternativa ao casamento. Logo, exigir provas robustas é, além de tudo, totalmente incompatível com a realidade dos companheiros, pois, a prova material denota formalidade que não está presente no ato de constituição da união estável.

Percebe-se que, não produzir provas materiais faz parte da razão de ser da

união estável. Sendo assim, é razoável concluir que alguns companheiros irão optar por não produzir essas provas e viver somente na informalidade. Ao passo que, outros optarão por deixar o relacionamento documentado. De todo modo, independente da escolha, o direito deve amparar ambos os casos, sob pena de deixar à margem os companheiros que decidirem não documentar a relação.

Ante o exposto, vislumbra-se que a mudança legislativa, de fato, está em desarmonia com o ordenamento jurídico, não à toa, o entendimento da jurisprudência tem sido no sentido de ser prescindível a prova material para a comprovação da união estável, no âmbito previdenciário, julgando suficiente, por exemplo, a prova exclusivamente testemunhal.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 12. ed. Salvador: Juspodvim, 2020.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm > Acesso em: 21 out. 2020.

_____. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm > Acesso em: 28 out. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 28 out. 2020.

_____. **Decreto n.º 3.048**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm > Acesso em: 21 out. 2020.

_____. Justiça Federal do Mato Grosso do Sul. **Apelação Cível n.º 0001137-60.2016.4.03.6006**. Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Apelado: Ivanilda Coutinho. Relator: Batista Gonçalves, 01 de outubro de 2020. Disponível em: <
<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1> >. Acesso em: 28 out. 2020.

_____. Justiça Federal do Paraná. **Recurso Inominado n.º 5008501-13.2018.4.04.7004**. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. recorrido:

Maria Aparecida Moreira. Relator: José Antônio Savaris, 16 de dezembro de 2019. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/795148440/recurso-civil-50085011320184047004-pr-5008501-1320184047004/inteiro-teor-795148490?ref=juris-tabs>>. Acesso em 28 out 2020.

_____. **Lei 8.213**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm> Acesso em: 21 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n.º 1804381**. Recorrentes: Mayara Daniele dos Santos de Oliveira e Patrícia Daniele dos Santos. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. relator(a): Herman Benjamin. Brasília, 11 de junho de 2019. disponível em < <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp> > Acesso em 21 out 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE n.º 687432 AgR**. Agravante: Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil. Agravado: Eugênio Cláudio Dias de Assis. Relator(a): LUIZ FUX. Minas Gerais, 02 de setembro de 2012. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/> > Acesso em 18 set 2020.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação cível n.º 10724231520198260053**. Apelante: Walquíria Bitencourt Ramos. Apelado: São Paulo Previdência – SPPREV. Relator: EDUARDO GOUVÊA, 21 de outubro de 2020. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=CF812AE9EBE4A4DF35237FB00EEB1ADF.cjsg3> > Acesso em 21 de set de 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 70083866319**. Apelante: Instituto de previdência do estado do Rio Grande do Sul. apelado: Karine Klein pereira. Relator: Laura Louzada Jaccottet, 06 de maio de 2020. Disponível em: < https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa >. Acesso em 26 out 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 70080419922**. Apelante: Marlos P. dos S. Apelado: Zelinda Valdira R. T. Relator: Sandra Brisolara Medeiros, 24 de setembro de 2019. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/novo/jurisprudencia-e-legislacao/jurisprudencia/>>. Acesso em 16 set 2020.

_____. Turma Nacional de Uniformização. **PEDILEF n.º 00102435320064036311**. Requerente: Lenita Izidoro Lima. Requerido: Turma Recursal dos JEFs da Seção Judiciária do Estado de São Paulo. Relator: Daniel Machado da Rocha, 11 de dezembro de 2015. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/jurisprudencia/tnu/> >. Acesso em 26 de out 2020.

CALDERON, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

COIMBRA, Feijó. **Direito Previdenciário Brasileiro**. 10 ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1999.

DERZI, Heloisa Hernandez. **Os beneficiários da pensão por morte**. São Paulo: Lex, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **A união estável. Maria Berenice Dias: união estável e concubinato**, Porto Alegre, 2010. Disponível em:
[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_791\)3_a_uniao_estavel.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_791)3_a_uniao_estavel.pdf)
 Acesso em: 13 set. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves. A família da Pós-Modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 5, n. 19, p.56-68, jul./set. 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil - Volume Único**. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

FONTANELLA, Patrícia. **União estável: a eficácia temporal das leis regulamentadoras**. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC editora, 2006.

GUERRA, Carlos André de Castro. **O direito fundamental social à pensão por morte: reflexões sobre cônjuge ou companheiro e dependentes**. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2009.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 24. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2019.

LECLERCQ, Jacques. **A família, Tradução Emérico da Gama**, São Paulo: Editorada Universidade de São Paulo, 1968.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAIA, Fábio Vinícius. **A proteção da família no Regime Geral de Previdência Social: uma análise a partir do benefício de pensão por morte**. 2020. 71 f. e 73 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito Previdenciário, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2020.

NEVES, Daniel. **Manual de direito processual civil**. 10 ed., Salvador: Juspodivm, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, v.5, p. 40.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo :Saraiva, 2002.

TARTUCE, Flávio. O Princípio da Afetividade no Direito de Família. **Jus Brasil**, Salvador, 14 de nov. 2012. Disponível em:

<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>. Acesso em: 15 setembro de 2020.

A UNIFICAÇÃO DOS ATOS DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E INSTITUIÇÃO DE CONDOMÍNIO: UMA ANÁLISE DA LEI N. 14.382/2022

Siseli Cardoso Fernandes Pandolphi¹

Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes²

RESUMO

Em junho do corrente ano (2022), foi publicada a Lei nº 14.382/2022, que tem como objeto a modernização e simplificação dos atos relativos aos registros públicos e incorporações imobiliárias. Dentre as alterações trazidas pela referida Lei, temos a unificação dos atos de registro de Incorporação Imobiliária e Instituição do Condomínio, inserida no artigo 32, § 15, da Lei nº 4.591/1964. O problema de pesquisa deste artigo teve como objetivo principal analisar os efeitos que essa mudança ocasionou para o mercado imobiliário, pois a instituição do condomínio que só ocorria na fase final do empreendimento, após a averbação da construção, passa a ser ocorrer na fase inicial, juntamente com o registro de incorporação. Além de possibilitar a instituição do condomínio sobre as frações ideais do terreno correspondentes às futuras unidades, a unificação dos referidos atos consiste em uma significativa redução de custos e celeridade no procedimento registral. A pesquisa realizada para o desenvolvimento deste trabalho consistiu na investigação através do Método Indutivo com análise da legislação mais atual sobre o tema.

Palavras-chave: Registro de imóveis. Incorporação imobiliária. Instituição de condomínio.

THE UNIFICATION OF ACTS OF REAL ESTATE INCORPORATION AND CONDOMINIUM INSTITUTION: AN ANALYSIS OF LAW N. 14.382/2022

ABSTRACT

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: siselipandolphi@gmail.com

² Professora Orientadora Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: rosangelamitchell@gmail.com

In June of this year, law number 14.382/2022 was published, which aims the modernization and simplification of the acts related to public registries and real estate developments. Among the changes brought by this law is the unification of the registration of Real Estate Development and Condominium Establishment, inserted in article 32, paragraph 15, of law number 4.591/1964. The research problem of this article had as its main objective to analyze the effects that this change caused to the real estate market, since the institution of the condominium, which used to occur only at the final stage of development, after the registration of the construction, now occurs at the initial stage, together with the registration of the development. In addition to enabling the institution of the condominium on the ideal fractions of the land corresponding to the future units, the unification of the referred to acts consists of a significant cost reduction and speeding up of the registration procedure. The research conducted for the development of this work consisted of an investigation through the inductive method with an analysis of the most current legislation about the subject.

Keywords: Real estate registration. Real estate development. Condominium's establishment.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, temos observado o crescimento de imóveis residenciais em sistema de condomínio. O surgimento de um condomínio, envolve várias etapas legais que devem ser respeitadas, além de aprovação dos órgãos públicos, como a Prefeitura Municipal, a construtora tem que requerer que sejam anotados na matrícula do imóvel, os atos inerentes ao processo de legalização de um empreendimento, como: o registro do Memorial de Incorporação, Instituição do Condomínio, Averbação da Construção e Convenção do Condomínio.

Todos esses atos visam proteger sobretudo os direitos dos adquirentes e futuros moradores do condomínio e tem leis próprias que os regulamentam.

Embora a Lei nº 4591/1964, que regulamenta o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias, esteja em vigor a quase 6 décadas e ainda contenha diversos regramentos aplicáveis à atualidade, algumas adequações são necessárias para tornar o processo mais célere, menos burocrático e menos oneroso para todos os

envolvidos.

O problema de pesquisa deste trabalho busca estudar os efeitos gerados a partir da unificação dos atos de incorporação e instituição do condomínio na matrícula do imóvel, trazidos pela Lei nº 14.382/2022, já que passa a ser instituído um condomínio sobre o qual existe apenas uma expectativa de entrega futura.

O objetivo geral do trabalho em epígrafe consiste em discorrer sobre os atos de incorporação imobiliária e instituição de condomínio, verificar os conceitos gerais trazidos pelo direito imobiliário. Compreender a intenção do legislador quando regulamentou a unificação desses dois institutos e os aspectos legais que viabilizaram a unificação dos dois institutos jurídicos em questão. E analisar o impacto financeiro no mercado imobiliário, tanto para os adquirentes, como para as incorporadoras e os cartórios de registro de imóvel.

A pesquisa realizada para o desenvolvimento deste trabalho consistiu na interpretação e análise de previsões legais do ordenamento jurídico brasileiro bem como revisão bibliográfica diretamente ligados ao tema.

Ademais, a compreensão do material aqui apresentado estudado foi realizada de maneira qualitativa com o escopo de verificar os aspectos abordados, além de estar presente na execução o método histórico, o qual auxiliou na interpretação dos conceitos e acontecimentos relacionados à historicidade do tema.

No primeiro capítulo, é feito um estudo a respeito do registro de incorporação, que é o primeiro ato praticado na matrícula do imóvel, antes do lançamento do empreendimento, onde o incorporador apresenta um rol de documentos exigidos pela Lei nº 4.591/1964, que visam garantir a viabilidade econômica do empreendimento, bem como, assegurar aos adquirentes, a entrega das futuras unidades, em conformidade com o que estava descrito no memorial de incorporação.

No segundo capítulo, é apresentada a Instituição do Condomínio, que é um ato que permite a individualização das unidades, através da determinação das frações ideais e das áreas privativas e comuns da unidade, bem como, a sua livre disposição e oneração (incluída pela Lei nº 14.382/2022).

No terceiro capítulo, são apresentados os procedimentos registrais da Incorporação imobiliária na matrícula do imóvel, é o ato inicial que dá publicidade e legalidade ao empreendimento, permitindo a oferta dos imóveis no mercado imobiliário. E da instituição do condomínio, que antes da vigência da Lei nº

14.382/2022, era uma das etapas finais do processo de legalização do empreendimento, que só ocorria após a conclusão da obra e sua devida averbação na matrícula do imóvel.

Em suma, após o registro da incorporação, prosseguiam os seguintes atos: Averbação da Construção – que noticia a conclusão da obra; Instituição do Condomínio - que individualiza as unidades; e, 3) Convenção do Condomínio, que estabelece as regras de administração e convivência do empreendimento.

No quarto capítulo, é analisado o procedimento de unificação desses dois atos na matrícula do imóvel, no cartório de registro de imóveis, que ensejou o tema desse projeto de pesquisa, pois reflete diretamente no processo de legalização do empreendimento, tanto em termos de custos, como em termos de prazo, que são de grande relevância social, pois tornam o processo menos burocrático e mais fácil de ser concretizado, na prática, visto que alguns empreendimentos, ainda conseguem ser vendidos sem o devido processo legal.

2 A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA NO BRASIL

Para compreender melhor a importância desse instituto, é preciso entender a evolução histórica do processo de urbanização das cidades e o surgimento de grandes conglomerados habitacionais em forma de edifícios horizontais, que hoje compõem o cenário da maioria das cidades do país e do mundo.

A Revolução Industrial (1760-1840) gerou um processo de urbanização no mundo, ocasionadas pelo desenvolvimento econômico e social, acarretando um aumento na demanda habitacional.

Conforme constatado por Chalhub (2019, p. 1), “atividade de produção de conjuntos de unidades imobiliárias começou a estruturar-se a partir da Revolução Industrial, em razão da concentração da população nos grandes centros urbanos”.

Esse processo trouxe um novo formato habitacional, composto de prédios com unidades superpostas em um único terreno, os condomínios habitacionais horizontais. Consequentemente, ao mesmo tempo, em que surgiam as novas habitações, as cidades passavam a ter escassez de áreas disponíveis para novas edificações.

Segundo relato histórico trazido por Rizzardo (2020), desde a primeira Guerra Mundial, começou no Brasil um processo de expansão na construção de imóveis

compostos por moradias múltiplas. Em 1930, houve um aumento significativo na construção de edifícios de vários andares, composto por moradias a serem vendidas de forma isolada e áreas destinadas ao uso comum dos proprietários.

Com o passar dos anos, com o crescimento no número de habitações em condomínios por andares de apartamentos, começaram a surgir os problemas de regramento dessa nova modalidade habitacional.

Era preciso estabelecer os usos das partes de propriedade privativa e comum, estabelecer direitos e deveres, e regras gerais a respeito do uso, gozo e disposição da propriedade desse tipo de imóvel.

Em 1916, entrou em vigor o Código Civil, onde o legislador, trouxe um capítulo exclusivo com disposições e regramentos sobre o condomínio, instituindo assim a propriedade coletiva.

Conforme ensinamento de Santos (2012), o Código Civil de 1916, regulado pelos arts. 623 a 641, foi o passo inicial que o Brasil deu dentro do quadro da propriedade de imóvel, implantado dentro do direito positivo, sendo uma nova forma de domínio coletivo distinto do domínio ordinário.

Entretanto, apesar de ser uma novidade do código civil, o condomínio ali mencionado, era o condomínio comum, nada versava sobre o condomínio edilício (condomínio de apartamentos), constituído de partes comuns e privativas.

Encontramos ainda no ordenamento jurídico brasileiro, o Decreto nº 5.481, (BRASIL, 1928) que teve alterações posteriores trazidas pelo Decreto – Lei nº 5.234 (BRASIL, 1943) e da Lei nº 285 (BRASIL, 1948), que tratavam sobre a alienação parcial de edifício de mais de cinco andares.

No entanto, embora tentassem acompanhar as ascensões habitacionais da época, as leis continuavam a tratar apenas de prédios com unidades já prontas para serem comercializadas, nada se falava de venda de futuras unidades a serem comercializadas antes mesmo de serem construídas.

O Código Civil e demais dispositivos legais ali vigentes, tratavam de questões relacionadas à administração, e aos direitos e deveres dos condôminos, mas nada fala da parte de pré-constituição do condomínio. Os negócios imobiliários que tinham como objeto a venda de imóveis na planta, já funcionavam na prática, mas não havia qualquer disposição legal sobre a relação obrigacional entre o vendedor, o comprador, e demais partes envolvidas na comercialização e promessa de entrega futura do imóvel.

Conforme afirmado por Santos (2012, p. 204), “esses diplomas legais pretéritos não disciplinavam a fase pré-condominial relativa à organização preliminar do empreendimento imobiliário”.

A oferta desses imóveis era feita por uma pessoa, chamada incorporador, que era o idealizador da obra. Inicialmente ele buscava um terreno, que poderia ser de sua propriedade, ou não (pois tinha a opção de também negociar com o proprietário do terreno a entrega de futuras unidades como promessa de pagamento), contratava profissionais para a elaboração do projeto e execução da obra, fazia um estudo de viabilidade econômica do empreendimento e lançava o empreendimento.

A venda dos imóveis, que poderia ser feita por uma imobiliária, consistia na aquisição de uma fração ideal do terreno, correspondente à futura unidade, onde já se firmava um contrato de compra e venda, e o adquirente, pagava o imóvel, durante a fase de construção, até o recebimento do imóvel.

Esses pagamentos recebidos pela incorporadora eram utilizados para a execução da obra e todos os custos relacionados à comercialização das unidades, como publicidade, compra de materiais, pagamento de funcionários e fornecedores, dentre outros desembolsos financeiros, que ocorriam até a entrega das unidades.

Dada a inexistência de disciplina legal, no período imediatamente anterior à promulgação da Lei nº 4.591/1964, as pessoas que se dedicavam à atividade da construção e venda dessas edificações atuavam livres de quaisquer limitações legais e realizavam seus negócios sem riscos, nadando livremente neste mar sem controle (PEREIRA, 1976, p. 251 *apud* CHALHUB, 2019).

Como se pode verificar, além do incorporador, o negócio jurídico envolvia diversas pessoas corresponsáveis pela venda e entrega do imóvel. E no nosso ordenamento jurídico, não havia uma norma específica para regulamentar essa atividade imobiliária, existiam muitas lacunas na normatização a serem preenchidas.

Foi então, que em 1964, entrou em vigor a Lei de Condomínios e Incorporações imobiliárias (Lei nº 4.591/1964), elaborada a partir do anteprojeto do professor Caio Mário Pereira da Silva, jurista brasileiro, que já havia verificado, quando da elaboração de sua monografia, a necessidade de regulamentação específica para a venda de unidades futuras a serem construídas em um terreno, ainda sem edificação.

De acordo com Pereira (1961, p. 8 *apud* SANTOS, 2012, p. 204), em sua monografia da época, ao encarar a figura do incorporador, o jurista e professor Caio

Mario constatou que qualquer pessoa poderia promover uma incorporação, lançar um edifício, arrecadar milhões, sem ter qualquer controle, qualquer exigência ou qualquer responsabilidade.

Nas palavras de Pereira (2021, p. 261), “estimulado pela fome aquisitiva de unidades residenciais e comerciais, o incorporador nadou livremente neste mar sem controle”.

Com a vigência da Lei nº 4.591/1964 que tratava sobre “o condomínio em edificações e a incorporação imobiliária” (BRASIL, 1964), a incorporação passou então a ser regulamentada no Brasil.

Esse dispositivo legal permitia, ao incorporador, pessoa física ou jurídica, a venda de frações ideais de terreno vinculadas a futuras unidades a serem construídas, em regime condominial, impondo ao mesmo tempo ao incorporador, levar a termo a incorporação, coordenando e se responsabilizando, pela entrega, prazo, preço e demais condições até a entrega das unidades prontas e acabadas.

Conforme ensinamento de Chalhub (2019), a incorporação imobiliária, mobiliza fatores de produção para construção e venda de unidades imobiliárias em edificações coletivas, arregimentando pessoas e articulando uma série de medidas para a construção e conclusão, com a individualização e discriminação das unidades imobiliárias no Registro de Imóveis.

A Lei nº 4.591/1964, no art. 28³, parágrafo único, conceitua a incorporação imobiliária como a atividades exercida com a finalidade de construção e alienação de unidades autônomas de edificações ou conjunto de edificações.

De acordo com Rizzardo (2020), a incorporação leva a efeito o comprometimento do incorporador, com a venda de frações ideais do terreno, aos quais estão vinculadas as futuras unidades a serem construídas, sob o regime condominial, responsabilizando-se pela entrega da obra, pelo preço já previamente determinado e no prazo e condições também já estabelecidas.

Com o passar dos anos, foram surgindo outras normas regulamentadoras, voltadas a assegurar direitos e deveres das construtoras/incorporadoras e dos adquirentes.

³ “Art. 28. As incorporações imobiliárias, em todo o território nacional, reger-se-ão pela presente Lei. Parágrafo único. Para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida como intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas (VETADO) (BRASIL, 1964).

A Lei nº 4.864/1965 também chamada de Lei da Construção Civil foi criada com o intuito de estabelecer normas da construção civil, estabelecer normas para a produção e execução das obras (BRASIL, 1965).

Em 2002, foi promulgada a Lei nº 10.931, que dispõe sobre o Patrimônio de Afetação de Incorporações Imobiliária. O Patrimônio de Afetação, tem um caráter protetivo ao adquirente, pois quando constituído, o imóvel objeto da incorporação fica apartado dos demais bens, direitos e obrigações da incorporadora, e só responde por dívidas vinculadas à incorporação do empreendimento.

De acordo com Pires (2011), a promulgação da Lei que Instituiu o Patrimônio de Afetação, teve grande influência após a falência da construtora Encol, em 1999, que gerou uma grande insegurança no mercado imobiliário nacional e deixou mais de quarenta e duas mil famílias desamparadas, sem a perspectiva de reaverem seus investimentos.

Todos os dispositivos legais, visam assegurar a entrega das futuras unidades, a quem de direito optou por essa modalidade de aquisição de imóvel, assegurando que o empreendimento não sofra prejuízos decorrentes de má gestão da incorporadora e as unidades possam ser entregues livres de quaisquer ônus ou gravames.

O processo de incorporação, começa com a autorização dos órgãos competentes, mediante expedição de Alvará e outros documentos legais autorizativos do lançamento do empreendimento. Em seguida, começa o procedimento registral, que consiste na elaboração de um memorial de incorporação, onde a incorporadora requer ao oficial de registro de imóveis competente, o registro e arquivamento de toda a documentação que compõe a incorporação imobiliária.

A documentação a ser apresentada, faz parte de um rol taxativo, disciplinado no artigo 32⁴, da Lei nº 4.591/1964, dentre os quais o incorporador apresentará o título de

⁴ “Art. 32. O incorporador somente poderá alienar ou onerar as frações ideais de terrenos e acessões que corresponderão às futuras unidades autônomas após o registro, no registro de imóveis competente, do memorial de incorporação composto pelos seguintes documentos” (Redação dada pela Lei nº 14.382, de 2022) (BRASIL, 1964).

a) título de propriedade de terreno, ou de promessa, irrevogável e irretratável, de compra e venda ou de cessão de direitos ou de permuta do qual conste cláusula de imissão na posse do imóvel, não haja estipulações impeditivas de sua alienação em frações ideais e inclua consentimento para demolição e construção, devidamente registrado;

b) certidões negativas de impostos federais, estaduais e municipais, de protesto de títulos de ações cíveis e criminais e de ônus reais relativante ao imóvel, aos alienantes do terreno e ao incorporador;

c) histórico dos títulos de propriedade do imóvel, abrangendo os últimos 20 anos, acompanhado de certidão dos respectivos registros;

d) projeto de construção devidamente aprovado pelas autoridades competentes;

e) cálculo das áreas das edificações, discriminando, além da global, a das partes comuns, e indicando, para cada tipo de unidade a respectiva metragem de área construída;

propriedade do terreno, certidões negativas, projeto de construção, composto por plantas e memorial descritivo, minuta da convenção condominial e demais documentos, que visam assegurar o adquirente da entrega futura das unidades, conforme compromisso firmado com a incorporadora, dentro do prazo ali estipulado.

A constituição do Patrimônio de Afetação, ocorre no momento do registro da Incorporação, e é uma opção dada pelo legislador ao incorporador, que pode estabelecer ou não o patrimônio de afetação, a seu critério.

O terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes (Art. 31-A⁵, da Lei nº 4.591/1964) (BRASIL, 1964).

A incorporação, no texto legal, traz ainda demais obrigações e direitos do incorporador, dada a amplitude do negócio jurídico, que envolve diversas pessoas para a sua execução e concretização.

Para dar legalidade e obrigatoriedade na concretização da entrega do empreendimento, o incorporador além do registro da incorporação, deve proceder a atos de instituição do condomínio e averbação da construção no cartório de registro de imóveis.

Conforme aponta Rizzardo (2020, p. 492), “uma vez pronta a construção, providenciará o incorporador a obtenção do “habite-se” perante o órgão municipal encarregado”.

f) certidão negativa de débito para com a Previdência Social, quando o titular de direitos sobre o terreno for responsável pela arrecadação das respectivas contribuições;

g) memorial descritivo das especificações da obra projetada, segundo modelo a que se refere o inciso IV, do art. 53, desta Lei;

h) avaliação do custo global da obra, atualizada à data do arquivamento, calculada de acordo com a norma do inciso III, do art. 53 com base nos custos unitários referidos no art. 54, discriminando-se, também, o custo de construção de cada unidade, devidamente autenticada pelo profissional responsável pela obra;

j) minuta de convenção de condomínio que disciplinará o uso das futuras unidades e partes comuns do conjunto imobiliário; (Redação dada pela Lei nº 14.382, de 2022)

l) declaração em que se defina a parcela do preço de que trata o inciso II, do art. 39;

m) certidão do instrumento público de mandato, referido no § 1º do artigo 31;

n) declaração expressa em que se fixe, se houver, o prazo de carência (art. 34);

o) (revogada); (Redação dada pela Lei nº 14.382, de 2022)

p) declaração, acompanhada de plantas elucidativas, sobre o número de veículos que a garagem comporta e os locais destinados à guarda dos mesmos. (Alínea incluída pela Lei nº 4.864, de 29.11.1965) (BRASIL, 1964).

⁵ “Art. 31-A. A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes” (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004) (BRASIL, 1964).

O Habite-se é documento necessário para a averbação da construção no cartório de registro de imóvel.

Recentemente, a Lei de Incorporações, sofreu alterações importantes em seu texto legal, trazidas pela Lei nº 14.382/2022, como por exemplo, a forma de extinção do patrimônio de afetação, a alteração de documentos que compõe o memorial de incorporação que deve ser registrado no cartório, a diminuição do prazo para o registro da incorporação no cartório, bem como, a unificação dos atos de registro e incorporação, sendo, este último, objeto de estudo do presente trabalho. (BRASIL, 2022)

3 A INSTITUIÇÃO DO CONDOMÍNIO

Conforme podemos verificar no estudo histórico da incorporação imobiliária no Brasil, a necessidade de normatização do instituto se deu em decorrência do crescimento de inúmeros condomínios constituídos de propriedades privativas, estabelecidas dentro de um prédio edificado, com espaços destinados ao uso comum pelos proprietários.

Em decorrência do processo de urbanização das grandes cidades, conforme ensinamento de Viana, (2009, p.1), “havia uma realidade que era a proliferação de edifícios sob o regime condominial, seja nas capitais seja no interior, sem um regime legal próprio”.

Como não havia regulamentação específica, antes da Lei nº 4.591/1964, os condomínios surgiam de diversas formas, por iniciativa próprio proprietário do terreno, por um grupo de pessoas ou por terceiros interessados, que desejavam lançar empreendimentos, com o objetivo de obter o proveito econômico desse nicho de mercado que só crescia.

A venda de imóveis em sistema de condomínio, antes só era permitida dentro dos parâmetros legais, após a conclusão do empreendimento, era necessário que o proprietário do terreno tivesse capacidade financeira para executar todo o empreendimento, legalizar a construção, para daí em diante poder vender as unidades.

Conforme leciona Tartuce (2022, v. 4), o condomínio passa a existir quando mais de uma pessoa tem a propriedade, sobre determinado bem, seja móvel ou imóvel, portanto, o condomínio só passava a existir, após a venda das unidades.

Outra forma de constituição do condomínio, era através de um grupo de

peessoas, que se organizavam, com a finalidade de construir e constituir um condomínio. Elas adquiriam o terreno, estabelecendo sistema de condomínio comum e por administração própria, e se responsabilizavam por toda a execução, legalizaçãoda obra e individualização das unidades no registro imobiliário.

Segundo Rizzardo (2020, p. 293), “trata-se de modalidade de constituição de condomínio sui generis, ou seja, o próprio dono do edifício, ou um grupo de pessoas, é quem constituiu o condomínio, dando sua destinação ao alienar as unidades”.

Nessa modalidade, ainda utilizada nos dias atuais, para que haja a instituição do condomínio, os coproprietários devem formalizar uma Escritura Pública de Instituição Condominial e Divisão Amigável, lavrada em cartório. Através da qual os coproprietários (condôminos), definem as quotas de propriedade privativa e comum correspondentes a suas respectivas unidades, bem estabelecem os limites da propriedade comum e coletiva dentro do empreendimento. Todos os custos de execução e legalização são despendidos pelos condôminos, na forma por eles convencionada.

Conforme afirmado por Rizzardo (2020), nessa modalidade, não se pode falar em atividade empresarial, muito menos em oferta de futuras unidades autônomas.

Diferente do que ocorre no sistema de incorporação imobiliária onde a empresa incorporadora, que também pode ser a construtora, é responsável por todas as etapas para entrega do condomínio: aquisição do terreno, registro da incorporação, execução da obra, instituição do condomínio, averbação da construção, elaboração da minuta da convenção condominial e, ao final, a entrega das unidades já prontas e acabadas aos seus adquirentes.

Conforme Santos (2012, p. 87), “várias são as modalidades capazes de dar o suporte jurídico suficiente para a constituição do condomínio especial, e tantas outras podem ser somadas, dentro da liberdade e da criatividade de contratação”.

Segundo Tartuce (2022, v. 4), para a constituição e estruturação condominial são essenciais dois atos, fulcrais para os regimes de propriedades: a instituição e a constituição do condomínio edilício. O primeiro, formaliza a criação do condomínio, o segundo, estabelece as regras de funcionamento do condomínio, através da Convenção Condominial, constituindo um “estatuto coletivo que regula os interesses das partes, havendo um típico negócio jurídico decorrente do exercício da autonomia privada”.

Para entender melhor esse instituto, é preciso conhecer algumas espécies de condomínio, utilizada por alguns doutrinadores.

De acordo com Diniz (2022, v. 4), condomínio é passível de várias classificações. Quanto à sua origem pode ser: a) convencional; b) incidente ou eventual; e c) forçado ou legal. Quanto ao objeto ou conteúdo: condomínio universal ou particular. Quanto à forma ou divisão: *pro diviso* ou *pro indiviso*.

Será convencional ou voluntário, se resultar do acordo de vontade dos consortes, nascendo de um negócio jurídico pelo qual duas ou mais pessoas adquiriram ou colocam um bem em comum para dele usar e gozar.

O condomínio *convencional* surge do acordo de vontade dos condôminos. O *eventual*, origina-se de motivos estranhos à vontade dos condôminos, o *necessário* decorrente de determinação de lei.

O condomínio *universal*, abrange a totalidade do bem, inclusive os seus acessórios, caso de frutos e benfeitorias. E o *particular*, abrange determinadas coisas ou efeitos, geralmente é delimitado no ato de instituição ou por acordo entre as partes.

O condomínio é *pro diviso*, é possível determinar uma fração ideal para cada proprietário, no *pro indiviso*, não é possível determinar, de modo corpóreo, qual o direito de cada um dos condôminos que têm uma fração ideal.

Existem ainda, os condomínios especiais, denominados: a) Condomínio Comum ou Necessário, que é o condomínio por meação de paredes, cercas, muros e valas; e, b) o Condomínio em edifício de apartamentos ou condomínio edilício.

No Código Civil de 2002, traz em suas disposições, sobre o condomínio geral, o condomínio voluntário (regido pelos artigos 1.314 a 1.326), e o condomínio necessário (regido pelos artigos 1.327 a 1.330). Em seguida, vem as disposições acerca do Condomínio Edifício, que é um condomínio especial (regido pelos artigos 1.331 a 1.358).

Conforme definição dada por Rizzardo (2020), o condomínio edilício caracteriza-se pela justaposição de propriedades distintas, perfeitamente individualizadas, ao lado do condomínio de partes do edifício, forçadamente comuns.

A instituição do condomínio decorrente do sistema de incorporação imobiliário tem como objeto o condomínio em edifício de apartamentos ou condomínio edilício.

Nessa espécie de condomínio, diferente do condomínio comum, conforme explicação dada por Viana (2009), a finalidade do condomínio edilício não é criar uma situação de comunhão, é permitir propriedades separadas, embora em prédios coletivos.

Para que o condomínio seja constituído, existem várias etapas legais a serem respeitadas. O registro de incorporação é a primeira etapa de legalização do empreendimento, que após a obtenção de alvará expedido pela prefeitura, procede-se ao registro do cartório de situação do imóvel, juntamente com os demais documentos legalmente exigidos.

Verifica-se, que tanto a Lei nº 4.591/1964, e o Código Civil de 2002, manteve a divisão das edificações “em partes de propriedade exclusiva e partes que são de propriedade comum dos condôminos” (PEREIRA, 2021, p. 65).

Nas disposições gerais do condomínio edilício, o artigo 1.331⁶ do Código Civil, prevê que os mesmos sejam constituídos de partes de propriedade exclusiva e partes de propriedade comum dos condôminos (BRASIL, 2002).

A instituição do condomínio vem disciplinada no art. 1.332⁷, do Código Civil. Independente da forma como se deu a execução do empreendimento, a simples existência do condomínio construído, não basta para a sua existência no mundo jurídico.

Conforme ensinamento de Santos (2012, p. 86), “o condomínio edilício não surge automaticamente por existirem circunstâncias de fato, as quais, todavia, são pressupostos”.

Para que o condomínio exista de fato, é necessário cumprir todas as exigências legais e formalidades, relativas à publicidade registral, dando eficácia e segurança jurídica à instituição do condomínio. É de responsabilidade do incorporador, proceder a todos os atos necessários no cartório de registro de imóveis, para que o condomínio possa produzir esses efeitos jurídicos.

O condomínio, passa a vislumbrar a sua existência no mundo jurídico, a partir do momento em que o incorporador lança o empreendimento.

Para dar eficácia à incorporação imobiliária, conforme leciona Schwartz (2017), o incorporador deve proceder, mediante as autorizações dos órgãos competentes, proceder ao registro do memorial de incorporação no cartório de situação do imóvel, obedecendo as normas descritas na Lei nº 4.591/1964.

⁶ “Art. 1.331. Pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos” (BRASIL, 2002).

⁷ “Art. 1.332. Institui-se o condomínio edilício por ato entre vivos ou testamento, registrado no Cartório de Registro de Imóveis, devendo constar daquele ato, além do disposto em lei especial:

I - a discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva, estremadas uma das outras e das partes comuns; II - a determinação da fração ideal atribuída a cada unidade, relativamente ao terreno e partes comuns; III - o fim a que as unidades se destinam” (BRASIL, 2002).

Conforme previsão legal do art. 32 da lei nº 4.591/1964, o memorial de incorporação, deve acompanhar, dentre outros documentos ali listados, o instrumento de divisão do terreno em frações ideais autônomas que contenham a sua discriminação e a descrição, a caracterização e a destinação das futuras unidades e partes comuns que a elas acederão. A minuta de convenção, também faz parte da documentação a ser arquivada no momento do registro de incorporação, pois será o documento que disciplinará o uso das futuras unidades e partes comuns do conjunto imobiliário.

No registro da incorporação, conforme disciplina Rizzardo (2020, p. 564), “definem-se os elementos identificadores da unidade com a correspondente fração ideal do terreno e a área total da futura unidade, a numeração, localização, limites e demais elementos que permitam a perfeita identificação da futura unidade”.

Nas palavras de Pereira (2021, p. 60), “exige, ainda, a lei que a cada unidade corresponda uma quota ou fração ideal do terreno e das partes e coisas comuns, expressa matematicamente sob forma decimal ou ordinária”.

A determinação da fração ideal, é de suma importância, para a constituição do condomínio, pois ela servirá para estabelecimento de futuras taxas de despesas e manutenção do condomínio.

Conforme trazia Schwartz (2017), a construtora após a conclusão da obra, deveria registrar no Cartório de Imóveis o Instrumento de Instituição, Discriminação, Especificação e Convenção de Condomínio.

De acordo com Viana (2009), só com a instituição do condomínio é que se procede à atribuição das unidades autônomas aos seus titulares, dividindo-se o edifício, determinando a copropriedades sobre as partes comuns, que é a essência do instituto, mediante a determinação das frações ideais.

Anteriormente à Lei nº 14.432/2022, após a conclusão da obra, o incorporador deveria proceder ao registro da Instituição do Condomínio no cartório, concomitante à averbação da construção do empreendimento (que ocorre mediante apresentação do “habite-se” expedido pela Prefeitura Municipal).

A Incorporação era o ato praticado antes da venda das unidades, ou seja, antes mesmo do início das obras do empreendimento e a Instituição do Condomínio, ocorria após conclusão da obra, concomitantemente à averbação da construção.

Com o advento da Lei nº 14.382/2022, a Incorporação e Instituição do condomínio, passam a constituir ato único, na matrícula do imóvel.

4 OS PROCEDIMENTOS REGISTRAIS NO CARTÓRIO

A normatização dos imóveis em condomínio sempre foi uma necessidade da sociedade, no decorrer do processo de urbanização, que obrigou o ordenamento jurídico brasileiro a criar leis e códigos que atendessem as demandas dos direitos de propriedade, desses imóveis em coletividade.

Segundo Santos (2012, p. 210), “ao examinar um pedido de arquivamento do memorial e documentos afins e de registro de incorporação imobiliária, o oficial de Registro de Imóveis exerce atividade preventiva do direito”.

Conforme já visto anteriormente, o art. 32, da lei 4.591/1964, dispõe sobre a documentação necessária para a composição do memorial de incorporação, que deverá ser registrado no cartório de registro de imóveis competente.

Para entender melhor como funciona o procedimento registral, é preciso adentrar nas atribuições dadas aos oficiais de registro, sua função e responsabilidades, bem como, nos procedimentos registrais dos atos em si, sua finalidade e efeitos gerados após o registro.

A atividade notarial e registral é uma função delegada pelo Estado e encontra-se pautada na Constituição Federal, em seu artigo 236⁸, conforme afirmado por Duarte e Valgoi (2018, p. 16), “na Constituição Federal, a definição dessa atividade está localizada no art. 236, que versa que os serviços notariais e de registro serão exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”.

Entretanto, a regulamentação da atividade só veio com o advento da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, também conhecida como a Lei dos Notários e Registradores, dispondo sobre a sua natureza da atividade, atribuições e competências desses profissionais do direito, além de outras normas inerentes às atividades das serventias extrajudiciais (BRASIL, 1994).

Quanto aos procedimentos registrais das serventias extrajudiciais no Brasil, já

⁸ Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público (Regulamento).

§ 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro (Regulamento).

§ 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou deremoção, por mais de seis meses (BRASIL, 1988).

existia a Lei nº 6.015/1973, conhecida como a Lei dos Registros Públicos, contudo, versava apenas sobre os tipos de registros públicos e sua regulamentação, mas não dispunha sobre a atividade, quanto aos seus delegatários.

As atividades notarial e registral são também regulamentadas pelas normas das Corregedorias Estaduais, que dispunham de regras que normatizam os procedimentos internos nas serventias, que são objeto de correição periódica, além de estarem também subordinados aos provimentos reguladores do Conselho Nacional de Justiça, que também atua como órgão fiscalizador, conforme artigo 103-b, §4º, III⁹ da Constituição Federal.

Vale salientar, que os serviços notariais e registrais, normatizados pelos seus dispositivos legais (Lei dos Notários e Registradores e Lei de Registros Públicos), são regidos pelos princípios da publicidade, autenticidade, segurança e eficácia (Art. 1º¹⁰, da Lei 6.015/1973 e Art. 1º¹¹, da Lei 8.935/1994).

Segundo Salles (2012, p. 4), “os dispositivos transcritos prescrevem, em salutar reafirmação, que o ato de registro confere aos atos jurídicos (aqueles que são passíveis de registro) segurança, autenticidade e eficácia, além da publicidade”.

Ainda de acordo com Duarte e Valgoi (2018, p. 7), “o notário, o tabelião e o oficial de registro são profissionais do direito dotados de fé pública, garantindo a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos”.

O princípio da **publicidade**, garante que todos os atos sejam de conhecimento público, a fim de os atos praticados produzam efeito *erga omnes* (princípio da **eficácia**). O princípio da **autenticidade**, garante que os documentos produzidos e verificados pela atividade notarial e registral, são verdadeiros, dotados de fé pública. O princípio da **segurança**, garante que os atos praticados estão em

⁹ Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 61, de 2009). [...]

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). [...]

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019) (BRASIL, 1988).

¹⁰ Art. 1º Os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei (Redação dada pela Lei nº 6.216, de 1975) (BRASIL, 1973).

¹¹ Art. 1º Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos (BRASIL, 1994).

conformidade com a norma legal, assegurando a estabilidade dos negócios firmados.

A Lei de Registros, ainda é pautada em princípios constitucionais como a moralidade, legalidade Públicos, eficiência, impessoalidade e publicidade (art. 37¹², CF).

O princípio da **moralidade** está pautado no exercício da atividade notarial e registral, dentro dos princípios éticos. O princípio da **legalidade**, em dar legitimidade à vontade das partes através do registro do negócio jurídico por elas firmado. O princípio da **eficiência**, dispõe que os atos produzam efeitos satisfatórios à vontade das partes. O princípio da **impessoalidade**, prevê que notário deve atuar de forma imparcial, respeitando a vontade das partes e orientando dentro do processo legal.

Doutrinadores do Direito Imobiliário, apontam ainda a existência de sete princípios presentes na Lei de Registros Públicos: 1º) princípio da unitariedade; 2º) princípio da legalidade; 3º) princípio de instância; 4º) princípio da legitimação registral; 5º) princípio da prioridade; 6º) princípio da continuidade; e 7º) princípio da especialidade (SALLES, 2012, p. 6).

O princípio da **unitariedade**, assegura que para cada unidade imobiliária, haja apenas uma matrícula. O princípio da **legalidade** condiciona o ingresso no fôlio real de títulos expressamente previstos em lei. O princípio da **instância**, estabelece que, o ato registral deve ser mantido intacto, não podendo ser modificado, sem que haja pedido formalizado pelo detentor legal do direito. O princípio da **legitimação** registral, consagra a validade do ato, mesmo que haja anomalia ou vício no título apresentado, perdurando seus efeitos. O princípio na **prioridade**, que garante o direito do registro dos títulos, obedecendo a ordem cronológica de prenotação. O princípio da **continuidade**, que prevê que os atos sigam uma sequência lógica, observando o titular do direito real, nos atos de alienação ou oneração. E o princípio da **especialidade**, que dispõe sobre a especialidade objetiva e especialidade subjetiva, na qualificação registral a primeira, refere-se a correta identificação e descrição do imóvel, e a segunda, a correta identificação do proprietário tabular.

Como diz, Duarte e Valgoi (2018, p. 26), “os princípios servem de sustentação ao Direito nos seus mais diversos ramos e são entendidos como preceitos fundamentais à sua prática, além de protegerem direitos”.

¹² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...] (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, 1988).

Como podemos verificar, os atos de registro praticados no cartório de registro de imóveis, estão assegurados por dispositivos legais que visam assegurar a eficácia e segurança jurídica dos negócios firmados entre as partes envolvidas.

Voltado ao contexto histórico da Incorporação Imobiliária e Instituição do Condomínio, a normatização e padronização desses atos, sempre foi uma necessidade social, pois não havia regulamentação dos procedimentos a serem adotados desde a venda das unidades na “planta”, até a sua entrega, devidamente averbada no cartório de registro de imóveis, com a expedição do “habite-se”, pela Prefeitura Municipal.

De acordo com Alvim Neto, Clápis e Cambler (2019, p. 478), “o papel representado pelo Registro Imobiliário é essencial nas sociedades mais evoluídas e se constitui em condição para a organização da propriedade imobiliária no país”.

A Lei nº 6015/1973, de registro públicos, prevê dentre as suas atribuições o registro das incorporações, instituições e convenções de condomínio (art. 167, I, 17¹³), que deverão ser praticados na serventia de situação do imóvel (art. 169¹⁴). (BRASIL, 1973)

De acordo com Duarte e Valgoi (2018, p. 7), no que tange ao registro

¹³ Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos (Renumerado do art. 168 com novaredação pela Lei nº 6.216, de 1975).

I - o registro: (Redação dada pela Lei nº 6.216, de 1975).[...]

17) das incorporações, instituições e convenções de condomínio (BRASIL, 1973).

¹⁴ Art. 169. Todos os atos enumerados no art. 167 desta Lei são obrigatórios e serão efetuados na serventia da situação do imóvel, observado o seguinte: (Redação dada pela Lei nº 14.382, de 2022) I - as averbações serão efetuadas na matrícula ou à margem do registro a que se referirem, ainda que o imóvel tenha passado a pertencer a outra circunscrição, observado o disposto no inciso I do §1º e no § 18 do art. 176 desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 14.382, de 2022)

II - para o imóvel situado em duas ou mais circunscrições, serão abertas matrículas em ambas as serventias dos registros públicos; e (Redação dada pela Lei nº 14.382, de 2022)

III - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.382, de 2022)

IV - aberta matrícula na serventia da situação do imóvel, o oficial comunicará o fato à serventia de origem, para o encerramento, de ofício, da matrícula anterior. (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)

§ 1º O registro do loteamento e do desmembramento que abranger imóvel localizado em mais de uma circunscrição imobiliária observará o disposto no inciso II do caput deste artigo, e as matrículas das unidades imobiliárias deverão ser abertas na serventia do registro de imóveis da circunscrição em que estiver situada a unidade imobiliária, procedendo-se às averbações remissivas (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022).

§ 2º As informações relativas às alterações de denominação de logradouro e de numeração predial serão enviadas pelo Município à serventia do registro de imóveis da circunscrição onde estiver situado o imóvel, por meio do Serp, e as informações de alteração de numeração predial poderão ser arquivadas para uso oportuno e a pedido do interessado. (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)

§ 3º Na hipótese prevista no inciso II do caput deste artigo, as matrículas serão abertas: (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)

I - com remissões recíprocas; (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)

II - com a prática dos atos de registro e de averbação apenas no registro de imóveis da circunscrição em que estiver situada a maior área, averbando-se, sem conteúdo financeiro, a circunstância na outra serventia; e (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)

III - se a área for idêntica em ambas as circunscrições, adotar-se-á o mesmo procedimento e proceder-se-á aos registros e às averbações na serventia de escolha do interessado, averbada a circunstância na outra serventia, sem conteúdo financeiro (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022) (BRASIL, 1973).

imobiliário, “a sua competência territorial se estende à comarca em que está instaladoe, existindo mais de um cartório nela, é determinada por meio da divisão geográfica do referido município”.

Como já explicitado anteriormente, a documentação necessária para o registro de incorporação, deve obedecer ao rol taxativo do art. 32, da Lei. 4591/1964. Contudo, a lei de registro públicos, estabelece o procedimento a ser adotado dentro no registro de imóveis, desde a sua protocolização, até a concretização do registro, afim de produzir seus efeitos perante as partes e terceiros.

O procedimento de registro da incorporação, começa com a protocolização da documentação no cartório de registro de imóveis, que terá o prazo de 10 dias úteis para proceder a análise e o registro ou a emissão da nota devolutiva, indicando as pendências a serem sanadas, para o efetivo registro (art. 182¹⁵ e 188¹⁶ da Lei nº 6.015/1973, e art. 32, §6º¹⁷, da Lei nº 4.591/1964).

Após o registro da incorporação, a incorporadora tem um prazo de 180 (cento e oitenta) dias, para a sua concretização, que deverá ser formalizada através da oneração ou alienação de alguma unidade, ou da contratação de financiamento para construção da obra.

Decorrido o referido prazo, a incorporadora tem que requerer a revalidação a incorporação, apresentando as certidões atualizadas e demais documentos com prazo de validade, só podendo restabelecer a negociação de unidades, após a revalidação (art.

¹⁵ Art. 182 - Todos os títulos tomarão, no Protocolo, o número de ordem que lhes competir em razão da seqüência rigorosa de sua apresentação (Renumerado do art. 185 com nova redação pela Lei nº 6.216, de 1975) (BRASIL, 1973).

¹⁶ Art. 188. Protocolizado o título, proceder-se-á ao registro ou à emissão de nota devolutiva, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data do protocolo, salvo nos casos previstos no § 1º deste artigo e nos arts. 189, 190, 191 e 192 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.382, de 2022)

§ 1º Se não houver exigências ou falta de pagamento de custas e emolumentos, deverão ser registrados, no prazo de 5 (cinco) dias: (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)

I - as escrituras de compra e venda sem cláusulas especiais, os requerimentos de averbação de construção e de cancelamento de garantias; (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)

II - os documentos eletrônicos apresentados por meio do Serp; e (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)

III - os títulos que reingressarem na vigência da prenotação com o cumprimento integral das exigências formuladas anteriormente. (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)

§ 2º A inobservância do disposto neste artigo ensejará a aplicação das penas previstas no art. 32 da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, nos termos estabelecidos pela Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça. (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022) (BRASIL, 1973).

¹⁷ Art. 32. O incorporador somente poderá alienar ou onerar as frações ideais de terrenos e acessões que corresponderão às futuras unidades autônomas após o registro, no registro de imóveis competente, do memorial de incorporação composto pelos seguintes documentos: (Redação dada pela Lei nº 14.382, de 2022).

[...]

§ 6º Os oficiais do registro de imóveis terão 10 (dez) dias úteis para apresentar, por escrito, todas as exigências que julgarem necessárias ao registro e, satisfeitas as referidas exigências, terão o prazo de 10 (dez) dias úteis para fornecer certidão e devolver a segunda via autenticada da documentação, quando apresentada por meio físico, com exceção dos documentos públicos, e caberá ao oficial, em caso de divergência, suscitar a dúvida, segundo as normas processuais aplicáveis (Redação dada pela Lei nº 14.382, de 2022) (BRASIL, 1964).

33¹⁸, da Lei nº 4591/1964).

A incorporadora tem ainda a opção de estabelecer um prazo de carência para desistir do empreendimento, não podendo ultrapassar o período de validade do registro de incorporação (180 dias), devendo o incorporador comunicar a todos os adquirentes ou candidatos à aquisição, sob pena de responsabilidade civil e criminal. (art. 34, § 2º, §4º e §6º¹⁹ da Lei nº 4591/1964).

Após a conclusão do empreendimento, com o recebimento do habite-se pela prefeitura municipal, a incorporadora deve requerer no registro de imóveis, a averbação da construção, sendo uma obrigação a ser cumprida como parte do negócio jurídico firmado com os adquirentes das unidades do empreendimento, conforme disposto no artigo 44²⁰, da Lei nº 4591/1964.

O prazo para averbação da construção é de 5 (cinco) dias úteis, conforme artigo 188, §1º, inciso I²¹, da lei nº 6.015/1973, prazo esse que foi alteração dada pela Lei nº 14.382/2022, onde antes era de 30 (trinta) dias corridos.

Antes da Lei nº 14.382/2022, o registro da instituição do condomínio era feito em ato próprio, concomitantemente à averbação de construção, através de instrumento

¹⁸ Art. 33. Se, após 180 (cento e oitenta) dias da data do registro da incorporação, ela ainda não se houver concretizado, por meio da formalização da alienação ou da oneração de alguma unidade futura, da contratação de financiamento para a construção ou do início das obras do empreendimento, o incorporador somente poderá negociar unidades depois de averbar a atualização das certidões e de eventuais documentos com prazo de validade vencido a que se refere o art. 32 desta Lei (Redação dada pela Lei nº 14.382, de 2022)

Parágrafo único. Enquanto não concretizada a incorporação, o procedimento de que trata o **caput** deste artigo deverá ser realizado a cada 180 (cento e oitenta) dias (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022) (BRASIL, 1964).

¹⁹ Art. 34. O incorporador poderá fixar, para efetivação da incorporação, prazo de carência, dentro do qual lhe é lícito desistir do empreendimento.

[...]

§ 2º Em caso algum poderá o prazo de carência ultrapassar o termo final do prazo da validade do registro ou, se for o caso, de sua revalidação.

[...]

§ 4º A desistência da incorporação será denunciada, por escrito, ao Registro de Imóveis (VETADO) e comunicada, por escrito, a cada um dos adquirentes ou candidatos à aquisição, sob pena de responsabilidade civil e criminal do incorporador.

[...]

§ 6º O prazo de carência é improrrogável (BRASIL, 1964).

²⁰ Art. 44. Após a concessão do habite-se pela autoridade administrativa, incumbe ao incorporador a averbação da construção em correspondência às frações ideais discriminadas na matrícula do terreno, respondendo perante os adquirentes pelas perdas e danos que resultem da demora no cumprimento dessa obrigação (Redação dada pela Lei nº 14.382, de 2022)

§ 1º Se o incorporador não requerer a averbação (VETADO) o construtor requerê-la-á (VETADO) sob pena de ficar solidariamente responsável com o incorporador perante os adquirentes.

§ 2º Na omissão do incorporador e do construtor, a averbação poderá ser requerida por qualquer dos adquirentes de unidade (BRASIL, 1964).

²¹ Art. 188. Protocolizado o título, proceder-se-á ao registro ou à emissão de nota devolutiva, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data do protocolo, salvo nos casos previstos no § 1º deste artigo e nos arts. 189, 190, 191 e 192 desta Lei (Redação dada pela Lei nº 14.382, de 2022).

§ 1º Se não houver exigências ou falta de pagamento de custas e emolumentos, deverão ser registrados, no prazo de 5 (cinco) dias: (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022).

I - as escrituras de compra e venda sem cláusulas especiais, os requerimentos de averbação de construção e de cancelamento de garantias; (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022) (BRASIL, 1973).

público ou particular, para a individualização e discriminação das unidades e das partes comuns do empreendimento, a partir do qual era permitido a abertura das matrículas individualizadas dos imóveis.

Com o advento da Lei nº 14.382/2022, que incluiu no art. 32, o parágrafo 15²², na lei nº 4.591/1964, passando a constituir como ato único, o registro da incorporação e da instituição do condomínio, a individualização das frações ideais das unidades e das partes comuns, já indicando a constituição do condomínio, antes mesmo da averbação da construção.

5 OS EFEITOS DA UNIFICAÇÃO DOS ATOS

A unificação dos atos de incorporação e instituição do condomínio, foi uma alteração na lei de incorporações imobiliárias, trazidas pela Lei nº 14.382/2022, com a introdução do parágrafo 15, no artigo 32, da referida lei.

Dentre outras alterações, as mudanças ocorridas pela referida lei, objetivaram simplificar alguns procedimentos dentro do processo de incorporação, desburocratizando e reduzindo custos dos procedimentos registrais.

Antes da alteração da lei, o incorporador tinha que arcar com as despesas correspondentes a dois atos de registro (incorporação e instituição do condomínio), no cartório de imóveis, além dos custos de averbação da construção, e demais atos como, averbação do patrimônio de afetação e registro de garantias reais, a depender do empreendimento.

Além de todos os demais custos relacionados ao processo de legalização, como emissão de certidões, pagamento de despachantes, contratação de profissionais especializados para elaboração de memorial descritivo, plantas, quadros da ABNT, dentre outros, que refletem diretamente no custo global do empreendimento e no preço unitário dos imóveis.

Esse custo global, segundo Chalhoub (2019, p. 113), “compreende, em proporção, o valor do terreno (frações ideais), o custo da construção, a remuneração do construtor,

²² Art. 32. O incorporador somente poderá alienar ou onerar as frações ideais de terrenos e acessões que corresponderão às futuras unidades autônomas após o registro, no registro de imóveis competente, do memorial de incorporação composto pelos seguintes documentos:

[...]

§ 15. O registro do memorial de incorporação e da instituição do condomínio sobre as frações ideais constitui ato registral único (NR) (BRASIL, 2022).

os custos de publicidade e venda, entre outros.

Para explicar melhor a redução de custo do registro decorrente da unificação dos atos de registro e incorporação e instituição do condomínio, a Tabela de Custas do Estado do Rio Grande do Norte (Lei nº 11.038, de 22 de dezembro de 2021), prevê a mesma cobrança de taxas e emolumentos para os dois atos que eram cobrados individualmente, em momentos distintos, sendo a incorporação na fase inaugural do empreendimento, e a instituição do condomínio, na fase final de entrega das unidades.

Na Tabela B-V²³, que prevê a cobrança para o Registro de Incorporação ou Destinação para fins de Instituição de Condomínio Residencial ou Comercial, tem como parâmetro a área de construção global do empreendimento, constante no quadro III da ABNT). Por exemplo, para um empreendimento de 2.500,01 m² a 2.600,00 m² (código 2600695), os custos totais seriam de R\$ 10.073,76. A primeira faixa de valor, começa com empreendimentos de até 100 m² (código 2600670), no valor R\$ 722,63, e a cada 100 metros tem novo valor diferente, sendo a última faixa, para empreendimento acima de 30.000m² (código 2600810), no total de R\$ 36.333,94 (incluídos os emolumentos, FDJ e FRCRPN) (RN, 2022).

Ou seja, o mesmo valor era pago tanto no registro de incorporação e de quanto no registro da instituição do Condomínio, sendo agora registrado como ato único, representa uma redução de 50% (cinquenta por cento).

O alto custo para legalização do empreendimento, faz com que muitos empreendedores do ramo imobiliário, se abstenham de registrar a incorporação e efetivar todos os demais atos necessários para a legalização do empreendimento. O que faz acarretar diversos problemas já relatados, quando não existia legislação específica para atender essa demanda do mercado imobiliário.

Sem registro de incorporação, os adquirentes ficam expostos a todos os problemas decorrentes da falta de responsabilização civil e criminal, caso haja atraso na obra ou até mesmo não seja entregue as unidades, sendo, portanto, de suma importância o registro no cartório de situação do imóvel.

Segundo Chalhub (2019, p. 113), o incorporador “assume o compromisso de angariar recursos e de comercializar as unidades, sob pena de assumir os respectivos custos e encargos. Cumpre-lhe que providencie no indispensável registro imobiliário”.

²³ Para acessar as informações na íntegra da tabela B-V:
<http://www.al.rn.gov.br/storage/legislacao/2022/sycchwkyyy30uja2b6u4r96z06k7bv.pdf>

Outra consequência trazida pela Lei nº 14.382/2022, foi a consolidação do legislador quando ao momento correto para a instituição do condomínio, permitindo a abertura de matrícula da fração ideal da unidade, já depois da incorporação do empreendimento, e não apenas após a averbação da construção, que sempre foi um ponto divergente entre doutrinadores, registradores e códigos de normas estaduais.

A determinação da fração ideal atribuída a cada unidade e a elaboração da minuta da convenção do condomínio, como requisito para o registro da incorporação imobiliária, sempre foi uma questão controversa, quanto à exigibilidade de um ato posterior à averbação da construção, para a instituição do condomínio.

Sendo a instituição do condomínio, um instrumento que além de determinar a fração ideal correspondente ao terreno e as partes comuns, determina a discriminação e individualização das unidades e o fim a que se destinam, alguns elementos básicos para a instituição do Condomínio, previstos no artigo 1.332²⁴ do Código Civil e artigo 7º²⁵ da lei nº 4.591/1964, já estariam preenchidos, com a documentação apresentada para o registro da incorporação.

Conforme Santos (2012, p. 110), “decorre da conceituação e caracterização do condomínio edilício que a cada unidade imobiliária de uso exclusivo, caberá como parte inseparável, uma fração ideal do terreno e nas outras partes comuns”, ou seja, a determinação da fração do terreno e permitir a venda de unidades que serão integrantes de um empreendimento coletivo, já predispõe a existência de um condomínio.

Ainda segundo Santos (2012, p. 564), “com o registro da incorporação, definem-se os elementos identificadores da unidade com a correspondente fração ideal do terreno e a área total da futura unidade”,

Contudo, o registro de instituição, servia também como um ato de confirmação de entrega do empreendimento, conforme havia sido prometido pela incorporadora, quando do registro a incorporação, visto que o instrumento de instituição era

²⁴ Art. 1.332. Institui-se o condomínio edilício por ato entre vivos ou testamento, registrado no Cartório de Registro de Imóveis, devendo constar daquele ato, além do disposto em lei especial:

I - a discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva, estremadas uma das outras e das partes comuns;

II - a determinação da fração ideal atribuída a cada unidade, relativamente ao terreno e partes comuns;

III - o fim a que as unidades se destinam (BRASIL, 2002).

²⁵ Art. 7º O condomínio por unidades autônomas instituir-se-á por ato entre vivos ou por testamento, com inscrição obrigatória no Registro de Imóvel, dêle constando; a individualização de cada unidade, sua identificação e discriminação, bem como a fração ideal sobre o terreno e partes comuns, atribuída a cada unidade, dispensando-se a descrição interna da unidade (BRASIL, 1964).

registrado após a averbação da construção, contendo toda a caracterização e discriminação das partes comuns e privativas, já prontas e acabadas.

Segundo Rizzardo (2020, p. 49): “não é suficiente o registro da incorporação, ou a averbação da construção. Até certo momento, é possível que exista somente a anotação das frações ideais do terreno”.

Essa divergência doutrinária, gera reflexos também, quanto ao momento correto para a abertura da matrícula individual de cada unidade, antes ou após a averbação da construção, pois a discriminação e individualização das unidades são atributos da instituição do condomínio.

Conforme compreensão de Rizzardo (2020), a individualização das unidades só pode ser efetivada após a averbação da construção, ficando, portanto, a transferência definitiva da unidade e a abertura de matrícula condicionada à averbação da construção, com a expedição do habite-se.

Entendimento contrário, tem Chalhub (2020), que defende que o condomínio especial já é instituído com o registro do Memorial de Incorporação, pois o seu registro fraciona o terreno e divide as futuras unidades autônomas ao qual estão vinculadas, confere autonomia ao direito real de propriedade, pois permite ao incorporador, dispor desse direito real de propriedade, independente de anuência dos demais adquirentes.

As divergências doutrinárias no tocante ao tratamento dado às frações ideais do terreno e das coisas comuns atribuídas às futuras unidades objeto de incorporação imobiliária, fizeram com que as Corregedorias Gerais da Justiça, criassem normas com entendimentos diferentes.

Alguns Códigos de Normas, como o do Estado do Rio Grande do Norte (Provimento nº 154/2016-CGJ/RN, de 09 de setembro de 2016), e o Minas Gerais (Provimento nº 93/2020), facultam a abertura de matrícula, após o registro da incorporação, permitindo a abertura de matrículas de frações ideais do terreno, vinculada à uma futura unidade do empreendimento, por interpretarem que os documentos integrantes do memorial de incorporação, que determinavam a discriminação das frações ideais e a minuta da futura convenção condominial, já ensejavam a instituição do condomínio edilício.

O Código de Normas do Estado do Rio Grande do Norte (Provimento nº 156/2016-CGJ/RN, de 09 de setembro de 2016), em seu artigo 300²⁶, versa que

²⁶ Art. 300. Registrada a incorporação, a instituição de condomínio, o loteamento ou o desmembramento, o oficial

“registrada a incorporação, a instituição de condomínio, o loteamento ou o desmembramento, o oficial abrirá matrícula para os lotes e as unidades autônomas” (RN, PODER JUDICIÁRIO..., 2016b).

Ou seja, pode-se interpretar que a abertura das matrículas das unidades, pode ocorrer tanto após o registro da incorporação, quanto, após o registro da instituição do condomínio, ocasionando assim a adoção de procedimentos diferentes entre as serventias.

Do mesmo modo, o Código de Normas de Minas Gerais (Provimento nº 93/2020), no seu artigo 777, III²⁷, adota texto semelhante ao do Estado do Rio Grande do Norte, facultando a abertura da matrícula, tanto na incorporação quanto na instituição do condomínio.

Já o Código de Normas de São Paulo (Provimento nº 56/2019), só permite a abertura da matrícula da unidade após a conclusão do empreendimento, com a concretização da averbação da construção, a fim de evitar a abertura de matrícula de unidade, sem que houvesse a sua existência de fato, o que poderia ocorrer caso o empreendimento não fosse concluído.

O Código de Normas de São Paulo (Provimento nº 56/2019), em seus artigos 53²⁸ e 56²⁹, prevê a abertura de matrícula somente após o registro do condomínio edilício, indicando como requisito o número do registro da instituição e especificação do condomínio.

Conforme afirmado por Freitas (2022, p.30), “a maioria da doutrina ainda sustenta que o condomínio edilício está adstrito a efetiva conclusão da edificação para que o imóvel tenha existência jurídica plena”, não compactuando, portanto, com a ideia de abertura de matrícula antes da averbação da construção do empreendimento.

abrirá matrícula para os lotes e as unidades autônomas (RN, PODER JUDICIÁRIO..., 2016b).

²⁷ Art. 777. Cada imóvel terá matrícula própria, que deverá ser aberta por ocasião do primeiro registro, ou, ainda: [...]

III - para cada lote ou unidade de uso exclusivo, logo em seguida ao registro de loteamento, desmembramento, divisão, instituição ou incorporação de condomínio edilício, condomínio de lotes, condomínio urbano simples, loteamento de acesso controlado, direito de laje ou regularização fundiária (MG, PODER JUDICIÁRIO..., 2020).

²⁸ Art. 53. É facultada a abertura de matrícula, de ofício, desde que não acarrete despesas para os interessados, nas seguintes hipóteses:

a) para cada lote ou unidade de uso exclusivo, logo em seguida ao registro de loteamento, desmembramento ou condomínio edilício (SP, PODER JUDICIÁRIO..., 1989).

²⁹ Art. 56. São requisitos da matrícula:

[...]

e) o número e a data do registro anterior ou, em se tratando de imóvel oriundo de loteamento ou de condomínio edilício, o número do registro ou inscrição do loteamento ou da instituição e especificação do condomínio (SP, PODER JUDICIÁRIO..., 1989).

Em seu entendimento, Freitas (2022, p.30), sustenta que “o imóvel, concebido como uma ficção jurídica, tem existência e validade incontestes, e, portanto, passíveis de atribuição de matrículas próprias”.

Como a promulgação da Lei nº 14.382/2022, o legislador veio acabar com essas divergências ao determinar a unificação dos atos de incorporação e instituição do condomínio, permitindo a abertura das matrículas das unidades como frações ideais do terreno ao qual estão vinculadas.

Para corroborar esse entendimento, a lei nº 14.382/2022, alterou ainda os incisos “i” e “j”³⁰, do artigo 32 da Lei de Incorporações, conforme destacado por Freitas (2022), a nova redação “vem incluir a descrição da futura unidade imobiliária, sua utilização, e a minuta da convenção de condomínio disciplinando o uso das futuras unidades e partes comuns do conjunto imobiliário”.

Essa alteração trouxe os elementos constitutivos da instituição do condomínio avançado no artigo 1.332 do Código Civil, e artigo 7º, da lei nº 4.591/1964, permitindo desta forma que a incorporação e instituição do condomínio passem a constituir ato único no registro imobiliário.

Outra alteração decorrente dessa nova constituição do condomínio trazida pela Lei nº 14.382/2022, foi a alteração do parágrafo 1º da Lei nº 4.591/1964, onde o texto determina que com o registro da incorporação, as frações ideais e respectivas acessões estão sujeitas a regime condominial especial, permitindo ao incorporador e aos futuros adquirentes da possibilidade de dispor e onerar a sua fração ideal, sem a anuência dos demais condôminos.

Ou seja, o texto legal cria uma nova modalidade de condomínio, com frações ideais de futuras unidades, que já podem ser transferidas para seus adquirentes, o que antes só ocorria com a entrega da unidade pronta e acabada.

6 CONCLUSÃO

Por meio das pesquisas realizadas e dos materiais bibliográficos interpretados, foi possível compreender um pouco mais acerca do surgimento e da constituição do

³⁰ i) instrumento de divisão do terreno em frações ideais autônomas que contenham a sua discriminação e a descrição, a caracterização e a destinação das futuras unidades e partes comuns que a elas acederão;

j) minuta de convenção de condomínio que disciplinará o uso das futuras unidades e partes comuns do conjunto imobiliário (BRASIL, 2022).

conceito de condomínio. Foi possível ainda observar, que as mudanças socioeconômicas obrigaram os legisladores a se adaptarem ao surgimento de novas formas de habitação e de regularizar essas práticas.

Com a vigência da Lei n.º 14.382/2022, que trouxe alterações à Lei n.º 4.591/1964, unificando os atos de instituição do condomínio e incorporação imobiliária, as alterações ocorridas, além de simplificar os atos, reduzem o tempo e custos do procedimento registral.

Foi possível entender que a viabilidade de unificação dos referidos atos, se deu em razão da similaridade dos procedimentos registrais, principalmente no tocante a documentação apresentada para o registro do memorial de incorporação, que ocorria da fase inicial do lançamento do empreendimento, e a documentação apresentada para a instituição do condomínio, que ocorria após a averbação da construção.

Essa similaridade, gerou interpretações diferentes no meio jurídico e era motivo de discursão, quanto ao momento correto para instituir o condomínio, pois no momento do registro de incorporação, não existe a unidade pronta e acabada, apenas uma ficção jurídica do imóvel, representado pela fração ideal do terreno. Entretanto, a interpretação majoritária era que a instituição do condomínio, somente poderia ocorrer após a averbação da construção da unidade.

Sendo que a finalidade da instituição do condomínio é de determinar a fração ideal de cada unidade, discriminando as áreas privativas e comuns atribuídas a cada unidade, de forma que possa ser determinado o uso e destinação de cada imóvel. Características essas que já eram encontradas na documentação apresentada para o registro de incorporação, e que geravam interpretações diferentes e conseqüentemente, eram adotados procedimentos diferentes em diversos cartórios brasileiros, que seguiam as normas regulamentadas pelas corregedorias estaduais.

O legislador ao determinar a unificação dos referidos atos no texto da lei n.º 14.382/2022, tratou de alterar alguns textos já existentes de forma a endossar a sua intenção e não deixar margens para interpretações diferentes. No próprio texto que traz a unificação dos registros, ele trata da instituição do condomínio sobre as frações ideais, e em outra parte fala que essas frações ideais estão sujeitas a regime condominial especial, permitindo inclusive a sua livre disposição ou oneração.

A unificação dos atos, além da redução de custos nas taxas cartorárias, reflete também na redução de custos para a emissão de toda a documentação necessária para

a incorporação e a instituição do condomínio, como, por exemplo, a contratação de profissionais especializados, contratação de despachantes, pagamento de taxas de emissão de certidões, dentre outros, tornando, conseqüentemente, o processo menos burocrático.

Um dos principais objetivos da Lei nº 14.382/2022, foi a redução de custos, prazos e a simplificação dos atos de registro nos cartórios, com relação ao processo de legalização do empreendimento no registro de imóveis, foi possível verificar que a unificação dos atos de incorporação de instituição do condomínio, tornaram o procedimento menos burocrático, mais célere e menos oneroso para as incorporadoras. O que gera um incentivo para que as incorporadoras não deixem de registrar nos cartórios a incorporação do empreendimento e todos os demais atos de legalização do empreendimento, que asseguram ao adquirente todos os direitos da promessa de venda do imóvel, cuja aquisição iniciou apenas com uma fração ideal do imóvel.

REFERÊNCIAS

ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; CLÁPIS, Alexandre Laizo; CAMBLER, Everaldo Augusto. **Lei de registros públicos comentada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. [E-book]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983468/>. Acesso em: 22out. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 5.481 de 25 de junho de 1928**. Dispõe sobre a alienação parcial dos edifícios de mais de cinco andares e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL5481-1928.htm. Acesso em 18 set. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.234, de 8 de fevereiro de 1943**. Modifica o art. 1º do decreto nº 5.481, de 25 de junho de 1928. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del5234.htm. Acesso em: 18 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 285, de 5 de junho de 1948**. Modifica a redação do artigo 1º do Decreto nº 5.481, de 25 de junho de 1928, e revoga o Decreto-lei número 5.234, de 8 de fevereiro de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/l285.htm. Acesso em 18 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em 18 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964.** Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm. Acesso em 22 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964.** Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/>. Acesso em 18 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.864, de 29 de novembro de 1965.** Cria Medidas de estímulo à Indústria de Construção Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4864.htm. Acesso em 18 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 25 out. 2022.

BRASIL. **Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979.** Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm. Acesso em 22 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994.** Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 25 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/>. Acesso em 18 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004.** Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.931.htm. Acesso em 18 set. 2022.

BRASIL. **Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009.** Dispõe sobre o Programa MinhaCasa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973 [...]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm. Acesso em 22 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015.** Reduz a zero as alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP, da COFINS, da Contribuição para o PIS/Pasep-Importação e da Cofins-Importação incidentes sobre a receita de vendas e na importação de partes utilizadas em aerogeradores; prorroga os benefícios previstos

nas Leis n.º 9.250 [...]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13097.htm. Acesso em 22 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União [...]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm. Acesso em 22 nov. 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. Disponível em:

<https://legislacao.presidencia.gov.br/>. Acesso em 18 set. 2022.

CHALHUB, Melhim N. **Incorporação imobiliária**. Rio de Janeiro: GEN, 2019. [E-book]. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987053/>. Acesso em: 18 set. 2022.

DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro, v. 4: direito das coisas**. São Paulo: Saraiva, 2022. [E-book]. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598674/>. Acesso em: 18 set. 2022.

DUARTE, Melissa de Freitas; VALGOI, Gabriele. **Sistema registral e notarial brasileiro**. Porto Alegre: Sagah, 2018. [E-book]. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595024854/>. Acesso em: 22 out. 2022.

FREITAS, Marlon José Gonçalves de. Condomínio de lotes: fracionamento da propriedade e matrícula do imóvel. **Registrando o Direito**, São Paulo, ed. 28, p. 10-31, maio/jun. 2022. Bimestral.

MINAS GERAIS (MG). Poder judiciário do Estado de Minas Gerais. Corregedoria-Geral de Justiça (CGJ). Gabinete do Corregedor-Geral de Justiça. Provimento Conjunto nº 93/2020. Institui o Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, que regulamenta os procedimentos e complementa os atos legislativos e normativos referentes aos serviços notariais e de registro do Estado de Minas Gerais. **Diário do Judiciário Eletrônico/TJMG**, 23 jun. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da S. **Condomínio e incorporações**. Rio de Janeiro: GEN,

2021. [E-book]. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994075/>. Acesso em: 18set. 2022.

RIO GRANDE DO NORTE (RN). Poder judiciário do Estado do Rio Grande do Norte. Corregedoria Geral de Justiça (CGJ). **Provimento nº 154/2016-CGJ/RN, de 09 de setembro de 2016**. Institui no âmbito judicial o novo código de normas da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Disponível em: http://www.portaldori.com.br/wp-content/uploads/2016/10/Provimento-154_2016-CGJ_RN-C%C3%B3digo-de-Normas-Judicial-COMPILADO-19.10.2016-2.pdf. Acesso em: 22 nov. 2022.

RIO GRANDE DO NORTE (RN). **Lei nº 11.038, de 22 de dezembro de 2021**. Dispõe sobre as Custas Judiciais, os Emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro, a Taxa de Fiscalização Judiciária, sobre o Fundo de Compensação dos Registradores Cíveis das Pessoas Naturais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.al.rn.gov.br/storage/legislacao/2022/sycchwkyyy30uja2b6u4r96z06k7bv.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2022.

PIRES, Gabriel de Sousa. **A relação incorporador imobiliário/adquirente após o advento do caso Encol**. Monografia (Curso de Direito) – Centro Universitário de Brasília. Brasília: 2011. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/123456789/390>. Acesso em: 22 nov. 2022.

RIO GRANDE DO NORTE (RN). Poder judiciário do Estado do Rio Grande do Norte. Corregedoria Geral de Justiça (CGJ). Provimento nº 156, de 18 de outubro de 2016b. Institui no âmbito extrajudicial o novo código de normas da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. **Diário do Judiciário Eletrônico/TJRN**, 18 out. 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edifício e incorporação imobiliária**. Rio de Janeiro: GEN, 2020. [E-book]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992170/>. Acesso em: 18set. 2022.

SALLES, Venício. **Direito registral imobiliário**. São Paulo: Saraiva, 2012. [E-book]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502219380/>. Acesso em: 22 out. 2022.

SANTOS, Flauzilino Araújo dos. **Condomínio e incorporações do registro de imóveis: teoria e prática**. São Paulo: Mirante, 2012.

SÃO PAULO (SP). Poder judiciário do Estado de São Paulo. Corregedoria Geral de Justiça (CGJ). Provimento nº 58/89. Normas de serviço: cartórios extrajudiciais, tomo II. **Diário do Judiciário Eletrônico/TJSP**, 28 nov. 1989.
SCHWARTZ, Rosely Benevides de O. **Revolucionando o condomínio**. São Paulo:

Saraiva, 2017. [E-book]. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547222291/>. Acesso em:
20 set. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 4:** direito das coisas. Rio de Janeiro: GEN, 2022.[E-book]. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643486/>. Acesso em:
21 set. 2022.

VIANA, Marco Aurélio S. **Manual do condomínio edifício:** Arts. 1.331 a 1.358 do Código Civil. Rio de Janeiro: GEN, 2009. [E-book]. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6180-0/>. Acesso em: 20 set. 2022.

ABANDONO DIGITAL: A RESPONSABILIDADE PARENTAL DIANTE DOS PERIGOS DAS REDESSOCIAIS À LUZ DA LGPD E DO MARCO CIVIL DA INTERNET PARA A PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Rebeca Rodrigues Soares¹

Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes²

RESUMO

Tendo em vista a naturalização do uso das redes sociais, pelas crianças e adolescentes, surge o questionamento sobre o que determina a responsabilidade parental, no âmbito da responsabilidade cível e constitucional, diante da negligência dos pais, quanto ao uso das redes sociais pelos filhos menores de idade? Para esse propósito, foram traçados objetivos específicos que tratam de exemplificar os perigos relacionados às redes sociais, apontar a necessidade da constante aplicabilidade do princípio da proteção integral da criança e do adolescente, respaldado pelas disposições do Marco Civil da Internet e pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), apresentar as ocorrências e consequências do abandono digital dos menores de idade, e, relacionar o abandono digital à responsabilidade civil e constitucional, em especial dos pais, mas também da sociedade cível e Estado. Já o objetivo final, é demonstrar como o abandono digital acarreta a responsabilidade civil e constitucional dos pais, com base nos princípios relacionados ao da proteção integral da criança e do adolescente. A metodologia é a hipotético-dedutiva e o emprego do meio documental para a pesquisa aplicada, através da avaliação legislativa e doutrinária do ordenamento brasileiro. Os resultados esclareceram que, a depender da forma como é usada, as redes sociais são ferramentas úteis ao desenvolvimento salutar da personalidade e cidadania do menor de idade, sendo um dever coletivo, mas, principalmente dos pais, a instrução para o uso seguro destas, o que faz concluir

¹ Graduanda do 5º ano do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: rebecasoares20148@gmail.com

² Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Email: rosangela.mrm@hotmail.com

que, diante da negligência de seus deveres parentais, os pais poderão ser sancionados civilmente ao decorrerem no ato ilícito de abandono digital do menor.

Palavras-chave: Responsabilidade parental. Princípio da proteção Integral da criança e do adolescente. Abandono digital. Marco Civil da Internet. LGPD.

DIGITAL ABANDONMENT: The parental responsibility facing the dangers of social media considering the General Law of Data Protection and the Civil Rights Framework for the internet use for the full protection of children and teenagers

ABSTRACT

From the naturalization of the use of social media by children and teenagers raises a question. What determines parental responsibility in the scope of civil and constitutional responsibility, in front of parents' negligence as to the use of social media by their minor children? To that end, we outlined specific objectives to exemplify the dangers related to social media, to point the need for constant enforceability of the principle of full protection of children and teenagers, supported by the provisions of the Civil Rights Framework for Internet Use and General Law of Data Protection (GLDP), to present the occurrences and consequences of digital abandonment of minors and to relate such digital abandonment to civil and constitutional responsibility, especially of parents, but also of civil society and the State. The ultimate purpose is to display how digital abandonment entails parents' civil and constitutional responsibility based on principles related to the full protection of children and teenagers. We used the Hypothetico-deductive methodology and the employment of documents for applied research through legislation and doctrine assessment of the Brazilian legal system. The results made clear that, depending on how they are used, social media are useful tools to the wholesome development of the minor's personality and citizenship, it being a collective duty, but especially a parents' duty, the instruction for their safe use, which leads us to conclude that, facing the negligence of their parental duties, parents may be civilly sanctioned if they carry out the illicit act of digital abandonment of minors.

Keywords: Parental Responsibility. Principle of full protection of children and teenagers. Digital Abandonment. Civil Rights Framework for Internet Use. GLPD.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda dos deveres parentais de cuidado e proteção para com os filhos usuários das redes sociais, essa abordagem se dá pela percepção cotidiana, e curiosidade, quanto ao uso das plataformas digitais, em destaque, as redes sociais no entretenimento dos seus usuários, dentre eles, os menores de idade que, muitas vezes, não aparentam ter o devido monitoramento dos pais sobre o conteúdo acessado pela internet, uma vez que a falta restrições às plataformas digitais possibilitam a obtenção de informações indevidas à faixa etária do menor.

Não é incomum ouvir sobre as preocupações relacionadas ao acesso desregrado das redes sociais pelas crianças e adolescentes, e, apesar do conhecimento comum da responsabilidade dos pais - no dever zelar pela qualidade de informações adquiridas pelos menores de idade - é comum a falta de uma conscientização social mais aprofundada, quanto aos perigos potenciais das redes sociais e os direitos dos menores de idade, no que consta sua proteção para impedir ou amenizar os efeitos desses perigos nas redes *online*.

Desse modo, surgiu a problemática sobre o que determina a responsabilidade parental, no âmbito da responsabilidade cível e constitucional, diante da negligência dos pais, quanto aos perigos relacionados ao uso das redes sociais pelos filhos menores de idade? Sendo o objeto de estudo da responsabilidade parental, com base no ordenamento civilista e constitucional, no que ficou conhecido pelos doutrinadores como abandono digital.

Para tanto, no primeiro tópico serão exemplificados os perigos relacionados às redes sociais, de forma resumida, a fim de embasar a necessidade da proteção integral da criança e do adolescente, expondo algumas das desvantagens atreladas ao uso das redes sociais e da vida midiaticizada, marcada pela banalização do fornecimento de informações pessoais, mas sem ignorar as vantagens concebidas por elas, uma vez que a sociedade se encontra na era digital.

Em seguida, o próximo tópico é destinado a aludir a necessidade da constante aplicabilidade do princípio da proteção integral da criança e do adolescente e outros

princípios relacionados a ele, objetivando o melhor interesse do menor de idade, a partir do embasamento legal e doutrinário, ressaltando o reconhecimento do dever de zelo constitucional aos menores de idade, incluso no meio virtual.

Por conseguinte, serão apresentadas as ocorrências e consequências do que é entendido como abandono digital dos menores de idade, baseado no abandono afetivo, pela omissão dos responsáveis legais no dever de provimento de um ambiente sadio para o desenvolvimento da emancipação do menor de idade para ele poder exercer sua capacidade civil plena futuramente, assim negligenciando seus deveres parentais de cuidado e zelo.

E ainda, o tópico final será destinado ao relacionamento entre o abandono digital a responsabilidade civil e constitucional dos pais, sociedade civil e Estado, mas, com destaque aos deveres parentais - em razão de sua maior convivência e vínculo afetivo com a criança e com o adolescente - possuindo, os pais, papel essencial para o desenvolvimento salutar destes.

Dessa maneira, será alcançado o objetivo final de demonstrar como o abandono digital acarreta a responsabilidade civil e constitucional dos pais com base nos princípios e outros dispositivos legais relacionados a proteção integral da criança e do adolescente, além da previsão da penalização de demais entes da sociedade e Estado que negligenciaram seu dever de zelo e priorização pela proteção integral da criança e do adolescente.

Para tanto, há a utilização da metodologia hipotético-dedutiva, uma vez que se parte da hipótese que o uso não monitorado das redes sociais pelos menores de idade é prejudicial a sua saúde, e pelo emprego do meio documental para a pesquisa aplicada, através da avaliação legislativa e doutrinária do ordenamento brasileiro, visando ao enriquecimento e bom desenvolvimento do texto em questão.

Assim, a finalidade pretendida no artigo é conscientizar mais a sociedade sobre os deveres dos pais, em conjunto com a sociedade civil e o Estado, sobre como os direitos fundamentais da criança e adolescente são ameaçados e desacatados pela falta de cuidado dos adultos na atuação digital dos menores.

2 A ERA DIGITAL E O PERIGO NAS REDES

Na atualidade, é comum o compartilhamento de conteúdo informativo, nas

plataformas digitais de comunicação, conhecidas como redes sociais, usadas pelas massas de todo o mundo, alguns exemplares das redes sociais mais populares atualmente são o *Instagram, Youtube, Facebook, WhatsApp, Messenger, Twitter, Tumblr, Tinder, Tik Tok, Pinterest, Snapchat, LinkedIn, Google*, dentre outras, e seus usuários atendem às diversas faixas etárias, mas sendo mais aderidas pelos jovens em razão de sua maior familiaridade com o uso da internet em comparação às gerações anteriores (UNESCO, 2020).

A consequência é o célere compartilhamento de dados na internet que tem um papel imprescindível quanto aos riscos relacionados a esta, pois isso possibilita a qualquer um virar alvo de críticas, importunações e fraudes, já que, genericamente, não há pré-requisitos, se não o acesso à internet, para permitir a exposição de opiniões ou ações nas plataformas digitais. A dinamicidade do compartilhamento de dados e sua fácil acessibilidade propicia à espetacularização da vida, a vida midiaticizada do produtor de conteúdo das redes sociais, o que ocorre com certa naturalidade devido à aceitação tácita ou expressa deste pelos seus seguidores, com o consumo de conteúdo e interação virtual (COUTINHO e DESLANDES, 2020).

Essa midiaticização da vida é marcada pela banalização do fornecimento de informações pessoais, passíveis a qualquer usuário das redes sociais, principalmente, por meio da exposição de sua imagem, opiniões, rotinas e peripécias que ganham relevância, através dos recursos audiovisuais e textuais de forma interligada, podendo facilmente transpassar o nível nacional de comunicação em vista da falta de barreiras geográficas no compartilhamento de informações *online*, transformando o cotidiano de todos os que possuem acesso frequente às redes sociais, e, que abarca um número cada vez maior de pessoas ao decorrer do tempo em razão do reconhecimento da internet como uma importante ferramenta política e social (TEFFÉ e MORAIS, 2017).

Nesse sentido, o Brasil - explicitamente - reconhece a internet como imprescindível à atuação cidadã moderna, devido às vantagens que ela proporciona, tanto que o impedimento do acesso às redes é proibido por lei, salvo se estas forem a causa de dano direto ao usuário³ (BRASIL, 2014). Esse reconhecimento aumenta à medida que o acesso à internet pode ser compreendido como um direito básico, pois

³ Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: IV - Não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;

nela o desenvolvimento social é simplificado graças a sua fácil acessibilidade e inclusão, além da estimulação de seu uso pela sociedade por proporcionar maior acesso à educação, lazer, serviços em geral e convívio coletivo diversificado, de forma a favorecer uma vida informada e participativa nas causas mundiais e locais por meio da ampla liberdade de expressão proporcionada nas redes sociais, consoante o artigo 19 da Declaração Universal de Direitos Humanos⁴ (ONU, 1948).

Ademais, a rede social, no papel de válvula de escape da solidão e tédio, com seus recursos ilimitados de lazer, já tem sua utilização habitual às novas gerações, em especial, para os menores de idade, especialmente após a pandemia do vírus COVID-19, nos anos de 2020 e 2021, em virtude da perda ou diminuição da vida, presencialmente física, em sociedade, além do uso das telas para entreter e até silenciar os filhos enquanto os pais se encontravam desorientados diante da sua nova realidade na pandemia, o que reforçou ainda mais a normatização das redes sociais no cotidiano coletivo, intensificando a participação na era digital (AGUIRRE, 2021).

Dessa maneira, prevaleceu a ideia do “novo normal”, no qual a coletividade, objetivando manter suas relações interpessoais ainda que distantes geograficamente, adentrara na utilização das plataformas digitais, para manter suas relações sociais em dia, por isso, mais de 152 milhões de brasileiros passaram a ser usuários de internet, o que corresponde a 81% da população do país com 10 ou mais anos, nas pesquisas feitas entre outubro de 2020 e maio de 2021, demonstrando a relevância do proveito coletivo da internet, no país, e sendo um indicativo concreto da inserção na chamada era digital, segundo dados do Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br) na pesquisa TIC Domicílios 2020 (Edição COVID-19 - Metodologia Adaptada).

Em meio ao crescimento do uso das redes sociais, antes mesmo da sua intensificação, proporcionada pelo isolamento causado pelo vírus COVID-19, mais e mais menores de idade passam a participar do mundo virtual de forma frequente, consistindo em mais de um acesso por dia às redes sociais para mais de 76% das crianças e adolescentes brasileiras com acesso à internet, segundo a pesquisa sobre a utilização da Internet por Crianças e Adolescentes, no Brasil, feita pela Cetic.br, *Kids Online*, em 2019. Ou seja, ainda em 2019, já mais de 76% dos menores de idade com

⁴ Art. 19. Todos os seres humanos têm direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

acesso à internet no País fazem uso de redes sociais.

À vista disso, boa parte do apelo ao público no uso das redes é que ao ingressar nesse meio, o usuário se depara com a possibilidade de se expressar livremente, além de poder sentir-se acolhido pela coletividade ao adentrar nos nichos virtuais de seu interesse, selecionados de acordo com suas preferências informadas pela coleta de dados, durante o uso das plataformas, podendo receber atenção de maneira imediata, e ter alta disponibilidade de informações de rápido e fácil acesso junto à ausência das barreiras geográficas, tendo um alcance ilimitado ao conteúdo, algo costumeiramente almejado pelos jovens (UNICEF, 2021).

No entanto, o aumento da utilização da internet também reforçou pontos preocupantes relacionados ao emprego das redes sociais, situações de exclusão coletiva e direta dos usuários por meio do chamado cancelamento, discurso de ódio, *cyberbullying*⁵ (BRASIL, 2015), invasões de privacidade, predadores sexuais, conteúdo sexual explícito e imposição de padrões de beleza irrealistas são alguns exemplos dos perigos oriundos do uso das redes sociais que, se já incômodos a um adulto, são intensificados em sua negatividade, para os seres em situação peculiar de desenvolvimento (AGUIRRE, 2021), podendo levar a traumas, por vezes, irreversíveis, além de levar a outras consequências graves, como a ansiedade e depressão.

Devido ao fato de que esse público possui pouca idade, com desenvolvimento físico; mental; social e emocional ainda em formação, e pouca experiência de vida, a consciência e capacidade de detectar os possíveis perigos oriundos das plataformas digitais torna-se limitada; além da ocorrência de descuidos por seus responsáveis legais sobre esses novos canais de interação, oportunizando a atuação de pessoas mal intencionadas, os “predadores *online*”, obtendo informações de crianças e adolescentes a fim de facilitar o acesso à sua família ou para se aproveitar do usuário fragilizado na obtenção de vantagens e poder de manipulação, o que possibilita o roubo ou sequestro de dados, por exemplo, para o uso ou falsificação de informações que permite a invasão de contas pessoais, criação de *Fake News*, extorsão e dentre tantos outros exemplos (FARIAS e ROSA, 2020).

A ocorrência do sequestro de dados - atividade que consiste na coleta de

⁵ Art. 2º Caracteriza-se a intimidação sistemática (*bullying*) quando há violência física ou psicológica em atos de intimidação, humilhação ou discriminação e, ainda: Parágrafo único. Há intimidação sistemática na rede mundial de computadores (*cyberbullying*), quando se usarem os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial.

dados desautorizada pelo seu titular - a fim de obter vantagens em seu nome ou ameaçá-lo, como nos casos de “sextorção”, denominação atribuída às situações em que o usuário que compartilha imagens ou vídeos sensuais é ameaçado, vitimado ou extorquido com as intimidações de que esse conteúdo será disponibilizado amplamente, o que não só tem o intuito de desonrar a vítima perante a sociedade, quanto permite que seja exposta a outros predadores sexuais (FARIAS e ROSA, 2021).

Há ainda a utilização de dados por sistemas de inteligência artificial que, com a captura e manipulação de imagens e sons, podem reproduzir falsamente condutas humanas como se o usuário sequestrado fosse, o que permite inúmeras formas de golpes em nome de terceiro desavisado ou incapacitado por ameaças (TEIXEIRA e MULTEDO, 2021).

Por conseguinte, conforme a legislação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) ou Lei nº 12.965/2014 (BRASIL, 1990)⁶, os menores de 18 anos possuem absoluta prioridade diante os demais nichos da sociedade, no que consta a proteção de seus direitos, graças ao que pode se entender como sua condição de hipervulnerabilidade que se dá, em resumo, em virtude de sua fase de intenso desenvolvimento antropológico, os deixarem mais suscetíveis a traumas, não obstante ao desejo de ter maior participação e reconhecimento social, mas com menor capacidade de ponderar as consequências de seus atos, facilitando sua manipulação (LIMA, 2013).

Na situação de inserção dos infanto-juvenis, no contexto digital, a facilidade na sua manipulação e desejo de obter maior participação social podem favorecer os riscos latentes aos jovens envolvidos no meio virtual quando envolvidos em situações de expectativa entretenimento de um público, um exemplo de tanto são as chamadas *trends* (ou “modinhas”) da internet ou desafios *online*, nelas os usuários procuram obter mais atenção, sensação de pertencimento, e, admiração, quando executam desafios com temáticas apelativas aos visualizadores por serem arriscadas, o que permite ao desafiado se destacar entre os demais com a rápida disseminação do conteúdo das plataformas digitais, assim, são mais facilmente aceitos os perigos por

⁶ Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;

estarem disfarçados de brincadeiras (COUTINHO e DESLANDES, 2020).

Tanto é que os desafios *online* se tornaram populares dentre os jovens, especialmente durante o tempo de isolamento social, durante a pandemia de COVID-19, em razão da visualização e posição de destaque, concedidas aos seus participantes, nos quais uma ou mais pessoas são desafiadas a cumprirem determinadas metas e regras para atingir o objetivo. Tais desafios têm o poder de rotular aqueles que são tidos como os mais corajosos, descolados ou resistentes dentre seu grupo social virtual, podendo ultrapassar a barreira virtual uma vez que as pessoas do grupo virtual podem coincidir com seu grupo social presencial, pois a coleta de dados pelas plataformas induz o usuário a permanecer em grupos que tenham gostos e realidades sociais semelhantes às suas (COUTINHO e DESLANDES, 2020).

Um desafio *online*, por exemplo, que ganhou repercussão internacional por causa da aderência dos jovens - em diversos países - foi o desafio “Baleia Azul” que consistia em uma série de etapas finalizadas pelo ato de suicídio, devendo todos os atos nessas etapas serem compartilhados nas redes sociais, sendo o desafiado penalizado com ameaças de morte de si e seus entes queridos no caso de desistência. Nisso, a dinâmica disseminação sobre o desafio e sua consequente repercussão internacional só foi possível graças à instantaneidade do compartilhamento de conteúdo nas redes sociais, segundo Coutinho e Deslandes (2020).

Ainda, já durante o isolamento causado pela disseminação do CODIV-19, um dos desafios *online* mais notórios, no quesito de adesão, foi o chamado “Desafio álcool em gel”, nele os desafios mais populares consistiam nas práticas de inalar, beber e atear fogo no corpo melecado com o produto do desafiante ou cuspir o álcool em gel em direção a uma chama, o que culminou na retirada dos vídeos que detinham o desafio da plataforma *YouTube* a pedido dos fabricantes do produto, justificado pela constante violação das regras de segurança e utilização estabelecidas pelos fabricantes, mas sem a plataforma em si assumir maiores responsabilidades (COUTINHO e DESLANDES, 2020).

Por conseguinte, a imersão desmedida nas redes chega ao ponto de viciar o usuário ao uso contínuo das plataformas digitais, a exemplo da chamada de *Gaming Disorder*, o vício em jogos virtuais que recebeu reconhecimento oficial como uma doença pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em fevereiro de 2022, na 11^a

revisão da Classificação Internacional de Doenças (CID-11), possuindo sintomas especialmente prejudiciais à saúde ao corpo em desenvolvimento dos menores de idade, conforme entende a psicóloga Marina Rodrigues Bighetti Godoy citada por AGUIRRE (2021, p. 200), como distúrbios do sono, impulsividade, depressão, ansiedade, agressividade, dentre outros.

Ademais, quando as desvantagens vinculadas ao uso inconsequente das redes sociais, vêm à tona o discurso de ódio e a cultura do cancelamento, fenômenos que consistem no boicote de certa pessoa ou grupo de pessoas por determinados atos ou características suas, nelas é facilmente percebido como a pressão e influência social virtual é latente sob os usuários mirins. A menor autonomia das crianças e adolescentes em superar o sofrimento causado por uma crítica ou comentário malicioso, dificilmente conseguindo enxergar sozinhos uma solução para sua situação (BALDISSERA *et al.*, 2021.), o que, em parte, explica porque o suicídio passou a ser a quarta causa de morte entre jovens de 15 e 29 anos (OPAS, 2021).

Logo, as redes sociais, nesses e outros casos, servem não somente para entreter e informar, mas também introduzir diretamente, através de sua extrema persuasão e adesão coletiva em conjunto com a ignorância do seu público, quando os direitos que lhes são assegurados, o comportamento dos usuários do meio virtual. Diante do potencial positivo e negativo da internet na vida de seus usuários, além da banalização do fornecimento de informações pessoais, na atualidade, entra a óbvia necessidade da proteção integral aos menores de idade, uma vez que estes são os mais propícios a serem manipulados por terceiros, o que será abordado a seguir para melhor compreensão de sua importância na aplicação no meio virtual.

3 A NECESSIDADE DA PROTEÇÃO INTEGRAL NA ERA DIGITAL

Primeiramente, é necessário ressaltar o artigo 18 da Lei 8.069/1990⁷, também conhecido como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) dispõe que é dever de todos, Estado, sociedade civil e o meio familiar, zelar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento que ponham em risco sua saúde física, emocional ou mental. No entanto, de início, a internet não dispõe de

⁷ Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

meios suficientes para assegurar esse zelo, sem a intermediação de terceiros para tanto, sendo preciso configurar o sistema de acordo com as necessidades do usuário, além de acompanhar seu funcionamento e atualização (FARIAS E ROSA, 2021).

Destarte, vale ressaltar que todos os riscos relacionados às redes sociais podem ser potencializados, quando acobertados pelo anonimato dos usuários das plataformas digitais, o que permite a um indivíduo mal-intencionado melhor se aproveitar de terceiros enquanto mais resguardado pelo anonimato, ainda que em um nível superficial, dando certa sensação de impunidade pela sua não identificação. Logo, essa condição auxilia aos mal-intencionados a se aproveitarem mais facilmente de alvos mais vulneráveis, em virtude da ideia de impunibilidade das redes sociais (FILHO, 2020).

Entretanto, essa ideia de impunibilidade é equivocada. Os direitos e garantias fundamentais também são assegurados no âmbito virtual, conforme as normas e princípios constitucionais, em destaque o art. 227 da Constituição Federal de 1988⁸, que define como um dever coletivo da família, da sociedade e do Estado, por consequência abrangendo a atuação virtual, sempre assegurar os direitos da personalidade da criança e do adolescente, além de protegê-los, com absoluta prioridade, de situações de perigo e que lhe atrapalhem o devido desenvolvimento e convívio social, em razão de sua situação de vulnerabilidade (BRASIL, 1988).

Tamanha é a importância do zelo para com os infanto-juvenis - para o futuro do país - que foi instituído o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que, de pronto, dispõe seu objetivo, em seus artigos 1 e 3, a definição sobre a proteção integral à criança e ao adolescente⁹ e outros *a posteriori*, regulamentando uma série de especificações legais para a proteção dos menores de idade que lhes concedem um panorama jurídico diferenciado frente aos maiores de idade, procurando sempre o melhor interesse da criança e do adolescente a curto, médio e longo prazo, independente do cenário em que estes estejam envolvidos, ou seja, também remetendo às condutas na internet (FILHO, 2020).

⁸ 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.

⁹ Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

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.

Nesse contexto, o princípio não ordena somente o cuidado para garantia do bom desenvolvimento da criança e ao adolescente, na questão material, mas, principalmente, na questão psicológica, em respeito à sua subjetividade, como entendeu o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), principal órgão do Sistema de Garantias dos Direitos da Criança e do Adolescente (SGDCA) no Brasil, em Nota Pública datada de 8 de maio de 2008, por meio da manifestação que dita que se deve:

Considerar a proteção do mundo subjetivo da criança também é pensar na garantia dos direitos humanos de uma pessoa em situação peculiar de desenvolvimento, que tem direito de calar e elaborar seus conflitos. Outra reflexão é o risco da exposição do universo psicológico de uma criança e com isso romperem-se as fronteiras da proteção em momentos de extrema fragilidade psicológica (CONANDA, 2008).

Dessa fragilidade, nas trocas de influências de um ser sobre o outro no mundo virtual, cresce o vício nas redes sociais, como também a gradual diminuição da percepção do usuário em compreender os limites das barreiras físicas e virtuais na sua realidade, afetando negativa e diretamente o psicológico dos usuários em diferentes níveis, a depender da vulnerabilidade mental do usuário e a maneira como ele se integra no ciberespaço, conforme suas formas de interações com terceiros, além de suas condições de trabalho, familiares, apoio comunitário envolvido e a existência ou não de políticas nacionais, relacionados à saúde mental (OPAS, 2021).

Apesar disso, segundo o 25^a Comentário Geral sobre os direitos das crianças, em relação ao ambiente digital, a inclusão digital deve ser almejada e perseguida, inclusive para os menores de idade, porque o presente e futuro das nações requer a democratização do acesso às tecnologias digitais para haver uma sociedade mais inclusiva e dinâmica, mas é recomendado que a inclusão digital ocorra de maneira protetiva, educativa e gradual, sendo seu uso equilibrado e baseado nos princípios da legalidade, igualdade, necessidade e proporcionalidade, fundamentados no interesse superior da criança e do adolescente e sua proteção integral (UNICEF, 2021). Com esse intuito, foram criadas leis específicas para a regulamentação do meio digital, são elas o Marco Civil da Internet (MCI) ou Lei nº 12.965/2014 e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) ou Lei nº 13.709/2018.

O Marco Civil da Internet trouxe a responsabilidade direta ao Estado, pais e aos provedores das plataformas e internet, quanto às ferramentas digitais e seus

usuários, mas ainda dando autonomia aos representantes legais dos menores de idade na proteção destes, no emprego das redes, no artigo 29 da referida lei¹⁰, por exemplo, na escolha do programa de navegação, usado no aparelho acessado pelo menor de idade para o exercício do controle parental. É o artigo 29 do Marco Civil que indica aos pais a utilização de mecanismo de proteção e defesa virtuais, as programações de softwares, nos computadores e celulares dos filhos para limitar seu acesso a conteúdo considerado inapropriado, a exemplo do *Binary Switch Eclipse*, Controle Parental do *Windows*, *Crawler Parental Control*, *Free Facebook Monitoring*, *InterApp Control*, *Kurupira Web Filter Free*, *K9 Web Protection*, *MetaCert*, *Norton Family*, *PC Blindado Filhos*, entre outros (ALVES *et al*, 2022).

Já a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais foi mais específica sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, devendo ser feitos com o intuito de proteger e equilibrar os direitos fundamentais de liberdade e privacidade, mas em harmonia com o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, segundo seu artigo 1¹¹, sendo o tratamento quaisquer operações realizadas com dados pessoais e dados pessoais, por sua vez, toda informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável, conforme seu artigo 5º, inciso I e X¹².

Portanto, a LGPD tem extrema importância no combate à dispersão e manipulação de dados por aqueles que não são seus titulares¹³, pois o acesso de terceiros a esses dados são contrários à privacidade e intimidade de seus titulares, tendo em vista que o funcionamento das redes sociais consiste, basicamente, do recolhimento de dados das atividades de seus usuários, independente da aplicação de requisitos éticos, de forma a traçar um perfil destes, e condicioná-los a um maior uso das redes com a disponibilização de conteúdos que lhes são mais atrativos, então

¹⁰ Art. 29. O usuário terá a opção de livre escolha na utilização de programa de computador em seu terminal para exercício do controle parental de conteúdo entendido por ele como impróprio a seus filhos menores, desde que respeitados os princípios desta Lei e da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. Parágrafo único. Cabe ao poder público, em conjunto com os provedores de conexão e de aplicações de internet e a sociedade civil, promover a educação e fornecer informações sobre o uso dos programas de computador previstos no caput, bem como para a definição de boas práticas para a inclusão digital de crianças e adolescentes.

¹¹ 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.

¹² Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;

¹³ Art. 5º. Inciso V - titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento;

sendo necessária a restrição de acesso a essas informações para impedir o seu uso na manipulação nociva de seus usuários e dados (TEFFÉ e MORAIS, 2017).

Para mais, a Lei nº 13.709/2018 também faz uma importante observação em seu 14º artigo, em relação ao tratamento de dados pessoais de crianças, afirmando que deverá ser realizado com o consentimento destacado e específico do responsável legal, além das plataformas terem, por todos os meios possíveis e razoáveis, o dever de verificar se tal consentimento realmente foi dado pelo responsável pela criança. Tais previsões legais procuram assegurar os direitos da criança e do adolescente, também no meio digital, reforçando, assim, o dever constitucional da proteção integral.

Isso posto, há princípios que são destacados na LGPD e MCI, principalmente, os princípios da liberdade de expressão para o pleno exercício do direito de acesso, limitado pelo princípio da privacidade, e em conjunto com o princípio da neutralidade¹⁴ das redes (BRASIL, 2014), por exemplo, sendo o último referente à imposição de que todo dado trafegado na rede deve ser tratado da mesma forma, independente de quem o criou ou a natureza de seu conteúdo, enfatizando o direito à informação¹⁵ (BRASIL, 2018) dos usuários ao usando somente critérios éticos e técnico para a restrição de seu tráfego livre, sendo inadmissíveis outras motivações (TEFFÉ e MORAIS, 2017).

Contudo, apesar da liberdade de expressão e neutralidade das redes terem relevância na LGPD e MCI, há de se entender que o legislador às destacou visando que a personalidade e dignidade humana fossem de todo asseguradas, sem inferiorizar os demais princípios do ordenamento; além de que, ainda que não havendo direito ou princípio - expressamente absoluto - sobre os outros, há uma forte predileção a alguns nos casos de conflito, como o princípio da proteção integral da criança e do adolescente e o princípio da dignidade da pessoa humana, no qual um em conexão ao outro em sua aplicação prática, e permitem priorizar o dever constitucional de zelo aos menores de idade (TEFFÉ e MORAIS, 2017).

Consequentemente, tanto o Marco Civil quanto a LGPD versam e, em última análise, priorizam a proteção da criança e do adolescente, incluso ao procurar respeitar a autonomia dos pais no controle parental, seja a exemplo do artigo 29 do

¹⁴ Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: IV - preservação e garantia da neutralidade de rede;

¹⁵ Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

Marco Civil ou pela seção III (Do Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e de Adolescentes) da LGPD, em seu artigo 14¹⁶, que dispõe que o tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos desse artigo e da legislação pertinente.

Outrossim, o acesso ao ciberespaço prossegue sendo um recurso sociopedagógico indispensável, nos tempos atuais, para o melhor aprendizado dos menores por ser uma ferramenta de diversas utilidades, além de um auxiliador na aplicação adequada de outras ferramentas, como almejado no artigo 4 do Marco Civil na Internet¹⁷, proporcionando um meio importante para, ainda com o olhar cuidadoso sobre as ações dos menores, valorizar seus direitos e para promover o reconhecimento e desenvolvimento de sua voz social, através da formação de sua identidade digital, o que faz com que o uso das redes sociais, se de maneira responsável, também seja um meio de assegurar o melhor interesse do menor de idade (LAZZAROTTO e LUCI, 2020).

Logo, é preciso saber conviver e desfrutar das redes sociais, uma vez que estas são necessárias - enquanto ferramentas eficazes de aprendizado - e porque o princípio de proteção integral, na busca pelo melhor interesse da criança e adolescente, não visa retirar de toda a autonomia dos menores no uso da internet, mas procura conscientizar estes e seus responsáveis legais para um aproveitamento prudente e equilibrado das ferramentas digitais, aproveitando de seu pleno potencial para o desenvolvimento mais esmerado dos menores por meio da conhecida como educação digital (PINHEIRO, 2021).

De acordo com Patrícia Peck (2021), a educação digital é a forma mais eficaz para assegurar os direitos da personalidade e do meio digital, sobretudo, através da compreensão dos riscos aos direitos dos menores usuários das redes sociais, mas

¹⁶ Art. 14. O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente.

§ 1º O tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal.

§ 6º As informações sobre o tratamento de dados referidas neste artigo deverão ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, com uso de recursos audiovisuais quando adequado, de forma a proporcionar a informação necessária aos pais ou ao responsável legal e adequada ao entendimento da criança.

¹⁷ Art. 4º A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção:

I - do direito de acesso à internet a todos;

II - do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos;

III - da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e

IV - da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados.

ainda sendo aplicada a responsabilização dos usuários por seus atos, ou seja, a educação digital objetiva ensinar a aplicação da ética, no ambiente virtual, com a conscientização dos direitos fundamentais de todo indivíduo, em especial, a honra e imagem¹⁸ (BRASIL, 1988), ainda mais se tratando das redes sociais.

Decerto, para os menores de idade, suas redes sociais deveriam ser, se não parcialmente administradas, ao menos fiscalizadas por seus responsáveis legais de forma que fossem aplicadas em seu melhor interesse¹⁹ (BRASIL, 1990), mas essa fiscalização, em muitos casos, é frágil ou inexistente, diante do pouco tempo disponibilizado pelos pais nesse dever e em razão do mundo virtual instigante proporcionar uma noção de protagonismo egoísta - em seu usuário - o que dificulta a permissividade do usuário com o compartilhamento de sua rede com terceiros, ainda que sejam seus pais (FALCÃO, 2019).

Porém, na responsabilização pela falta de proteção dos usuários infanto-juvenis das redes sociais, Peck (2012) compreende que talvez a maior dificuldade - no ambiente digital - seja definir quando se concretiza uma “não conduta” do usuário, ou seja, o não agir que é passível de penalidade por negligência, em especial, quando referente ao bem-estar dos menores de idade, pois entende-se pela garantia prioritária de seus direitos fundamentais devido a proteção especial constitucional²⁰ (BRASIL, 1988), tendo também o desafio de encontrar um equilíbrio dos direitos de proteção integral e a autonomia e privacidade dos menores de 18 anos em sua atuação virtual.

No entanto, a liberdade de informação, expressão e privacidade dos menores de idade não diminui o dever da proteção integral da criança e do adolescente, seja no meio virtual ou físico, sendo esse dever não só do Estado e da sociedade em geral, mas principalmente dos pais, em virtude da convivência mais íntima que possuem com seus filhos. Mas, existindo o desleixo dos responsáveis legais na proteção e busca do melhor interesse dos menores nas redes sociais, ocorre o que hoje leva o termo de “abandono digital”, como será explanado a seguir.

¹⁸ Art. 5. Inciso X. São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

¹⁹ Art. 14. O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente.

²⁰ Art. 227. § 3º. O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade.

4 QUANDO O ABANDONO AFETIVO SE TORNA DIGITAL

Introduzido na doutrina brasileira por Patrícia Peck e derivado do abandono afetivo, pode-se entender que o abandono digital, segundo Cristiano Chaves e Conrado Paulino (2021), consiste na ausência de atenção e cuidado dos responsáveis legais pelos menores em suas relações virtuais, o que resulta em diversos riscos ao desenvolvimento benigno da criança e adolescente, como apontado anteriormente. Ou seja, o abandono digital trata da negligência dos genitores para com seus descendentes no ciberespaço, não conscientizando ou efetivamente, protegendo estes dos riscos envolvidos às redes sociais, configurando pela ausência do dever de vigilância (AGUIRRE, 2021).

Com a aceleração das mudanças sociais e tecnológicas trazidas - sobretudo durante o período pandêmico do vírus COVID-19 - pais e mães, na luta para se adaptarem à nova realidade tecnológica que lhes foi imposta, e, a fim de manter seus vínculos sociais e/ou empregatícios, acabam por esquecer ou postergar a devida vigilância e ensino aos seus filhos em relação às precauções necessárias na utilização das plataformas digitais (FARIAS e ROSA, 2021), assim, sem promover a educação digital que zela pelo agir ético e legal nas interações públicas nas redes sociais, ou seja, a cidadania digital (PINHEIRO, 2021).

Além de que, conforme Patrícia Peck (2012), se tratando de cidadania digital, esta não se resumem a somente saber manusear ferramentas virtuais, mas preparar os indivíduos, em especial, os menores de idade, para aproveitarem as vantagens proporcionadas pelas plataformas digitais de maneira criativa e segura, a fim de não só atender seus interesses, mas também incentivar uma participação social ativa, ética e respeitosa aos seus direitos e de terceiros; para tanto também é necessária capacidade de reconhecimento básico dos limites entre os direitos de um indivíduo para outro, com o objetivo do usuário conseguir evitar e combater os perigos *online*, o que faz imperiosa a necessidade de orientação dos infanto-juvenis, a fim de que possam desenvolver e aplicar essa forma de participação de maneira independente.

Consequentemente, o desenvolvimento da prevenção e precaução digital das crianças e adolescentes é um dever coletivo, segundo os artigos 227 e 229²¹ da

²¹ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Constituição Federal de 1988, que visa exercer a cidadania digital em consonância com a situação de desenvolvimento do menor de idade²² (BRASIL, 2014), de maneira dos atos e institutos privados terem sua autonomia, mas submissos aos deveres constitucionais, daí o dever familiar dos pais em promover a dignidade e promover a realização da personalidade dos filhos, adaptando as formas de fazer tanto de acordo com a realidade de cada ente familiar, em quaisquer ambientes (FARIAS, 2006).

Isso posto, os pais que utilizam as redes sociais como válvula de escape dos estresses da criação, ao empregar o papel de “chupeta digital” às plataformas digitais de seus filhos para entretê-los e/ou silenciá-los, se feito recorrentemente, acabam por resultar ao que se chama de parentalidade distraída que caracteriza-se como uma espécie derivada do abandono afetivo familiar, abandono este que não significa um afastamento físico de pais e filhos, mas um afastamento abstrato que, na realidade, também resulta em uma separação fática, através da alienação socioafetiva (FALCÃO, 2019).

Ademais, os enlaces familiares não são mais definidos pelo pátrio poder, em que a principal obrigação é a garantia do sustento financeiro da família e o cuidado às suas necessidades fisiológicas básicas diárias; na atualidade, a família é baseada - especialmente - por seus laços afetivos que afirmam e sustentam a dignidade da pessoa, resultando em um ambiente propício ao desenvolvimento da personalidade humana. No entanto, essa realidade é em demasiado ameaça pela falta de interação social entre os membros familiares, quando estes dão mais atenção ao uso de tecnologias do que ao convívio familiar, o que gera agora um ambiente de desestímulo ao desenvolvimento humano em razão do abandono afetivo através do engajamento digital (FALCÃO, 2019).

É certo que um ambiente que estimula ou prepondera o abandono digital é extremamente prejudicial ao devido desenvolvimento do menor de idade, ainda mais quando aliado à falsa autonomia relacionada aos jovens usuários das redes sociais pela sua facilidade de uso dos aparatos tecnológicos, o que pode causar a confusão de que devido o menor de idade ter facilidade técnica de lidar com a tecnologia, eles não precisam do monitoramento no seu uso das redes; porém, é evidente que a habilidade de manusear tecnologias não necessariamente se traduz em conhecimento e

²² Art. 7. O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos. Inciso XII - acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei;

maturidade para lidar com os perigos relacionados a elas (MAIDEL e VIEIRA, 2015).

Imprescindivelmente, a presença regular e atenciosa dos pais é necessária para a proteção integral da criança e do adolescente, tendo em vista que os vínculos afetivos presenciais não podem ser substituídos por completo pelos virtuais, seja pelos adultos ou infanto-juvenis. Aqui encontra-se implícito ao princípio da proteção integral, o princípio da afetividade, pelo qual o afeto é reconhecido como elemento essencial para o pleno e salutar desenvolvimento do menor de idade, abarcando também o princípio da dignidade, sendo que o afeto impacta imediata e diretamente a esfera física, moral, espiritual e social do menor de idade (FALCÃO, 2019).

Nessas circunstâncias, subjetivamente, a falta do afeto, a carência do zelo dos familiares propicia ao menor de idade a procurar atenção que lhe falta nas relações virtuais, o deixando em uma condição ainda mais vulnerável aos predadores virtuais, discursos de ódio e ao *cyberbullying*, por exemplo (FARIAS e ROSA, 2021). Já mais objetivamente, o dever de zelo e promoção de um ambiente de bem-estar, livre de violência e opressão, pelos pais aos filhos é moderada pelo que se compreende ser sua autoridade parental legal, em que não há um poder ilimitado e absoluto dos pais sobre os filhos, como compreendia o pátrio poder no Código Civil de 1916, mas um feixe de responsabilidades e obrigações na promoção e cuidado dos direitos da criança e adolescente (AGUIRRE, 2021).

Aliás, há o reconhecimento que o abandono digital possui mais de uma vertente, não sendo somente a negligência dos pais em relação ao uso das redes sociais pelos filhos, como também a exposição inconsequente dos filhos, pelos pais, em suas redes sociais. É o chamado *over sharenting*, a hiperexposição pelos pais dos filhos no compartilhamento de suas imagens e informações pessoais nas plataformas digitais, é tido como um atentado à privacidade, ao melhor interesse e à proteção integral daquele menor, visto que o compartilhamento digital é global e eterno, e, a depender das informações compartilhadas, o que poderá incidir prejudicialmente no desenvolvimento psicossocial do menor até sua vida adulta (TEIXEIRA e MULTEDO, 2021).

A exposição dos filhos pelos pais nas redes sociais pode ocorrer por diversas razões, tanto para guardar momentos valiosos do crescimento dos jovens quanto para buscar a aprovação social e a autorrealização dos progenitores, mediante a experiência de parentalidade. Mas, essa exposição traz riscos relacionados a

possibilidade de terceiros usarem dos dados postados para qualquer atividade sem permissão expressa, o que se agrava quando os filhos, muitas vezes, sequer tinham a capacidade ou discernimento para impedir os pais de postarem determinadas informações, sejam positivas ou negativas, a seu respeito (TEIXEIRA e MULTEDO, 2021).

E ainda que haja a possibilidade da exclusão posterior do conteúdo, por ordem direta do filho, aos dados fornecidos pelos genitores, essa autoridade só lhe é conferida a partir dos 18 anos, pois entende-se que os pais têm o poder de consentir o compartilhamento em seu lugar, a fim de garantir, ao menos em tese, o seu melhor interesse, segundo o artigo 14 da LGPD²³. Assim, ocorre a falha do poder familiar através de uma autoridade parental que não prima pela personalidade e reputação do menor, desrespeitando sua dignidade, fases e particularidades, durante seu crescimento de forma egoísta (TEIXEIRA e MULTEDO, 2021).

Logo, faz-se necessário, desde a mais tenra idade da criança, que o âmbito familiar seja um ambiente democrático hábil para a formação de autonomia da criança, se adequando às exigências antropológicas dos filhos e aos seus direitos legais, promovendo a independência dos filhos em relação aos pais, por meio do diálogo, respeito e procura do equilíbrio entre o cuidado e imposição de limites e o estímulo moderado à emancipação das crianças e adolescentes, ou seja, a fim de construir sua autonomia essencial para exercer sua capacidade civil plena futuramente, de acordo com Ana Teixeira e Renata Multedo (2021).

Nessa conjuntura, tal emancipação advém da apropriada prática da responsabilidade parental²⁴, ou seja, o poder legal dos pais em assumir os deveres para com os filhos para sua criação protetiva, sendo sua falta a causa da responsabilização cível dos representantes legais do menor perante o Estado, tendo em vista o desrespeito à privacidade e inviolabilidade psíquica e moral da criança ou adolescente²⁵ ao não instruí-lo para sua devido desenvolvimento psicossocial e inclusão digital, ou ao constrangê-lo através de sua exposição exagerada nas redes sociais (BRASIL, 1990), o que permite a penalização dos pais e demais entes

²³ Art. 14. O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente.

²⁴ Art. 100. Inciso IX - responsabilidade parental: a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente;

²⁵ Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

responsáveis por sua proteção quando estes são falhos na prevenção dos malefícios previsíveis aos menores de 18 anos, resultando na ocorrência de danos evitáveis à parte mais frágil da relação pela falta de cuidado, como demonstrado a seguir.

5 A RESPONSABILIDADE NO CUIDADO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE NA INCLUSÃO DIGITAL

Apesar de o núcleo familiar ser primordial no desenvolvimento das crianças e adolescentes, não pode tudo ser resumido a esse meio, pois a manutenção e eficiência dos deveres parentais seriam prejudicadas sem a contribuição dos outros entes responsáveis pelos jovens, sendo a educação destes um direito e dever de todos²⁶, com a necessidade da colaboração do Estado e da sociedade - como um todo - para prover um ambiente satisfatório próprio ao desenvolvimento da personalidade dos menores de idade e os preparar para o exercício da cidadania, incluso no meio virtual, além de qualificá-los para sua futura inserção no mercado de trabalho (BRASIL, 1988).

Ainda, o acesso à educação dos próprios pais determina muito sobre a forma e capacidade destes em assegurar os direitos dos mais novos, sendo mais conscientes sobre seus deveres familiares, quando instruídos desde cedo pelas entidades governamentais, logo, é justo que o Estado se prontifique de fornecer meios, materiais e imateriais, para suprir um ambiente favorável ao bom desenvolvimento educacional dos maiores e menores de 18 anos²⁷ (BRASIL, 1990), definindo a responsabilidade estatal na inclusão digital de todos os brasileiros, em consonância com o Marco Civil da Internet em seu artigo 26 e seguintes²⁸.

Também cabe ao Estado, por intermédio da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), prevista na LGPD, e outros meios cabíveis, promover políticas

²⁶ 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.

²⁷ Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VII - atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático- escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

²⁸ Art. 26. O cumprimento do dever constitucional do Estado na prestação da educação, em todos os níveis de ensino, inclui a capacitação, integrada a outras práticas educacionais, para o uso seguro, consciente e responsável da internet como ferramenta para o exercício da cidadania, a promoção da cultura e o desenvolvimento tecnológico. Art. 27. As iniciativas públicas de fomento à cultura digital e de promoção da internet como ferramenta social devem: I - promover a inclusão digital;

públicas de informação e conscientização sobre a proteção de dados pessoais e medidas de segurança para os responsáveis legais dos menores de 18 anos poderem compreender e combater os perigos do mundo digital²⁹ (BRASIL, 2018); somado a isso, a ANPD tem a função de vigiar, na medida do possível, atuação dos menores de idade no ciberespaço³⁰ (BRASIL, 2018), analisando, por exemplo, as crianças que fazem contas virtuais com idades que não condizem com a realidade (BRASIL, 2018), tendo o dever informar aos pais de prontidão, conforme o ECA³¹ (BRASIL, 1990), a fim de os auxiliarem na proteção dos menores no âmbito digital.

Nesse sentido, a forma como o poder público capacita seus cidadãos repercutirá diretamente em como a sociedade lidará com a educação de suas crianças, pois, segundo Almeida *et al.* (2011 *apud* MAIDEL e VIEIRA, 2015, p. 306), os pais - com maior grau de escolaridade e nível socioeconômico - apresentam preferência por uma mediação mais ativa no acompanhamento dos filhos nas redes sociais. Para tal, na inclusão digital promovida pelo Estado, é necessário que este periodicamente, formule e fomente estudos, bem como fixe metas, estratégias, planos e cronogramas que desenvolvam o qualitativo uso da internet no Brasil (BRASIL, 2014), como modo de prevenção e combate às ilegalidades praticadas virtualmente.

Outrossim, o dever de cuidado coletivo para com as famílias dar-se por elas serem a base da sociedade³² (BRASIL, 1988), logo fazendo jus a proteção especial do Estado. Por consequência, a sociedade e Estado são auxiliares ativos na proteção da criança e do adolescente, tendo responsabilidade primária e solidária³³, de acordo com o ECA, na aplicação da proteção integral dos menores de idade, principalmente, no que consta o acionamento das autoridades competentes, mediante a violação dos direitos dos menores de idade³⁴ (BRASIL, 1990). Isso posto, a ampliação dessa

²⁹ Art. 32. A autoridade nacional poderá solicitar a agentes do Poder Público a publicação de relatórios de impacto à proteção de dados pessoais e sugerir a adoção de padrões e de boas práticas para os tratamentos de dados pessoais pelo Poder Público.

³⁰ Art. 55-J. Compete à ANPD: IV - fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso;

³¹ Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

³² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

³³ Art. 100. Inciso III - responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais;

³⁴ Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

responsabilidade também visa a concretização do princípio da proteção integral nas redes sociais (FARIAS e ROSA, 2021), sob pena de não somente os pais cometerem o abandono digital, mas também o Estado e a sociedade.

Nessas circunstâncias, as instituições de ensino, por exemplo, também são diretamente responsáveis pela proteção integral da criança e do adolescente, possuindo o dever de vigilância do menor e, ao perceber situações que impliquem a perda ou risco à dignidade da criança ou adolescente, tendo o dever de relatar aos pais ou tutores sobre tanto ou relatar aos órgãos estatais competentes, a depender do caso concreto³⁵ (BRASIL, 1990), sob pena de ser der judicialmente sancionada por sua omissão na proteção do menor.

Destarte, a responsabilização das instituições de ensino também se aplica ao observar atos ilícitos aos direitos da criança e do adolescente ocorridos dentro do instituto escolar, em suas mediações ou em decorrência direta deste, ou seja, quando a existência do ambiente institucional é essencial na configuração do nexo causal do dano. Nisso, é presumida a responsabilização objetiva das escolas, a exemplo nos casos de *cyberbullying* praticados entre seus alunos, quando demonstrado que fora a convivência acadêmica que possibilitou sua prática, junto à negligência da instituição no seu dever de vigilância e proteção do menor, conforme o estabelecido no art. 932, inciso IX, do Código Civil³⁶ e exemplificado da decisão da 8ª Câmara Cível do TJ-PR³⁷.

II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

III - em razão de sua conduta.

³⁵ Art. 100. Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: VI - intervenção precoce: a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida.

³⁶ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

³⁷ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. BULLYING PRATICADO POR COLEGADE ESCOLA. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO POR PARTE DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO NA RESOLUÇÃO DO PROBLEMA. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA A ATUAÇÃO DA PEDAGOGA E DA PSICÓLOGA DO ESTABELECIMENTO DE ENSINO NO CASO, INCLUSIVE POR DOCUMENTOS FIRMADOS PELA AUTORA E SUA GENITORA. NEXO CAUSAL NÃO DEMONSTRADO. RESPONSABILIDADE CIVIL AFASTADA. RECURSO DESPROVIDO. 1. O nexo causal é premissa

indispensável para a caracterização da responsabilidade civil, sendo que ausente tal pressuposto, não há se falar em responsabilidade civil, ainda que se trate de responsabilidade objetiva. 2. É certo que comentários depreciativos vindos de colegas de escola, máxime na adolescência, têm o condão de configurar *bullying*; mas, no caso, a questão a ser analisada é se os danos retratados pela autora tiveram origem na alegada omissão do estabelecimento de ensino. 3. Do conteúdo fático-probatório constante dos autos, infere-se que a requerida tomou as medidas cabíveis, embora não tenha procedido a suspensão ou expulsão da aluna agressora, medidas drásticas a serem tomadas após esgotadas as tentativas anteriores e que não foram necessárias, pois após o comparecimento dos pais de ambas as alunas na escola não houve mais qualquer espécie de problema. (TJPR - 8ª C. Cível - 0013140-87.2017.8.16.0001 - Curitiba - Rel.: DESEMBARGADOR HELIO HENRIQUE LOPES FERNANDES LIMA - J. 01.06.2021)

(TJ-PR - APL: 00131408720178160001 Curitiba 0013140-87.2017.8.16.0001 (Acórdão), Relator: Helio Henrique Lopes Fernandes Lima, Data de Julgamento: 01/06/2021, 8ª Câmara Cível, Data de Publicação:

Aliás, é verificada também a responsabilidade civil dos provedores de internet e provedores de aplicações na internet. Os provedores de internet e aplicações são os encarregados em dispor do serviço de conexão à internet e fornecer funcionalidades acessíveis, através de um dispositivo que tenha acesso à internet, em respectivo. Então, operadoras de internet, como a Claro ou a Vivo, e aplicativos como o *Google* e *Youtube* são submissos ao ordenamento brasileiro, desde que um de seus terminais esteja localizado no Brasil e os dados coletados tenham ocorrido em território brasileiro, segundo o Marco Civil da Internet³⁸ (TEFFÉ e MORAIS, 2017).

No entanto, segundo Chiara Teffé e Maria de Moraes (2017), devido à relevância em assegurar os princípios da privacidade, liberdade de expressão e neutralidade, no ciberespaço, a responsabilidade dos provedores de internet e aplicações ocorre de maneira subjetiva e solidária e subsidiária, em respectivo, logo, é preciso a comprovação de culpa dos provedores na ocorrência do dano e essa culpa é definida pelos artigos 19 e 21 da Lei 12.965/2014³⁹, sendo a especificação em lei essencial, uma vez que se trata de uma situação atípica, em que a responsabilização do provedor se dá por conteúdo gerado por terceiros.

Baseado em decisões recentes proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁴⁰, há culpa dos provedores - na ocorrência de dano a terceiro - quando estes não cumprem obrigação de fazer, ou seja, quando o provedor de internet não torna indisponível, no limite de suas possibilidades e competência, o conteúdo tido como ilícito por decisão judicial expressa, e quando o provedor de aplicações não retirar a disponibilização de conteúdo, após notificado para tanto pelo titular do dado ou por

01/06/2021)

³⁸ Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

§ 1º O disposto no caput aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil.

³⁹ Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

⁴⁰ Entendimento demonstrado nos Recursos Especiais 1.306.066/MT, 1.193.764/SP e 1.308.830/RS.

seu representante legal, e deixar diligentemente de articular, na medida do seu possível e esperado, a retenção do referido conteúdo.

Na hipótese do usuário ofendido ser um menor de idade, é necessário que o ofendido, por intermédio de seu representante legal, requeira à justiça e/ou aos provedores pela indisponibilização do conteúdo ofensivo, além dos dados pessoais do usuário ofensor pelos provedores para prover sua responsabilização judicial⁴¹ (BRASIL, 2014), não podendo prevalecer o uso do anonimato, nas redes sociais quando há o dever de responsabilização de seu usuário, caso contrário seria uma violação ao art. 5º, IV, da Constituição Federal⁴² (TEFFÉ e MORAIS, 2017).

Nesses cenários de responsabilização judicial, Peck (2012) indica priorizar a aplicação da Teoria do Risco na responsabilização de terceiros no âmbito digital, mas ainda respeitando a singularidade de cada caso, em que a culpa é um elemento dispensável para definir a responsabilização legal, para a caracterizar a responsabilidade e o dever de indenizar os ofendidos, uma vez que a internet é um veículo midiático em que a possibilidade de danos indiretos é mais provável de ocorrer do que os danos diretos, resultando em algum dano moral e/ou material a terceiro, ainda que sem culpa⁴³ (BRASIL, 2014).

Outrossim, a ausência ou diminuta proteção dos filhos pelos pais propicia ainda mais a concretizado dos riscos relacionado ao uso das plataformas digitais que, ocorrendo dano a outrem, o ordenamento brasileiro determina ao ofensor a obrigação de reparar os danos que deu causa, independentemente de sua idade, já que um dano injusto não pode ficar sem reparação, como define os artigos 186 e 927 do Código Civil⁴⁴. Assim, ainda pelo mesmo código, a pessoa menor de idade que causar danos a outrem também deverá ressarcir o ofendido, mas seus pais serão seus responsáveis de forma solidária e objetiva⁴⁵, inclusive, quando o dano ocorre através das plataformas

⁴¹ Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º

⁴² Art. 5º. Inciso IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

⁴³ Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

⁴⁴ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

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

⁴⁵ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

digitais.

No que consta os deveres parentais de proteção e cuidado do menor, a responsabilidade dos pais pelos filhos não se restringe a convivência cotidiana, conseqüentemente, os pais são responsáveis pelos seus filhos e os atos destes independentemente da situação conjugal que se encontram, não eximindo os pais divorciados sem a guarda dos menores de seus deveres parentais, condizente com o artigo 1.631 Código Civil de 2002⁴⁶, pois agora é o afeto, seja ele presente ou passado, que constitui o preceito de vínculo familiar (FARIAS e ROSA, 2021), assim trazendo a responsabilidade objetiva dos pais para com os filhos e lhes dando pleno poder familiar a ambos, segundo o artigo 1.634 do CC/2002⁴⁷ (FILHO, 2021).

Demais, apesar de previsão legal da responsabilização dos menores de idade e seus progenitores na reparação de um dano, é mais desejado que haja a prevenção contra a ocorrência desse dano, para tanto foi criado o entendimento acerca da responsabilidade preventiva. A responsabilidade preventiva trata de uma espécie de “proteção sem danos”, nela há a imputação da responsabilidade ao expor alguém a riscos, potencialmente irreversíveis, por definir o dever do responsável em prevenir os riscos conhecidos na sociedade digital, o que se aplica bem aos menores de 18 anos, devido sua situação de hipervulnerabilidade. Logo, para evitar o dano de forma preventiva é necessário o pleno exercício do dever de cuidado dos ascendentes para com os descendentes, por meio de planejamentos prudentes e sensatos na criação dos menores (AGUIRRE, 2019).

Mas, o que ocorre quando o exercício desse dever de cuidado é negligenciado pelos genitores? De fato, a necessidade do consentimento parental - para o acesso e utilização de determinadas plataformas - e a fiscalização da ação da criança e do adolescente, por exemplo, remetem à responsabilização cível dos genitores para com a prole, por isso, na omissão ou conduta contrária à moral e aos bons costumes dos pais para com os filhos que configure o abandono do menor, quando denunciado pela vítima ou terceiro à autoridade competente - o Ministério Público -, poderá ser aplicada

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

Art. 942. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932.

⁴⁶ Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

⁴⁷ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

a perda do poder familiar dos pais, baseado no artigo 1.638 do Código Civil⁴⁸ (ALVES *et al.* 2022).

Já no que consta o direito da criança e adolescente à privacidade e à intimidade, em um ambiente sadio ao desenvolvimento da sua cidadania, o ECA adverte em seu artigo 100⁴⁹ que a intervenção dos pais e terceiros na vida dos menores de idade deve ser feita de acordo com a estreita necessidade, em respeito à sua autonomia e seu melhor interesse, o que não precisamente remete ao acompanhamento direto, constante e explícito dos responsáveis legais, uma vez que os pais também têm o dever de respeitar a individualidade dos filhos. Por isso, a responsabilidade parental deve ser adequada às peculiaridades de cada faixa etária e particularidades dos menores de idade, como também expressa o ECA⁵⁰, com a ponderação sobre a privacidade, individualidade e proteção dos filhos pelos pais (AGUIRRE, 2019).

Dessarte, ações que retiraram da criança ou adolescente seu direito a uma vida íntima, privada e livre, mas de modo a não comprometer sua proteção integral, é incompatível, por exemplo, à prática hoje comum a muitos pais, conhecida como *over sharenting*, ou *sharenting*, que consiste na hiperexposição de imagens e informações dos filhos pelos pais nas redes sociais. Nessa prática, é observado que aqueles que mais deveriam zelar pela guarda das informações dos menores são justamente os agentes de sua divulgação, o que é agravado nas situações que o filho ainda não tem a capacidade de expressar seu consentimento, quanto ao compartilhamento *online* de suas informações pessoais, e que posteriormente resulta em uma quebra de confiança dos filhos para com seus pais, por consequência, gerando um ambiente pouco acolhedor ao desenvolvimento salutar (ALVES *et al.*, 2021).

No caso citado, há a colisão entre os direitos à imagem, intimidade, privacidade e dignidade do filho versus a liberdade de expressão dos pais, no âmbito digital⁵¹

⁴⁸ Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

II - deixar o filho em abandono;

⁴⁹ Art. 100. Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

V - privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada;

VII - intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente;

VIII - proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada;

⁵⁰ Art. 100. Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

XI - obrigatoriedade da informação: a criança e o adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, seus pais ou responsável devem ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa;

⁵¹ Art. 17. Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei.

(BRASIL, 2018), entretanto é simples a conclusão que, devido à prioridade absoluta do menor de idade e diante do dever de cuidar dos pais pelos direitos fundamentais dos filhos, o uso da liberdade de expressão dos pais para postar informações pessoais do menor consiste em um abuso de direito, devido aos riscos presentes ou futuros que o filho é submetido, graças à capacidade de compartilhamento eterno e global da internet. Inclusive, conforme o artigo 187⁵² do CC/2002, o *sharenting* dos pais pode ser visto como uma conduta oposta aos bons costumes e boa-fé dos responsáveis legais para com o menor, podendo o Ministério Público intervir com a alegação de o *sharenting* ser um ato ilícito e incitando a perda do poder familiar (ALVES *et al*, 2021).

Desse modo, na realidade dos tempos atuais, o que mais faz-se preciso para garantir tempos e lembranças de qualidade com os filhos pelos pais, é a aplicação da mediação parental que propõe que os pais conscientizem seus filhos, quanto à utilização proveitosa e segura das redes sociais, através de verbalizações, condutas e valores sobre o uso, perigos, vantagens e significados atrelados às mídias; a forma que a mediação ocorre depende do caso concreto, podendo ser por meio de diálogos sobre o conteúdo e atividades midiáticas, aprovando ou não sua maneira de uso, e criando regras explícitas para sua utilização, ou por meio do acompanhamento presencial do pai ou mãe enquanto o menor está nas redes, ou a aplicação de ambos (MAIDEL e VIEIRA, 2015).

Por conseguinte, tão prejudicial quanto o uso excessivo das redes, é sua restrição rígida e injustificada ao acesso destas, uma vez que o resultado seria o isolamento pela desatualização do menor, quanto ao uso das tecnologias, tendo um cerceamento do seu direito à informação e inclusão digital. Recomenda-se, portanto, a conscientização do menor de idade através de conversas e imposição de limites, quanto ao uso das redes, isso é mais recomendável por fomentar mais a independência e desenvolvimento sadio do jovem, junto ao uso ponderado do controle parental, de acordo com as peculiaridades do desenvolver do menor de idade (MAIDEL e VIEIRA, 2015).

Assim sendo, a participação salutar do menor na interação do mundo físico e virtual compreende o equilíbrio entre diversos direitos seus na busca de sua inclusão digital para, quando cabível, de forma gradativa, segura e consensual, haver o

⁵² Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

compartilhamento de informações pessoais suas por ele e terceiros nas redes sociais, a fim de participar ativa e responsavelmente do meio digital. Nisso, a sociedade, Estado e, acima de tudo, a família tem a missão de ensinar as regras de postura ética cidadã aos menores de 18 anos, com o propósito de desenvolver sua solidariedade e o respeito aos seus e os direitos dos demais, devendo ser um comportamento materializado dentro e fora do ciberespaço, priorizando a conscientização de direitos e sua aplicação (FARIAS, 2006).

6 CONCLUSÃO

A naturalização do uso das plataformas digitais pelas crianças e adolescentes, na conhecida como era digital, em especial após a pandemia de COVID-19, vêm se tornando um ponto controverso, enquanto alguns enxergam a facilidade em se conectar e interagir virtualmente em tenra idade um sinal do progresso social, outros veem a presença constante dos aparelhos tecnológicos como um sinal de descontrole ou indisciplina no uso destes. De uma forma ou outra, os dois pontos de vista contêm verdades. Afinal, a conexão ao meio virtual abarca vantagens e desvantagens como qualquer outra coisa.

Resumidamente, as principais vantagens relacionadas ao uso da internet consistem na democratização do acesso à informação de forma personalizada, instantânea e imparcial; quanto às desvantagens, destacam-se a banalização do fornecimento de informações pessoais, a facilitação de cometimento de crimes relacionados ao sequestro de dados e ofensa moral a terceiros, uma vez que os infratores se utilizam da desinformação dos usuários sobre os direitos que possuem para obter proveito destes ou os próprios infratores não tem conhecimento de tanto.

De uma maneira ou de outra, seja pelo uso malicioso da ignorância dos usuários das redes ou pelo desconhecimento do ofensor sobre sua responsabilização legal, casos como a ocorrência de *cyberbullying*, *sharenting*, extorsão, sequestro de dados, entre outros crimes, são perigos, diretamente, relacionados ao uso desprotegido das redes sociais, tendo os usuários destas redes de ser prevenidos, a fim de evitar serem vítimas desses atos, crianças e adolescentes, entretanto, tem maior vulnerabilidade e probabilidade de serem vítimas dos crimes *online* por disporem de menos experiência, cederem, mais facilmente, à pressão social e

diminuto entendimento sobre seus direitos e ilicitudes nas condutas alheias.

Entretanto, frente ao inevitável aumento do uso das tecnologias da informação, é certo que a privação dos menores de idade ao acesso à internet é contrária ao seu direito à informação e inclusão digital, impedindo o desenvolvimento salutar de sua personalidade, reconhecimento de sua voz na participação social e formação de sua identidade digital por meio do exercício de sua cidadania digital. Ou seja, a recusa da interação virtual pelos menores de idade contraria o seu melhor interesse, o que também é ofensivo à proteção integral da criança e do adolescente.

Nesse contexto, é observado a extrema importância da participação dos pais no zelo aos direitos do filho uma vez que são os progenitores que tem maior intimidade com o processo de desenvolvimento dos menores de idade, em razão de sua convivência constante e afetividade, tipicamente envolvida nos vínculos familiares, mas sem retirar do Estado ou da sociedade como um todo, o dever de cuidado para com a criança e adolescente, sendo sua proteção um dever coletivo que possui absoluta prioridade por se tratar daqueles que serão o futuro da nação.

Para a concretização de um ambiente virtual sadio à criança e adolescente, instiga condutas como a atualização constante das plataformas digitais a fim de prover um sistema mais sensível à disposição de conteúdos seguros aos menores de idade e com maior detecção de riscos envolvidos no seu meio, junto à verificação do consentimento legal quanto ao tratamento e disponibilização e ou não de dados dos usuários. Isso ocorre a partir de ações e incentivos do Estado da fomentação de políticas públicas de conscientização, fiscalização e responsabilização do uso das redes, além do engajamento social na capacitação coletiva, no exercício da cidadania e educação digital, e, principalmente, pela aplicação dos pais desse conhecimento no monitoramento das atuações virtuais dos seus filhos.

Nisso, quanto ao dever estatal, são exemplos de políticas públicas destinadas a fomentar a inclusão digital da sociedade como um todo: a inserção de aulas sobre a educação e cidadania digital nas instituições de ensino fundamental, médio e superior; a realização de palestras periódicas obrigatórias nos locais de trabalho para conscientização dos direitos e obrigações no âmbito digital, com ênfase à proteção integral aos menores de idade; o desenvolvimento e investimento na criação e divulgação de aplicativos seguros, intuitivos e simplificados para o uso dos idosos; a propagação regular de propagandas conscientizadoras sobre os direitos no

meio virtual nos canais de comunicação de maior visibilidade social em horários pico, como nas redes sociais, televisão e rádio; relevantes penalidades nas condenações às empresas que desrespeitam a proteção de dados digitais e demais disposições do ordenamento brasileiro como forma de exemplo às demais instituições, dentre tantos outros.

Além disso, há o destaque quanto aos deveres parentais uma vez que se referem ao dever familiar de cuidado, zelo, vigilância e priorização dos direitos do menor de idade, por intermédio do controle e responsabilidade parental. Assim, havendo a negligência dos pais - quanto aos seus deveres parentais no uso não monitorado e orientado das redes sociais pelos filhos menores de idade - há o abandono digital, o que permite às autoridades competentes pela proteção efetiva da criança e adolescente responsabilizar judicialmente os genitores por sua omissão, o que poderá resultar na retirada de seu poder familiar, caso considerados como incapazes de promover o desenvolvimento salutar do menor.

Ademais, a negligência advinda da parentalidade distraída não se resume somente ao dano ao menor de idade para a sua ocorrência, mas também às ações e omissões dos filhos que gerarem danos a terceiros, tendo em vista a responsabilidade objetiva e solidária dos progenitores. Logo, a falha nos deveres parentais não resulta somente no desrespeito aos direitos do menor de idade de maneira direta como também indiretamente aos direitos de terceiros, ainda mais se esse terceiro for outro menor, tendo em vista os danos psicossociais que podem ocorrer a criança ou adolescente, devido a sua condição de hipervulnerável.

Decerto, que a melhor forma de proteção integral aos menores de idade é a prevenção e precaução aos riscos envolvidos ao ciberespaço por meio da conscientização do menor através da mediação parental constante e adaptada às peculiaridades e faixa etária da criança e adolescente, posto que a fiscalização responsável das atividades *online* dos menores não coaduna com restrições rígidas e injustificadas às suas ações, mas na sua orientação personalizada, a fim de incentivar sua autonomia e individualidade.

Portanto, é notável que a responsabilização cível é uma forma de penalização necessária, quando constatado o abandono digital ao menor em razão a falha na proteção integral da criança e do adolescente, uma vez que é arriscado ou prejudicado o seu direito ao desenvolvimento salutar, resultando no mal desenvolvimento de sua

capacidade civil plena e, conseqüentemente, lhe retirando seu direito de desfrutar de um convívio social digno futuramente, o que é nocivo não só àquele indivíduo, mas toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

AGUIRRE, João Ricardo Brandão. A Responsabilidade Parental e o Abandono Digital. *In*: SANCHES, Patrícia Corrêa. **Direito das Famílias e Secções na Era Digital**. Belo Horizonte, Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, p. 630, 2021.

ALVES, Letícia dos Santos; SANTANA, Fernanda da Silva Sousa; CEREWUTA, Pollyanna Marinho Medeiros. Abandono digital infantil: aspectos jurídicos e conjecturas sociais da responsabilização dos pais. **Facit Business and Technology Journal**, v. 2, n. 36, 2022. Disponível em: < <http://revistas.faculdefacit.edu.br/index.php/JNT/article/view/1582> >. Acesso em: 27set. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 28 set. 2022.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm > Acesso em: 22 set. 2022.

BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm > Acesso em: 22set. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (**CONANDA**). **Nota Pública nº8**. Emitida em de 8 de maio de 2008. Disponível em <https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/depoimento_especial/nota_conanda_depoimento_sem_danos_2008.pdf >. Acesso em: 23 set. 2022.

BRASIL. Marco Civil da Internet. Lei 12.964 de 2014. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm >. Acesso em 24 out. 2022.

BRASIL. Lei do Bullying. Lei 13.185 de 2015. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm >. Acesso em: 27 out. 2022.

BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Lei 13.709 de 2018. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14020.htm >. Acesso em: 27 out. 2022.

BALDISSERA, Rian dos Santos; BLETSCH, Susana; DALLABRIDA, Rafaeli; MACARELLO,

Carollini Gomes; CERVI, Taís. Cultura do Cancelamento: Uma Perspectiva Psicanalítica. **Salão do Conhecimento**, v. 7, n. 7, 2021. Disponível em < https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=CULTURA+DO+CANCELAMENTO%3A+UMA+PERSPECTIVA+PSICANAL%3%8DTICA&btnG= >. Acesso em: 22 nov. 2022.

Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF). Convenção sobre os Direitos da Criança. **Comentário Geral nº 25 Sobre os Direitos das Crianças em Relação ao Ambiente Digital**. 2021. Disponível em < <https://criancaconsumo.org.br/biblioteca/comentario-geral-n-25/> >. Acesso em: 26 out. 2022.

COUTINHO, Tiago; DESLANDES Suely Ferreira. **O uso intensivo da internet por crianças e adolescentes no contexto da Covid-19 e os riscos para violências autoinfligidas**. Ciência & Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v.25, Suplemento 1, p. 2479 – 2486, abr. 2020.

FALCÃO, Letícia Prazeres. O fenômeno da parentalidade distraída e abandono afetivo quanto custa o cuidado na sociedade tecnológica. **Revista de Direito de Família e Sucessão**, Goiânia, v. 5, n. 1, p. 56-72, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A tutela jurídica da confiança aplicada ao Direito de Família**. 2006. Disponível em: < https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=A+tutela+jur%C3%Adica+da+confian%C3%A7a+aplicada+ao+Direito+de+Fam%C3%Adlia+Cristiano+Chaves+de+Farias&btnG= >. Acesso em 24 de out. 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria do Afeto**. O Abandono Digital e a Responsabilidade dos Pais em Versão 4.0 à Luz do Postulado da Afetividade. 2 ed. Salvador: Editora JusPodvium, 2021.

FILHO, Carlos Eduardo Pereira. **Os riscos do uso descuidado da internet por crianças e adolescentes e a responsabilidade civil dos pais no abandono digital no Brasil**. São Paulo. Universidade Presbiteriana Mackenzie. 2020. Disponível em: < https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=OS+RISCOS+DO+USO+DESCUIDADO+DA+INTERNET+POR+CRIAN%C3%87AS+E+ADOLESCENTES+E+A+RESPONSABILIDADE+CIVIL+DOS+PAIS+NO+ABADONO+&btnG= >. Acesso em 24 out. 2022.

LAZZAROTTO, Cleonice. LUCI, dos Santos Bernardi. O “lugar” educação infantil: as infâncias e a contemporaneidade. **EccoS–Revista Científica**, São Paulo, n. 59, p. 1-15, e13522, out./dez. 2021.

LIMA, Nilma Regina Mendes. **Intimidade Compartilhada: a espetacularização do eu nas redes sociais-um estudo analítico do Facebook**. XXXVI Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. 2013. Disponível em: < https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=Intimidade+Compartilhada%3A+a+espetaculariza%C3%A7%C3%A3o+do+eu+nas+redes+sociais+- >

+um+estudo++anal%C3%ADtico+do+Facebook+&btnG=>. Acesso em 24 out. 2022.

MAIDEL, Simone; VIEIRA, Mauro Luis. Mediação parental do uso da internet pelas crianças. **Psicologia em Revista**, v. 21, n. 2, p. 293-313, 2015.

Organização Mundial da Saúde (OMS). Classificações. **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID)**. Disponível em: <<https://www.who.int/standards/classifications/classification-of-diseases#:~:text=ICD-11%20Adoption,The%20latest%20version%20of%20the%20ICD%2C%20ICD-11%2C%20was,1st%20January%202022.%20>> Acesso em 24 out. 2022.

Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS). **Após 18 meses de pandemia de COVID-19, OPAS pede prioridade para prevenção ao suicídio**. Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/noticias/9-9-2021-apos-18-meses-pandemia-covid-19-opas-pede-prioridade-para-prevencao-ao-suicidio>>. Acesso em 21 out. 21.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. Edição 7. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555598438. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598438/>. Acesso em: 10 dez. 2022.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MULTEDO, Renata Vilela. (Over) Sharenting e o Abuso de Condutas dos Pais no Ambiente Digital. In: SANCHES, Patrícia Corrêa. **Direito das Famílias e Secessões na Era Digital**. Belo Horizonte, Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, p. 630, 2021.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; MORAES, Maria Celina Bodin de. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil. Análise a partir do Marco Civil da Internet. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 22, n. 1, p. 108-146, 2017.

UNESCO, 2020. Cetic.br. **Cresce o uso de Internet durante a pandemia e número de usuários no Brasil chega a 152 milhões, é o que aponta pesquisa do Cetic.br**. Disponível em: <<https://cetic.br/pt/noticia/cresce-o-uso-de-internet-durante-a-pandemia-e-numero-de-usuarios-no-brasil-chega-a-152-milhoes-e-o-que-aponta-pesquisa-do-cetic-br/>>. Acesso em: 19 out. 2022.

UNESCO, 2020. Cetic.br. Dados, Ferramenta de visualização de Dados. Explore os Dados. Kids Online. **A4 - Crianças e Adolescentes, Por Frequência De Uso Da Internet**. Disponível em: <https://data.cetic.br/explore/?pesquisa_id=13&unidade=Crian%C3%A7as%20e%20Adolescentes>. Acesso em 19 out. 2022.

UNESCO, 2020. Cetic.br. Dados, Ferramenta de visualização de Dados. Explore os Dados. Kids Online. **D1 – Crianças e Adolescentes Por Percepção Sobre Suas Habilidades Para o Uso De Internet**. Disponível: <https://data.cetic.br/explore/?pesquisa_id=13&unidade=Crian%C3%A7as%20e%20Adolescentes>. Acesso em 19 out. 2022.

ADOÇÃO À BRASILEIRA X ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*: DISPARIDADES ENTRE O CRIME E A LEGALIDADE

Aline Gurgel D'ávila¹

Rosangela Maria R. M. Mitchell de Moraes²

RESUMO

O trabalho se constitui de uma pesquisa teórica, baseada nos princípios que regem o Estatuto da Criança e do Adolescente, aprovado em 1990, e no histórico da adoção no Brasil, que pode ser comparada à adoção tipificada art. 242 do Código Penal, e, a adoção *Intuitu Personae*, modalidade de adoção em que a genitora entrega seu filho para terceiro(s) por vontade própria. Busca-se compreender a razão pela qual a primeira dessas modalidades configura crime, enquanto a segunda modalidade é legal. Considerando os objetivos do estudo, o método de abordagem utilizado será o dialético, utilizando a pesquisa exploratória e a pesquisa bibliográfica, com foco em fontes secundárias. Verifica-se que a adoção à brasileira é crime, devido ao seu viés de fraude contra o registro público; o que leva ao esquecimento do histórico da criança e a coloca em riscos, devido aos adotantes não serem aprovados pelo Sistema Nacional de Adoção. Por outro lado, a adoção *Intuitu Personae* não é criminalizada, pois há a busca dos adotantes para regulamentar a situação fática. Nos dois casos, os efeitos produzidos podem ser os mesmos, uma vez que a jurisprudência tem aceitado determinados casos, em detrimento do princípio do maior interesse e da teoria da proteção integral.

Palavras-chave: Adoção. Princípio do maior interesse. Estatuto da criança e do adolescente. Vínculo socioafetivo.

ADOPTION AT BRAZILIAN WAY X *INTUITU PERSONAE* ADOPTION: DIFFERENCES BETWEEN CRIME AND LEGALITY

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN. E-mail: alinegdavila@gmail.com.

² Professor Orientador. Especialista em Direito Civil. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN. E-mail: rosangela.mrm@hotmail.com.

ABSTRACT

The article consists of an academic research based on the Statute of the Child and Adolescent's principles and on the history of adoption in Brazil, which distinguish the adoption at brazilian way, foreseen in the penal code, and the *intuitu personae* adoption, form in which the mother delivers her child to a stranger by choice. The research aims to understand the reason why the adoption at brazilian way is a crime and the *intuitu personae* adoption is legal. Therefore, considering the goal of the article, it adopted the dialectical research method, using the exploratory and bibliographic research, focused on secondary sources. It is noted that adoption at brazilian way is a crime because it frauds the public record, erasing the historicity of the children adopted and exposing them to moral and physical damage since the adoptees are not regulated by the National Adoption System. On the other hand, *intuitu personae* adoption is not a crime, once the adoptee goes to the authorities to regulate the adoption later. Either way, the consequences are the same, since the jurisprudence is accepting some cases at the expense of the Best Interests Principle and the Integral Protection Theory.

Keywords: Adoption. Better Interests Principle. Statute of the Child and Adolescent. Socio-affective bond.

1. INTRODUÇÃO

A adoção define-se como processo de filiação parental, regulamentada pela Lei 13.509/2017 (Lei da Adoção) e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, estando presente na história do Brasil, desde a colonização portuguesa e, por isso, predominantemente, foi vista através de um caráter assistencial, por um longo espaço de tempo, o que colaborou para que a entrega de crianças pelas suas mães biológicas para terceiros se tornasse uma prática comum, observada como alternativa para as dificuldades enfrentadas por mulheres que não possuem condições financeiras ou emocionais de estabelecer vínculo parental com o filho.

Nesse contexto, percebe-se o avanço no processo de adoção, no Brasil, que hoje ocorre por meio de cadastro do requerente no Sistema Nacional de Adoção,

plataforma desenvolvida para unir as pessoas habilitadas às crianças que se encontram em situação de acolhimento. Sendo assim, os infantes disponíveis para serem adotados passam pelo processo de destituição de poder familiar, bem como a família que deseja adotar é avaliada pela equipe multidisciplinar do juízo da comarca, a fim de garantir que a adoção será bem sucedida tanto para o adotante quanto para o adotado. Nesse âmbito, um dos aspectos de maior interesse é compreender as razões para que a adoção à brasileira seja criminalizada e a adoção *intuitu personae* seja legal, posto que - em ambos os casos - há a transgressão ao cadastro de adoção, podendo submeter a criança adotanda a riscos psicológicos e físicos.

Para adentrar no presente estudo, no capítulo de abertura, abordam-se os aspectos históricos da adoção no Brasil e as marcas deixadas por essa trajetória, na atualidade. Disserta-se, de início, sobre a herança advinda da colonização portuguesa e sobre o desenvolvimento da adoção com o passar dos anos, discorrendo sobre as legislações adequadas para cada momento histórico. Será aprofundado também o estudo sobre as relações familiares, nas origens da adoção, e qual posição o filho adotivo ocupava antes do advento do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Constituição Federal, ambos dentre a década de 1980 e 1990.

Posteriormente, expõe-se os princípios que permeiam a proteção de crianças e adolescentes e quais são os objetivos por trás destes, para que se compreendam as modalidades de adoção previstas legalmente, os contrapontos de cada uma, e se introduza a adoção à brasileira e a adoção *intuitu personae*. Nesse momento, será conceituado o Princípio do Maior Interesse e a Teoria da Proteção Integral, bem como será tratado a respeito da filiação socioafetiva, a sua relevância para as modalidades de adoção estudadas e os seus pormenores. Superado esse conceito - no capítulo que trata especificamente de diferenciar as modalidades de adoção objetos deste estudo - será feita uma conexão com a filiação socioafetiva, esclarecendo o posicionamento atual da jurisprudência e da doutrina a respeito da temática.

Os subcapítulos da criminalidade da adoção à brasileira e da legalidade da adoção *Intuitu Personae* tratam de aprofundar as diferenças entre os dois institutos e frisar a razão pela qual uma é criminalizada, no Brasil, e a outra é legal. No discorrer deste trabalho, tem-se uma visão atual da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a fim de corroborar a formação do resultado desta pesquisa. Com esse propósito, cumprir-se-á a tarefa de entender a

adoção à brasileira como um crime o qual limita o direito de acesso do recém-nascido às suas raízes, e a adoção *Intuitu Personae* como uma modalidade que inverte o momento cronológico de regulamentação, em juízo do processo de adoção.

Trata-se de uma pesquisa teórica na qual se aplica o método dialético, ao passo que se preocupa em discorrer sobre a distinção entre a adoção à brasileira e adoção *Intuitu Personae*, utilizando de relação com o Princípio do Maior Interesse e da Teoria da Proteção Integral, bem como do arcabouço histórico e legal para alcançar o resultado. A pesquisa é exploratória e bibliográfica, baseada em fontes secundárias, como a Constituição Federal de 1988, legislação, doutrina jurídica e artigos científicos.

2. A ADOÇÃO NO BRASIL

A adoção - enquanto instituto regularizado pelo direito brasileiro - sofreu diversas alterações e evoluções até alcançar o patamar legal o qual se encontra hoje. Nesse sentido, a primeira vez que a legislação pátria tratou sobre o assunto foi durante a vigência do Código Civil de 1916, do art. 368 ao art. 378, o qual previa a possibilidade de adoção apenas para os casais que não tinham filhos naturais e que poderia ser dissolvida, de acordo com o art. 374, quando as duas partes concordassem ou se o adotado cometesse ingratidão contra o adotante.

Assim, é importante compreender o percalço histórico da adoção desde o Código de 1916, passando pela Lei 3.133/1957, pela Lei 4.655/65, até alcançar a Constituição Federal de 1988, o ECA em 1990 e da Lei da Adoção em 2009, bem como entender as mudanças recentes do Cadastro de Nacional de Adoção, tratado agora como Sistema Nacional de Adoção.

Ao buscar uma análise anterior ao Código Civil de 1916, para detalhar as motivações da adoção em suas origens, André Karst Kaminski *apud* Guilherme de Souza Nucci, sobre a época medieval, relata que os menores não haviam quase nenhum valor sob os olhos europeus, pois não tinham o mesmo nível de produtividade que os adultos e ainda necessitavam de cuidados, o que causava a morte por abandono, pela negligência ou pela exploração, quando vendidos para serem escravos, ou embarcados para servir como mão de obra em navegações. Assim, relata-se que a primeira criança portuguesa - a chegar no Brasil - possui esse perfil sub-humano, de abandono e exploração, o que continuou a ocorrer com as crianças

indígenas, as quais foram encontradas no território e reduzidas em sua liberdade, até serem catequizadas pelos jesuítas (NUCCI, 2014).

Dessa forma, é extraído que a primeira criança que chegou ao território indígena era portuguesa e abandonada, sem direitos resguardados e com deveres multiplicados, o que se estendeu para a criança brasileira encontrada nos territórios indígenas e refletiu por décadas em como os menores de dezoito anos eram tratados, no Brasil, até o advento da Constituição Federal de 1988 e da Lei 8.069/90, contexto que precisa ser considerado para compreender a complexidade da adoção (NUCCI, 2014).

Nesse diapasão, observa-se uma natureza contratual do advento da adoção no Código Civil de 1916, uma vez que o laço familiar - construído a partir desta - poderia ser resolvido pela vontade das partes, ou pela ingratidão do adotando, hipóteses que não estão mais previstas no ordenamento jurídico.

Dessa forma, evidencia-se que o Código de 1916 reproduzia as regras do direito francês, tendo o intuito apenas de regular a adoção para aqueles casais que não tinham a capacidade de gerar filhos biológicos (GOMES, 2013). Isso significa que o ato de “adotar” precisou passar por uma reestruturação, desde a sua motivação em existir, de forma a esclarecer para os adotantes que o instituto não deve ser visto apenas como o meio para sanar a vontade de ter filhos por quem não tem a capacidade, até o modo como o processo de adoção é precedido, havendo, hoje, o Sistema Nacional de Adoção que combina todos os dados e perfis de adotandos e adotantes, a fim de que o processo legal seja rápido e efetivo.

Seguindo os acontecimentos históricos, apenas com o advento da Lei n. 3.133/1957 que foi flexibilizada a adoção para casais que tinham filhos biológicos. No entanto, essa atualização, no Código Civil, foi clara quanto a desigualdade de direitos entre os filhos, uma vez que a nova redação - do art. 377 - previa que quando houvesse filhos biológicos, os filhos adotivos não teriam direito à sucessão hereditária. Nessa linha de pensamento, vê-se uma tentativa de atribuir um caráter assistencial para a conceituação da adoção, além de criar-se uma classificação entre os filhos, que não havia a mesma importância dentro da família e sequer criavam laços de irmãos entre eles, pois aquela adoção apenas vinculava os adotantes e o adotado (GOMES, 2013).

Por esse ângulo, ao entender a Lei n. 3.133/1957 como a primeira a atribuir um caráter assistencial à adoção, como citado acima, depreende-se que esta passou a

se preocupar com a situação social das crianças e adolescentes abandonadas e, por isso, os adotantes passam a poder ser aqueles com condições biológicas de procriarem também, sendo essa chamada de “adoção simples” (GOMES, 2013).

Por outro lado, a Lei 4.655/65 criou a modalidade de “legitimação adotiva”, a primeira com caráter irrevogável, e, que só poderia ser concretizada por meio de decisão judicial. No entanto, apesar dessa lei representar um grande passo para a adoção plena que temos hoje, ela ainda era limitada, sendo permitida apenas para o “infante exposto”, para o “menor abandonado” até os 7 (sete) anos de idade e para o filho natural reconhecido apenas pela mãe. Dessa forma, essa modalidade de adoção permitia a integração absoluta da criança a família acolhedora, já que permitia a recepção do sobrenome do legitimante pelo legitimado e permitia a alteração do prenome do adotado (GOMES, 2013).

Apesar das evoluções explicitadas acima, a Lei n. 4.655/65 precisou ser revogada pelo Código de Menores (Lei n. 6.697/65), para que o conceito de legitimação adotiva desse lugar à adoção plena. Nessa linha de raciocínio, era vigente naquela época ainda o previsto no Código de 1916, a adoção “contratual” e, agora, a adoção em sua modalidade plena.

No Código de Menores ainda se distinguia a adoção entre “simples” e “plena”, estando estas reguladas em seus arts. 27 ao 37. Detalhando a nova lei, observa-se que foi criado o estágio de convivência o qual precedia a adoção, porém esse poderia ser dispensado na adoção simples se o adotando não tivesse mais de 1 (um) ano de idade.

Ademais, em regra, a adoção plena só poderia ser realizada por pessoas casadas por mais de 5 (cinco) anos, e, que pelo menos um dos cônjuges tivesse mais de 30 (trinta) anos, mas como exceção poderia ser requerida pelo viúvo ou viúva, quando provado que o adotando já estava integrado ao lar - durante o período de convivência de três anos - ainda em vida do cônjuge falecido. Assim, também era lícito, como exceção, a adoção por casais separados judicialmente, desde que tivessem acordado sobre a guarda da criança, após a separação e já tivesse começado o estágio de convivência de 3 (três) anos na constância do matrimônio.

Do mesmo modo, na adoção plena, a sentença concessiva tinha efeito constitutivo e deveria ser inscrita em Registro Civil, mediante mandado, cessando os vínculos de filiação e parentescos anteriores a inscrição. Por fim, essa modalidade de adoção era irrevogável, ainda que sobreviessem filhos biológicos, equiparando os

direitos e deveres entre todos os filiados na estabilidade do casamento, porém frisa-se que não eram previstas as mesmas garantias aos filhos gerados fora do casamento (GOMES, 2013).

Nessa sequência, o Código de Menores foi revogado apenas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, porém com o advento da Constituição Federal de 1988 o instituto da adoção evoluiu ao ser regida pela Teoria da Proteção Integral e por igualar, definitivamente, os direitos e deveres entre os todos os filhos, independentemente de serem biológicos ou adotados e criados na constância ou não do matrimônio.

Posteriormente, surgiu a Lei da Adoção (Lei 12.010/2009), alterando artigos do ECA e do Código Civil de 2002, de forma que a adoção de criança e adolescentes ficou inteiramente regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, enquanto a adoção de maiores de 18 (dezoito) anos ficou a cargo do Código Civil.

Por todo o exposto, infere-se que apenas com a legislação vigente que as crianças e adolescentes passaram a ser reconhecidas como sujeitos de direitos, desvinculadas e independentes de quem estivessem filiadas (GOMES, 2013).

Dessa maneira, a adoção deixa de ser um instituto em que os adotantes assumem a posição de escolha e “poder” sobre o adotando, e passa a ser uma opção legal de filiação parental, disponível apenas para aqueles avaliados e aprovados como capazes, após extenso acompanhamento psicossocial da vara competente e sua equipe multidisciplinar. Para complementar esse entendimento, observam-se as mudanças recentes do Cadastro Nacional de Adoção para o Sistema Nacional de Adoção, reformado em 2019, de forma a unir a ferramenta digital às necessidades atuais do processo de adoção, sejam estas a redução do tempo de acolhimento e o retorno da criança ou do adolescente para a sua família de origem ou sua colocação em família substituta (FARIAS e BECKER, 2020).

3. MODALIDADES E PRINCÍPIOS DA ADOÇÃO

Tratando a adoção como a efetivação do vínculo legal de paternidade e/ou maternidade a pessoa “estranha”, a qual não possui laço biológico de filho, mas assim passa a ser reconhecido para todos os fins de direito (NUCCI, 2015), são previstas, no ordenamento jurídico e na doutrina brasileira, diferentes modalidades para consumir

esse ato, desde que respeitado, sobretudo, o Princípio do Melhor Interesse e Teoria da Proteção Integral, previstas no art. 100, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)³, com redação alterada pela lei n. 12.010/2009 e na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, ratificado pelo Brasil.

O Princípio do Maior Interesse foi adaptado do conceito estadunidense “*best interest*”, introduzido, em 1813, no julgamento do caso *Commonwealth v. Addicks*, da corte da Pensilvânia, em que a guarda de uma criança era disputada em ação de divórcio de casal na qual a cônjuge comete adultério, havendo sido decidido que a traição ocorrida não havia influência sobre a relação com a criança. Nesse sentido, a aplicação desse princípio foi adaptada ao Brasil de forma a prezar pela sobreposição das necessidades do infante, em detrimento dos interesses dos seus pais (PEREIRA, 2020).

Da mesma maneira, a Teoria da Proteção Integral é um pilar base para o Estatuto da Criança e Adolescente, responsáveis pela concretização dos direitos fundamentais, reconhecidos aos menores de 18 (dezoito) anos até a atualidade. Nesse

³ Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal;

II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares;

III - responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais;

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;

V - privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada;

VI - intervenção precoce: a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida;

VII - intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente;

VIII - proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada;

IX - responsabilidade parental: a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente;

X - prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isso não for possível, que promovam a sua integração em família adotiva;

XI - obrigatoriedade da informação: a criança e o adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, seus pais ou responsável devem ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como estase processa;

- oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei.

ínterim, essa teoria possibilitou que os direitos das crianças e adolescentes fossem vistos de forma descentralizada, assistidos não só pelo âmbito jurídico, mas por todo o campo das ciências sociais e assistenciais (CUSTÓDIO, 2008). Destarte, uma vez compreendido os princípios norteadores do Estatuto da Criança e Adolescente, faz-se possível a compreensão das modalidades de adoção.

3.1. ADOÇÃO UNILATERAL

A Adoção Unilateral é compreendida quando há a manutenção dos vínculos de filiação com um dos genitores, dando início a novo vínculo civil, apenas com o companheiro ou cônjuge deste genitor (ISHIDA, 2014). Incluída no Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei n. 12.010/2009, está prevista como uma das hipóteses legais de adoção sem inscrição no Sistema Nacional de Adoção.

Em outro ponto de vista, na adoção unilateral, há a exclusão do pai ou da mãe biológica da criança do seu registro civil, e, também, dos avós maternos ou paternos. Por esse fator, na visão de Simone Franzoni Bochia, tal ação deveria ser de guarda e responsabilidade, e não de adoção, vez que não preza pela preservação do patrimônio histórico familiar da criança e que, atualmente, de acordo com a mesmo, há uma banalização das filiações, de forma que poderia ser introduzida na vida da criança ou adolescente um terceiro, fruto de relação instável ou temporária, que acabaria por deturpar o princípio do maior interessada criança (BOCHIA, 2008).

À vista disso, Bochia ressalta a busca da Constituição Federal pela preservação do vínculo paternal, à aplicação do direito da criança à convivência familiar e a proteção ao patrimônio histórico-familiar, sendo possível concluir que referida modalidade de adoção deve ser feita com cautela (BOCHIA, 2008).

3.2. ADOÇÃO BILATERAL

A adoção bilateral será aquela em que se rompe o vínculo de filiação com o pai e a mãe, também conhecida como adoção conjunta, e é a forma de filiação adotiva mais comum (ISHIDA, 2014). Essa modalidade está prevista no artigo 42, § 2º do Estatuto

da Criança e do Adolescente, Lei nº 12.010, de 2009⁴, o qual prevê a indispensabilidade do casamento ou da união estável entre os adotantes, que devem comprovar a estabilidade da família. De acordo com Nucci, pouco importa se o casal é heterossexual ou homossexual, pois o que deve prevalecer é a intenção de formar família para o adotando (NUCCI, 2015).

A necessidade de comprovar a estabilidade da família é um ponto discutido na doutrina, pois algumas vozes entendem que a certidão de casamento seria prova da estabilidade conjugal, restando apenas a estabilidade da união estável a ser comprovada. Por outro lado, há entendimentos de que a estabilidade - prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente - deve ser comprovada independentemente de se tratar de casamento ou união estável, tendo em vista que se busca a comprovação da harmonia emocional e financeira dos adotantes, os quais devem transmitir confiança à equipe multidisciplinar, ao promotor e ao juiz da Infância e Juventude (NUCCI, 2015).

Sob um olhar crítico, Farias e Rosenvald *apud* Tainá Lima Ribeiro e Teresa Cristina Ferreira Lima de Oliveira levantam a discussão de que os núcleos familiares estáveis são mais extensos do que aqueles previstos na legislação, como no caso de famílias que não possuem laços conjugais e, ainda assim, possuem o desejo de adotar. Portanto, torna-se indispensável a análise do caso concreto, à luz do maior interesse da criança ao se deparar com a adoção bilateral (RIBEIRO e OLIVEIRA, 2020).

3.3. ADOÇÃO INTERNACIONAL

Regulada pelos arts. 51 e 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção internacional será possível quando o pretendente tiver residência habitual, em país-parte da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação - em Matéria de Adoção Internacional – e, deseja adotar criança de país-parte da mesma Convenção.

Essa modalidade de adoção não deve ser vista como a “salvação” da criança, tampouco como a “destruição da cidadania” desta, pois se trata de medida a ser aplicada apenas, em caráter subsidiário, quando for beneficiar a criança. Essa discussão torna-se relevante ao estudar a adoção internacional, pois já houve casos de

⁴ Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.(...)

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

grande repercussão de celebridades, que adotaram crianças de países subdesenvolvidos, e, dividiram opiniões sobre o procedimento de adoção por estrangeiros ter um caráter assistencialista ou apagar as raízes culturais do infante (JUNIOR, 2008).

Outro ponto relevante sobre a adoção internacional é o dado estatístico de dezembro de 1998, do estado de São Paulo, que revelava que a maioria dos requerentes eram italianos, espanhóis e franceses, casados, com nível superior e exercendo profissões nas áreas econômico-financeiras, educação e saúde. A pesquisa mostra que esses casais buscavam adotar crianças com até 3 (três) anos de idade, sem preferências por sexo ou cor, de acordo com Camila Claudia Miskulin Galvao Bueno *apud* Valter Kenji Ishida (ISHIDA, 2014).

Para compreender as limitações da adoção internacional, Dimar Messias de Carvalho *apud* Guilherme Nucci aponta que apenas será possível essa modalidade, quando houver o esgotamento de interessados brasileiros, com o intuito de que sejam preservados os costumes, a língua de origem e a cultura da criança.

No entanto, é levantada a discussão sobre se, de fato, está sendo respeitado o Princípio do Maior Interesse, uma vez que - muitas vezes - o infante que reside no Brasil não tem acesso a esses direitos sociais e, pelo entendimento de juízes contrários a essa modalidade de adoção e pelas barreiras impostas pelo ECA, tem o seu processo de emigração mediante adoção dificultado (NUCCI, 2015).

3.4. ADOÇÃO INTUITU PERSONAE

A adoção *Intuitu Personae* pode ser descrita pela hipótese em que, geralmente, a mãe manifesta o desejo de entregar o filho para a adoção sem que tenha havido prévia destituição ou perda do poder familiar e, para isso, indica pessoa ou família determinada para ser a adotante, ainda que esta não esteja inscrita no sistema nacional de adoção.

Deve-se ressaltar que essa adoção ocorre - fatidicamente - antes do estabelecimento de vínculos afetivos entre o adotando e o adotante, o que levantou por muito tempo uma ambiguidade de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito de como tratá-la (KUSANO, 2006).

Essa modalidade para além da hipótese tradicional, em que os pais biológicos

desejam entregar a criança para terceiro específico, sem haver laços afetivos, ocorre também quando determinado casal deseja adotar criança específica por já estar constituído o laço de afetividade, tratando-se, então, de adoção dirigida (GOMES, 2013).

Nesse raciocínio, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 45⁵, exige o consentimento dos pais - em qualquer modalidade de adoção -, exceto quando a criança for destituída do poder familiar ou quando seus pais forem desconhecidos, de maneira que somente será possível a adoção de criança ou adolescente sem o consentimento dos pais depois de ação judicial que a destitui do poder familiar (GOMES, 2013).

Em razão do exposto, os entendimentos jurisprudenciais recentes são no sentido de que, em detrimento do Princípio do Maior Interesse, os vínculos afetivos - formados entre o adotando e os adotantes - deve prevalecer em detrimento do Sistema Nacional de Adoção, seguindo esse raciocínio a decisão da 3ª turma do Supremo Tribunal de Justiça, a qual em unanimidade, concedeu habeas corpus para uma criança ser devolvida para a família em que convivia desde o seu nascimento até ser levado ao abrigo (IBDFAM, 2019).

3.5. ADOÇÃO À BRASILEIRA

A adoção à brasileira é conduta tipificada no Código Penal em seu art. 242⁶, o qual tutela o estado de filiação e a fé pública que envolve seu registro. Ocorre quando o terceiro registra como seu o filho de outrem, se destacando como uma forma de burlar o processo de adoção (CUNHA, 2019). Na visão de Nucci, esse crime é causado devido à burocracia, prevista em lei, para a adoção, pelo Judiciário lento e pela falta de estrutura do poder público para dar suporte aos adotandos e adotantes (NUCCI, 2015).

Atualmente, essa forma de adoção irregular pode ocorrer quando um homem

⁵ Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.

§ 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

⁶ Art. 242. Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza; Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

registra como seu o filho de outro homem, casando-se ou vivendo em união estável com a genitora, criando e educando o filho alheio como se fosse seu (MALUF C. e MALUF A., 2016).

Antigamente, era comum o exemplo de um casal que entregava o filho recém-nascido para família selecionada e esta, afirmando que o parto foi feito em casa, realizavam o registro em cartório como se o infante fosse filho biológico, suprimindo direito ao real estado de filiação do recém-nascido, o qual tem o seu histórico e raízes apagadas (NUCCI, 2015).

No mesmo contexto, observa-se a adoção à brasileira como uma prática antiga na nossa história, uma vez que, durante todo o século XX, o procedimento podia ser realizado em cartório, e, estima-se que entre 80% a 90% das adoções - nessa época - não foram regradas pelas autoridades. Por isso, o adotado que tivesse interesse em conhecer as suas raízes e origens, deveria fazer um verdadeiro trabalho de detetive (FONSECA, 2012).

Em outro viés, argumenta-se também que essa espécie de adoção deveria ser examinada a partir da perspectiva da filiação, perseguindo apenas a estabilidade nas relações de família, e, se desconstruindo a ideia de “ilegalidade”. Assim, tem-se no ordenamento jurídico o instituto do perdão judicial, no qual o juiz pode deixar de aplicar a pena por motivo de reconhecida nobreza, de forma que é defendido que seja aplicada na hipótese do crime do art. 242 do Código Penal (ALBUQUERQUE, 2005).

3.6 DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A filiação se define como o laço que vincula os filhos aos pais ao serem gerados, porém, as relações familiares passaram por um processo de desbiologização, de forma que hoje o estado de “filho” se caracteriza pelo afeto, assim surgindo a filiação socioafetiva, que poderá decorrer da adoção, da hipótese de “filho de criação”, da adoção à brasileira, do reconhecimento voluntário da maternidade ou da paternidade e da inseminação artificial heteróloga (CARDIN e WYSOKI, 2009).

Na história da adoção, apenas os filhos biológicos tinham direito à filiação parental dos seus genitores, não se levando em consideração o vínculo afetivo. Com as evoluções advindas do tempo e transformações do século XXI, passou a ser reconhecida a filiação socioafetiva por meio de processo judicial, em que fosse atestado o vínculo familiar e, com esse contexto, foi possível a vigência do provimento

n. 63 de 2017 do Conselho Nacional de Justiça⁷ que permitiu essa modalidade de filiação de maneira extrajudicial, no cartório, a partir de 2017 (CALDERON e TOAZZA, 2019).

Dentre os benefícios do provimento regrado, tem-se a desburocratização da filiação, que democratizou a regulamentação de muitas pessoas que possuíam seus documentos desatualizados, e a redução do número de demandas judiciais relativas ao registro civil (CALDERON e TOAZZA, 2019).

Com o intuito de esclarecer a finalidade da filiação socioafetiva, foi ressaltado - em decisão - que esse reconhecimento é cabível para casais homoafetivos, mas não se aplica para adequar situações de multiparentalidade de casais heteronormativos, pois só poderá ser promovida por figura materna ou paterna, alternativamente, que desejar ser regulamentado. Tem-se, assim, o intuito de evitar a adoção à brasileira (CNJ, 2018).

4. DISPARIDADES ENTRE A ADOÇÃO À BRASILEIRA E A ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*

A adoção *Intuitu Personae* diferencia-se do procedimento de adoção nacional devido ao fato do adotante ser pessoa indicada pela genitora e por haver a dispensa do prévio cadastro no Sistema Nacional de Adoção.

No entanto, os demais critérios do ECA devem ser observados para a concretização dessa modalidade, como os requisitos pessoais do adotante, regular processo de adoção com sentença judicial, necessidade de estudo social, avaliação psicossocial e os efeitos jurídicos produzidos (KUSANO, 2006).

Em alternativa, a adoção à brasileira viola o Sistema Nacional de Adoção, pois as crianças que seriam adotadas, pelo cadastro, são irregularmente registradas como filhas de terceiros. A partir desse ato ilícito, surge a “posse do estado de filho”, em que há a aparência, perante a sociedade de que se trata de uma relação paterno-filial. De tal forma, há o ato de registro do filho de outrem como se fosse próprio, sem que se observe o processo judicial ou qualquer requisito existente no Estatuto da Criança e

⁷ Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida.

do Adolescente (GOMES, 2013).

Em ambos os casos, havendo a entrega de filho biológico pela genitora para terceiros, deve ser presumida a renúncia tácita ao poder familiar, não devendo mais ser observada a vontade dos genitores, a partir desse momento, cabendo ao Estado, por meio do Poder Judiciário, prosseguir com o procedimento a ser adotado (SOUZA, 2009).

A fim de evitar a busca por essas modalidades de adoção não regulamentadas, no ordenamento jurídico brasileiro, estuda-se a viabilidade do “parto anônimo”, hipótese em que a mãe teria o direito de permanecer desconhecida, sem estar sujeita a qualquer responsabilização cível ou penal, na entrega da criança para a adoção. Esse instituto já é possível, juridicamente, em países como a França, Hungria e Índia (SILVEIRA VIEIRA, 2019).

De todo modo, a entrega voluntária de filho para a adoção pela mãe biológica não constitui crime, sendo essa possibilidade regulamentada pela Lei 13.509/2017 - intitulada “Lei da Adoção”. No entanto, para que essa entrega seja feita de acordo com a legalidade, a genitora deverá ser encaminhada para a Justiça da Infância e Juventude, órgão que irá buscar parentes ou familiares próximos que se disponibilizem a exercer os cuidados da criança ou, não havendo, irá conduzir o infante para o processo de adoção (TJ-DFT, 2018).

4.1 DO CRIME DA ADOÇÃO À BRASILEIRA

O Código Penal é objetivo ao taxar a prática da adoção à brasileira como crime contra o estado de filiação, vide art. 242.

No campo fático, o casal que comete esse crime e é levado para juízo poderá ser perdoado caso comprove o vínculo afetivo com a criança, sendo esse entendimento da jurisprudência pátria. Da mesma forma, caso não seja comprovado o vínculo afetivo, deve ser determinada a medida protetiva de acolhimento institucional, para o infante e a responsabilização criminal dos responsáveis pela fraude (STJ, 2020)⁸.

⁸ AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR CUMULADA COM MEDIDA PROTETIVA DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. “ADOÇÃO À BRASILEIRA”. ENTREGA IRREGULAR DO INFANTE PELA MÃE BIOLÓGICA A TERCEIROS. AUSÊNCIA DE VÍNCULO AFETIVO DO MENOR COM OS SUPOSTOS PAIS REGISTRAIS. CONVÍVIO DE CURTO ESPAÇO DE TEMPO (TRÊS MESES). DETERMINAÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. SITUAÇÃO DE RISCO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO. (STJ - 1774015 SC 2018/0270473-4).

Outrossim, a jurisprudência atual busca a preservação da integridade física e psíquica da criança, não impondo a medida de acolhimento institucional em hipóteses que não oferecem riscos ao princípio da proteção integral e devendo haver ampla dilação probatória, a respeito do caso concreto (STJ, 2020)⁹.

Decerto, para que seja observado o vínculo afetivo entre a criança e a família na qual se insere é imprescindível a realização de estudo social e de avaliação psicológica, por profissionais competentes vinculados ao juízo, sejam esses assistentes sociais e psicólogos vinculados (STJ, 2018)¹⁰.

Destarte, a adoção à brasileira deve ser estudada a partir da perspectiva da filiação, linha de pensamento que vincula a “ilegalidade” à vinculação socioafetiva, pois uma vez atestada esta, poderá ser utilizado o instituto do “perdão judicial”, em que o juiz deixa de aplicar a pena em razão de reconhecida nobreza. Para enriquecer esse entendimento, tem-se a lei argentina nº 19.216 – 07/09/71, a qual concede anistia para aqueles que inscreverem os filhos menores de 18 (dezoito) anos como filhos próprios, sendo eles alheios, desde que não haja lucro ou propósito de prejuízo envolvido (ALBUQUERQUE, 2005).

Como se observa, existem diferentes linhas de pensamento quanto à anulação do registro civil da criança registrada na “adoção à brasileira”. Na visão de Gadino Bordallo *apud* Eleonora Santos Guerra, esse registro é nulo por conter uma declaração falsa, devendo ser constituído a qualquer tempo, pois trata-se de vício intrínseco (GUERRA, 2013).

Em diferente doutrina, alinhada à jurisprudência atual, Maria Helena Diniz *apud*

⁹ AÇÃO DE ADOÇÃO CUMULADA COM DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. SUSPEITA DE IRREGULARIDADES PRATICADAS PELOS AUTORES DA AÇÃO E PELA MÃE BIOLÓGICA. “ADOÇÃO À BRASILEIRA”. NECESSIDADE DE AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA. ORDEM DENEGADA. 1. É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de permitir, em situações excepcionais, a superação do óbice da Súmula 691 do STF em casos de flagrante ilegalidade ou quando indispensável para garantir a efetividade da prestação jurisdicional. 2. Salvo risco evidente à integridade física e psíquica da criança, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional, cuja legalidade pode ser examinada na via estreita do Habeas Corpus. Precedentes. 3. Hipótese em que, todavia, o acolhimento fora determinado em razão de fatos que levantam suspeita de possíveis irregularidades praticadas pelos autores da ação e pela mãe biológica da criança, em detrimento da legalidade do processo de adoção. Situação que demanda ampla dilação probatória, inviável na via processual estreita do habeas corpus. 4. Ordem denegada. (STJ - HC 570636 SP 2020/0079843-2)

¹⁰ AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR EM RAZÃO DE INDÍCIOS DE PRÁTICA DE “ADOÇÃO À BRASILEIRA”. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. DESCONSTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. PROCEDIMENTO PARA COLOCAÇÃO DA MENOR EM FAMÍLIA SUBSTITUTA. ALEGADA OCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA EM VIRTUDE DE INDEFERIMENTO DO ESTUDO SOCIAL E AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS PROTETIVOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS. “ADOÇÃO À BRASILEIRA” NÃO ERA HIPÓTESE PREVISTA PARA DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR AO TEMPO DA AÇÃO E DA SENTENÇA. IMPRESCINDIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DO ESTUDO PSICOSSOCIAL EM HIPÓTESE DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. RECURSOS ESPECIAIS PARCIALMENTE PROVIDOS PARA ANULAR A SENTENÇA.

Eleonora Santos Guerra, considera irreversível o registro de nascimento realizado, na “adoção à brasileira”. O argumento dessa defesa consiste no fato de que a anulação não é cabível por não se tratar de um vício de vontade. Defende-se, pois, que o registro corresponde à realidade do fato jurídico (GUERRA, 2013).

Pelo exposto, depreende-se que a jurisprudência e a doutrina se encontram alinhadas no entendimento de que deve haver o reconhecimento da adoção à brasileira, quando for comprovada que há a filiação socioafetiva (GUERRA, 2013). Para corroborar essa visão, afirma-se que apesar dessa modalidade de adoção não estar pautada nos moldes legais, devem ser observados os casos separadamente, de acordo com a especificidade, a fim de proteger a estabilidade familiar em situações consolidadas e reconhecidas socialmente, desde que não haja vício de consentimento ou má-fé, de forma a prevalecer a ligação socioafetiva consolidada (STJ)¹¹.

De outro pórtico, há de se elucidar as dificuldades enfrentadas pelas crianças que foram adotadas por meio da adoção à brasileira, quando buscam as suas origens, visto que esse procedimento não deixa vestígios. Dessa feita, o único meio para descobrir sobre seus genitores são os seus pais adotivos, o que configura uma verdadeira lacuna para aquele que busca saber sobre o seu antepassado, seja qual for o motivo.

Para agravar esse contexto, ao procurar as autoridades, percebe-se que não há qualquer registro formal sobre o processo de adoção, posto que esse nunca existiu, o que dificulta o entendimento de quem busca essas informações sobre as circunstâncias em que fora adotado (FONSECA, 2012).

Por fim, em estudo realizado por Cláudia Fonseca, buscando pistas sobre mulheres que entregaram seus filhos para adoção, no último século, atesta-se como era ordinário o procedimento da adoção à brasileira, sugerindo motivações como a falta de autonomia legal e econômica das genitoras, uma moralidade sexual repressiva e a instabilidade conjugal, em conjunto com situação de pobreza. O referido trabalho relata a informalidade que permeia o processo de adoção dentre os anos de 1950-

¹¹ Conquanto a adoção à brasileira não se revista da validade própria daquela realizada nos moldes legais, escapando à disciplina estabelecida nos arts. 39 *usque* 52-D e 165 *usque* 170 doECA, há de preponderar-se em hipóteses como a julgada, consideradas as especificidades de cada caso, a preservação da estabilidade familiar, em situação consolidada e amplamente reconhecida no meio social, sem identificação de vício de consentimento ou de má-fé, em que, movidas pelos mais nobres sentimentos de humanidade, A. F. V. manifestou a verdadeira intenção de acolher como filha C. F. V., destinando-lhe afeto e cuidados inerentes à maternidadeconstruída e plenamente exercida (...) prevalece, na hipótese, a ligação socioafetiva construída e consolidada entre mãe e filha, que tem proteção indelével conferida à personalidade humana,por meio da cláusula geral que a tutela e encontra respaldo na preservação da estabilidade familiar (STJ - Recurso Especial 1000356/SP).

1970, elucidando as dificuldades enfrentadas pelo filho adotado que, posteriormente, viria a buscar suas raízes (FONSECA, 2012).

4.2 DA LEGALIDADE DA ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*

A adoção *Intuitu Personae*, ou adoção dirigida, não é conduta criminosa, pois a mãe biológica da criança não expõe a sua integridade física ou põe em risco a sua vida, características do delito do art. 133 do Código Penal¹².

No caso em análise, a genitora entrega o infante para terceiro que acredite ser mais qualificado para exercer os cuidados familiares, podendo ser diversas as razões para culminar a essa alternativa. Frisa-se o reconhecimento de que a referida conduta não é ilegal, posto que não há norma constitucional ou infraconstitucional que vede expressamente o ato (SOUZA, 2009).

Com efeito, apesar de não ser ilegal, a adoção dirigida fomenta discussões e paradigmas quanto à possibilidade ou não da destituição do poder familiar, bem como se discute a necessidade de respeito ao Sistema Nacional de Adoção, o qual tem como pressuposto o cadastro dos requerentes e, também, da necessidade de haver um período de estágio de convivência antes da adoção ser deferida (GOMES, 2013).

Diante disso, deve-se analisar o caso concreto da adoção *Intuitu Personae* de acordo com o princípio do melhor interesse da criança, para que o juiz competente avalie se a situação fática deve ser regularizada ou se deve ser combatida. Por um lado, tem-se que a admissibilidade dessa modalidade de adoção respeita a vontade dos pais biológicos do infante, visto que, muitas vezes, estes apenas dão a criança para um casal conhecido e de sua confiança (SOUZA, 2009).

Em alternativa, tem-se que a entrega de criança para casal - escolhido diretamente pelo genitor - pode gerar uma frustração naqueles que estão habilitados no Sistema Nacional de Adoção e passaram por entrevistas, avaliações e trâmites legais para se prepararem para o momento de chegada do esperado filho. Do mesmo modo, a adoção dirigida oferece um risco de a criança ser entregue para um casal que

¹² Art. 133 - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:

Pena - detenção, de seis meses a três anos.

§ 1º - Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 2º - Se resulta a morte:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

não esteja preparado emocionalmente, posto que não é acompanhada pela equipe técnica que faz o intermédio entre a adoção nacional, prevista no ECA (SOUZA, 2009).

Nos casos concretos, muitas vezes, os casais que recebem a criança de forma dirigida entram com pedido de adoção cumulada com pedido de guarda provisória em juízo. Verifica-se a adoção *Intuitu Personae*, na medida em que os requerentes não são cadastrados no Sistema Nacional de Adoção e não possuem relação de parentesco com o infante (TJ-RS, 2019)¹³

Da mesma forma, a jurisprudência entende que não é do melhor interesse da criança ou do adolescente ser retirado do lar, em que está inserido, e dirigido para acolhimento institucional temporário em situações que não oferecem riscos a sua vida ou integridade física e emocional. Por esse viés, deve-se preservar os laços familiares que já foram fortalecidos pelo convívio e pelo exercício da parentalidade, desde o momento do recebimento da criança (STJ, 2020)¹⁴.

Diante do exposto, tendo em vista que não há vedação legal contra a adoção *Intuitu Personae* na legislação vigente, há quem sugira a previsão expressa dessa modalidade no ECA, assim como nos casos de adoção *post mortem* e de adoção unilateral. Argumenta-se que nas possibilidades citadas também não é obrigatório o cadastro prévio dos adotantes no Sistema Nacional de Adoção, ao mesmo passo em que mantém a necessidade de prévia avaliação psicossocial.

Nesse diapasão, defende-se que, com essas mudanças, o juiz não teria um papel apenas homologatório nessa modalidade de adoção, mas sim poderia analisar e julgar efetivamente conforme o melhor interesse do infante (KUSANO, 2006).

¹³ ADOÇÃO INTUITU PERSONAE. 1. Considerando que o agravante **não se encontra habilitado à adoção, tampouco possui parentesco com as infantes**, a análise do pedido de guarda provisória não pode prescindir da apuração dos requisitos previstos no ECA a autorização excepcional de uma eventual adoção *Intuitu Personae*. 2. Ausentes os requisitos necessários constantes do parágrafo 13 do art. 50 do ECA para eventual deferimento do pedido de adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado na lista de habilitados à adoção, inviável o deferimento da guarda provisória e, até mesmo, de autorização de visitas, pois as meninas, em virtude de procedência do pedido de destituição do poder familiar, se encontram sob os cuidados de família substituta. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. TJ - RS: AI70081593683.

¹⁴ SUSPEITA DE ENTREGA IRREGULAR PARA ADOÇÃO INTUITU PERSONAE. PECULIARIDADES E NUANCES FÁTICAS QUE NÃO RECOMENDAM, POR ORA, O DESABRIGAMENTO E ENTREGA DA CRIANÇA PARA A FAMÍLIA BIOLÓGICA. INOCORRÊNCIA DE CONVÍVIO E FORMAÇÃO DE VÍNCULO AFETIVO ENTRE ELES. ENTREGA DE OUTROS DOIS FILHOS PARA ADOÇÃO, EM CIRCUNSTÂNCIAS PARECIDAS. AUSÊNCIA DE ESTUDO PSICOSSOCIAL. INEXISTÊNCIA DE SEGURANÇA NECESSÁRIA DE QUE A CONCESSÃO DA ORDEM ATENDERÁ O MELHOR INTERESSE DA INFANTE. ORDEM DENEGADA, COM SUGESTÃO DE PROVIDÊNCIAS URGENTES. 1. Não é admissível a utilização de habeas corpus como sucedâneo ou substitutivo de recurso ordinário cabível. Possibilidade excepcional de concessão da ordem de ofício. Precedentes. 2. A jurisprudência desta Eg. Corte Superior, em observância ao princípio da proteção integral e prioritária da criança previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituição Federal, consolidou-se no sentido da primazia do acolhimento familiar em detrimento a colocação do menor em abrigo institucional. 3. O STJ também tem decidido que não é do melhor interesse da criança o acolhimento temporário em abrigo, quando não há evidentes riscos à sua integridade física e psíquica, de modo a se preservar os laços afetivos configurados com a família substituta (...). STJ. HC 602781 RS 2020/0194043-0.

Ao final, elucida-se que a adoção *Intuitu Personae* pode mascarar a comercialização de bebês, mediante coação da mãe biológica, que não tem o suporte técnico necessário para lidar com a entrega do recém-nascido, por motivos emocionais ou financeiros. Por isso, o argumento de que esta modalidade deve ser regulamentada expressamente em lei é frisado, com o objetivo de fornecer um maior suporte psicológico e social para aqueles que enfrentam esse contexto (KUSANO, 2006).

5. CONCLUSÃO

Inicialmente, compreende-se que a adoção, no Brasil, enfrentou um caminho iniciado pela inferiorização das crianças e dos adolescentes, os quais não eram observados com o devido valor e sim como um mártir.

Com isso, o processo de adoção não se configurou como uma prioridade dentre a legislação pátria, só havendo mudanças significativas com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente e com a Constituição Federal de 1988.

Deste feito, não haveria como mascarar a herança de quase um século de marginalização, restando - até os dias atuais - práticas que burlam o atual Sistema Nacional de Adoção e oferecem uma via mais rápida e livre de burocracias para aqueles que pretendem adotar e não dão a devida importância aos formalismos adotados pela legislação.

Nessa linha de raciocínio, observa-se que as leis infraconstitucionais incluíram como possibilidades a adoção unilateral, adoção bilateral, adoção internacional e, até mesmo, a filiação socioafetiva, restando questionamentos no que diz respeito às modalidades de adoção, discutidas no presente trabalho: a adoção *Intuitu Personae* e a adoção à brasileira.

Por um lado, a adoção à brasileira é crime previsto no Código Penal. Na prática, o que se observa é que tal conduta é responsável por, além de fraudar o registro civil, apagar o histórico da criança que foi adotada, que tem como única fonte a respeito do seu passado e das suas origens a família a qual acolheu. No mesmo pensamento, a família que recebe a criança não passa por uma preparação técnica para a parentalidade, preparação essa prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente e que obriga os adotantes a passarem por avaliações psicossociais, além de ser

imprescindível a presença, em curso de preparação para a adoção.

Do mesmo modo, a adoção *Intuitu Personae* é capaz de desencadear as mesmas consequências previstas acima, com exceção a fraude ao registro civil e do esquecimento do histórico do infante. No entanto, essa modalidade não é criminalizada pela legislação pátria e, inclusive, é vista com melhores olhos pela jurisprudência apresentada. O que se infere então, é que a adoção *Intuitu Personae* é uma expressão do princípio da reserva legal, em que apenas será vista como infração penal aquela descrita em lei.

Tendo em vista o acima exposto, faz-se necessário avaliar a adoção *Intuitu Personae* com seriedade e detalhismo, pois ainda que a conduta em si de entrega do filho, pela mãe biológico para que terceiro exerça a guarda não seja criminalizada, essa pode ser meio para a prática de diversos outros crimes previstos no código penal, tal qual o abandono de incapaz, previsto no art. 133 do Código Penal e o tráfico de pessoas, previsto no art. 149-A do Código Penal.

Assim, o que se constata é a legalidade “por exclusão” da adoção *Intuitu Personae*, a qual uma vez que não se encaixe ou perpassa por alguma outra conduta tipificada no Código Penal, poderá ser ratificada em juízo, uma vez preenchidos os requisitos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Superado esses aspectos, elucida-se que ainda que uma das modalidades apresentadas seja criminalizada e a outra seja legal, elas podem produzir o mesmo efeito jurídico. Isso porque a jurisprudência e a doutrina majoritária, conforme o exposto, têm vinculada a admissibilidade dessas adoções a filiação socioafetiva. Assim, uma vez constatada que há o fortalecimento e o exercício da parentalidade na relação entre o infante e os adotantes, bem como sendo avaliado que a retirada da criança de seu lar, para o acolhimento institucional, será de grande trauma e desvalor para o desenvolvimento desta, será determinada a manutenção do quadro fático.

Não obstante, há de se enfatizar que, no que pese a adoção *Intuitu Personae* possa gerar consequências semelhantes a adoção à brasileira, em determinado momento, após o estabelecimento da convivência e o exercício da parentalidade, os adotantes irão buscar a vara competente para homologar a situação fática, passando por todos os requisitos previstos na lei pátria. Dessa forma, vê-se uma inversão cronológica, no respeito aos requisitos do ECA, ao invés da desconsideração total dos requisitos previstos.

Em outro espeque, na adoção à brasileira, existe a má fé dos adotantes em burlar os procedimentos do ECA, pois esses esperam que a adoção consumada não seja “descoberta” pelas autoridades competentes e que não seja necessária à sua apresentação em juízo. Isso porque, por intermédio do crime cometido, o casal já obtém a titularidade de “pai” e/ou “mãe” daquela criança sem se submeter às exigências legais, pois a sociedade fornece essa validação, assim como o registro civil que os autoriza a exercer a parentalidade sem maiores complicações com o crime encoberto.

Portanto, a título de conclusão, ao configurar a adoção à brasileira como crime, busca-se proteger a verdade do registro civil, o histórico da criança e a sua integridade física e mental. Opina-se, então, que esses aspectos não devem ser flexibilizados, pois o processo legal observado por uma equipe multidisciplinar é o único capaz de assegurar a proteção integral do infante.

Do mesmo modo, entende-se que a jurisprudência atual se posiciona de maneira a preservar o maior interesse da criança, pois uma vez que esta esteja instalada no ambiente familiar e que seus direitos estejam sendo zelados, pode ser traumatizante a sua retirada do lar para a unidade de acolhimento.

No entanto, caso a criança seja de tenra idade, verifica-se que o contratempo causado na sua retirada do lar poderia ser vantajoso para que a lei seja cumprida e haja o respeito ao Sistema Nacional de Adoção.

Quanto à adoção *Intuitu Personae*, observa-se que o seu perigo consiste no fato de que essa prática pode servir de meio para que outras condutas criminosas ocorram. Dito isso, a partir do momento em que os adotantes buscam a regularização da situação fática, deve ser feita uma profunda análise dos pormenores ocorridos na entrega da criança pela genitora, a fim de averiguar se esta adoção deverá ou não ser homologada e se apresenta riscos para a criança.

Por todo o exposto, é evidente que a adoção deverá ser vista a partir da socioafetividade constituída, independente da modalidade. Esse laço socioafetivo deverá ser protegido, em qualquer hipótese que os interesses da criança estejam protegidos. Em contraste, deve-se observar as razões pelas quais mulheres de baixa renda buscam, com frequência, entregar seus filhos para terceiros, não se excluindo o fator socioeconômico presente na dificuldade desta se empoderar enquanto “mãe”.

Assim, forma-se a opinião de que, ao se deparar com tal quadro fático, a

genitora deve ser buscada e ser encaminhada para um fortalecimento psicológico, bem como observadas suas condições de vida, a fim de que se abram portas para que essa esteja disposta e amparada para criar o seu filho. Defende-se, então, que a viabilidade das modalidades de adoção apresentadas deve ser vista em *ultima ratio*.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Adoção à brasileira e a verdade do registro civil**. 2005. V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/14.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2020.
- BOCHNIA, Simone Franzoni. **Da adoção: categorias, paradigmas e práticas do direito de família**. 2008. Curso de Pós-graduação de Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2008. Disponível em: <<https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 15 jul. 2020.
- _____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 15 jul. 2020.
- _____. Supremo Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial**, 2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/857229293/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1774015-sc-2018-0270473-4?ref=serp>>. Acesso em: 27 out. 2020.
- _____. Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus**, 2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865966568/habeas-corpus-hc-570636-sp-2020-0079843-2?ref=serp>>. Acesso em: 27 out. 2020.
- _____. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**, 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574625542/recurso-especial-resp-1674207-pr-2017-0120487-1?ref=serp>>. Acesso em: 27 out. 2020.
- _____. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**, 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14318607/recurso-especial-resp-1000356-sp-2007-0252697-5/inteiro-teor-14318608>>. Acesso em: 28 out. 2020.
- _____. Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus**, 2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1101121644/habeas-corpus-hc-602781->>

rs-2020-0194034-0?ref=serp>. Acesso em: 28 out. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **APC: 20100111388027 DF 0046048-96.2010.8.07.0001**, Relator: Otávio Augusto, Data de Julgamento: 20/06/2013, 3ª Turma Cível.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul. **Agravode Instrumento**, 2019. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/887231266/agravo-de-instrumento-ai-70081593683-rs?ref=serp>>. Acesso em: 28 out. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **APR: 2012015205-2 SC (Acórdão)**, Relator: Marli Mosimann Vargas, Data de Julgamento: 24/09/2012, Primeira Câmara Criminal Julgado.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Entrega Voluntária para Adoção**. Brasília, DF. 2018. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/entrega-voluntaria-de-adocao>>. Acesso em: 08 nov. 2020.

CALDERON, Ricardo; BORTOLAN TOAZZA, Gabriele. **Filiação Socioafetiva: Repercussões a partir do provimento 63 do CNJ**. Belo Horizonte, MG, 19 de abr. 2019. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2020.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; WYSOSKI, Andreza Minamisawa. Da Filiação Socioafetiva. **Revista Jurídica Cesumar**. Centro Universitário de Maringá - CESUMAR, Maringá, Paraná. 2009. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/1242> Acesso em: 22 set. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Especial (arts.121 ao 361)**. 11 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

CUSTODIO, André Viana. **Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente**. 2008. Revista do Programa de Pós-graduação, Mestrado e Doutorado. Universidade de Santa Cruz do Sul. Santa Cruz do Sul, 2008. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657/454>>. Acesso em: 16 set. 2020.

FARIAS, Christine Zogbi; BECKER, Fabiane Brum Soares Zimmermann. **O novo Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA) como instrumento para a garantia do Direito à Convivência Familiar da Criança e do Adolescente**. 2020. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos/1487/O+novo+Sistema+Nacional+de+Ado%Adolescente>>. Acesso em: 6 ago. 2020.

FIGUEIREDO e FIGUEIREDO, Luciano L. e Roberto L. **Direito Civil: Família e Sucessões**. 6. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

GOMES, Manuela Beatriz. **Adoção *Intuitu Personae* no direito brasileiro: uma análise principiológica**. 2013. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-09122014-135856/publico/Dissertacao_Adocao_intuitu_personae_ManuelaBeatrizGomes.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2020.

GUERRA, Elonora Santos. **O afeto como valor jurídico: uma análise sobre legalidade da adoção *Intuitu Personae***. 2013. Trabalho de Conclusão de Curso. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/22493/22493.PDF>>. Acesso em: 28 out. 2020.

IBDFAM. **Melhor interesse da criança deve prevalecer sobre rigor formal do Cadastro Nacional de Adoção**. 2015. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/5835/Melhor+interesse+da+crian%c3%a7a+deve+>>. Acesso em: 16 set. 2020.

IBDFAM. **STJ determina que bebê deixe abrigo e volte a conviver com família afetiva**. 2019. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/6904/STJ+determina+que+beb%c3%aa+deixe+a+brigo+e+volte+a+conviver+com+fam%c3%adlia+afetiva+>>. Acesso em: 6 ago. 2020.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência**. 15. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

KUSANO, Suely Mitie. **Adoção *Intuitu Personae***. 2006. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo. São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp009295.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2020.

MALUF, Carlos A. D.; MALUF, Adriana C. R. F. D. **Curso de direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book. Disponível em: <<https://www.univates.br/biblioteca/>>. Acesso em: 23 set. 2020.

NORONHA, João Otávio De. **Pedido de Providências**. Conselho Nacional de Justiça, 2018. Acesso em: <file:///home/chronos/u-104ebcc1a5524163d5dc15679151b78c18e8012d/MyFiles/Downloads/SEI_0054255_02.2018.8.16.6000.pdf>. Acesso em: 22 set. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense LTDA, 2015.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O princípio do “melhor interesse da criança”**: da teoria à prática. 2020. Disponível em: <<https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/tania-da-silva-pereira-o-principio-do-melhor-interesse-da-crianca.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2020.

RIBEIRO, Taina Lima; OLIVEIRA, Teresa Cristina Ferreira. **“Adoção a brasileira” sobre diferentes perspectivas: ato ilícito ou ato de amor?** 2020. Trabalho de Conclusão de Curso em Direito. Universidade Católica do Salvador. Salvador, 2020. Disponível em:

<<http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/1648/1/TCCTAIN%c3%81RIBEIRO.pdf>> Acesso em: 16 set. 2020.

SOUZA, Rodrigo F. de, Juiz de Direito da 2ª Vara de Família, Infância, Juventude e Idoso da Comarca de Nilópolis - RJ - **Revista da EMERJ**, v. 12, n.45, 2009. Disponível em:<https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45.pdf>. Acesso em: 28 out. 2020.

SILVEIRA VIEIRA, Mônica. **Sobre o parto anônimo e as propostas para sua legalização no Brasil**. 2019. Revista Amagis Jurídica. Minas Gerais, 2019. Disponível em: <<https://revista.amagis.com.br/index.php/amagis-juridica/article/view/210>>. Acesso em: 08 nov. 2020.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PLATAFORMAS DE COMÉRCIO ONLINE DO TIPO MARKETPLACE E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO DO CONSUMIDOR À LUZ DA TEORIA DA ECONOMIA COMPARTILHADA

Dezuila Santos de Araújo¹

Rosângela Maria R.M. Mitchell de Moraes²

RESUMO

O presente trabalho usou como método de pesquisa o hipotético dedutivo, com o objetivo de verificar a hipótese de enquadramento das plataformas de Marketplace, como fornecedoras de serviços, nos moldes do Código de Defesa do Consumidor, atribuindo a ela, em consequência, a responsabilização por eventuais acidentes de consumo. A aludida pesquisa obteve como resultado a demarcação das plataformas de Marketplace, nos moldes do Código de Defesa de Consumidor, uma vez que são guardiãs do negócio jurídico de consumo primário, que se realizará no seu ambiente virtual, tudo isso foi apreendido à luz da Teoria da Economia Compartilhada. No que tange à responsabilidade, uma vez tendo sido configurado uma relação de consumo, todos os integrantes da cadeia de fornecimento serão responsabilizados solidariamente por eventual acidente de consumo.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Plataformas de marketplace. Relação triangular de consumo. Teoria da economia compartilhada.

THE CIVIL LIABILITY OF ONLINE TRADE PLATFORMS SUCH AS MARKETPLACE AND ITS REPERCUSSIONS ON CONSUMERS LAW THROUGH THE KNOWLEDGE OF THE SHARED ECONOMY THEORY

ABSTRACT

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN. Email: dezuilaraujo@gmail.com

² Orientadora do presente trabalho e Professora em Direito Civil da Graduação em Direito no Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN. Email: rosangela.mrm@hotmail.com

This paper used as a method of research the hypothetic deductive method, aiming to verify the hypothesis of classifying the Marketplace platforms as service suppliers, assigning it, consequently, the liability for eventual consumers accident. The referred research achieved as results the demarcation of the Marketplace platforms, as it holds the Consumer's Code, as guardians of legal trade of primary consumption that will take place in its virtual environment, all that by the knowledge of the Shared Economy Theory. About the liability, once the consumer's relations are set, all parties of the supply chain will be held account in solidarity for any possible consumers accident.

Keywords: Civil liability. Marketplace platforms. Triangular consumers relations. Shared Economy Theory.

1. INTRODUÇÃO

Principalmente após a Revolução Industrial, o mundo não parou de avançar na inovação de elementos que pudessem trazer conforto e ajudar o ser humano em suas atividades. A tecnologia foi avançando e tomando espaço, em todas as profissões, sempre com objetivo de ajudar o trabalho humano.

Desde a criação dos computadores, com o consequente surgimento da internet, o mundo passou a enxergado sob uma nova ótica. A visão é de um mundo separado territorialmente, porém conectado virtualmente. Não existe mais distância, tudo está a um clique.

O presente trabalho foi estruturado de tal forma para que fosse possível analisar do comércio, na Antiguidade, quando ainda havia apenas as trocas de mercadorias sem objetivo de lucro, passando pela renomada era da grande revolução industrial que trouxe avanços, tecnologia e expansão comercial, chegando até o surgimento da internet e, conseqüentemente, dos comércios eletrônicos (CE).

A internet trouxe inovação, aliás, mais que isso, trouxe uma mudança de paradigmas. A velocidade de expansão da internet foi de 50 milhões de usuários em 5 anos, enquanto o telefone, que foi uma das maiores inovações em tecnologia de comunicação, levou 16 anos para atingir 50 milhões de usuários.

Inúmeros empreendedores, sabiamente, começaram a enxergar na internet e no seu alcance, uma chance para lucrar e expandir seu negócio. Dois fatores foram primordiais para o surgimento dos comércios virtuais: a aceleração da vida, pois parece que na contemporaneidade o tempo corre mais depressa, e, as pessoas não têm mais tempo; somado ao grande acesso da população à rede de internet.

Acontece que o mundo foi - cada vez mais - se modernizando e não bastando a facilidade de criar um ambiente virtual de comércio próprio de cada empresa/marca, surgiram plataformas digitais de comércio que dão acesso mais fácil ainda aos empresários que desejam divulgar seu negócio, pois com elas, as empresas não precisam criar sua própria página.

Essas plataformas agem como fornecedora de um ambiente virtual que servirá de espaço para realização de negócios, para toda e qualquer pessoa que quiser fornecer algum produto ou serviço. São os chamados Marketplace's ou Shoopings's virtuais. Agora você não ver só o produto da marca X no site da loja X, como também a da marca Y, com preço W e Z, da loja A.

O presente trabalho foi guiado pelo método científico hipotético dedutivo, no qual foi lançada a hipótese de que existiria uma relação multilateral entre a plataforma, o fornecedor do produto e/ou serviço e o consumidor destinatário final.

A Questão controvertida do presente trabalho é a seguinte: no tipo de transação realizada numa plataforma de Marketplace poderá haver a presença de uma relação triangular de consumo entre a plataforma, que fornece o espaço virtual, o fornecedor detentor do produto ou serviço a ser comercializado e o consumidor que deseja adquirir o produto ou serviço, com a consequente aplicação das regras do Código de Direito Do Consumidor? Se sim, seriam então responsáveis solidariamente na qualidade de fornecedores, a plataforma e o fornecedor do produto e/ou serviço?

As perguntas supramencionadas serão o objeto desta pesquisa. A busca pela verdade da hipótese deduzida neste trabalho, contará com a ajuda do modo de abordagem de pesquisa exploratória e qualitativa, que por meio de bibliografias, estudos de casos, documentos, leis, doutrinas e artigos científicos, ajudarão a chegar a um resultado.

O objetivo então, será fazer uma discussão, com a hipótese lançada, colocando-a na balança com diversas teses para que seja possível chegar ao seu falseamento ou a sua confirmação, fazendo surgir a corroboração, ou seja, a verdade

científica. As respostas encontradas darão desenvolvimento, e, claro, a consequente conclusão, diante da resposta para cada um desses quesitos acima.

Cumprе ressaltar que existem, no ramo do comércio eletrônico, diversas modalidades que classificam e diferenciam as formas de obtê-lo. Este trabalho restringiu a pesquisa apenas para a análise do comércio eletrônico do tipo Marketplace B2C (*business to consumer* - empresa - consumidor).

2. A EXPANSÃO DO COMÉRCIO E O MODELO DE NEGÓCIOS DAS PLATAFORMAS DIGITAIS DO TIPO MARKETPLACE

O comércio é um negócio milenar. Não se sabe precisamente onde e quando surgiu. Sabe-se, no entanto, que até mesmo os povos mais primitivos o utilizavam, realizavam transações típicas do que hoje se chama de comércio.

Na antiguidade não havia a ideia de vender, nem de lucrar, nem muito menos de um comércio organizado. A ideia de comércio dessa época era de trocas. Nesse período as pessoas fabricavam tudo que fosse essencial para o sustento próprio; comida, vestimenta, utensílios etc. (FREIRE, 2010).

Em tempos pretéritos, o comércio funcionava com a troca de toda produção excedente. As famílias fabricavam todos os produtos necessários para o seu sustento e o excedente era feito como moeda de troca para a aquisição de novos produtos. Isso tudo acontecia de forma muito simples, por exemplo, se uma família produz bastante feijão, entretanto, não tem nenhuma vaca que possa conceder leite e seus derivados, a solução existente para a adquirir o leite seria produzir mais feijão e fazê-lo como moeda de troca para a aquisição do leite.

O Comércio é essencialmente troca, seja de aferição econômica ou não, mas sempre havendo um ônus e um bônus na relação de comércio (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2000).

É intrínseco do ser humano permutar objetos, essa forma de trocas de objetos consiste para o homem uma forma inevitável de sobrevivência, ou seja, o ser humano parece sempre querer objetos os quais favoreçam sua vida e saúde, então, a partir do momento que conhece objetos ou produtos novos, que não o detém, imediatamente passa a querê-lo, e a forma de obtê-lo até então, era por meio da troca (SMITH *apud* FREIRE, 2010).

Avançando na história, mais precisamente na Antiguidade, observa-se uma ideia avançada de trocas. As pessoas já tinham noção da necessidade da troca, então o campo passou a ser expresso nos centros urbanos do Império Romano. Nesses lugares, todos os camponeses e escravos levavam os produtos excedentes, para que fossem comercializados. (FREIRE, 2010).

O Feudalismo, apesar das inovações trazidas, por ter sido uma época de retomada, tendo em vista o declínio do comércio pelas guerras, não prosperou por muito tempo. O cenário era de uma imensa porção de terra, comandada por um senhor feudal, absoluto, que concedia a posse de parte de suas terras em troca de parte do fruto da produção. Era uma relação de servidão, na qual a maior parte da produção ficava com o senhor feudal. O excedente, que era coisa pouca, poderia ser comercializado nas feiras.

Apesar de toda estratificação e relação hierárquica existente nos feudos, podemos dizer que foi por meio deles que o comércio voltou a ascender. Entretanto, durante essa época (XI-XV), historiadores relatam que houve um grande acréscimo populacional, de forma que os feudos não puderam se sustentar. Desde então começou a faltar alimentos e moradia. A consequência disso foi o êxodo das pessoas, do campo (feudos) para as cidades. Esse foi o principal motivo para o declínio do feudalismo (IANNONE, 1997).

Vale salientar que mesmo nessa modalidade de comércio houve avanços. Com o surgimento das cidades, as trocas passaram a ser mais corriqueiras e mais diversificadas. Ora, centros de comércio foram se formando - no interior dessa aglomeração de pessoas - e, esse ponto específico, logicamente, ficou conhecido como centro de comércio, lugar onde diversas pessoas levaram sua produção excedente com o objetivo de troca.

Essa mudança - do campo para a cidade - fez com que forçadamente se desenvolvesse o comércio. Foi exatamente nesse contexto que os burgueses protagonizaram o período posterior, denominado de Idade Moderna. Os burgueses, classe composta por artesãos, comerciantes, bancos etc., começaram a buscar, cada vez, mais a independência com a intenção de fortalecer o comércio.

Como medida de avanço comercial, os burgueses começaram a expandir a produção indo a todos os centros de cidades, para realizar a comercialização dos seus produtos. Essa classe, se tornou grande detentora de poder e como dito acima,

protagonista de uma nova era de expansão comercial.

Vale ressaltar que nessa transição feudalismo/Idade Moderna, a descoberta da técnica dos transportes marítimos, favoreceu de forma exponencial o avanço do comércio. Antes o que era comercializado apenas em determinada região, agora poderia ultrapassar fronteiras e chegar do outro lado do mundo. Essa expansão marítima possibilitou a acumulação de riquezas. Terras foram conquistadas e povoadas (IANNONE, 1997).

Com o avanço do comércio marítimo, a descoberta dos metais, do ouro, da prata, das especiarias e das rotas de navegação; o comércio foi se tornando gradualmente complexo. Os produtos não podiam mais ser objeto de troca, tendo em vista que a equivalência entre eles foi ficando cada vez mais difícil de ser mensurada. Com isso, foi necessário a invenção de moedas que seriam taxadas com valores fracionados, de acordo com o material que fosse utilizado para sua fabricação; ouro, bronze, prata etc. O surgimento da moeda facilitou a comercialização de forma imensurável. (HUBERMAN, 1984)

Fazendo um grande recorte na história do comércio, é sabido que até a contemporaneidade, o comércio assume papel preponderante na economia das sociedades. A necessidade do consumo de objetos e produtos foi crescentemente disseminada, e, a especialização na fabricação de determinados produtos e serviços, fizeram com que surgisse a necessidade de comprar coisas que não mais eram produzidas no seio familiar, nasce o desejo pelo consumo.

Com o início dessa maior produção, não havia mais possibilidades físicas e temporais para que fosse possível fabricar tudo que era necessário à vida. Em decorrência disso, houve a especialização do trabalho, as famílias passaram a se dedicar na produção daquilo que tinham mais aptidão. A dedução de tudo isso é que necessariamente, essas famílias começaram a ter necessidade de consumir aquilo que não mais conseguiam produzir (FREIRE, 2010).

Tudo encaminha para o surgimento do capitalismo. A necessidade de consumo foi aumentando gradativamente, e, cada vez mais, era necessária a produção de produtos para atender à demanda do comércio. A acelerada produção e o consumo eclodindo, abriram espaço para o surgimento de fábricas especializadas na produção de produtos específicos; indústria têxtil, de alimentos etc.

Isso serviu de degrau para chegar época chamada Revolução Industrial. A

tecnologia, no , tinha chegado a seu ápice, os séculos XVIII e XIX, foram significantes para a modernização de formas de comércio e trabalho. Com a ciência avançando, a engenharia produzindo máquinas que aceleram a produção em massa, os trabalhadores reivindicando melhorias nas condições de trabalho, dentre outras implicações, em virtude da ascensão brusca do comércio, só poderia culminar em uma revolução (FREIRE, 2010).

Hodiernamente, tudo gira em torno da internet que tem potencial inalcançável por qualquer outro meio comunicativo. Essa invenção fora criada, precipuamente, como uma forma alternativa de comunicação entre os militares estadunidenses, que passavam pela fase história chamada Guerra Fria: uma disputa de poder entre duas grandes superpotências; de um lado EUA do outro URSS (União das Repúblicas Socialistas Soviéticas). O que não se sabia era que essa invenção iria dominar o mundo. (COSTA, 2018)

Somente em 1992, a internet chegou à população comum. O engenheiro Tim Bernes-Lee desenvolveu o conceito de *World Wide Web* (rede de alcance mundial), possibilitando a criação de interfaces gráficas com sites dinâmicos e visualmente agradáveis. Ato contínuo à disponibilização do acesso à internet pela população comum, surgiram os navegadores de internet, que possibilitaram a invenção das redes sociais, blogs e sites que certamente contribuíram para a aceleração da internet como meio de comunicação (COSTA, 2018).

O comércio eletrônico (CE), por sua vez, surge em 1888, por uma empresa americana de relógio chamada Seares, que realizava suas entregas por meio de telégrafos. O CE é definido como sendo um tipo de operação comercial realizada - especialmente - por meio de uma ferramenta eletrônica, seja um smartphone, um computador ou qualquer outro meio ligado pela internet (CLARO, 2000).

Assim sendo, o CE nada mais é do que a virtualização do comércio. Graças ao avanço da tecnologia e ao surgimento da internet, esse meio de comercialização se expandiu. A economia em si teve que acompanhar os avanços tecnológicos, até mesmo pelo fato de a economia estar para a tecnologia na mesma proporção, uma vez que a tecnologia serve a economia e esta impulsiona e financia aquela.

O Comércio Eletrônico trouxe essa proposta inovadora que repercutiu todo o mundo e teve aceitação exponencial. O E-Commerce Brasil³ em pesquisa realizada,

³ Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/12-dados-que-comprovam-o-crescimento-do-e->

confirma que entre 2016 e 2017, houve um aumento de 15% nos consumidores dessa modalidade de comércio. Os números saltaram de 47,93 milhões em 2016 para 55 milhões em 2017.

Uma vez traçadas as informações necessárias para entender o que é o Comércio Eletrônico, cabe explicitar o que são e como funcionam as plataformas digitais do tipo Marketplace.

3. O MARKETPLACE E A TEORIA DA ECONOMIA COMPARTILHADA

O comércio eletrônico atua de diversas formas, por diversos meios de comunicação. O Marketplace, por sua vez, consiste numa espécie do gênero Comércio Eletrônico. Dessa forma, uma plataforma digital de Marketplace é um grande “shopping virtual”, onde consumidores podem encontrar todo tipo de mercadoria, de diversas marcas, com diversidade de ofertas, em um só lugar. É a concentração de várias lojas, no mesmo ambiente virtual (CLARO, 2013).

Uma das principais vantagens do Marketplace é a descentralização do estoque e a multiplicidade de produtos concentradas em um só lugar. Esse tipo de mercado oferece uma ferramenta bastante útil para o mercado digital: a chamada “cauda longa” de produtos, que oferece ao fornecedor um gráfico dos produtos mais procurados. É uma espécie de gráfico feito em curva, que fornece o perfil dos consumidores, a partir de uma análise do nível de procura de determinados produtos na internet (TAKAHATA, 2017).

Por que gastar dinheiro para montar seu próprio site, investir em marketing e contratar técnicos, se há um serviço especializado no mercado virtual? É nesse sentido que inúmeras empresas aderiram ao modelo de CE do tipo Marketplace. Nessa modalidade de comércio eletrônico, o grande site (Marketplace) age como um disponibilizador de um espaço virtual que servirá para a negociação entre o fornecedor e o consumidor, consistindo numa relação interpessoal.

Incontáveis são as vantagens que essa modalidade de comércio proporciona. Para o consumidor; a disposição em um clique, de uma diversidade de ofertas do

produto almejado, além do fato da comodidade de a qualquer hora, e, em qualquer lugar, poder realizar suas compras.

Para o fornecedor; redução considerável de custos com espaço físico, contratação de pessoas, dentre outros ônus, que o CE não necessita, somado ainda a vantagem de ser a internet o melhor propagador de negócios, pois tem um alcance mundial. Nenhum outro meio de comunicação atinge a velocidade e eficácia que a internet proporciona (CLARO, 2013).

Assim sendo, se determinado fornecedor quiser colocar seu produto a venda deve solicitar o ingresso em uma dessas plataformas. A partir daí, surgirá um negócio entre o fornecedor e a plataforma, está ditará suas condições. Geralmente, elas funcionam a base de comissão por venda. Dispõem o espaço virtual para a exposição do produto, anunciam e intermediam a venda. Além disso, devem assegurar ao consumidor toda segurança necessária para a realização da compra e venda, seja de produtos ou de serviços (BORNIA; DONADEL; LORANDI, 2006).

A criação de um ambiente virtual destinado à comercialização de produtos foi uma assertiva empreendedora. A inovação decorrente da criação de uma plataforma única para a comercialização de vários produtos, foi ideia visionária. E não é à toa que, hodiernamente, diante do contexto de isolamento social, frente à Pandemia do Covid - 19, as plataformas digitais proporcionaram aos consumidores a satisfação de suas necessidades e impulsionaram a economia.

Nesta hora, será analisado a possibilidade da configuração de uma relação de consumo triangular. Buscando configurar o Marketplace e o prestador de produtos e/ou serviços como fornecedores e o consumidor como parte hipossuficiente, frágil, devendo ter todo amparo e proteção.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) foi criado em atenção aos ditames dos artigos 170, V e 5º, XXXII⁴ da Constituição Federal de 1988, que previa a necessidade de o Estado proteger os direitos do consumidor.

Vários princípios permeiam uma relação consumerista, dentre eles, o mais importante é o princípio da Vulnerabilidade do consumidor, pois é o corolário de todas

⁴ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: **XXXII** - o Estado promoverá, na formada lei, a defesa do consumidor; **Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: **V** - defesa do consumidor;

as regras do CDC. O aludido princípio foi fruto de uma construção realizada, ao longo dos séculos, pois desde quando o comércio ainda se realizava por meio de trocas de mercadorias, o polo que compra o produto ou serviço é o mais vulnerável (BENJAMIN, 2013).

Isso se evidencia pelo fato de que somente o vendedor sabe, minuciosamente, a propriedade do produto; como foi feito, o que foi utilizado. Tudo isso implica dizer que o comprador fica sempre em desvantagem por se limitar a ver o produto da forma que está na prateleira, com o determinado preço estipulado pelo vendedor.

É sabido que numa relação de consumo de um lado está o vendedor e do outro o comprador. Assim sendo, o Código trata deles como os dois principais sujeitos de uma relação de consumo. O referido diploma legal, primeiramente, cuidou em conceituar quem é consumidor e quem é fornecedor dentro de uma relação consumerista.

O aludido documento, no artigo 2º, caput⁵, diz que consumidor é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Do que se expõe preceito legal, entende-se que qualquer pessoa que adquire um serviço ou produto com o fim último de uso próprio (destinatário final) é consumidor.

O supramencionado conceito possui três elementos: 1) sujeitos, 2) objeto e 3) teleológico. O primeiro, consiste na pessoa do consumidor ou do fornecedor (jurídica ou física); o segundo se refere ao objetivo da relação, que é a aquisição ou utilização de produtos ou serviços; por último, o aspecto teleológico, que diz respeito à finalidade que será dada coisa adquirido (BESSA, 2007).

No que tange ao conceito de fornecedor, o art. 3º do CDC⁶ conceitua como sendo qualquer pessoa (física, jurídica, pública, privada, entes despersonalizados), que se disponha a vender, transformar, importar, distribuir, comercializar, criar, montar, construir ou produzir algum produto ou serviço, não necessariamente com o intuito de obter lucros, mas sempre com objetivo de aferição econômica. É importante observar que o conceito de fornecedor é muito abrangente englobando tanto os sujeitos diretos da relação (consumidor final e fornecedor), quanto os partícipes da cadeia de produção e distribuição do produto. (BESSA, 2007)

⁵ **Art. 2º** Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

⁶ **Art. 3º CDC:** toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desempenham atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

É imperioso relatar que a embora o art. 3º não mencione que a atividade do fornecedor deve ser exercida de forma habitual e profissionalizada, a doutrina de Leonardo Bessa (2007) compreende nesse sentido, de forma que aqueles que exercem uma atividade, aparentemente típica de fornecedor, porém de forma esporádica, não incidirá nas normas do CDC - e - sim, nas normas do Código Civil de 2002. Esse posicionamento coaduna com a prestação de serviço das plataformas de Marketplace, uma vez que funcionam de forma habitual, profissional e organizada.

O objeto de uma relação consumerista é o produto ou serviço, com isso, o Código não poderia deixar de conceituá-los. Dessa forma, o art. 3º, § 1º do CDC⁷ explicita que produto é todo bem, todo patrimônio, que uma vez adquirido, incorpora a universalidade de bens de uma pessoa. Trata-se do conjunto de coisas que servem para as pessoas, no seu dia a dia. A doutrina nomeia os produtos como bens da vida, justamente por configurar a aquisição de coisas que servem para a vida, seja comida, seja imóvel, seja um carro, seja um confeito, seja a compra de armazenamento de documentos na nuvem, todos esses são produtos (MARQUES, 2017).

No que se refere ao conceito de serviços, o art. 3º, §2º⁸ do CDC aduz que nada mais é do que a prestação de uma atividade específica realizada para o mercado de consumo. Um mecânico que trocou o óleo do carro, está realizando um serviço, pois é preciso manusear o motor do carro para que seja trocado o óleo, é um serviço prestado. Note, que o óleo, por sua vez, é um produto, móvel e material, pois serve como um bem que pode ser adquirido.

Vale ressaltar, que a Lei é clara ao introduzir o elemento remuneração na cadeia dos serviços. Dessa forma, os serviços devem ser necessariamente onerosos, frutos de uma contraprestação, alguma coisa em troca do serviço.

O STJ, entretanto, tem decidido que os serviços, aparentemente gratuitos, estão dentro do conceito mencionado no § 2º, art. 3º do CDC. Esse entendimento culminou na edição da Súmula 130 do STJ⁹, reconhecendo que, apesar de determinados serviços serem disponibilizados gratuitamente, funcionam com a intenção do fornecedor em atrair clientela. É o que acontece, por exemplo, com estacionamentos gratuitos em “*shooping centers*”, que mais configura uma manobra

⁷ Art. 3º, § 1º: Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

⁸ §2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, **mediante remuneração**, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista

⁹ **Súmula nº 130** - A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento.

do mercado para atrair consumidores. Isso que por sua vez prova a intenção de remuneração, com a disponibilização daquele serviço maquiado como gratuito.

Com isso, a presença de um fornecedor de produtos e serviços em um polo e de um consumidor, nos moldes do art. 2º do CDC, noutro polo, estabelecidos em uma relação jurídica recíproca, caracteriza uma Relação de Consumo, devendo ser aplicados a ela as normas do Código de Defesa do Consumidor (CAVALIERI, 2014).

Para adentrar na seara de uma possível relação triangular de consumo, é salutar analisar as teorias contemporâneas a respeito da configuração de uma relação de consumo, com enfoque na possibilidade do enquadramento das plataformas de Marketplace como fornecedoras de serviços. A questão controvertida é a seguinte: nesse tipo de transação, há a presença de uma relação triangular de consumo, entre o Marketplace, que fornece o espaço físico/virtual, o fornecedor que é o detentor do produto ou serviço a ser comercializado e o consumidor que deseja adquirir o produto ou serviço?

É importante observar que - mais do que nunca - o consumidor está em posição de vulnerabilidade, pois nesta forma de CE, há dois gigantes, permeando a relação: a plataforma e o detentor do produto ou serviço. Mesmo não sabendo ao certo quem será o responsável por danos causados ao consumidor, o que se sabe é que o Princípio Constitucional da Vulnerabilidade do consumidor deve ser o marco inicial de embasamento para a resolução de qualquer conflito nessa seara. Sendo assim, o consumidor sempre deve ser observado como parte hipossuficiente numa relação de consumo.

É salutar frisar que o consumidor que compra uma mercadoria, em um site de Marketplace, consome duas vezes, primeiro o conteúdo e serviços da plataforma (relação primária), segundo o produto ou serviço em si (relação secundária). Com isso, nota-se que as plataformas não agem como meras intermediadoras, pois, ao contrário, são fornecedoras de um serviço, que é a disponibilização de um espaço virtual gigantesco para comercialização de produtos e serviços (CARPENA, 2020).

O cerne da questão é discutir o tipo de relação jurídica existente entre a plataforma, a pessoa que oferta o produto ou serviço e consumidor final. *A priori*, nota-se que não há uma relação de consumo tradicional, com a existência de um polo fornecedor, ligado diretamente ao polo consumidor. Entretanto, a teoria defendida pela Professora Cláudia Lima Marques (2017), aduz pela existência de uma economia

compartilhada, que interfere – decisivamente - na relação de consumo, uma vez a plataforma e o fornecedor direto necessitam um do outro, tratando-se de uma cadeia de fornecimento.

Em se tratando das plataformas de Marketplace, por trás da relação de consumo propriamente dita, ou seja, aquela relação entre a pessoa que disponibilizou o produto ou serviço e o consumidor há a presença de outro agente que é primordial para a efetiva negociação, que é a plataforma. Se não existisse a plataforma, não haveria aquela relação (CARPENA, 2020).

Segundo a Teoria da Economia Compartilhada, o enquadramento das plataformas digitais como fornecedora é aparente, uma vez que a plataforma atua como uma prestadora de serviço (disponibilização do site), atuando no mercado de forma habitual com técnicas de empreendedorismo, com fins de aferição econômica, exatamente, como preceitua o art. 3º do CDC.

Além do mais, o Ordenamento Jurídico Brasileiro por meio da edição da norma Marco Civil da internet¹⁰, estabelece que os provedores de aplicação na internet devem seguir um modelo de negócio e todos os ditames legais para a formação de uma pessoa jurídica, constituindo atividade organizada e profissional com fins econômicos.

A qualificação das plataformas - como fornecedoras - faz com que surja uma relação jurídica amparada pelas normas do CDC. Vale explicitar nesse momento oportuno, o papel que essas plataformas e o fornecedor do produto ou serviço, que será chamado de fornecedor direto, exercem em relação ao consumidor (destinatário final). A teoria da economia de compartilhamento aduz que essas plataformas são de suma importância para a relação jurídica de consumo, pois aquela está presente na relação como guardião de acesso, como protetora da relação de consumo que está sendo firmada no seio do seu ambiente virtual. (MARQUES, 2017).

Assim, qualificada como fornecedora de serviços e guardião da relação de consumo que surgirá em decorrência da sua atividade econômica (que é a disponibilização do site para a compra e venda de produtos e serviços), nota-se a existência de uma relação de consumo triangular, entre a plataforma, o fornecedor

¹⁰ **Art. 15.** O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

direto e o consumidor.

Ora, o site é o ambiente em que o consumidor final deposita toda sua confiança e é exatamente por confiar na qualidade e veracidade do site que o consumidor final decide realizar uma compra naquela plataforma, fazendo surgir uma relação de fornecimento de serviço, nos moldes do CDC.

Dessa feita, a relação de consumo principal é a existente entre o destinatário final e a plataforma. Com isso, a relação entre o fornecedor direto, ou seja, aquele que efetivamente detém o produto ou serviço, e o consumidor destinatário final é contaminada pela relação principal, uma vez que uma não existe sem a outra, e o acessório sempre seguirá o principal (MARQUES, 2017).

Tudo que foi dito a respeito do modelo de negócios das plataformas de comércio Marketplace consiste numa cadeia de fornecimento idealizada, organizada de modo a delimitar o modo de produção, distribuição, fornecimento etc. A pessoa que criou o site sabe que sem a figura de uma pessoa que prestará o serviço ou o produto (fornecedor direto), não será possível concretização desse modelo de negócios, que é justamente promover esse elo entre aquele que tem algum objeto ou serviço para oferecer onerosamente e aquele que necessita desse determinado produto. É algo pensando, é uma cadeia de fornecimento interdependente. É, portanto, uma cadeia triangular, senão até mesmo, plural de consumo

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PLATAFORMAS DE MARKETPLACE

Cumprindo neste momento oportuno, analisar a teoria da Responsabilidade Civil, aplicada à relação de consumo triangular existente nos negócios, realizados nas plataformas de Marketplace e suas nuances no Código de Defesa do Consumidor. A questão é: seriam então responsáveis - solidariamente - na qualidade de fornecedores, a plataforma e o fornecedor do produto e/ou serviço?

A teoria da Responsabilidade Civil tem fundamento, em muitas searas normativas e consuetudinárias. Isso se evidencia pelo fato de toda e qualquer sociedade regulamentar as formas de negócio em seu meio. Diante disso, a responsabilidade por eventos danosos foi, ao longo do tempo, se aprimorando. Sob inspiração maior do Direito Romano, mais precisamente, com a Lei de XII tábuas (Tartuce, 2020), o direito brasileiro foi levantando suas teorias e aprimorando a forma

de “punição” diante de uma situação danosa numa relação de consumo.

A supramencionada teoria é respaldada em todo esse dever de reparar o dano causado a outrem. Isso decorre do Princípio da Reparação Integral, surgido em inspiração da Justiça Corretiva de Aristóteles e da Justiça Comutativa de Tomás de Aquino (CAVALIERI, 2014). Nas sociedades, sempre houve o sentimento de justiça reparadora, no Brasil, por sua vez, não seria diferente, pois já no Código Civil de 1916, havia mandamento jurídico para o dever de indenizar aquele que porventura sofreu algum dano. Hodiernamente, o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor abordaram de forma atualizada a Justiça Corretiva e Comutativa, nomeando-a de Princípio da Reparação Integral.

A Princípio da Reparação Integral, alicerce para a teoria da Responsabilidade Civil, se trata da obrigação de reparar ou restituir quando uma ação tenha causado dano a outrem, é um conjunto de situações, nas quais se faz necessária a reparação, tendo em vista que houve um fato causador de dano (DINIZ, 2012).

Dessa feita, a Responsabilidade Civil surgiu para proteger as relações negociais, e, também, para proteger o outro de situações que lhe cause o dano, seja ele patrimonial ou moral. Essa Responsabilidade existe para que possa haver sanção e, conseqüentemente, retorno ao *status quo ante*, ou seja, ao lugar onde não existiu qualquer dano, onde as coisas estavam em ordem (CAVALIERI, 2014).

O Ordenamento Jurídico Brasileiro não permite que um dano exista sem que haja a reparação dele, trata-se de uma norma de moral, positivada, que traz ao causador do prejuízo o dever de fazer as coisas retornarem ao seu estado anterior de perfeição.

Outrossim, cumpre relatar que o Código de Defesa do Consumidor - obviamente, com inspiração da teoria geral da Responsabilidade Civil trazida pelo Código Civil de 2002 - tem característica de norma especial e de ordem pública, trazendo os conceitos daquele, em adequação à realidade de uma relação de consumo.

É importante deixar claro alguns conceitos que serão primordiais para o entendimento do leitor e, conseqüentemente, para a chegada da resposta da questão problema do presente trabalho.

Vale explicitar que uma relação de consumo é configurada, quando é possível identificar a presença do polo fornecedor e do polo consumidor. Uma vez comprovada a existência de uma relação de consumo, incidirão sobre o negócio, as normas

pertinentes ao Código de Defesa do Consumidor. Haverá, certamente, a aplicação da teoria da responsabilidade civil, com fulcro no Princípio da Reparação Integral, porém, com todas as especificidades que uma relação consumerista necessita.

A Responsabilidade, por danos, numa relação de consumo é denominada na área do Direito do Consumidor como sendo um Acidente de Consumo. Logo, uma vez existindo algum dano/defeito, seja na prestação do serviço, seja na prestação do produto, recairá sobre essa relação jurídica de consumo o dever de reparação (CAVALIERI, 2014).

A teoria da Responsabilidade Civil, nas relações de consumo, é emanada do entendimento doutrinário que afirma haver o reconhecimento jurídico de um vínculo jurídico direto entre o fabricante e o produto. Destarte, a responsabilidade nesse tipo de relação se dá pelo elo existente entre aquele que fornece o produto e/ou serviço e a sua própria prestação, sendo fabricando um produto ou fornecendo um serviço.

A França denominou esse elo entendendo que o fabricante seria um guardião da estrutura do produto, sendo, conseqüentemente, responsável por ele, mesmo quando for transmitido a terceiros (CAVALIERI, 2014).

Com o reconhecimento do fabricante como guardião da estrutura do produto, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu a responsabilidade objetiva para todos os fornecedores, pelo fato do serviço e/ou produto. Isso implica dizer que, a responsabilidade haverá - independentemente de culpa - devendo haver somente a relação de causalidade entre o defeito causador do dano e aquele que foi efetivamente o causador do dano (BENJAMIM, 2013).

A doutrina divide os acidentes de consumo em duas vertentes. Primeiramente, o defeito do produto, que especificamente é chamado de fato do produto, que nada mais é do que um acontecimento que ocorre no mundo exterior, que causa dano material ou moral ao consumidor, que decorre de um defeito no próprio produto (CAVALIERI, 2014).

Por conseguinte, é definido também a falha na prestação do serviço, sendo denominado de fato do serviço, embasado no art.14 do CDC¹¹, que consiste na realização da prestação de serviços de forma defeituosa, logicamente, ocasionando um acidente de consumo.

¹¹ **Art. 14.** O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Nesse ínterim, a responsabilização pelo fato do produto e pelo fato do serviço é realizada de forma diversa, uma vez que são modalidades diferentes de fornecimento. O fato do produto, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor¹², como consiste em um defeito grave na própria coisa que é consumida, haverá a responsabilização dos fabricantes, dos produtores, dos construtores ou dos importadores do produto, quando não o fornecem na qualidade e segurança que se espera o consumidor¹³. A responsabilização pelo fato do produto se dá, individualmente, a um desses agentes, só podendo haver responsabilidade solidária quando houver mais de um fabricante, produtor, construtor ou importador para o mesmo produto¹⁴.

Dando continuidade, vale ressaltar que a responsabilidade pelo fato do serviço é atribuída a todos que fizeram parte da cadeia de produção, uma vez que o art. 14 do CDC usa o termo fornecedor para indicar o agente que responderá pelo fato do serviço, não fazendo uma indicação individual, fazendo-nos crer que o gênero inclui todos os partícipes da cadeia produtiva (CAVALIERI, 2014). No fato do serviço, considera-se defeituoso o serviço, quando ele não é fornecido com a segurança que o consumidor dele pode esperar. A responsabilidade decorre do fato de o fornecedor ter o dever de assegurar uma prestação de serviço de qualidade, conforme espera o consumidor.

Insta ressaltar que ao formular o modelo de negócio com a fragmentação do fornecimento do produto ou do serviço a plataforma deve assumir todos os riscos que essa prestação possa oferecer. Isso concerne na teoria do risco do empreendimento ou da atividade empresarial de forma que todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade, no mercado de consumo, tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa (CAVALIERI, 2014).

A tendência desse modelo de negócios é permitir que dois civis se encontrem na internet e exerçam o papel de fornecedor de produtos e serviços e o outro de consumidor, e que, conseqüentemente, essa relação fique contaminada pelo business do

¹² **Art. 12.** O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

¹³ **§ 1º** O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes.

¹⁴ **Art. 7º, § único.** Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

guardião de acesso, que transforma o primeiro em consumidor e outro em fornecedor direto do fornecedor indireto (plataforma - que é o verdadeiro fornecedor, aquele que controlou e criou o acesso ao negócio e o consumo) (MARQUES, 2017).

Tudo que foi delineado até agora como resultado da presente pesquisa é primordial para resposta do ponto controvertido, ou melhor, da questão essencial do presente trabalho: a imputação de quem seria a responsabilidade num negócio realizado no seio de uma plataforma de Marketplace.

Sabendo que as plataformas agem, na relação de consumo, como fornecedora do serviço¹⁵ de disponibilização do site, bem como de garantia de um negócio seguro e confiável, muitas vezes, até participando dos lucros do negócio (dependendo do caso concreto e do modelo de negócio) entre o fornecedor direto e o consumidor, é imperioso aduzir que a ela deve ser imputada a responsabilidade civil na relação de consumo, uma vez que esta foi constituída no seu ambiente virtual, no seio da sua atividade econômica, no seu serviço. Assim, em solidariedade com o fornecedor direto e todos aqueles que porventura participem dessa cadeia de fornecimento do produto ou do serviço, conforme ordena o art. 34 do CDC¹⁶, deverá haver responsabilidade.

Contudo, haverá entre todos os envolvidos na cadeia de fornecimento uma conexão, uma interdependência, de forma que um necessita do outro para que o produto ou o serviço chegue ao consumidor destinatário final. Por isso, que todos devem ser responsáveis, pois o destinatário final não pode arcar sozinho com os prejuízos, decorrentes dos acidentes de consumo.

Vale ressaltar, que toda essa visão ampliada e em conjunto dessa relação de

¹⁵ RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – Preliminar de ilegitimidade passiva – Incorrência – Pretensão de responsabilização da Ré por alegada falha do serviço por ela prestado – Preliminar afastada. RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – Prestação de serviços – Plataforma digital para o comércio eletrônico – Desvio de valores da conta mantida pela Autora na qualidade de usuária do serviço – Restituição determinada – Insurgência – Desacolhimento – Responsabilidade objetiva pelo risco da atividade – Não comprovação da assertiva no sentido de que as operações foram realizadas em razão do fornecimento dos dados de segurança pela Autora – Excludente de responsabilidade não configurada – Sentença mantida – Recurso improvido.

(TJ-SP - AC: 10148018620198260405 SP 1014801-86.2019.8.26.0405, Relator: Mario de Oliveira, Data de Julgamento: 05/08/2020, 38ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 06/08/2020)

¹⁶ **Art. 34:** O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos.

Art. 7º: Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

Art. 18: Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Art. 25, § 1º: Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

consumo tem inspiração no preceito Constitucional da promoção da Defesa ao Consumidor, que faz com que as normas sejam sempre interpretadas em favor dele que é a parte vulnerável da relação.

Isso significa dizer que pouco importa quem sejam os fornecedores, se foi um, dois ou três, importando apenas que os fornecedores devem assumir o risco do empreendimento e uma vez havendo acidente de consumo, os fornecedores devem responder – solidariamente - ao litígio, que convenhamos, surgiu por causa de uma má prestação do serviço ou do produto.

É importante ainda elucidar que é bem mais fácil o regresso entre os possíveis fornecedores, do que o consumidor pleitear o ressarcimento do seu dano de cada um dos fornecedores, sendo que, muitas das vezes, ele nem sabe quais são os reais envolvidos e nem tem condições para buscar essas respostas.

5. CONCLUSÃO

O comércio como sendo uma atividade intrínseca ao ser humano teve seus diversos avanços, no decorrer da história. Certamente, a evolução da sociedade culminou nessa constante evolução na forma de comercializar.

O consumo que outrora se bastava na produção doméstica de tudo que era necessário para sobreviver, hoje tornou-se uma individualização e aprimoração de técnicas para fabricação e comercialização de único produto e/ou serviço.

Cada pessoa estará sujeita a produzir apenas aquilo que tem mais aptidão, depositando seu tempo de trabalho nessa produção, para, conseqüentemente, comercializar o produto e obter o lucro que servirá de moeda para aquisição do que ela almejar, fazendo nascer a necessidade de consumo.

A Revolução Industrial foi o marco desse aceleração e individualização na produção de produtos e no fornecimento de serviços. O desejo em consumir e as diversas táticas de persuasão, voltados justamente para o consumo, fizeram com que o comércio alavancasse, tornando-se o que hoje é essencial para a sociedade. O comércio - nos dias atuais - é a fonte geradora da economia.

A mais nova forma de fazer Comércio é por meio da internet. O mundo acelerado fez com que a praticidade tomasse espaço onde for possível ser estabelecida. Como uma jogada empreendedora acertada surgem os grandes ambientes virtuais de comércio, os chamados shoppings virtuais. São plataformas de

comércio eletrônico que facilitam a vida do ser humano. A praticidade que essa forma de consumo contém economiza o bem mais precioso do ser humano nesses tempos modernos: o tempo.

As plataformas de comércio eletrônico atuam em diversas modalidades, as de Marketplace funcionam com a disponibilização de um ambiente virtual, pensado e organizado para servir de espaço para negociações de consumo. Noutras palavras, alguém, por trás de um computador cria um site e o disponibiliza para que pessoas (físicas ou jurídicas) possam oferecer seus produtos ou serviços.

O questionamento reside nos limites de responsabilização dessas plataformas, uma vez que elas não fazem efetivamente o negócio. *A priori*, é tendencioso pensar que a plataforma apenas disponibiliza o ambiente para a negociação, pois apesar de, muitas vezes, não participarem da relação estabelecida entre o fornecedor direto e o consumidor final, não pode ser esquecido que ela está prestando um serviço, melhor dizendo, que ela é uma fornecedora, o que consequentemente, traz para si todos os riscos e responsabilidades, inerentes ao empreendimento.

Apesar de existir esse véu que tenta esquivar as plataformas de eventual responsabilização diante de um acidente de consumo, foi difundidamente explicitado neste trabalho que há configuração de uma relação triangular de consumo, de forma que as plataformas sejam consideradas sim fornecedoras, pois se enquadram dentro dos ditames do art. 3º do CDC, cumprindo os requisitos de fornecimento de serviço habitual e organizado com objetivos de econômicos. É clarividente a relação de consumo existente nas negociações realizadas no comércio eletrônico do tipo Marketplace.

O Marketplace é pensado como uma cadeia de fornecimento, de tal forma que não haverá prosperidade da plataforma se não existir quem oferte produto ou serviço, nem tampouco se não existir quem queira adquirir o produto. Trata-se de uma cadeia interdependente, de forma que as plataformas oferecem o serviço essencial e propício para o vendedor que necessita fornecer seus produtos e em contrapartida o consumidor encontra praticidade na procura do que almeja, por meio da plataforma que é a grande chave da relação, pois sem ela, talvez nem fosse possível encontrar aquele determinado produto ou serviço.

Contudo, a existência dessa cadeia interdependente de fornecimento de

produto ou serviço culmina na responsabilização de todos aqueles que porventura estejam envolvidos na cadeia. Observe que essa imputação é pensada em face do Princípio Constitucional da defesa e proteção do consumidor, que é parte hipossuficiente e não pode suportar o ônus de um acidente de consumo.

Desta feita, uma vez havendo um fato do produto ou do serviço, deverá a plataforma, na qualidade de guardiã das relações traçadas em seu meio e fornecedor do ambiente virtual confiável e apto para realização de transações seguras, juntamente aos partícipes da relação de fornecimento, responder por eventual acidente de consumo.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Fornecedor equiparado**. Revista dos tribunais. v.61, p.126–141, Jan./mar. 2007

BORNIA, Antonio Cezar; DONADEL, Cristian Mendes; LORANDI, Joisse Antonio. **A logística do comércio eletrônico do B2C**. Disponível em: http://www.abepro.org.br/biblioteca/enegep2006_tr450302_6978.pdf. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 set. 2020, às 22h 15min.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula nº 130 - A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento. . julgado em 29/03/1995, DJ 04/04/1995 p. 8294. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>. Acesso em 23 de setembro de 2020, às 18h03min.

CARPENA, Heloisa. **Airbnb e a responsabilidade por danos causados aos consumidores na economia compartilhada**. Revista dos tribunais. v. 129, p. 175 - 194 mai - jun. 2020.

CAVALIEIRI FILHO, Sergio Cavaliere. **Programa de Responsabilidade Civil**. ed.11. v. 2. São Paulo: editora atlas. 2014.

CLARO, Alberto. **COMÉRCIO ELETRÔNICO**. 1º ed. São Paulo. 2013. Disponível em: <http://docplayer.com.br/66432479-Comercio-eletronico-alberto-claro-1a-edicao-setembro-2013-impressao-em-sao-paulo-sp.html>. Acesso em 14 de setembro de 2020, às 22h57min.

COSTA, Fábio da Silva. **A RESPONSABILIDADE CIVIL NO E-COMMERCE**. 2018. Disponível em: <http://www.unirio.br/ccjp/arquivos/tcc/2018-1-tcc-fabio-da-silva-costa>. Acesso em 16 de setembro de 2020 às 01h25min.

DINIZ, Maria Helena. **CURSO DE DIREITO CIVIL BRASILEIRO: responsabilidade civil**. ed. 26ª. São Paulo: Saraiva, 2012.

E-COMMERCE BRASIL. **12 dados que comprovam o crescimento do e-commerce no Brasil**. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/12-dados-que-comprovam-o-crescimento-do-e-commerce-no-brasil/>. Acesso em 15 de setembro de 2020, às 01h 21min.

ESTRATEGIA DIGITAL. **7 momentos que marcaram a história do e-commerce**. Disponível em: <http://www.estrategiadigital.pt/historia-do-e-commerce/>. Acesso em 23 de setembro de 2020.

FREIRE, Ana Lucy Oliveira. **O desenvolvimento do comércio e a produção do espaço urbano**. Disponível em: <https://cienciasmedicasbiologicas.ufba.br/index.php/geotextos/article/view/4829/3586>. Acesso em 21 de setembro de 2020 às 23h43min.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de Defesa do Consumidor Comentado - Artigo por Artigo**. ed. 13ª. Salvador: Juspodium, 2017.

HUBERMAN, Leo. **A História da Riqueza do Homem**. ed. 20ª. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984.

IANNONE, Roberto Antonio. **A REVOLUÇÃO INDUSTRIAL**. Editora Moderna.

MARQUES, Claudia Lima. **MANUAL DE DIREITO DO CONSUMIDOR**. ed. 6ª. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

MARQUES, Claudia Lima. **A nova noção de fornecedor o consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e o acesso ao consumo**. Revista dos Tribunais. v. 111, p. 247 - 268, mai - jun. 2017.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Referenciais curriculares nacionais da educação**

profissional de nível médio. Disponível em:

http://portal.mec.gov.br/setec/arquivos/pdf/comercio_ref.pdf Acesso em 14 de setembro de 2020, às 23h 41 min.

OLSEN, Thiago Henrique. **A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS EMPRESAS INTERMEDIADORAS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO INTERPESSOAIS E O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS NOS ÚLTIMOS DOIS ANOS.** Lajeado: 2019. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade do Vale do Taquari/UNIVATES, 2019

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** ed.10. São Paulo: Método. 2020.

TAKAHATA, Leonardo Eidy. **E-commerce no marketplace.** Disponível em: https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/4897/TCC_LEONARDO_EIDY_TAKAHATA.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 14 de setembro de 2020, às 23h 08 min.

ANÁLISE JURÍDICA DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA ESFERA DO COMÉRCIO DIGITAL

Carolina Andrade Paiva¹

Ursula Bezerra da Silva Lira²

RESUMO

Este trabalho busca analisar, no âmbito social, doutrinário e legal, os desdobramentos jurídicos do vínculo entre sociedade da informação e as relações consumeristas digitais, bem como as formas que o direito pode contribuir – tendo em vista a evidente vulnerabilidade do consumidor - para a tutela deste, sob à ótica da Lei Geral de Proteção de Dados e demais dispositivos presentes no ordenamento jurídico. Para tanto, será utilizado o método de abordagem dedutivo, passando de uma análise geral da regulamentação de proteção de dados do Brasil, no âmbito privado, para alcançar especificamente as relações de consumo digitais e as devidas responsabilidades e direitos advindos desse cenário. Desta forma, evidencia-se que o tratamento de dados realizados com a finalidade de impulsionar a atividade econômica no mercado consumerista, submete-se à incidência, de forma comum, do Código de Defesa do Consumidor e da LGPD. Ademais, esta regulamentação de dados também se aplica às relações realizadas na internet, suprimindo omissões e incompletudes do Marco Civil da Internet (MCI).

Palavras-chave: Lei Geral de Proteção de Dados. Comércio digital. Vulnerabilidade do consumidor.

LEGAL ANALYSIS OF THE PERSONAL DATA PROTECTION IN THE E-COMMERCE CONTEXT

ABSTRACT

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: paivacarolina1199@unirn.edu.br.

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: ursula@unirn.edu.br.

This Paper seeks to analyze, in the social, doctrinal and legal context, the legal consequences of the bond between the information society and the digital consumer relations, as well as the manners that law is able to contribute – in front of the evident consumer vulnerability - to it's protection, under the view of the General Law of Data Protection and others devices existing in the juridical environment. Therefore, it will be used the deductive approach method, going from a general analyses of the Brazilian protection regulations in the private context, to specifically reach the digital consumption relations and the due responsibilities and rights arising from this scenario. In this way, stands out that the data treatment done with the goal to stimulate the economic activity inside the consumer market, submit to incidence, in the same time, of the Consumer Defense Code and the GLDP. Moreover, this data regulation also applies to the relations made online, making up omissions and flaws of the Internet Civil Mark.

Keywords: General Law of Data Protection. Digital market. Consumer vulnerability.

1 INTRODUÇÃO

Com os avanços tecnológicos, e diante do cenário de ascensão da internet na vida dos indivíduos, ocorridos no século XX, criaram-se novos padrões de comportamento, capazes de influenciar diretamente no modo de agir, de se comunicar e na forma de organização da sociedade contemporânea.

Confrontando outros meios de comunicação, a rede consegue, de modo muito mais eficiente, sustentar as complexidades das novas relações sociais e estilos de vida hodiernos, em comparação, por exemplo, com o rádio e a televisão, que permanecem muito estáticos em contraponto à celeridade proporcionada pelas redes.

Isso acontece, sobretudo, devido a maneira pela qual a *web* interrelaciona pessoas, com muito mais dinamismo e fluidez, criando mecanismos capazes de transmitir informações em quantidade e velocidade jamais imagináveis. Por isso, os relacionamentos sociais foram intensificados por um fluxo informacional que não mais encontra barreiras físicas no que diz respeito à distância geográfica entre pessoas.

Assim, o espaço virtual, ao otimizar radicalmente as possibilidades de

comunicação entre indivíduos, ensejou na intensificação do fluxo de informações, de modo que essas passaram a avocar posto de protagonismo na sociedade, resultando na chamada *sociedade da informação*.

Seguindo essa mesma linha de pensamento, uma das principais teses defendidas por Manuel Castells em sua obra intitulada “A Galáxia da internet” (2001) é a ascensão de novos padrões de interação social a partir da utilização da internet.

Nesse sentido, a presença do mundo *online* passou a ser tamanha que, em muitos momentos, assume papel principal nas interações sociais, que outrora dependiam inteiramente da presença física dos indivíduos, contudo, hoje são quase que substituídas pelas telas de computadores e *smartphones* nas chamadas “redes sociais”.

Foi por meio desse ponto que se chegou à característica da “ubiquidade da internet”, que se refere a onipresença desse ambiente virtual, penetrado em todas as esferas da atividade humana. Nesse sentido, com as relações de consumo não poderiam ser diferentes, surgindo, então, o intitulado “*e-commerce*”, que se trata das transações comerciais realizadas totalmente *online*.

Nesse contexto, o mercado eletrônico vem se tornando cada vez mais atrativo, diante da comodidade e da enorme diversidade de produtos e valores ofertados, por outro lado, aliado aos avanços das tecnologias de informação, tornou-se um ambiente por meio do qual há a utilização massiva de dados pessoais dos consumidores.

Nesta seara, dentre os desafios sociais advindos da era da informação, deve-se primordialmente considerar a vulnerabilidade do consumidor nesse processo, pois, é nesse cenário que os dados pessoais dos cidadãos são coletados e ficam sob intensa vigilância, fazendo com que muitos aspectos da vida do titular possam ser decididos a partir dos seus hábitos de navegação virtual, aquilo que Susanne Lace (2005, p. 1) denominou de “consumidor de vidro”.

É, por isso, um tema de extrema relevância jurídica e social, uma vez que proteger as informações pessoais dos cidadãos significa resguardar os direitos fundamentais de liberdade e privacidade assegurados pela Constituição Federal/1988, bem como o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, como forma de mitigar o tratamento não consentido, abusivo, irregular, discriminatório ou ilícito de dados.

Diante da nova legislação pátria de proteção de dados, cujos conteúdos

jurídicos serão melhor definidos com a evolução da jurisprudência e decisões emanadas pela Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD), surgem diversos questionamentos: como se dará a tutela do cidadão na esfera do comércio digital frente a esse volume descomunal no fluxo de dados e à evidente vulnerabilidade do consumidor? Haverá, na prática, alguma diferença realmente eficaz após o surgimento da lei? Qual será o papel do consentimento do titular nesse processo? O Ministério Público tem legitimidade para atuar nesses casos?

É, justamente, com esse escopo que se desenvolverá a presente pesquisa, que tem como objetivo central analisar, no âmbito social, doutrinário e legal, os desdobramentos jurídicos do vínculo entre sociedade da informação e as relações consumeristas digitais, bem como as formas que o direito pode contribuir para a tutela do consumidor, sob à ótica da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e demais dispositivos presentes no ordenamento jurídico.

Para tanto, é utilizado o método de abordagem dedutivo, passando de uma análise geral da regulamentação de proteção de dados do Brasil, no âmbito privado, para alcançar especificamente as relações de consumo e as devidas responsabilidades e direitos advindos desse cenário.

Além do método já citado, foi empregado o método de revisão bibliográfica, e, por fim, legislativa em relação ao tema, com objetivo de averiguar qual será o possível caminho que o direito brasileiro irá trilhar frente a problemática discorrida, a partir da vigência da LGPD.

2 INFORMAÇÕES PESSOAIS NA ERA DIGITAL

Para o estudo dos efeitos jurídicos da violação e proteção de dados pessoais na sociedade de consumo digital, inicialmente, faz-se necessário entender como a capacidade de processamento de informações se intensificou de forma tão demasiada na era digital, bem como comentar acerca da publicidade direcionada na economia da informação, e a vulnerabilidade intrínseca ao consumidor nesse processo e, por último, compreender a importância da proteção de dados pessoais pelo direito pátrio.

2.1 A INSERÇÃO DOS DADOS NA ECONOMIA DA INFORMAÇÃO: AVIRTUALIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO

Diante dos novos fenômenos de intercomunicação oportunizados pelos processos tecnológicos, manifesta-se um desafio expressivo para o sistema jurídico no que concerne à regulação desses eventos: na esfera digital, existem diversas possibilidades de interação, com isso, as formas de comunicação e informação percorrem todas as esferas da vida dos indivíduos e, é justamente nesse ambiente, que há a utilização massiva de dados pessoais por organismos públicos e privados, resultando em casos semelhantes ao retratado a seguir.

De acordo com Tamires Vitório (2021, online): *“Um site brasileiro expôs cerca de 426 milhões de dados pessoais, como CPF, nome, endereço, gênero, data de nascimento, e-mail e até a renda de pessoas físicas, [...] segundo a empresa de segurança digital PSafe”*. Sendo esta notícia obtida este ano através do site *“CNN Brasil”*, é possível observar um claro exemplo do risco que o cidadão está submetido no que diz respeito ao uso abundante e desordenado dos seus dados pessoais.

A exposição acima demonstrada, anuncia, se não a maior, uma das maiores ameaças da era digital, pois, são infinitas as situações em que o consumidor pode ter sua privacidade violada, sobretudo no que se refere ao papel de protagonismo assumido pelas informações pessoais dos indivíduos nessa economia redimensionada pelos avanços tecnológicos.

A grande mola propulsora responsável pelos dados pessoais dos indivíduos terem alcançado lugar tão relevante na sociedade hodierna, foi a inteligência intrínseca ao processamento destes, isto é, ao seu modo de transmissão e a velocidade pela qual isso se efetua.

Para se ter alcançado tal feito, um fator crucial nesse processo foi a transição da plataforma, na qual os dados são inseridos que, antes, eram tratados tão somente numa parte física, não em redes como se dá hoje em dia, principalmente, a partir do uso da computação eletrônica e da internet.

Em sua obra, Bioni (2021, p. 6) aponta de que modo se deu essa virtualização da informação, nesse sentido:

Antes, o acúmulo, o armazenamento e a transmissão da informação davam-se na forma de átomos. Isto é, por meio da conjugação de partículas que resultavam em algo denso material e fisicamente, como, por exemplo, um livro ou um ficheiro em que o papel absorvia, por meio da técnica da escrita, as informações que se pretendia condensar, até que se descobriam os bits, que

conseguiram agregar, por meio do sistema binário de dígitos (1 e 0), a informação em unidades menores. Tal técnica empregou uma linguagem compreensível para que o computador pudesse processar e armazenar as informações (aglutinadas binariamente) e, até mesmo, responder a comandos predeterminados, como, por exemplo, o uso de palavras-chaves para a finalidade de busca de tais informações.

Foi precisamente dessa forma que os *bits* desmaterializam os dados e, a partir da sua introdução em redes de computação, esse fato permitiu que quase todo tipo de informação possa ser digitalizada, possibilitando seu acúmulo e armazenamento de maneira demasiada e em diversos tipos de plataformas – nuvens de arquivos, *pen drives*, computadores, dentre outros.

Essa nova capacidade implicou em um grande avanço na quantidade de informações sendo processadas, não somente isso, além dessa melhoria na capacidade de armazenamento de dados, também facilitou-se o seu acesso e, portanto, por meio de um “clique” ou uma palavra-chave, se tornou muito mais rápido encontrar um determinado elemento cujo figura-se disposto em um arquivo digital.

Surge, então, um sistema com capacidade de obtenção de informações em maiores proporções, de forma muito mais eficiente e rápida. Para ilustrar essa questão, tem-se o exemplo da ferramenta de pesquisa mais conhecida mundialmente, o *Google*, cujo detém os mais evoluídos recursos de pesquisa e de acesso à informação.

Em seu livro, Bioni (2021, p. 8) ainda frisa que a conjunção dos avanços de ordem quantitativa e qualitativa no armazenamento de dados, somado a criação do advento da internet, foi que resultou na chamada “virtualização da informação”. Desse modo, foi através desse cenário que as informações conquistaram papel de grande relevância para o mercado eletrônico.

Assim, com essa técnica facilitadora de acúmulo de informações em redes, esta tornou-se a sociedade que mais gerou dados na história da humanidade, fato que pode ser demonstrado pelas dezenas de bancos de dados pessoais nos mais variados setores (MENDES, 2013, p. 549), passando a sua utilização massiva por grandes corporações empresariais, com finalidades econômicas, estatísticas, negociais e investigativas.

Vale ressaltar que, para que o tratamento de dados pessoais alcance seu objetivo, estes são comumente organizados no formato de “banco de dados”, caracterizado por ser um conjunto organizado e lógico desses elementos, de fácil utilização e acesso. Estes podem ser físicos ou automatizados, contudo, a maior

ameaça situa-se justamente na disciplina do tratamento dos dados pessoais cujos estão dispostos em redes de computação.

A partir da sua introdução nesse formato de armazenamento, surgiu uma enorme gama de redes de tratamento de dados pessoais com relevante capacidade de interconexão, formada por variadas unidades de processamento. Assim, é nesse ponto que se faz imperioso destacar o fenômeno da *Big Data*, que é, hoje, a tecnologia mais avançada para estruturação e organização de uma base de dados.

Bruno Bioni explica (BIONI, 2021) que o fenômeno citado acima se trata de uma tecnologia por meio da qual é permitido que um volume descomunal de dados seja estruturado e analisado para uma gama indeterminada de finalidades, por isso, esses passaram a ser analisados não mais em pequenas quantidades ou parcialmente, mas em toda sua extensão.

Foi por meio desse sistema que se tornou possível identificar, por exemplo, uma consumidora grávida, verificando, ainda, que uma determinada lista de produtos é adquirida frequentemente por esse mesmo “eixo” de clientes. Assim, cabe destacar que esse tipo de informação se revela de grande relevância e preciosidade para o comércio digital.

Nesse sentido, importante compreender que, apesar dos indiscutíveis benefícios ocasionados pela tecnologia da informação, tal fenômeno proporcionou a criação de uma técnica capaz de possibilitar a estruturação, organização e gerenciamento de dados para produção de um conhecimento aplicado, que se reverte na tomada de uma decisão automatizada por meio de algoritmos, tal como, para o direcionamento de uma publicidade *online*.

Nesse ponto, já é possível perceber como a organização dos meios para o tratamento de dados pessoais pode interferir em direitos já há muito tempo consolidados no ordenamento jurídico brasileiro, assim como aponta a jurista Laura Schertel Mendes (2013, p. 990):

Desse modo, percebe-se que a informatização dos meios para o tratamento de dados pessoais afetou o direito à privacidade do indivíduo principalmente por duas razões: i) ao ampliar a possibilidade de armazenamento, tornando-a praticamente ilimitada; ii) ao possibilitar a obtenção de novos elementos informativos por meio da combinação de dados em estado bruto, a princípio, desprovidos de importância, a partir da utilização de novas técnicas [...]

A partir da leitura supramencionada, compreende-se que a ampliação das

tecnologias de armazenamento de dados ensejou em uma praticamente ilimitada capacidade de arquivamento destes e, somado a isso, tornando-se possível descobrir novos conhecimentos por meio da agregação de diversos elementos, assim, apresentando cristalinas circunstâncias de riscos à privacidade dos indivíduos.

Desde então, havendo qualquer irregularidade no modo de tratamento desses dados virtualizados, mais constantes se tornam as notícias de vazamentos de dados sensíveis, relevantes e confidenciais acerca de pessoas, os quais estão dispersos nas mais diversas plataformas digitais e, sob essa perspectiva, milhares de bases de dados são criadas, provocando situações semelhantes à descrita no início desta seção.

Por fim, conclui-se que os bancos de dados não são somente um agrupamento lógico e inter-relacionado de informações, mas são, também, um instrumento que deve criar uma lógica para quem os manipulam analisar e dele extrair informações para a tomada de decisões. Assim, desencadeando em grandes impactos e riscos a diversos direitos e garantias presumidos pela própria Constituição Federal, como o direito fundamental à liberdade, à igualdade, à privacidade e ao princípio da dignidade.

Nessa lógica, diante dos avanços da tecnologia computacional, demonstra-se evidente a forma que o processamento de dados se intensificou na era digital e, ainda, entende-se como estes se revelaram de suma importância para o mercado de consumo. Aliado a isso, se fez possível observar que os conhecimentos sobre hábitos de compras dos cidadãos passaram a narrar uma estratégia extremamente produtiva à atividade empresarial, o que se abordará de forma mais específica adiante.

2.2 A PUBLICIDADE DIRECIONADA, E O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Em sua obra, Bruno Ricardo Bioni (2021, p. 14) conceitua a publicidade como a comunicação estabelecida entre consumidor/comprador e fornecedor/vendedor de um produto ou serviço, por meio da qual não só se informa a respeito das características do bem de consumo, como, também, promove-se a persuasão ao ato de consumo.

Conforme explanado por Sérgio Cavalieri Filho (2019, p. 157), a publicidade é requisito indispensável à sociedade de consumo, tendo como seu objetivo primordial comunicar ao consumidor sobre os produtos e serviços disponíveis no mercado, de

forma a despertar o interesse.

Nessa lógica, a ciência mercadológica identificou uma maneira através da qual possibilitou atingir diretamente indivíduos com relevante propensão a consumir o produto anunciado, facilitando, pois, centralizar tal processo comunicativo para um público específico que se mostrasse mais inclinado a adquirir o bem ofertado. Surge um importante modelo de negócio para o comércio digital: a publicidade direcionada.

Por isso, cada vez mais, os usuários da internet transformam-se em potenciais consumidores, sendo uma clara evidência de tal afirmação o crescimento demasiado do comércio eletrônico no Brasil, tendo faturado a quantia considerável de R\$ 44,4 bilhões no ano de 2016 (JARUSSI, 2021). Outro dado significativo: antes da pandemia do Covid-19, as vendas *online* representavam menos de 10% da receita dos varejistas e, atualmente, o número já ultrapassa a marca dos 20% de todo faturamento do comércio no país (site: InfoMoney, 2021).

Dessa forma, de igual modo, cresce a quantidade dos anúncios publicitários virtuais com o intuito de influenciar o consumidor à compra. Para ilustrar essa questão, é possível observar claramente o crescimento exponencial da adoção de bloqueadores de anúncios *online* pelos internautas, conforme o gráfico que segue:

Figura 1 – Gráfico dos dispositivos utilizando bloqueadores de anúncios *online*.



Portanto, infere-se, com base na comparativa produzida pela *PageFair*, que os

usuários de “*Ad Blockers*” aumentaram 30% em 2016, sendo destes, mais de 615 milhões de dispositivos digitais optando por bloquear anúncios publicitários em todo o mundo até o final desse mesmo ano. (site: MonetizeMore, 2020).

Nesse aspecto, pode-se refletir sobre o quanto a publicidade se tornou preciosa para o mercado econômico virtual, especialmente, desde que se vislumbrou como o advento da internet pode proporcionar um desempenho publicitário mais efetivo, direcionado e assertivo.

Assim, sabe-se que o mercado eletrônico, a partir da leitura de algoritmos, monitora as atividades do consumidor virtual – pesquisas efetuadas, páginas e *sites* acessados e toda a gama de conteúdo consultado - com o objetivo de oferecer publicidade específica aos interesses individuais de cada um, diminuindo, então, o rol de escolhas exibidas a uma pessoa.

Nesse sentido, para se atingir a uniformização da produção e do marketing e a diminuição considerável dos riscos dos negócios, o setor privado armazena e processa grande quantidade de informação quase que diária dos usuários e de seus hábitos de consumo, ampliando, assim, os riscos à violação da personalidade do consumidor.

É, por isso, que, em sua obra, a jurista Laura Schertel Mendes (2008, p. 397) afirma que a combinação de diversas técnicas automatizadas permite a obtenção de informações sensíveis sobre os cidadãos e a construção de verdadeiros perfis virtuais, que passam a fundamentar a tomada de decisões econômicas, políticas e sociais.

Acerca disso, frisa Bioni (2021, p. 107):

Não é à toa que se fala em "morte da privacidade", crise ou erosão da intimidade, pois a realidade que lhe é subjacente demonstra que os dados pessoais são o que alimenta e movimenta tal economia e, mais do que isso, são a base de sustentação e ativo estratégico de uma série de modelos de negócios e para formulação de políticas públicas. Há uma economia e uma sociedade que são cada vez mais reféns e dependentes desse livre fluxo informativo.

Diante disso, ainda que os riscos decorrentes do tratamento de dados pessoais possam ser vistos em diversos setores sociais, é evidente os desafios que a manipulação de informações apresenta nas relações de consumo *online*, pois, essas técnicas de persuasão à compra, tal como a publicidade dirigida, se demonstram entrelaçadas à práticas que correm em direção oposta às garantias da privacidade e intimidade dos consumidores.

É de se notar, inclusive, que o consumidor, por configurar lado vulnerável em uma relação de compra, possui significativa dificuldade de controlar o fluxo dos seus dados e das suas informações pessoais no mercado eletrônico, bem como de adotar medidas auto protetivas contra os riscos desse processamento.

Assim, tendo em vista a desigualdade das partes no âmbito da relação de consumo, e a cristalina vulnerabilidade do consumidor, é fundamental que se assegurem tanto no âmbito administrativo, quanto no judicial, mecanismos de proteção especial ao consumidor cujos dados pessoais são objeto de coleta, processamento e transferência. (MENDES, 2008, p. 130).

Outrossim, pelo ponto de vista jurídico, o titular de dados e o consumidor são considerados como partes hipossuficientes em uma relação. Encontra-se a comprovação de tal afirmação no Direito Processual, quando, em seu art. 6º, inciso VIII do CDC, é estabelecido como direito básico do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, garantia também prevista no art. 42, § 2º da LGPD.

Portanto, frisa-se, nesse momento, que qualquer perspectiva regulatória para a proteção dos dados pessoais dos consumidores nessa economia marcada pela intensa vigilância virtual, deve-se levar em consideração especialmente a posição de vulnerabilidade intrínseca ao consumidor nesse chamativo cenário de intenso processamento no fluxo de dados.

Ademais, diante deste enquadramento de vulnerabilidade, para ilustrar a questão, é importante dialogar acerca da tecnologia chamada de “*cookies*”, pois são pequenos arquivos utilizados na quase totalidade dos sites existentes na internet. Estes possibilitam a criação de bases de dados objetivando aprimorar a experiência do usuário.

Contudo, apesar de úteis, com apenas um simples “clique” do internauta aceitando a utilização de “*cookies*”, muitas informações coletadas por esse mecanismo durante a navegação podem ser qualificadas como dados pessoais, além disso, tornando-se possível o mapeamento de comportamentos dos consumidores em sites e aplicativos, a fim de personalizar certos serviços oferecidos.

Por isso, diante demonstração da posição vulnerável assumida pelo consumidor, assim como pautado pelo art. 4º, I do Código de Defesa do Consumidor, o presente trabalho busca analisar os efeitos da tecnologia da informação sobre

garantias já consolidadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, através das quais busca-se tutelar os direitos fundamentais previstos ao cidadão pela Constituição Federal/1988, sobretudo, com atenção especial ao consumidor, à vista de impedir riscos à violação da sua personalidade, bem como à fidelidade e equidade das relações de consumo.

2.3 DIREITOS DA PERSONALIDADE E A IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO DEDADOS PESSOAIS

De acordo com a Convenção de Strasbourg (1981 *apud* BRASIL, 2019, p. 57), informação pessoal é aquela relativa a uma pessoa identificada ou identificável. Sob essa perspectiva, é imprescindível, em primeiro lugar, compreender o conceito jurídico de dado e informação. Muito embora ambos sejam tratados na maioria das vezes como sinônimos, é importante distinguir seus significados.

Segundo Raymond Wacks (1989, p. 25 *apud* MENDES, 2013, p. 921) dado pode ser entendido como a informação em potencial, isto é, ele pode se transformar nesta, quando comunicado, recebido e compreendido. Já Bioni (2021, p. 32) o conceitua como: “fatos brutos que, quando processados e organizados, se convertem em algo inteligível, podendo ser deles extraída uma informação”.

Conforme explicitado por Mendes (2013, p. 932), com relação ao conceito de dados pessoais, pode-se dizer que são os fatos, comunicações e ações que se referem a circunstâncias pessoais ou materiais de um indivíduo identificado ou identificável.

Assim, entende-se que a informação, especificamente a “pessoal”, se difere das demais por possuir um vínculo objetivo com a pessoa, isto é, por revelar aspectos que lhe dizem respeito.

Entre os dados pessoais, encontram-se os dados sensíveis, informações que, se conhecidas e processadas, prestam-se a uma potencial utilização discriminatória ou lesiva. Considera-se dado sensível quando este estiver relacionado à:

Art. 5º [...]

II – dado pessoal sensível: dado pessoal sobre 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, 2019, *online*)

Assim, constata-se que a análise de dados sensíveis apresenta elevado risco às situações lesivas aos titulares. Mas, ainda segundo a autora Laura Mendes (2013), mesmo dados não considerados sensíveis, submetidos a tratamento, podem levar à discriminação. A exemplo, pode-se falar na situação de possibilidade da negativa, por uma determinada instituição comercial, à contratação de algum serviço baseado no “*credit score*” (perfil) de um consumidor.

Fica claro, portanto, que tais informações merecem tutela jurídica, uma vez que, por terem como objeto a própria pessoa, constituem um atributo de sua personalidade. Imprescindível perceber que tal tutela visa à proteção da pessoa e de sua personalidade e não dos dados em si, também como forma de mitigar situações discriminatórias.

Nas palavras de Maria Helena Diniz, a personalidade de um indivíduo consiste:

No conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens (DINIZ, 2005, p. 121).

Além disso, cabe mencionar a definição presente na LGPD, que, no seu Art. 5º, inciso I, conceitua dados pessoais como: “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”. Esse dispositivo ainda prescreve que o titular de um dado é a “a pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento”. (BRASIL, 2019, *online*).

Também sob essa perspectiva, Bioni (2021, p. 56) sinaliza que um dado, atrelado à esfera de uma pessoa, pode se inserir dentre os direitos da personalidade. Para tanto, deve ser adjetivado como pessoal, caracterizando-se como uma projeção, extensão ou dimensão do seu titular.

Diante da leitura dos conceitos e dispositivos supramencionados, considerando que um dado pessoal se qualifica como extensão do seu titular e, ainda, compreendendo o ser humano como um sujeito dotado de direitos, isso acaba por justificar o entendimento da proteção de dados pessoais não mais estar relacionado tão somente ao direito à privacidade, mas sim perpassando entre algumas espécies

dos direitos da personalidade da pessoa natural.

Essa constatação é de extrema utilidade, pois, justifica o direito à retificação e acesso aos dados, assegurando, por exemplo, que um titular exija a retificação de suas informações para que sua projeção seja verdadeira e precisa. Além de justificar outras garantias jurídicas advindas do art. 6º da LGPD, a exemplo: princípio da qualidade de dados; não discriminação (BRASIL, 2019, *online*).

Nessa lógica, cabe trazer a decisão do Tribunal Constitucional alemão através da qual se afirmou que a partir das técnicas de combinação de dados, pode-se chegar a formação de um quadro quase completo da personalidade uma pessoa:

Esse poder necessita, sob as condições atuais e futuras do processamento automático de dados, de uma proteção especialmente intensa. Ele está ameaçado, sobretudo, porque em processos decisórios não se precisa mais lançar mão, como antigamente, de fichas e pastas compostas manualmente. Hoje, com a ajuda do processamento eletrônico de dados, informações detalhadas sobre relações pessoais ou objetivas de uma pessoa determinada ou determinável [...] podem ser, do ponto de vista técnico, ilimitadamente armazenadas e consultadas a qualquer momento, a qualquer distância e em segundos. Além disso, podem ser combinados, sobretudo na estruturação de sistemas de informação integrados, com outros bancos de dados, formando um quadro da personalidade relativamente completo ou quase, sem que a pessoa atingida possa controlar suficientemente sua exatidão e seu uso [...] (MARTINS, 2019, p. 237 *apud* MENDES, 2013, p. 981)

À vista disso, compreende-se que o valor das informações coletadas não assiste apenas na capacidade de armazenamento de grande volume de dados, mas, especialmente, na possibilidade de obtenção de novos conteúdos informativos a respeito dos cidadãos a partir do tratamento destes, tornando-os como projeções imediatas de uma pessoa e, até mesmo, podendo influenciar em decisões de extrema relevância na vida do seu titular.

Assim, entende-se imprescindível a compreensão da disciplina de proteção de dados pessoais como um instrumento de tutela da personalidade do cidadão, assegurando tanto a autonomia das suas escolhas, como a sua proteção contra cenários potencialmente discriminatórios.

Há, ainda, que se considerar nesse contexto da tecnologia da ciência computacional amplificando a capacidade de processamento de dados, que a sociedade somente poderá desfrutar das vantagens do desenvolvimento tecnológico se este for amparado pela tutela jurídica da personalidade do indivíduo, bem como da proteção da privacidade deste.

Infere-se, então, que a problemática da proteção de dados pessoais no meio digital deve se fundamentar na harmonização entre a tecnologia da informação, a proteção à privacidade e à tutela da personalidade. Assim, de forma a se preservar tais direitos garantidos juridicamente aos cidadãos e, sobretudo, tratando à privacidade como um direito fundamental, como disposto na Constituição Federal/1988.

Logo, sendo a proteção do consumidor impressa como um princípio de classe econômica pela Constituição Federal (art. 170, caput e inciso V), a LGPD seguiu tal orientação e, em suas disposições, disciplinou que a proteção de dados tem como objetivo proteger os direitos fundamentais e o livre desenvolvimento da personalidade, atrelado ao desenvolvimento econômico-tecnológico e da inovação.

Desta feita, como os dados pessoais são qualidades do indivíduo, entendidos como extensão do próprio ser humano e, portanto, assimilados como um direito da personalidade, essencial se faz compreender, conforme aduz o Código Civil, que concernem à direitos essenciais à dignidade, à integridade, e são originários, vitalícios, imprescritíveis e absolutos, inerentes à uma pessoa.

3 DA TUTELA DE DADOS PESSOAIS

Para alcançar o entendimento acerca de como se dá a proteção dos dados pessoais, especificamente do consumidor na esfera digital, é imprescindível uma análise geral da legislação de proteção de dados do Brasil para, só então, finalmente atingir as relações de consumo e os direitos advindos desse cenário.

3.1 LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD) - Nº 13.709/2018

A Lei n.º 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) é indiscutivelmente um grande marco no cenário nacional quanto à proteção de dados de pessoas físicas. (TEIXEIRA, 2021, p. 221). Essa lei passou a ser incorporada no ordenamento jurídico brasileiro a partir de 14 de agosto de 2018, e, inicialmente, teve uma *vocatio legis*, isto é, tempo para sua entrada em vigor, de dois anos – restando valer os artigos 52, 53 e 54, que versam sobre as sanções administrativas, os quais entraram em vigor dia 1º de agosto de 2021.

A justificativa para a suspensão dos artigos mencionados acima, foi devido a

necessidade de estruturação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), a qual terá um ponto específico neste trabalho para ser abordada.

A Lei Geral de Proteção de Dados brasileira teve como principal influência a lei europeia, nomeada como GDPR - General Data Protection Regulation; em português, Regulamento Geral de Proteção de Dados.

Frisa-se que a LGPD tutela em seu art. 5º: “pessoa natural a quem se referemos dados pessoais que são objeto de tratamento” (BRASIL, 2019, *online*), desse modo, pessoas jurídicas não são consideradas titulares de dados pessoais para efeitos desta lei.

O intuito desse dispositivo normativo é criar um cenário de segurança jurídica nacional, regulamentar o tratamento de dados pessoais pelos entes públicos e privados, padronizar normas e práticas no âmbito nacional, evitar o mau uso e a utilização indiscriminada de dados pessoais dos cidadãos e, ainda, responsabilizar pelo mau uso de dados, incidentes e acidentes.

Tem, inclusive, princípios próprios, dispostos no art. 6º, e também fundamentos próprios (art. 2º). Ademais, possui uma natureza interdisciplinar, por tratar de assuntos não apenas de direito civil, como também empresarial, constitucional, tecnologia da informação e economia.

Para efeitos desta lei, vale ressaltar que esses dados pessoais não são tão somente nome, Registro Geral (RG), Cadastro de Pessoa Física (CPF) e data de nascimento de um indivíduo. Dados pessoais são tudo aquilo que identifica ou pode identificar uma pessoa. Um dado isolado pode não identificar, mas, se houver uma conjuntura de dados, isso tornará possível identificar o sujeito a qual ele se refere, aquilo que Bioni (2021, p. 65) chamou de “efeito mosaico”.

Outrossim, conforme versado por esta norma, para que se possa realizar o tratamento de dados, é preciso que esteja presente uma das dez bases/hipóteses legais de tratamento, as quais estão enunciadas no seu art. 7º, destacando-se, no que tange a temática em questão, a do consentimento e a do legítimo interesse.

Desse modo, conceitualmente, pode-se afirmar que o legítimo interesse do controlador é “aquilo que lhe é justo ou importante”. Assim, o legislador se preocupou em expressar que o controlador somente poderá fundamentar tratamento de dados pessoais para finalidades legítimas - justa, razoáveis, a serem consideradas a partir da interpretação de casos concretos. (TEIXEIRA, 2021, p. 223).

Contudo, no recorte temático do presente trabalho, importa analisar os efeitos jurídicos da proteção de dados pessoais no que concerne especificamente ao comércio digital, para atingir a análise específica das relações tratadas pelo Código de Defesa do Consumidor, bem como pelo Marco Civil da Internet, as quais serão explanadas a seguir.

3.2 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA ESFERA DO *E-COMMERCE*

Conforme analisado anteriormente, na economia atual, redimensionada pelos processos de acumulação de informações pessoais, surgem inúmeras ameaças, especialmente nas relações de consumo virtuais, à direitos já há muito tempo consolidados, inclusive, pela própria Constituição da República, quando assegura como direito fundamental a inviolabilidade do sigilo de dados (CF, art. 5º, XII).

Diante disso, é fundamental analisar quais os mecanismos previstos na Lei nº 13.709/2018 (LGPD) e dos demais dispositivos presentes no ordenamento jurídico pátrio, buscando entender como se dá a proteção dos dados pessoais, especificamente do consumidor virtual, após a vigência da mencionada lei.

Para tanto, importa destacar que a LGPD (Lei nº 13.709/2018) disciplinou, em seu art. 45, que: “as hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente”. (BRASIL, 2018, *online*). Esse dispositivo em seu art. 2º, § VI ainda prescreve que a disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: “a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor.” (BRASIL, 2018, *online*).

Deste modo, a partir da leitura desses artigos, compreende-se que o tratamento de dados realizados com a finalidade de impulsionar a atividade econômica no mercado consumerista, submete-se à incidência, de forma comum, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) e da LGPD.

A título de ilustração, tem-se os “Termos de Serviço e a Política de Privacidade” de sites e aplicativos comerciais, os quais são equiparados a contratos de adesão, pois, através deles, o usuário adere ao serviço. Assim, qualquer limitação de direitos, a exemplo do compartilhamento de dados pessoais, deve ser informado de maneira clara e destacada neste termo, pois constitui limitação ao direito à privacidade, conforme estabelecido pelo art. 54, § 3º e § 4º do Código de Defesa do

Consumidor. (BRASIL, 2019, p. 64).

A respeito disso, destaca-se que a LGPD estabelece uma definição ampla de tratamento de dados, como:

Art. 5º [...]

X – tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração” (BRASIL, 2018, *online*).

Da mesma forma, quando tais operações se realizam através de ambiente virtual, incide também a Lei do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), devendo esta ser conciliada às normas das legislações mencionadas, o que se abordará de forma específica adiante.

Isso porque, ainda que a Lei nº 13.709/2018 (LGPD) se aplique inclusive nos meios digitais, conforme dispõe seu art. 1º, o Marco Civil da Internet (MCI) é uma lei especial, que versa exclusivamente da internet, enquanto a LGPD é uma lei geral. Aplica-se, pois, a regra do art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), que expõe: “A lei nova que estabelecer disposições gerais ou especiais a par das existentes não revoga nem modifica a anterior”. (BRASIL, 1942, *online*).

Ainda nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor disciplinou, em seu art. 43, que a criação dos bancos de dados e cadastros de consumidores – excluídos os bancos de dados de crédito cujo é regularizado de forma especial pelo art. 43 do CDC e pela Lei 12.414/2011 - exige-se a existência de consentimento expresso do consumidor titular dos dados pessoais.

A intenção do legislador foi alcançar todo e qualquer banco de dados que interfira no livre desenvolvimento da personalidade do consumidor. (BIONI, 2021, p. 125). Nesta seara, a legislação consumerista imprimiu ao consumidor os direitos de controle às suas informações pessoais, isto é, a sua autodeterminação informacional.

Fundamental comentar acerca da exigência disposta no art. 43, § 2º, do CDC de que o consumidor deve ser notificado da abertura de um banco de dados pessoais por ele não solicitado. Em última análise, esse dever de comunicação prévia viabiliza ao titular assistir à circulação de seus dados pessoais, estando em consonância com o

princípio da transparência previsto no art. 6º, VI da LGPD.

Assim, entende-se que há a referida transparência, nesse caso, pois, nas palavras de Bioni (2021, p. 126) o operador dos bancos terá, igualmente os deveres de:

i) garantir o seu acesso pelo consumidor (art. 43, caput, do CDC); ii) exatidão de tais informações; iii) que o banco de dados se restrinja para finalidades claras e verdadeiras e, por fim; iv) que seja observado o limite temporal de cinco anos para o armazenamento de informações negativas (art. 43, § 1º, do CDC). Por esse arranjo, o consumidor poderá demandar a imediata correção -cancelamento de uma informação errônea ou que tenha superado tal limite temporal.

Os referidos direitos de retificação, acesso e cancelamento de dados, bem como os princípios mencionados – transparência; qualidade; exatidão; e limitação temporal - estão intrínsecos à figura do consumidor, vislumbrando-se que, na condição de titular dos dados pessoais, concretize o controle das suas informações pessoais.

Em suma, o CDC buscou conferir a autodeterminação informacional, o que perpassa desde regras para garantir a exatidão dos dados, até limitações temporais para o seu armazenamento (BIONI, 2021, p. 126), bem como o direito da garantia ao acesso pelo consumidor.

Cabe agora analisar, de forma específica, a Lei n.º 12.965/2014, intitulada como Marco Civil da Internet (MCI), que objetivou assegurar os direitos e garantias dos cidadãos na esfera virtual.

Entre os direitos previstos nesta lei, situa-se a proteção da privacidade e dos dados pessoais. Vale destacar, então, alguns dos direitos e garantias dos usuários da internet, previstos no art. 7º desse dispositivo normativo, transcritos a seguir:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:
I – inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
II – inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;
III – inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial; [...]
VII – não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;
VIII – informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser

utilizados para finalidades que:

- a) justifiquem sua coleta;
- b) não sejam vedadas pela legislação; e
- c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX – consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

X – exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei; (BRASIL, 2014, *online*).

É possível perceber, portanto, que ao todo, três dispositivos fazem menção expressa à necessidade do consentimento do usuário para a coleta, o uso, o armazenamento e o tratamento de seus dados pessoais, tal como para a sua transferência a terceiros.

Nesse sentido, a Lei n.º 12.965/2014 (MCI) ainda qualificou o consentimento como devendo ser livre, expresso e informado. E, com relação aos dois últimos deveres, esta lei ainda se preocupou em estabelecer dispositivos cujos definissem o que deve se entender por um consentimento expresso e informado. Essa norma legal ainda dispõe que o usuário poderá determinar a exclusão definitiva dos seus dados pessoais fornecidos a uma determinada aplicação da internet, uma vez encerrada a relação entre eles (MENDES, 2013, p. 130).

Em última análise, embora existam outros, vale salientar três princípios previstos pela Lei n.º 13.709/2018 (LGPD), que importam especialmente para a temática ora abordada, relativa às relações de consumo. Dentre eles: i) Princípio da finalidade, que se refere a realização do tratamento de dados para propósitos legítimos; ii) Princípio da transparência, pois, do contrário, caso o consumidor não saiba quais dados estão sendo coletados, não será possível sequer exigir sua correção; iii) Princípio da necessidade, cujo relaciona-se com a ideia de que as empresas comerciais devem coletar apenas aqueles dados que são realmente necessários para a finalidade pretendida.

De qualquer modo, apesar da tutela dos dados pessoais já ser tratada pelo ordenamento jurídico antes mesmo da existência da LGPD, tal novidade legislativa trouxe novos conceitos de grande relevância para o ambiente digital, tais como o de dado pessoal sensível, além de explicar o que deve ser entendido por consentimento, a previsão de uma autoridade com competência de aplicar sanções administrativas - o

que se abordará melhor adiante - e, ainda, a exigência de uma base legal para a gestão de dados que dizem respeito a uma pessoa.

Nesta seara, imprescindível expor que as garantias e direitos fundamentais tratados pela Constituição Federal/1988 abrange o direito à inviolabilidade do sigilo de correspondências e comunicações (art. 5º, XII) e, atrelado a isso, há as comunicações em meios eletrônicos, na forma como explica Pedro Lenza (2021, p. 1.231):

A garantia constitucional da inviolabilidade abrange, naturalmente, as comunicações privadas também em meios eletrônicos, pela internet, pelos tradicionais e-mails ou ainda pelos meios de comunicações proporcionados pelas redes sociais, como direct message (DM), no Twitter, Instagram Direct, conversas privadas por meio de WhatsApp, Facebook etc. No caso, destacamos a regulamentação da matéria no denominado marco civil da internet, qual seja, a Lei n. 12.965/2014, que estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determinou as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria. Destacamos, também, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que 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 (Lei n. 13.709/2018).

Por fim, conclui-se que a disciplina da proteção das informações pessoais dos consumidores na esfera digital deve se fundamentar através de um diálogo entre o Marco Civil da Internet (Lei. 12.965/2014), o Código de Defesa do Consumidor (Lei. 8.078/1990) e a LGPD (Lei n.º 13.709/2018), de modo a se preservar também a garantia fundamental estabelecida pela CRFB/1988 da inviolabilidade do sigilo de correspondências e comunicações (art. 5º, XII).

3.3 O PAPEL DO CONSENTIMENTO NA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Doutrinariamente, foram atribuídos diversos conceitos ao tratamento de dados pessoais. Em sua obra, Laura Schertel Mendes (2013, p. 990) aponta que a regulação jurídica está amparada no seguinte conceito: “o indivíduo deve ter o poder para controlar livremente a revelação e a utilização dos seus dados pessoais na sociedade, preservando, assim, a sua capacidade de livre desenvolvimento de sua personalidade”.

Outro conceito relevante acerca desta temática foi atribuído por Alan Westin (1970, p. 7 *apud* BIONI, 2021, p. 115), que compreendia a privacidade como a: “reivindicação dos indivíduos, grupos e instituições de determinar, por eles mesmos,

quando, como e em qual extensão suas informações pessoais seriam comunicadas aos outros".

A Lei nº. 13.709 de Proteção de Dados Pessoais, também apresenta, em seu Art. 2º, inciso II, que essa disciplina tem como um de seus fundamentos: "II - a autodeterminação informativa." (BRASIL, 2018, *online*). Nesse aspecto, nota-se um marcante viés de autocontrole e liberdade do seu titular e, ainda, é de se perceber a autonomia do indivíduo em controlar o curso de suas informações pessoais.

Conforme demonstrado por Bioni (2021, p. 109):

O principal vetor para alcançar tal objetivo é franquear ao cidadão controle sobre seus dados pessoais. Essa estratégia vai além do consentimento do titular dos dados, pelo qual ele autorizaria o seu uso. Tão importante quanto esse elemento volitivo é assegurar que o fluxo informacional atenda às suas legítimas expectativas e, sobretudo, não seja corrosivo ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Desde a segunda geração das leis de proteção de dados pessoais já se discutia acerca da efetividade de uma diretriz normativa focada no poder de escolha dos indivíduos. Contudo, embora cada geração tenha sido caracterizada por focar em aspectos distintos da proteção de dados, o progresso geracional não suprimiu o protagonismo do consentimento neste processo.

Tanto é verdade que isso é replicado até os dias de hoje, ao passo que na própria legislação pátria, no Art. 5º, inciso XII da LGPD, passou a ser determinado que esse deve ser uma: "consentimento - manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada". (BRASIL, 2018, *online*).

Portanto, é irrefutável o papel de destaque do consentimento nessa esfera jurídica, afinal, este é o meio pelo qual o indivíduo exerce, além do controle preventivo, também um controle posterior, caso avalie que o tratamento de dados pessoais não seja adequado ou não atenda mais aos seus interesses. (MENDES, 2013, p. 1066).

Tal afirmação pode ser comprovada quando, na LGPD, no § 5º do art. 8º cc. inciso VI do caput do art. 18, é disposto sobre a possibilidade de o titular do dado revogar seu consentimento e, ainda é estabelecido que isso pode ser feito a qualquer tempo por sua manifestação expressa via procedimento facilitado e não oneroso. Todavia, mesmo havendo a revogação, permanecerão ratificados os tratamentos realizados sob o consentimento outrora manifestado, salvo se houver posterior

requerimento de eliminação.

3.4 AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (ANPD)

A aplicação das sanções previstas na LGPD compete, entretanto, somente à Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD), conforme está descrito no art. 55-K:

Art. 55-K. A aplicação das sanções previstas nesta Lei compete exclusivamente à ANPD, e suas competências prevalecerão, no que se refere à proteção de dados pessoais, sobre as competências correlatas de outras entidades ou órgãos da administração pública. Parágrafo único. A ANPD articulará sua atuação com outros órgãos e entidades com competências sancionatórias e normativas afetas ao tema de proteção de dados pessoais e será o órgão central de interpretação desta Lei e do estabelecimento de normas e diretrizes para a sua implementação. (BRASIL, 2018, *online*).

A experiência das últimas décadas dos órgãos administrativos de proteção de dados pessoais demonstrou que a existência desses órgãos é essencial para a implementação da legislação e da cultura da privacidade no país, conforme afirmam Bennett e Raab (2017, p. 134 *apud* MENDES, 2013, p. 828):

A existência de autoridades supervisoras robustas tem sido considerada como condição para a adequada proteção à privacidade, pois as leis não são autoimplementáveis e a cultura da privacidade não pode se estabelecer sem uma autoridade que a patrocine.

Foi ainda reconhecido o direito de petição à Autoridade Nacional, conforme o art. 18, § 1º, da LGPD: “O titular dos dados pessoais tem o direito de peticionar em relação aos seus dados contra o controlador perante a autoridade nacional”. (BRASIL, 2018, *online*).

Contudo, isso não impossibilita a atuação conjunta de órgãos de defesa do consumidor, nos termos do § 8º deste artigo, conforme o qual: “O direito a que se refere o § 1º deste artigo também poderá ser exercido perante os organismos de defesa do consumidor.” (BRASIL, 2018, *online*).

Há de se pontuar, por fim, que a aplicação das sanções pela ANPD depende de procedimento administrativo prévio e do exercício da ampla defesa, bem como de outros princípios inerentes ao devido processo legal presentes no Código de Processo

Civil. Nesta seara, a função primordial desse órgão administrativo se figura na responsabilidade de garantir a implementação e cumprimento da legislação.

3.5 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DOS CONSUMIDORES VIRTUAIS

Compreendida as normas pátrias que regulamentam a proteção dos dados pessoais, em especial dos consumidores, cumpre analisar de forma específica a atuação do Ministério Público Federal perante eventuais ilícitos realizados no que tange aos direitos dos usuários da internet frente à utilização de seus dados.

Cabe ao Ministério Público Federal atentar pela proteção dos direitos do consumidor e dos usuários da internet, assim como garante o art. 6º, VII, letra “c”, in fine, e letra “d”, da Lei Complementar nº 75/1993 - que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União - com a adoção das medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis:

Art. 6º Compete ao Ministério Público da União: [...]
VII – promover o inquérito civil e a ação civil pública para:[...]
c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e **coletivos**, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e **ao consumidor**; (BRASIL, 1993, *online*, grifo do autor).

Ademais, conforme o art. 8º da Lei do MCI, são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que impliquem ofensa ao sigilo das comunicações privadas:

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.
Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput, tais como aquelas que: I – impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; (BRASIL, 2014, *online*, grifo do autor).

Já a Lei nº 8.078/1990, Código de Defesa do Consumidor (CDC), reconhece de forma expressa a legitimidade do Ministério Público para propor ação anulatória de cláusulas contratuais ilegais ou abusivas:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais

relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes. (BRASIL, 1990, *online*).

Ainda, consoante o art. 81, inciso II, da Lei nº 8.078/1990, os interesses ou direitos coletivos são: “transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. (BRASIL, 1990, *online*).

Assim, resta claro que os direitos dos usuários da internet pertencem aos direitos coletivos, uma vez que se inserem ao conjunto de pessoas que se utilizam da rede. Como uma “massa” de indivíduos os quais estão interligados entre si por pertencerem a uma mesma categoria, nesse caso, de internautas.

A significativa porcentagem de 73,9% (BANCO MUNDIAL, 2019) da população brasileira de usuários da internet, isto é, mais de milhões em todo território nacional, ilustra perfeitamente esse cenário da natureza coletiva desse direito.

Somado a isso, a internet tem uma indubitável finalidade social, estando diretamente relacionada ao pleno exercício da cidadania, assim como dispõe a Lei nº 12.965/2014:

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:[...]

VI – a finalidade social da rede. (BRASIL, 2014, *online*, grifo do autor)

Exemplificando, havendo uma cláusula em site ou aplicativo que viole a privacidade do usuário, a ação de pedir ao Poder Judiciário que seja declarado a nulidade desta compete ao Ministério Público Federal, haja vista que se insere como defesa de bem coletivo, por ser relativo à direito de um grupo de pessoas ligadas entre si, isto é, os indivíduos usuários da internet.

Há, por fim, uma evidente legitimidade do Ministério Público Federal frente à defesa dos usuários da rede, considerando tais direitos de natureza coletiva, e como direitos individuais homogêneos com relevância social. Haja vista que, a Constituição Federal, em seu art. 127, atribui ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses sociais, uma vez que são essenciais para a preservação da organização e o funcionamento da sociedade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O universo digital deixou de ser o futuro, para se tornar a realidade. Toda coletividade já se encontra imersa em uma tecnologia avançada a ponto de envolver todas as esferas da vida, e a internet passa a ser o principal instrumento no que se refere à difusão de informações e relacionamentos interpessoais, a exemplo disso, pode-se falar na modalidade de trabalho em “*home office*”, nos pagamentos efetuados através do “PIX” por meio de dispositivos móveis e na assistente virtual criada para realizar tarefas por comando de voz, a chamada “Alexa”.

A partir da introdução da internet no cotidiano dos indivíduos, esse fato veio ensejar a intensificação do fluxo de informações, de modo que essas passaram a avocar posto de protagonismo na sociedade, manifestando-se na “sociedade da informação”.

Nessa perspectiva, partir da análise dos dispositivos presentes na legislação de proteção de dados brasileira, verificou-se que esta lei objetiva proteger os direitos fundamentais de liberdade, de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, como forma de mitigar o tratamento desordenado, não consentido, abusivo, discriminatório, irregular ou ilícito de dados.

Essa proteção é urgente e necessária, pois, a todo instante, em diversos lugares, os consumidores fornecem seus dados pessoais para cadastros em lojas, bem como em sites institucionais, bancários e comerciais. Isso ocorre especialmente no ambiente virtual, através dos contratos de adesão por meio de “Termos de Serviço e a Política de Privacidade”, e dos termos aceitando a utilização de “*cookies*”.

O cenário acima descrito demonstra o quanto é necessário levar em consideração a posição de vulnerabilidade intrínseca ao consumidor, pois, com apenas um simples “clique” do usuário aceitando tais termos, muitas informações são coletadas e, sobretudo, desencadeando em grandes impactos e riscos a diversos direitos e garantias presumidos pela própria Constituição Federal, como o direito fundamental à liberdade, à igualdade, à privacidade e ao princípio da dignidade.

Outrossim, como visto, a tecnologia da informação, ao ampliar as possibilidades de armazenamento de dados e tornando-as praticamente ilimitadas, pôde afetar diretamente o direito à privacidade do indivíduo.

Mais do que isso, a combinação de diversas técnicas automatizadas no meio

digital permitiu a construção de verdadeiros perfis virtuais, os quais podem ser utilizados de forma abusiva, pois, como analisado anteriormente, sem perceber os titulares são inclinados a tomar certas decisões previamente elaboradas por algoritmos instalados em sites e aplicativos.

Nota-se, inclusive, que a LGPD não veda o tratamento regular de dados, mas impõe requisitos e limites à atuação de terceiros no tratamento das informações pessoais da pessoa natural, tal como na diminuição dos riscos relacionados ao vazamento desses.

Tanto é assim, que a norma se fundamenta, em especial, nos valores da privacidade, liberdade de expressão, inviolabilidade de direitos, intimidade, defesa do consumidor, do livre desenvolvimento da personalidade, desenvolvimento econômico, tecnológico e inovação.

Observa-se, na letra fria da lei, que deve existir uma verdadeira balança dos mencionados valores, de modo que estes sejam ponderados, pois, ao mesmo tempo que o dispositivo normativo protege o dado, também o direciona para o desenvolvimento econômico e tecnológico.

Por isso, quando se almeja a efetividade da proteção de dados e a privacidade da pessoa natural, a melhor exegese é no sentido de que esses valores se revelem alinhados na construção desses objetivos, quais sejam o desenvolvimento econômico e tecnológico em harmonia com a proteção aos direitos de personalidade e os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal/1988.

Nesse contexto, ressalta-se que as relações de consumo seguiram essa mesma vertente e, o mercado eletrônico, aliado aos avanços das tecnologias de informação, tornou-se um ambiente por meio do qual há a utilização massiva de dados pessoais.

A partir dessas constatações, tendo em vista a desigualdade das partes no âmbito da relação de consumo, o objetivo não deve ser outro senão a proteção do consumidor vulnerável e, para isso, é fundamental assegurar tanto no âmbito administrativo, quanto no judicial, mecanismos de proteção especial à esse consumidor, cujos dados pessoais são objeto de coleta, processamento e transferência a todo momento.

Assim, entende-se imprescindível a compreensão da disciplina de proteção de dados pessoais como um instrumento de tutela da personalidade do cidadão, assegurando tanto a autonomia das suas escolhas, como a sua proteção contra

cenários potencialmente discriminatórios.

Crucial, ainda, à vista dessa legislação, a ideia de que todas as empresas e todo aquele que processe dados pessoais, têm que adotar as medidas de segurança da informação necessárias e atuais, a fim de impedir contextos predispostos à ocorrência de vazamentos.

Diante do exposto nos capítulos anteriores, resta claro que o tratamento de dados realizados com a finalidade de impulsionar a atividade econômica no mercado consumerista, submete-se à incidência importante e necessária, de forma comum, do Código de Defesa do Consumidor e da LGPD.

Ademais, a LGPD também se aplica às relações realizadas na internet, suprimindo omissões e incompletudes do Marco Civil da Internet, para uma melhor proteção do usuário. Não obstante, a lei de proteção de dados trouxe novos conceitos de grande relevância no ambiente digital, tal como o de dado pessoal sensível, o que deve ser entendido por consentimento e a criação de um órgão administrativo (ANPD) a fim de garantir a implementação e cumprimento da legislação.

Então, conclui-se que a disciplina da proteção das informações pessoais dos consumidores na esfera digital se fundamenta através do diálogo entre o Marco Civil da Internet (Lei. 12.965/2014), o Código de Defesa do Consumidor (Lei. 8.078/1990) e a LGPD (Lei n.º 13.709/2018).

Por fim, em última análise, diante do estudo realizado, depreende-se que, por mais que já existissem dispositivos normativos pelos quais se abordasse a gestão de dados pessoais no país antes da regulamentação da LGPD, não havia, entretanto, um princípio de justificação para tanto, qual seja, a proibição ao tratamento de dados pessoais se esse não for justificada por uma base legal.

Assim, a ideia não é proibir o fluxo de dados, até mesmo porque, em uma sociedade da informação isso seria inconcebível, mas significa dizer que, quando se trata de dados pessoais que tem uma relevância para aquela coletividade, é preciso haver um fundamento legal para seu tratamento, seja o consentimento, o contrato ou legítimo interesse.

REFERÊNCIAS

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, v. I.

BANCO MUNDIAL. **Indicadores de Desenvolvimento mundial**. Washington, D.C., 2019. Disponível em: <<https://datatopics.worldbank.org/world-development-indicators/>>. Acesso em: 24 set. 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, [2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF: [1993]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 24 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF: [2017]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, [2018]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm>. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF: [2015]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 17 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, [2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão. **Sistema brasileiro de proteção e acesso a dados pessoais: análise de dispositivos da Lei de Acesso à Informação, da Lei de Identificação Civil, da Lei do Marco Civil da Internet e da Lei Nacional de Proteção de Dados**. Brasília, DF, 2019. 85 p. Disponível em:

<<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/documentos-e-publicacoes/roteiros-de-atuacao/sistema-brasileiro-de-protecao-e-acesso-a-dados-pessoais-volume-3>>. Acesso em: 24 set. 2021.

CASTELLS, Manoel. **A galáxia da Internet**: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

InfoMoney, comércio online mais que dobra e já chega a mais de 21% das vendas.

Estadão Conteúdo, São Paulo, 17 out. 2021. Disponível em:

<https://www.infomoney.com.br/negocios/com-pandemia-comercio-online-mais-que-dobra-e-ja-chega-a-21-das-vendas/?utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_id=thenews>. Acesso em: 24 set. 2021.

GRAHAM, Kean. O que é um ad blocker (bloqueador de anúncios). **MonetizeMore**, British Columbia, 16 jun. 2020. Disponível em:

<<https://www.monetizemore.com/blog/o-que-e-um-ad-blocker-bloqueador-de-anuncios/>>. Acesso em: 24 set. 2021.

JARUSSI, ALESSANDRA. Faturamento do e-commerce deve crescer 12% e atingir quase R\$ 50 bilhões em 2017. **Fecomércio SP**, São Paulo, 15 mar. 2017.

Disponível em: <<http://www.fecomercio.com.br/noticia/faturamento-do-e-commerce-deve-crescer-12-e-atingir-quase-r-50-bilhoes-em-2017>>. Acesso em: 25 set. 2021.

LACE, Susanne. **The glass consumer**: life in a surveillance society. Bristol: Policy Press, 2005. p. 1:

MENDES, Laura Schertel Ferreira. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2013. (e-book). p. 549.

MENDES, Laura Schertel. **Transparência e privacidade**: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo. 2008, 158 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

Disponível em:

<www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp149028.pdf>. Acesso em: 24 set. 2021.

TEIXEIRA, Tarcísio. **LGPD e E-commerce**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

VITÓRIO, Tamires. Site brasileiro expôs 426 milhões de dados pessoais, diz empresa de segurança. **CNN Brasil**, São Paulo, 23 set. 2021.

APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA NAS RELAÇÕES INCESTUOSAS: UM PACTO DE SILÊNCIO

Laura Emília de Carvalho Marcelino¹

Emmanuelli Karina de Brito Gondim Moura Soares²

RESUMO

Este artigo apresenta uma discussão teórica sobre a aplicabilidade normativa nas relações incestuosas, partindo da análise dos dispositivos legais vigentes para a regulamentação e aplicação ao caso concreto. O objetivo é investigar sob o enfoque do ordenamento jurídico, influenciado pelas amarras sociais e morais que vinculam o tema. Tendo como referência a atuação legislativa frente às resoluções práticas de problemas concretos com escassez normativa vigente e com os tabus que rodeiam tais relações, sendo a base para este trabalho uma articulação da efetiva atuação normativa, juntamente com a proteção de direitos para a garantia e respeito ao Estado Democrático de Direito, evocando assim uma necessidade da análise da compreensão desse fenômeno com os ditames jurídicos para que se possa manifestar-se da melhor forma nos processos práticos. Emergência de um olhar complexo que surge principalmente no contexto dessas relações, modalidade que tem vasto campo de tabus e preconceitos já firmados socialmente, dificultando assim a atuação normativa.

Palavras-chave: Aplicabilidade normativa. Relação incestuosa. Compreensão.

APPLICABILITY OF BRAZILIAN LEGISLATION IN INCESTUOUS RELATIONS: A PACT OF SILENCE

ABSTRACT

This article presents a theoretical discussion on the normative applicability in

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNIRN). E-mail: lauraecmarcelino@gmail.com.

² Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), professora de Direito Civil do curso de Direito da UNIFACEX e da UNIRN e advogada. E-mail: emmanuelligondim@hotmail.com.

incestuous relations that starts from the analysis of the legal provisions in force for the regulation and application to the specific case. The objective is investigate under the focus of the legal system, influenced by the social, religious and moral ties that link the theme. Based on legislative action in the face of practical resolutions of concrete problems with current normative scarcity and with the taboos surrounding such relationships, the basis for this work is an articulation of effective normative action, together with the protection of rights for guarantee and respect to the Democratic State of Law, thus evoking a need to analyze the understanding of this phenomenon with the legal dictates so that it can manifest itself in the best way in practical processes. Emergence of a complex view that arises mainly in the context of these relationships, a modality that has a vast field of taboos and prejudices already established socially, thus making normative action difficult.

Keywords: Normative applicability. Incestuous relationship. Understanding.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe uma discussão teórica a respeito da incidência normativa nas relações incestuosas, expondo a interceptação de fatores externos para influência do direito na hora da sua aplicabilidade. Trata-se de uma análise da articulação teórica e prática da utilização normativa no campo das relações com vínculo afetivo intersubjetivo presente, que visa apresentar a real intenção que o direito impõe sobre tais vínculos, objetivando a efetiva aplicabilidade com o alcance da justiça, imparcial e igualitária.

Além da conjuntura de alcançar a melhor atuação do direito sobre essas relações, pretendemos conhecer, com a proteção dos direitos a todos os envolvidos, o respeito igualitário que o ordenamento a eles prevê, sem atuar de forma discriminatória e desigualitária. Para tal, propomos uma análise sobre o modo como os fatores externos podem influenciar na resolução de determinados casos.

Assim, devemos entender os fatores que influenciam o direito, a fim de compreendermos o julgamento aplicado sobre as relações incestuosas, para que elas sejam consideradas inadequadas, impuras e indevidas perante a sociedade e os seus ditames morais, que influenciam a criação normativa.

Além disso, será possível compreendermos que o direito, mesmo sendo considerado um fenômeno social, não pode ficar cerceado e limitado aos ditames sociais e culturais impostos pela sociedade, uma vez que é constituído de regras impostas a todos. Mesmo sendo influenciado por tais fatores, o direito deve mostrar a sua diretriz, imparcialidade, igualdade e imperatividade para o respeito e segurança de todos os direitos envolvidos.

Corroborando com tal entendimento e conceituando o incesto em várias perspectivas, é possível compreender as mudanças que essas relações provocam nos indivíduos participantes, tanto mental quanto fisicamente. É possível analisar a concepção que o Direito Penal tem sobre o tema e compreender o posicionamento que o Ordenamento Jurídico Criminalista adota sobre o incesto, demonstrando a dificuldade que as autoridades competentes possuem no reconhecimento e aplicabilidade da norma ao caso concreto.

Do mesmo modo, pretendemos elucidar a influência do incesto que recai sobre o Direito Civil e suas devidas consequências, como a possibilidade de confusão patrimonial, divisão de bens na hora das sucessões e vários outros fatores civilistas envolvidos.

O presente artigo visa explicar a legislação brasileira e a sua visibilidade e aplicação perante as relações incestuosas, apresentando, se tiver, as possibilidades de punições, a dificuldade das autoridades competentes para punir os autores dessa prática, sempre tentando entender o posicionamento normativo que é adotado pelo país, influenciado por fatores externos.

Assim, este artigo é um convite para um olhar teórico e crítico sobre essas relações afetivas consideradas tabus sociais e um guia de como o ordenamento jurídico passa a regulamentá-las sob influências externas, trazendo argumentos importantes sobre tais relações e a complexidade enfrentada pela normativa brasileira.

2. TUDO EM FAMÍLIA: A INVISIBILIDADE DO INCESTO

Gerador de uma das formas de abuso sexual, condenado por quase todas as culturas e punido como crimes por algumas jurisdições, o incesto caracteriza-se como a relação sexual ou marital entre parentes próximos, consanguíneos ou afins, constituindo relacionamento de curto e longo prazos, podendo ou não ter a geração de

herdeiros.

Corroborando Dias (2009), o incesto é considerado um dos segredos familiares mais bem guardados, pactuado sobre um manto de silêncio e formado por atos libidinosos. O incesto compõe o grupo de relações que não são pronunciadas, discutidas ou presenciadas, com o intuito de desaparecimento da negativa da realidade existente.

Independente do tipo de relação incestuosa, o incesto é considerado uma das práticas mais democráticas existentes, avistado em todas as épocas, culturas, classes e níveis sociais com sujeitos de diferentes faixas etárias. Segundo Dias (2006):

O abuso sexual contra crianças e adolescentes é um dos segredos de família mais bem guardados, sendo considerado o delito menos notificado. Ao contrário do que se imagina, é um dos crimes mais democráticos. Atinge as famílias de todas as classes sociais e níveis culturais (DIAS, 2006, p. 01).

Envolto em aspectos sociais, a relação incestuosa é marcada pelo abuso sexual e a deturpação da instituição familiar. A junção dos dois fatores, podem gerar efeitos traumáticos para os sujeitos, provocando distúrbios nos indivíduos vítimas dessas relações.

Marcado pela regulação social, consagradamente considerado como tabu, o incesto é reputado como defeso perante a maior parte da cultura universal, proporcionando uma ideia de ubiquidade impeditiva. Porém, mesmo com a perpetuação da proibição da realização e manutenção dessas relações, o incesto não é considerado crime em algumas jurisdições, incluindo a do Brasil, que não tipifica a prática no Ordenamento Jurídico, provocando um limbo legislativo quanto à sua regulamentação permissiva ou proibitiva.

Outrossim, a proibição da prática incestuosa recebe influências baseadas na natureza da relação em si e da cultura do grupo presente, justificando ser uma relação tipificada para alguns povos, proibitiva para outros e, para alguns, até permissiva.

A identificação proibitiva da realização desses atos libidinosos é unânime em quase todas as culturas, com justificativas ainda pouco exploradas. Por conta da negativa de explicação, acaba dificultando o entendimento dessa relação para posterior combate à sua prática, incumbindo apenas a presença de teorias para tentar fundamentar o porquê da proibição.

A teoria biológica, considerada a mais difundida, concebe a proibição dessa relação como proteção aos malefícios naturais, resultantes desse cruzamento

endogâmico³, causando pouca variabilidade genética e possibilitando a propagação de genes recessivos, facilitando a presença de doenças hereditárias e má formação.

Sob a vertente sociocultural, a teoria social aborda a importância da realização de um sistema cooperativo e democrático para a formação do indivíduo, que só poderia ser alcançado com a exogamia⁴, impossibilitando o envolvimento endogâmico. Ou seja, só poderia ser alcançado com a relação de sujeitos com laços sanguíneos diversos. Concordando com Cohen e Gobbetti (2016, p. 2), “as teorias sociais priorizam a importância da exogamia, pois ela amplia a família e possibilita um sistema mais cooperativo e democrático”.

Em Cohen e Gobbetti (2016, p. 2), observamos que um dos fatores que “justificaria” a proibição do incesto é o fato de os membros da família não poderem distinguir o papel social que cada um desenvolve dentro dessas relações.

Assim, Cohen e Gobbetti (2016) dizem:

Segundo as teorias psicológicas, a não atuação do incesto permite a diferenciação e a simbolização de funções dentro da família (pai, mãe e irmãos), possibilitando o desenvolvimento do indivíduo e da família. Nesta perspectiva, a proibição do incesto é um fator organizador, demarcando limites (COHEN e GOBBETTI, 2016, p. 2)

Por conseguinte, devido à dificuldade de esclarecimento sobre o tema, arraigado na concepção ideológica basilar de que a família é um corpo sagrado e indestrutível, influenciado pelos dogmas vigentes na sociedade, ainda resiste a dificuldade em entender tal fenômeno, e a prática das relações incestuosas se tornam segredos mantidos na estrutura familiar, dificultando o conhecimento para estruturação da normatização.

Pelo fato de não se tomar conhecimento da ocorrência das práticas das relações incestuosas, ocasionado pelo receio das consequências que possam vir a ter, caso essas relações sejam descobertas, gerando um silêncio entre os sujeitos viventes do incesto, a constatação em números da quantidade de ocorrência dessa relação libidinosa acaba sendo prejudicada, devido a prejudicialidade dos casos registrados.

Frequentemente praticados dentro de casa, a delação do incesto, assim como a grande maioria dos crimes sexuais, passa a ser mais escassa, devido às violências mentais existentes, inibindo a vontade e o sentimento de denúncia de tal prática.

³ Relação entre pessoas consanguíneas.

⁴ Relação entre pessoas não consanguíneas.

O que muitos não sabem é que essa prática, mesmo que a sua existência seja pouco difundida, apresenta índices altos, como demonstrados por Maria Berenice Dias (2006):

Avalia-se que apenas 10 a 15% dos casos de incesto são revelados, sendo que 20% das mulheres e de 5 a 10% dos homens foram vítimas de abuso sexual na infância ou na adolescência. Na expressiva maioria, 90% dos delitos são cometidos por homens que as vítimas amavam, respeitavam e confiavam: 69,6% dos agressores é o pai biológico; 29,8% o padrasto e 0,6% o pai adotivo. Não há registro de abuso por parte de pais homossexuais (DIAS, 2006, p. 1).

A ocorrência desse tipo de relação está mais presente na realidade do que se pode perceber, e a dificuldade de conhecimento da prática destes atos deve-se ao fato de ser uma relação que ocorre dentro do manto familiar, influenciado de perspectivas ideológicas, sociais e religiosas, de que a instituição familiar é sagrada e intocável. Isso faz com que o compartilhamento de ocorrência se torne cada vez mais escasso, devido à necessidade de imposição do silêncio para evitar a propagação da existência das relações incestuosas.

Além das influências dogmáticas externas para impedir a propagação da existência e manutenção desse tipo de relação, a delação do incesto sente dificuldade pela sensação de insegurança e impunidade que é gerado pelo nosso Sistema Judiciário, já que o Ordenamento Jurídico não transmite segurança de aplicação de uma possível punibilidade para as vítimas dessas relações, deixando com que os agressores fiquem isentos de qualquer aplicabilidade normativa punitiva, como assevera Dias (2006, p. 02): “denunciado o fato, a Justiça acaba sendo conivente com o infrator, pois sempre procura culpabilizar a vítima, e o altíssimo índice de absolvições gera a consciência da impunidade”.

Corroborando o que diz Dias (2006), provocado pelo sentimento de insegurança jurídica e pela ausência de punibilidade aplicada pelo Estado-Juiz, muitas das denúncias acabam sendo silenciadas também por receio de se obter consequências diversas da esperada, que podem trazer efeitos para vítima muito maiores do que aquelas pretendidas para serem aplicadas no acusador, podendo gerar, até, desconfiança perante o próprio corpo familiar ou perante a sociedade.

Devido ao limbo legislativo existente para a tipificação do incesto como crime ou não e com base na premissa instaurada no país de “o que não é proibido é permitido”, a

relação incestuosa entre pessoas maiores de idades e de forma consensual não pode ser impedida ou recriminada, já que nesse quesito o legislador preferiu se omitir na hora da instauração de um dispositivo legal cabível para punir, talvez, tais práticas.

Por ser fruto de influências sociais, o Direito é utilizado como ferramenta normativa para proporcionar uma pacificação e bem-estar social, condenando ou permitindo a prática de determinados atos em *prol* da sociedade, determinando esses atos a depender da satisfação da coletividade. Isso é muito bem aplicado na teoria jurídica, mas na prática não está de igual maneira, uma vez que o incesto, considerado Tabu social, é rechaçado e recriminado por quase todas as pessoas, gerando um mal-estar social, enquanto o Direito ainda não criminaliza a relação incestuosa, indo de encontro ao que é apontado como seu objetivo: atender aos nuances sociais.

3. A REALIDADE QUE A JUSTIÇA AINDA INSISTE EM NÃO VER

O incesto, que constitui prática proibitiva no contexto social, ainda se mostra presente no cotidiano, principalmente no âmbito doméstico, configurando uma realidade contrária àquela restrição que se pretende alcançar. Além disso, é uma prática de difícil reconhecimento, pois denúncias demoram a ocorrer ou, às vezes, nem ocorrem, devido ao “pacto de silêncio” instaurado pela família.

Mesmo sendo proibida na sociedade, a prática da relação incestuosa não é tipificada pelo nosso Ordenamento Jurídico, não sendo, portanto, considerado crime pelo Código Penal. Devido a essa não existência normativa, acaba por configurar uma negligência normativa criminal sobre o tema.

Corroborando com Oliveira e Nunes (2019), por conta de uma ausência normativa criminalista vigente, em se deparando com relações incestuosas, o *Parquet* irá oferecer denúncia fundamentada no Artigo 213 do Código Penal⁵, referente ao crime de estupro. Encontrando-se, por sua vez, em situações de relações incestuosas em que um dos sujeitos seja menor, o *Parquet* irá usar como fundamento o Artigo 217-A do Código Penal⁶, referente ao Estupro de Vulneráveis. Em ambos os casos, o Ministério Público poderá requerer a aplicação do agravante, fundamentada no Artigo 226, II, do

⁵ “Art. 213 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

⁶ “Art. 217-A - Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”.

Código Penal⁷, que os coloca nos casos de crime cometidos por pessoas com laços familiares, como pai, mãe e avós, por exemplo.

Dessa forma, devido à negativa de normas vigentes, podemos compreender que, em situações em que esteja presente o incesto, a Justiça Brasileira Criminal ainda não sabe como se portar ou, até mesmo, qual artigo jurídico que deve ser aplicado para regulamentar e judicializar a prática, ficando a *mercê* da utilização de artigos diversos ao assunto, acreditando que, se utilizando desses, poderá ser gerado o efeito proibitivo e punitivo que tanto almejam.

É importante analisar a vertente histórica, de natureza criminalista, que aborda a questão jurídica sobre o incesto no Brasil em 1920. Na época, estava em vigência a Lei 1.916/20, conhecida como Código Penal do Paraná, que se apresentou como um dispositivo que criminalizava o incesto, conforme vimos em Oliveira e Nunes (2019, p 39): “No Brasil, na década de 1920, existiu um Código Penal do Estado do Paraná, que tipificava como crime o incesto”. Os autores mostram, à luz dos dispositivos legais vigentes à época, como eram tipificadas essas relações libidinosas, diferentemente do que se vê nos dias atuais pela não tipificação da prática incestuosa.

O Código Penal do Paraná é um exemplo de legislação penal que trazia o anseio social pela tipificação da prática do incesto, mesmo que ela tenha se apresentado de forma desigualitária e não satisfatória com o que de fato deveria estar expresso nos artigos normativos. Era, contudo, um código que mantinha o respeito à ideia de que o direito deve sempre dispor de normas que gerem o bem-estar social.

Após a sua revogação, a tipificação do incesto não foi acompanhada pelos demais Códigos Penais que o sucederam, perdendo e quebrando o desejo social de manutenção dessa prática como crime. Essa quebra mostra que o direito, de fato, ainda insiste em não criminalizar essa realidade incestuosa.

Outra prerrogativa importante a ser considerada sobre a não existência de normas que tratem a proibição criminal das relações incestuosas é que, em se tratando de relacionamentos consensuais que envolvam pessoas maiores e capazes, a prática do incesto é permitida, não podendo, portanto, ser punida como crime, uma vez que não está tipificado no Ordenamento Jurídico Penal.

⁷ “Art. 226 - A pena é aumentada:

[...]

II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela;”

Diante dessa insuficiência normativa criminal sobre o tema, podemos perceber a configuração de duas perspectivas existentes: a liberdade e a insegurança.

A liberdade é uma garantia constitucional de tratamento igualitário entre as pessoas e uma garantia inviolável, estando entre os direitos reconhecidos ao indivíduo, proporcionando sua independência em relação ao Estado. Está presente no Artigo 5º, *caput*, e inciso II, da Constituição Federal:

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

[...]

II - Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, ART. 5º, II).

Diante do exposto, a liberdade pode se apresentar como a não obrigatoriedade do exercício do que não esteja previsto em lei. Isso acaba trazendo muita incidência para o incesto, já que a não tipificação dessa relação como crime abre espaço para que sua prática seja permitida aos maiores e capazes, já que, não estando devidamente proibida em lei, o Estado não pode obrigar o indivíduo a não possuir ou manter esse tipo de relação.

Na mesma vertente, só se pode exigir que o indivíduo não mantenha relação incestuosa, quando essa estiver devidamente normatizada, uma vez que, tendo direito à liberdade, o indivíduo só deve ser obrigado a cumprir o que está previsto em lei ou disposto em norma. Dessa forma, se mostra mais uma vez evidente a importância da tipificação do incesto no Código Penal, para que não sejam abertas prerrogativas da sua incidência, com a justificativa de que o que não está previsto em lei ou norma não pode ser exigido.

Por outra vertente, a não incidência normativa sobre o incesto faz com que sua denúncia e ocorrência sejam muito mascaradas. Por conta da não presença de dispositivos legais sobre o tema e pelo receio de injustiça, vítimas dessas relações não exteriorizam a prática que estão vivenciando e acabam mantendo em segredo familiar a ocorrência do incesto.

Pela ausência de normas, a insegurança jurídica também se faz presente nessas situações, uma vez que não há orientação de punibilidade que assegure as decisões tomadas pelo Poder Judiciário junto aos autores dessas ocorrências. Porém, mesmo não

tendo essa base normativa, o próprio Poder Judiciário deve levar em conta o Art. 5º, XXXV, da CF, que garante que não poderá ser excluído de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito: “[...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CF, ART. 5º, XXXV).

Dessa forma, a demanda, quando levada ao Poder Judiciário, terá que ter uma resolução para a lesão ou ameaça de violação ao direito. Só que a pouca legislação sobre o tema incesto e a ausência de normas penais para esse tipo de relação fazem com que a aplicação normativa seja difusa, gerando o não entendimento jurisprudencial uniforme sobre o tema. Essa difusão jurisprudencial vem a provocar a insegurança jurídica quanto à análise devida da demanda e à justa punibilidade dos autores, proporcionando o sentimento de incerteza que o ordenamento tanto tenta combater.

Para explicar tal prerrogativa, faz-se importante analisar como o Poder Judiciário pode ver o tema e as difusas aplicações penais que podem ser incididas, como o julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no ano de 2017, *in verbis*:

PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELAÇÕES SEXUAIS ENTRE PAI E FILHA. SUPRESSÃO DA CAPACIDADE DE RESISTÊNCIA NÃO PROVADA. INEXISTÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. ATIPICIDADE DO INCESTO. SENTENÇA REFORMADA. ABSOLVIÇÃO DO RÉU. 1 Réu condenado por infringir quatro vezes o artigo 217-A, § 1º, do Código Penal, depois de manter conjunção carnal com a própria filha, aos dezesesseis anos de idade e supostamente tolhida na sua capacidade de resistência pelo temor reverencial. 2 As provas indicam que houve conjunção carnal repetidas vezes entre pai e filha, mas não há como afastar o consentimento da vítima nem a sua plena capacidade de resistir ao assédio paterno, de molde a se reconhecer vulnerabilidade emocional e o temor reverencial, com incidência do artigo 217-A, § 1º, do Código Penal. A adolescente contava dezesesseis anos quando veio morar com o pai, permanecendo juntos durante seis meses. Podia visitar a mãe, as tias e outros familiares quando quisesse, relatando a qualquer tempo os atos pecaminosos do pai, pois contava com o apoio financeiro e emocional dos parentes. Também não se pode enquadrar a conduta na moldura do artigo 213 do Código Penal, porque a vítima declarou que nunca houve violência nem grave ameaça para obrigá-la ao ato sexual, apenas não reagindo porque era acometida de uma espécie de estado catatônico. Declarou ainda que, como não queria voltar a morar com a mãe, não contava o se passava aos familiares.

Embora seja moralmente execrável e pecaminoso, o conúbio sexual consentido entre pai e filha configura o incesto, que não é descrito na lei penal como crime. 3 Apelação provida para absolver o réu.

(TJ-DF 20140710334348 - Segredo de Justiça 0032671-98.2014.8.07.0007, Relator: GEORGE LOPES, Data de Julgamento: 29/06/2017, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 12/07/2017 . Pág.: 100/113)

A citada decisão do Tribunal de Justiça, que traz alguns efeitos da ausência normativa sobre o incesto e a variação, ainda existente, do entendimento jurisprudencial sobre o tema, cria uma insegurança para todas aquelas vítimas desse tipo de relação, já que, com base nela, nada lhes garante qual – ou se – será a punibilidade aplicada no caso.

Vale salientar que é princípio do nosso Sistema Jurídico a segurança jurisdicional, sendo garantida com a devida prestação legal dada pelo Poder Judiciário aos casos concretos, aplicando-se as normas para se ter a melhor resolução do conflito. Porém, o que parece ser, na prática, é que essa teoria não é muito bem aplicada e tampouco garantida nas relações incestuosas, já que, devido às consequências das negativas e ausências normativas sobre o tema, contrário a gerar segurança jurídica tem gerado o seu inverso.

Mesmo diante de tais situações e das inseguranças que são proporcionadas pelo próprio ordenamento jurídico, o incesto ainda não se encontra devidamente tipificado no Código Penal ou em outra lei extravagante, comprovando, assim, a manutenção da realidade que o Direito insiste em não ver.

4. POSSO CASAR COM ALGUM PARENTE MEU?

Oliveira e Nunes (2019) afirmam que nas tradições e relatos históricos das culturas e civilizações existentes, o incesto sempre se mostrou presente em diversas épocas e culturas, tendo um dos seus primeiros relatos promovido ainda no Império Inca e no Império Egípcio. A prática do incesto nessa época era muito bem vista, já que era culturalmente aceita, devido a intenção de perpetuação da família real pura com apenas os integrantes que já faziam parte da família, alcançando esse objetivo por meio do casamento incestuoso.

Tendo vários exemplos de relações incestuosas, os autores dizem que o Egito é considerado o berço do incesto no mundo. Porém, não é a única civilização que choca com a presença dessas relações na cultura, já que no Império Romano era permitida a prática da realização de atos libidinosos com os parentes consanguíneos.

Em tese, com as mudanças e desenvolvimentos civilizatórios, a relação incestuosa começou a ser rechaçada e proibida. Contudo, ela ainda se mostra presente na atualidade, como forma de atos sexuais puramente para satisfação.

Corroborando o pensamento de OLIVEIRA e NUNES (2019):

Visto que essa prática ainda é comum nos tempos atuais como veremos mais a diante, não nas mesmas situações em que era praticado no Egito, o casamento incestuoso naquela época tinha o intuito de perpetuar a raça, que era culturalmente aceito naquele tempo; nos tempos atuais é puramente para fins sexuais de atos libidinosos praticados puramente para se satisfazer sexualmente (OLIVEIRA e NUNES, 2019, p. 37).

Assim como na história mundial, Oliveira e Nunes (2019) mostram que o incesto também se fez presente na história brasileira, ao relatarem uma relação marital entre um padre e sua irmã biológica, com quem tinha uma união estável, sem a oficialização do casamento. Nas palavras de OLIVEIRA e NUNES (2019) esse fato pode ser confirmado:

Como foi possível verificar em seu testamento, Padre Feijó confessou que era filho de Maria Gertrudes de Camargo e Félix Antônio Feijó, os mesmos pais da sua companheira, com quem vivia maritalmente até o dia de sua morte, sua legítima irmã segundo relatos histórico (OLIVEIRA e NUNES, 2019, p. 39).

Analisando os casos acima citados, é perceptível que o incesto se faz presente na sociedade em épocas e culturas diversas, sendo, para algumas culturas, aceito e, para outras, proibitivo.

Por ainda se fazer presente na sociedade, o Direito derivado de fontes sociais é o instrumento normativo que deve ser utilizado para regulamentar todas as relações existentes, incluindo as relações incestuosas.

Mesmo não possuindo normas que regulem diretamente o incesto, já que não existe dispositivo legal que conceitue o tema, ficando a sua conceituação a mercê da doutrina e jurisdição, o Código Civil brasileiro, diferentemente do Código Penal, dispõe de alguns dispositivos legais que visam tratar indiretamente sobre o incesto, com normas que tentam impedir a formação dessas relações, como as normas de

impedimentos matrimoniais. Porém, ainda não se pode dizer que existem normas no ordenamento jurídico que tratem diretamente do incesto, já que a tentativa de regulamentação se dá de maneira indireta, por meio de dispositivos que proíbem outros atos civis e acaba por abarcar também os atos incestuosos, como o que está posto no Artigo 1.521, do Código Civil, que aborda os impedimentos legais para a configuração do matrimônio, sendo aplicados também nos casos de relações incestuosas.

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte (CC, 2002, ART. 1.521).

A prerrogativa de que não existe dispositivo legal no Código Civil que vede expressamente o incesto é verídica, mas é possível notar que o impedimento matrimonial é uma forma utilizada para impedir a formação dessas relações. O dispositivo legal visa regular, tanto casais sem nenhum vínculo biológico envolvido, como casais com vínculos consanguíneos.

É importante salientar que, além desse dispositivo ser utilizado como impedimento para os casais com o mesmo vínculo genético, também é aplicado para os casais formados por parentes afins (disposto no inciso II do referido artigo) e por parentes de adoção (regulamentado no artigo V). Interessante notar que existe a vedação legal para esses tipos de casais, considerados impedidos de se envolverem afetivamente. Conforme o que lemos em MARÇAL; CAIANA; NETO; VICENTE e MOURA (2020, p. 6), nas formas de constituição familiar por adoção e por afinidade não se trata de incesto propriamente dito, pois não se tem relacionamento de parentes consanguíneos. Contudo, por analogia e tempo de relação familiar estabelecida entre os parentes afins e/ou por adoção, essas composições familiares também põem ser consideradas incestuosas.

Tentando abordar brevemente os incisos que estão presentes no artigo 1.521 do Código Civil (2002), o Inciso I, referente ao impedimento a “os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil”, é um dispositivo legal que não traz a conceituação do incesto em si, mas contribui para a formação e o entendimento do

conceito do tema, já que veda expressamente o casamento entre parentes de linhas retas.

Como disposto por Marçal; Caiana; Neto; Vicente e Moura (2020):

Nota-se, o permear normativo, neste inciso, no sentido de tracejar pelo típico conceito de incesto, vedando explicitamente a formação de matrimônio entre determinados indivíduos por causa do parentesco em linha reta, de modo que não cria um conceito para incesto, mas contribui para inferi-lo, enriquecendo assim uma direção para o caminho do impedimento (MARÇAL; CAIANA; NETO; VICENTE e MOURA, 2020, p 7).

Faz-se necessário salientar que a vedação legal também se aplica para os descendentes provenientes de adoção, uma vez que, devido à igualdade jurídica aplicada aos descendentes, não existe distinção entre os descendentes consanguíneos ou adotados, tendo estes os mesmos direitos e garantias daqueles. Dessa forma, devido à igualdade, ambos os descendentes possuem os mesmos impedimentos, sejam parentes naturais ou derivados de atos civis.

Outro Inciso do artigo 1.521 do Código Civil (2002) que merece atenção é o Inciso IV, que versa sobre o impedimento matrimonial para os irmãos e para os colaterais até o terceiro grau. Uma das justificativas para a proibição do matrimônio nesses casos é a falta de variabilidade genética que possuem os indivíduos, justificando-se na maior possibilidade de formação de herdeiros com problemas de saúde ou com má formação, fruto do envolvimento eugênico do casal.

Com os exemplos dos dispositivos do Código Civil, podemos ver a importância que foi dada para o resguardo da integridade moral e mental do indivíduo, sendo outra prerrogativa de justificação para a criação de dispositivos legais impeditivos, já que estas relações incestuosas são repudiadas e taxadas como tabus pela sociedade, gerando consequências morais nos indivíduos, devido ao repúdio formado pela sociedade e às consequências que essa negativa social gera, tanto moral, quanto mentalmente.

O impedimento matrimonial para parentes até o terceiro grau colateral⁸ é considerado uma novidade trazida pelo Código Civil de 2002, já que, anterior ao Código, estava vigente o Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, que permitia o casamento avuncular, ou seja, entre tios e sobrinhos. Como previsto no artigo 1º do referido Decreto-Lei, “O casamento de colaterais, legítimos ou ilegítimos do terceiro

⁸ Grau referente a tio e sobrinhos.

grau, é permitido nos termos do presente decreto-lei". O Decreto-Lei, porém, permitia o casamento avuncular mediante a apresentação de requisitos necessários, como a comprovação pericial de que a conjunção carnal entre os sujeitos da relação não iria causar problemas de má formação, física ou genética, aos herdeiros que seriam gerados. Para isso, era necessária a apresentação de laudos médicos periciais para atestar que esses fatores biológicos não estariam comprometidos.

Como previsto no próprio artigo 2º do Decreto-Lei nº 3.200/41:

Art. 2º Os colaterais do terceiro grau, que pretendam casar-se, ou seus representantes legais, se forem menores, requererão ao juiz competente para a habilitação que nomeie dois médicos de reconhecida capacidade, isentos de suspensão, para examiná-los e atestar-lhes a sanidade, afirmando não haver inconveniente, sob o ponto de vista da sanidade, afirmando não haver inconveniente, sob o ponto de vista da saúde de qualquer deles e da prole, na realização do matrimônio (DECRETO-LEI, 3.200/41, Art. 2º).

Além das relações matrimoniais, o Decreto-Lei nº 3.200/41 regulamentava outros atos da vida civil, além do casamento, como a questão da pensão alimentícia e também do caráter sucessório.

Diante do exposto, a propositura do antigo Decreto é importante para dar consciência de o quanto a cultura e o que é considerado moralmente aceito pela sociedade variam ao longo do tempo, já que até pouco tempo atrás o casamento entre tios e sobrinhos era considerado válido, e, hoje em dia, tal perspectiva não é mais aceita.

Mesmo não tendo normas que regulem diretamente o incesto, mas devido à concepção de proibição da formação dessas relações, hoje em dia, com a ideia de proibição do incesto, levaram o legislador à criação do Artigo 1.521, do Código Civil, como forma de tentar impedir a propagação das relações incestuosas.

Esses dispositivos vigentes, abordados pelo Código Civilista, vêm com a pretensão de satisfazer a necessidade social de impedimentos para a propagação da relação incestuosa, evitando, assim, a formação de um caos social. Porém, ainda se mostra ausente na criação de dispositivos que tratam diretamente sobre o tema, utilizando apenas de dispositivos difusos que podem ser aplicados para esse tipo de relação.

É válido analisar que o entendimento permissivo ou proibitivo do casamento entre parentes consanguíneos ou afins ainda não se encontra unificado na Jurisprudência Brasileira, como por exemplo a validação do matrimônio avuncular pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 1.330.023/RN, que

levou em consideração aos aspectos biológicos do relacionamento incestuoso, já que validou o casamento com a justificativa de ausência de riscos de a prole nascer com consequências psicológicas e biológicas advindas do matrimônio. Porém, é válido interpretar esses atos libidinosos à luz de outros aspectos, tais quais a moral e o social, por levar essas decisões a influenciar o convívio social, como mostra o julgamento do Recurso Especial 1.330.023/RN pelo Superior Tribunal de Justiça:

COMPROVAÇÃO DE VÍCIO QUANTO A MANIFESTAÇÃO DA VONTADE INEQUÍVOCA DO MORIBUNDO EM CONVOLAR NÚPCIAS.

COMPROVAÇÃO. 1. Ação de decretação de nulidade de casamento nuncupativo ajuizada em novembro de 2008. Agravo no recurso especial distribuído em 22/03/2012. Decisão determinando a reatuação do agravo em recurso especial, publicada em 12/06/2012. 2. Recurso especial que discute a validade de casamento nuncupativo realizado entre tio e sobrinha com o falecimento daquele, horas após o enlace. 3. A inquestionável manifestação da vontade do nubente enfermo, no momento do casamento, fato corroborado pelas 6 testemunhas exigidas por lei, ainda que não realizada de viva voz, supre a exigência legal quanto ao ponto. 4. A discussão relativa à a nulidade preconizada pelo art. 1.548 do CC-02, que se reporta aos impedimentos, na espécie, consignados no art. 1.521, IV, do CC-02 (casamento entre colaterais, até o terceiro grau, inclusive) fenece por falta de escopo, tendo em vista que o quase imediato óbito de um dos nubentes não permitiu o concúbito pós-casamento, não havendo que se falar, por conseguinte, em riscos eugênicos, realidade que, na espécie, afasta a impositividade da norma, porquanto lhe retira seu lastro teleológico.

5. Não existem objetivos pré-constituídos para o casamento, que descumpridos, imporiam sua nulidade, mormente naqueles realizados com evidente possibilidade de óbito de um dos nubentes - casamento nuncupativo -, pois esses se afastam tanto do usual que, salvaguardada as situações constantes dos arts. 166 e 167 do CC-02, que tratam das nulidades do negócio jurídico, devem, independentemente do fim perseguido pelos nubentes, serem ratificados judicialmente. 6. E no amplo espectro que se forma com essa assertiva, nada impede que o casamento nuncupativo realizado tenha como motivação central, ou única, a consolidação de meros efeitos sucessórios em favor de um dos nubentes - pois essa circunstância não macula o ato com um dos vícios citados nos arts. 166 e 167 do CC-02: incapacidade; ilicitude do motivo e do objeto; malferimento da forma, fraude ou simulação. Recurso ao qual se nega provimento.

(STJ - REsp: 1330023 RN 2012/0032878-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 05/11/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/11/2013)

Decisões como essas acabam por proporcionar insegurança jurídica para a validade ou não desse matrimônio, devido à ausência normativa sobre o tema, gerando o sentimento de liberdade para a configuração desses tipos de relacionamentos sem ter a comprovação de uma possível punibilidade. Além disso, devido à ausência normativa, as decisões tomadas pelo Poder Judiciário poderão ser consideradas Ativismo Judicial, devido à interferência do Judiciário em demandas de outros Poderes da Federação.

Dessa forma, mostra-se que, tanto o Ordenamento Jurídico como a Jurisprudência ainda não possuem um entendimento unificado sobre o tema e com a criação de dispositivos legais, ocasiona que o direito acabe por atingir o objetivo de atender e proporcionar a pacificação social, já que tais fatores são alcançados quando o direito consegue normatizar determinadas premissas, ansiadas pela sociedade.

5. A QUEBRA DO SILÊNCIO PARA O DIREITO DOS ENVOLVIDOS

5.1. DA INVALIDADE DO MATRIMÔNIO

Ao se falar da caracterização do incesto, a “família” se torna um dos principais pontos associados à sua conceituação, já que parte da premissa de que pessoas que possuem relacionamento entre parentes consanguíneos ou afins, dentro dos limites que a moral, a lei e a sociedade impõem, não poderão formar uma estrutura familiar.

Para atingir o objetivo de proporcionar uma pacificação social, que será alcançada pelo impedimento da constituição de família por pessoas parentes, em que estão enquadrados os casos incestuosos, devem ser utilizados dispositivos normativos e jurídicos, de modo que as relações matrimoniais possam ser previamente proibidas.

Observando o que dispõe o Código Civil, em seu Artigo 1.521, os grupos que não poderão compor novas famílias são, em sua maioria, partes que compõem uma relação incestuosa. A utilização desse dispositivo legal se propõe a alcançar o anseio da sociedade de proibir a formação familiar derivada do incesto e visando alcançar a pacificação social. O propósito de evitar a formação familiar decorrente dos relacionamentos incestuosos é uma forma de prevenir a formação de composições familiares por pessoas impedidas, atendendo a uma vontade social.

Porém, mesmo existindo tais dispositivos, esses podem não alcançar a total eficácia, já que, mesmo proibida, a formação familiar para determinados sujeitos impedidos ainda se faz presente em famílias oriundas do incesto, em pequeno número, atestando que, mesmo a proibição sendo expressa na lei, na prática não se mostra ainda com plena capacidade de atingir o objetivo almejado de proibição.

Devido à possibilidade da existência dessas formações familiares impeditivas, o próprio Código Civil traz outros dispositivos legais que também visam desfazer a formação familiar incestuosa, que podem ser decorrentes do matrimônio. Como

exemplo, temos o artigo 1.548, *caput* e inciso II, do Código Civil⁹, que aborda a possibilidade de declaração de nulidade por meio de sentença judicial do casamento contraído sem o respeito aos impedimentos exigidos e determinado pelo Código Civilista

Dessa forma, contraído o matrimônio pelos sujeitos que são considerados impedidos para a formação destas composições familiares, poderá o juiz, por intermédio de sentença judicial, desconstituir a estrutura familiar que foi formada sem o devido respeito à legislação civil vigente que regulamenta os impedimentos matrimoniais. Esse ato jurídico irá ocasionar a nulidade do casamento, gerando efeitos e consequências jurídicas para os sujeitos que formam essa estrutura familiar.

A nulidade do casamento não se dará por procedimento simplificado, sendo necessário utilizar-se da máquina estatal para atingir tal objetivo, mediante ação judicial, levando a baia de conhecimento do Poder Judiciário a existência do matrimônio por sujeitos impedidos, para chegar ao objetivo pleiteado. Além disso, devem ser juntadas as provas que atestam e comprovam as alegações feitas em juízo, para convencer o Estado-Juiz da verídica existência desses matrimônios impeditivos e poder desconstituí-los, gerando os efeitos decorrentes da nulidade.

A necessidade de comprovação comprobatória dos fatos alegados justifica-se pelo artigo 1.513, do Código Civil¹⁰ que veda qualquer intervenção particular ou Estatal na formação familiar. Sendo assim, o juiz só poderá intervir no matrimônio, se todos os fatos estiverem devidamente comprovados para, após a constatação de veracidade dos fatos alegados, proferir uma sentença judicial, desconstituindo o matrimônio. O dispositivo legal é claro e preciso em garantir a não interferência externa na estrutura familiar. Além do Código Civil, a Constituição Federal, no seu artigo 226, *caput*¹¹, garante expressamente a proteção da família por meio do Estado. Por conta disso, a intervenção do Estado deve ser em *ultima ratio*, após todos os fatos devidamente comprovados.

Assim como a maioria dos litígios que merecem tutela do Poder Judiciário, a ação que irá declarar a nulidade do casamento não será feita de forma diversa, apresentando particularidades como a impossibilidade de o Estado-Juiz iniciar o processo ou declarar a nulidade do matrimônio *ex officio*. Ou seja, não poderá o juiz analisar a demanda para posterior julgamento sem o requerimento das partes interessadas. Sendo assim, deverá

⁹ “Art. 1.548 - É nulo o casamento contraído:[...]

II - por infringência de impedimento”.

¹⁰ “Art. 1.513 - É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

¹¹ “Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

a parte interessada, qualquer que seja, ou o Ministério Público provocar o Poder Judiciário, para que ele “debruce-se” sobre o litígio, analisando os fatos alegados e as provas juntadas aos autos, com o respeito a todos os princípios processual e constitucionalmente garantidos, para posteriormente ser proferida a sentença judicial que irá gerar a nulidade matrimonial, como está previsto no artigo 1.549, do Código Civil¹².

Após a análise de toda a demanda solicitada ao Poder Judiciário, na figura do Estado-Juiz, será proferida sentença judicial que irá anular o matrimônio formado sem o respeito aos impedimentos previsto no artigo 1.521 do Código Civil, gerando a desconstituição do matrimônio incestuoso, juntamente com as consequências jurídicas dela advindas, como previsto no artigo 1.563 do mesmo Código Civil:

Art. 1.563. A sentença que decretar a nulidade do casamento retroagirá à data da sua celebração, sem prejudicar a aquisição de direitos, a título oneroso, por terceiros de boa-fé, nem a resultante de sentença transitada em julgado (CC, 2002, ART.1.563).

Vale salientar que é a partir da sentença proferida que se iniciarão as consequências jurídicas da declaração de nulidade do matrimônio incestuoso, já que a própria sentença irá retroagir à data de celebração do matrimônio, sendo considerada uma decisão judicial com efeitos *ex tunc*. Por outro lado, mesmo sendo o dispositivo legal que declara a nulidade do matrimônio, também será utilizado para prevê a manutenção dos direitos já adquiridos, respeitando o princípio de direito adquirido e garantindo a proteção dos atos realizados por terceiros de boa-fé, que, mesmo sendo nulo o matrimônio, os atos onerosos e feitos com boa-fé serão validados. Dessa forma, o artigo 1.563 do Código Civil possui duas finalidades: 1) nulidade dos matrimônios constituídos sem o respeito aos impedimentos legais, tendo seus efeitos retroagidos, e 2) respeito e manutenção do direito adquirido e da boa-fé de terceiros que realizaram atos onerosos durante a constância do matrimônio.

De forma semelhante, mesmo acarretando consequências jurídicas decorrentes da nulidade do matrimônio, assim como ocorre com os terceiros de boa-fé, a garantia e proteção dos direitos da criança e do adolescente também devem ser respeitadas e mantidas, preservando o direito à prestação alimentícia aos menores pelos genitores,

¹² “Art. 1.549 - A decretação de nulidade de casamento, pelos motivos previstos no artigo antecedente, pode ser promovida mediante ação direta, por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público”.

como também os direitos assistenciais para manutenção e subsistência. Assim, não deve a nulidade do ato jurídico interferir nos direitos mínimos e necessários do menor.

Outrossim, a consequência jurídica da nulidade do matrimônio não irá recair sobre a perda dos direitos assistenciais e legais dos cônjuges, quando se enquadrarem na situação de inocência, por acreditarem que o casamento era putativo, ou seja, por acreditarem que a relação marital existente era válida. Dessa forma, se ficar comprovado que agiam de boa-fé, as consequências da nulidade do casamento não irão influenciar nos direitos adquiridos pelo casal.

Por todo o exposto, a sociedade conjugal incestuosa irá terminar com a nulidade do casamento e, por ser o casamento uma das formas de constituição familiar, a família formada nesse padrão terminará, obedecendo o disposto no artigo 1.548, inciso II, do Código Civil.

5.2 DA PERDA DO PÁTRIO PODER

Com a desconstituição da estrutura familiar pela nulidade do matrimônio, consequências jurídicas serão formadas, afetando os direitos individuais e patrimoniais dos indivíduos envolvidos na relação incestuosa.

A Perda do Poder Familiar, apesar de não ser a única implicação, é uma das maiores consequências jurídicas derivadas da nulidade do matrimônio, envolvendo tanto os direitos dos indivíduos que formaram a relação incestuosa como também da afetação do direito da criança e do adolescente. É válido salientar que a perda deste poder, além da nulidade, é decorrente também dos crimes de feminicídio, homicídio, bem como da lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, como previsto na Lei 13.715/2018

O Poder Familiar, segundo nos ensina Gonçalves (2012), são os direitos e deveres designados aos pais, no que se refere aos filhos, seja de caráter pessoal ou patrimonial vinculado aos bens dos filhos menores. Ou seja, o Poder Familiar é considerado pela representatividade e administração que os pais têm com relação aos direitos e/ou bens dos filhos menores, devendo representá-los perante terceiros, incluindo em juízo, moralmente e legalmente falando.

O Poder Familiar, também conhecido como Pátrio Poder, sofreu modificações ao

longo dos *lapsos* temporais e das mudanças de entendimento do nosso Ordenamento Jurídico. Ainda na vigência do Código Civil de 1916, o Poder de Família era exercido pela figura paterna, sendo o responsável pelos filhos e pelas obrigações familiares, existindo a figura materna apenas como um apoio ou colaboração, sem nenhum poder de decisão.

Alterado a cultura e o entendimento normativo sobre o tema, o Código Civil de 2002, influenciado pela Constituição Federal de 1988 no seu artigo 5º, I¹³, trouxe igualdade entre os genitores, proporcionando equilíbrio no poder familiar entre o pai e a mãe, como previsto no artigo 1.631, *caput*, do Código Civil¹⁴. Dessa forma, tanto o pai quanto a mãe possuem o mesmo direito de exercício do Poder Familiar.

A perda desse poder é tratada como umas das sanções mais gravosas aplicada ao indivíduo que cometeu o desrespeito ao Ordenamento Jurídico, praticando atos legalmente proibitivos ou, até mesmo, praticando atos contrários à moral e aos bons costumes. O incesto se enquadra nas duas situações, por ser moralmente rechaçado e contrário aos dispositivos legais e, para algumas situações, principalmente envolvendo menores, será considerado o incesto como estupro de vulneráveis, como anteriormente analisado.

O artigo 1.638, do Código Civil, é o dispositivo legal que regulamenta a perda do poder familiar nos casos de cometimento de hipóteses por ele previstas. Tratando-se do incesto, poderá se ter a perda baseando-se no inciso III e no parágrafo único, inciso II, alínea b:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
 III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
 Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que:
 II - praticar contra filho, filha ou outro descendente:
 b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão. (CC, 2002, ART.1.638)

Os pais que possuem o domínio do Poder Familiar poderão perdê-lo, se for atestada a constituição matrimonial por meio de relação incestuosa, já que o incesto é uma das formas de impedimentos matrimônios. Quando não respeitados tais impedimentos, poderá ensejar ação judicial para declarar a nulidade dessas relações,

¹³ “Art. 5º, I - Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”;

¹⁴ “Art. 1.631 - Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”.

causando efeitos jurídicos decorrentes da sentença judicial, como a Perda do Poder Familiar.

É válido salientar, por um lado, que uma das formas de perda do Poder Família, segundo o artigo 1.638 do Código Civil, é decorrente da prática de atos contrários à moral e aos bons costumes. Essa premissa estabelecida pelo Código Civil, é criticável, já que, por outro lado, abre margens para a determinação do que seria considerado atos contrários à moral e ao bom costume. Dessa forma, configurado a existência da relação incestuosa, os genitores perderão o exercício do Poder de Família, pelo fato de o incesto se enquadrar nas hipóteses do Ordenamento Jurídico.

A perda do Poder Familiar dos ascendentes sobre os descendentes, segundo Sanches (2018), foi trazida pela Lei 13.715/18, que proporcionou a incapacidade de exercício do Poder Familiar em um dos tipos previstos na lei para os condenados de sentença condenatória de crimes dolosos contra filhos, incluindo crimes de violência sexual.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)¹⁵, criado para proteção integral dos direitos e interesses da criança e do adolescente, garante o convívio pleno do menor com ambos os genitores, prevendo a possibilidade de perda, suspensão ou extinção do Poder Familiar nos casos de abuso ou desrespeito aos direitos desse menor.

Dessa forma, além da possibilidade da Perda do Poder Familiar previsto no Código Civilista, nos casos de cometimentos de atos contrários a moral, aos bons costumes e em crimes de estupro, a Lei 13.715/18 ampliou os casos de perda desse poder pelo autor de crimes contra filhos ou outros titulares do mesmo direito. De igual maneira, o ECA também prevê casos de perda do Poder Familiar dos genitores e/ou representantes legais quando se tem desrespeito aos direitos do menor ou o abuso do exercício do Poder Familiar.

5.3. INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Considerada como uma das maiores preocupações do Ordenamento Jurídico Brasileiro, fundamentado no Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o atendimento para proporcionar as melhores condições para o menor se tornam um dos principais interesses após a desconstituição do matrimônio incestuoso. Esse ato de

¹⁵ Lei 8.069/90.

nulidade gerará consequências jurídicas e fáticas ao menor, devendo ser tomadas decisões devidamente fundamentadas e que atestem o melhor interesse da criança.

Inicialmente, segundo Bianconi e Santos (2009), deve-se aplicar o artigo 1.596 do Código Civil¹⁶ para se certificar de que filhos advindos do casamento incestuoso terão o mesmo tratamento dos filhos não provenientes de matrimônio dessa natureza, não devendo ser feito juízo de valor ou tratamento diferenciado. Do mesmo modo, deve ser utilizado também o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal¹⁷, que pode ter uma interpretação extensiva, e o artigo 227, § 6º, da Constituição Federal¹⁸, designam que todos serão iguais perante a lei, incluindo os filhos advindos do relacionamento incestuoso, devendo ter o seus direitos garantidos e respeitados. Com isso, o tratamento aplicado deverá ser igual àqueles aplicados aos filhos não provenientes do casamento incestuoso, assim como devem ter os mesmos direitos que todas as pessoas possuem.

A filiação deverá ser comprovada, assim como as demais, por meio de Certidão de Nascimento, como exigido pelo artigo 1.603 do Código Civil¹⁹. A Certidão é o instrumento cabível para atestar o nascimento do indivíduo e dá a possibilidade de, preenchendo os requisitos legais, exercer o seu direito de cidadania, sem nenhuma restrição. É válido salientar que, para ser registrado, independe do estado civil dos pais. Dessa forma, proveniente de incesto ou não, não poderá ser utilizada essa relação matrimonial impeditiva para invalidar ou impossibilitar o direito do menor de ser devidamente registrado em cartório para o posterior pleno exercício dos direitos, já que uma das premissas do Direito é que a pena não poderá passar da pessoa do apenado. Dessa forma, o filho não poderá sofrer as consequências da existência ou da declaração de nulidade do matrimônio incestuoso, devido ao não respeito das cláusulas impeditivas impostas pelo Código Civil para a constituição familiar.

Outrossim, conforme Bianconi e Santos (2009), o registro de nascimento perante o cartório do filho proveniente de relação incestuosa deverá seguir os mesmos

¹⁶ “Art. 1.596 - Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

¹⁷ “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”

¹⁸ “Art. 227. [...]”

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

¹⁹ “Quando a maternidade constar do termo do nascimento do filho, a mãe só poderá contestá-la, provando a falsidade do termo, ou das declarações nele contidas”.

parâmetros e diretrizes aplicados na normalidade cartorária referente ao registro, devendo o auto ser lavrado pelo tabelião, após a constatação de preenchimento de todos os requisitos legais, registrando o menor como sujeito de direito para posterior exercício do direito de cidadania e respeitando todos os princípios e garantias constitucionalmente e infraconstitucionalmente garantidos.

Desse modo, mesmo que proveniente de relação incestuosa, o menor terá o mesmo direito de ser registrado perante o Cartório de Notas para posterior exercício pleno dos seus direitos, como determinado pela Constituição Federal e pelo Código Civil.

Para mais, independentemente de ser proveniente de relação incestuosa, os filhos terão os mesmos direitos e as mesmas garantias previstas no Ordenamento Jurídico, não podendo ser feito nenhum juízo de valor ou discriminação enquanto a estes. Objetivando o atendimento ao melhor interesse da criança e do adolescente, as medidas judiciais que porventura forem tomadas deverão atender e respeitar este princípio, sempre buscando a melhor solução para a criança e ao adolescente, seja ela proveniente de uma relação incestuosa ou não.

Respeitando este princípio, com base no artigo 1.583 do Código Civil²⁰, a guarda dos filhos preferível é a compartilhada, para evitar a alienação parental sobre a criança e para proporcionar o contato e o afeto dos dois genitores com o menor. Porém, esse fator poderá ser alterado no caso concreto, já que o magistrado, após a análise dos fatos, poderá determinar a instauração da guarda unilateral para um dos genitores, cabendo ao outro auxiliar no custeio de mantimentos e alimentos devidos ao menor e a fiscalização dos atos que são praticados em favor dele. A mesma ideologia será aplicada nos casos de filiações derivada do incesto.

²⁰“Art. 1.583 - A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 1º o 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. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º o 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. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) II -

(revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) III -

(revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§ 4º (VETADO) . (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)”.

Uma das maiores preocupações, quando se trata do melhor interesse da criança e do adolescente, é a Alienação Parental. O combate à possibilidade de alienação do genitor alienador sobre o filho em relação ao genitor alienado é uma das preocupações do Ordenamento Jurídico, que visa vedar a formação dessas influências psicológicas sobre o menor.

Essas alienações parentais, segundo Dias (2010), podem ser utilizadas como forma de vingança do genitor alienador pelo fim do matrimônio. Este faz uma “lavagem cerebral” sobre o menor ao deturpar a imagem do genitor alienado, utilizando-se da falsa realidade de fatos deturpados, que não ocorreram ou, pelo menos, que não aconteceram da forma descrita, gerando no filho um sentimento de ódio em relação ao genitor alienado.

Por isso, se faz importante fiscalizar se o melhor interesse da criança e do adolescente é considerado nas decisões judicialmente tomadas, já que, muitas vezes, o estabelecimento da guarda, poderá não atender a esse critério. Somado a isso, a possibilidade de retirada dos filhos da estrutura familiar, ainda durante o trâmite processual, poderá não atender ao melhor interesse do menor, já que a decisão poderá causar traumas e consequências, devido à ausência de contato com os genitores.

Por fim, mesmo o ordenamento jurídico trazendo normas que visam regular a guarda dos filhos com ambos os genitores, a aplicação nos casos concretos de relação incestuosa ainda se faz dificultosa, já que sobre o tema se perfazem assuntos não permitidos pela lei e pela moral, o que acaba por influenciar nas decisões judiciais, que podem não atender ao melhor interesse dos filhos, como deveria acontecer.

Pretendendo o suprimento das necessidades básicas e de sobrevivência, a pensão alimentícia será direito da criança e do adolescente, para preencher o vácuo decorrente da impossibilidade de sobrevivência por trabalho próprio. Uma das formas de instauração da pensão alimentícia é derivada do tipo de guarda que será instaurado pelo processo judicial, respeitando o artigo 1.696, do Código Civil²¹.

Devidamente estabelecida, a pensão alimentícia deverá ser paga para o menor até ele atingir a maioridade, que, conforme o Ordenamento Jurídico, é aos 18 anos de idade, ou, se estiver cursando ensino médio, técnico ou superior, será oferecida até a devida conclusão.

²¹ “Art. 1.696 - O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

O pagamento do valor estimado da pensão será obrigatório para os genitores, considerados o primeiro grau de ascendência do filho, mesmo que estes tenham sido partes de uma relação incestuosa. Porém, o artigo 1.696 do Código Civil, estabelece a seguinte premissa: caso os genitores não tenham condições de arcar com o valor definido para a pensão, esta obrigação recai para os demais ascendentes, atingindo os parentes de grau imediatamente anterior ao dos genitores, como os avós, por exemplo.

Dessa forma, o direito à pensão alimentícia, para garantir o sustento e sobrevivência, será devido para a criança e para o adolescente, mesmo que fruto de relação incestuosa, tendo o direito ao recebimento desse benefício como nos demais casos de pensão alimentícia. Assim, para a instauração da pensão, serão analisados todos os requisitos que foram aplicados, como: 1) tipo de guarda que foi instaurada, 2) qual genitor será responsável pelo pagamento 3) se guarda compartilhada, qual o valor pecuniário será estabelecido para a pensão.

Por conseguinte, a pensão alimentícia será devida também para a criança e o adolescente decorrente do incesto, sendo respeitado e preenchido todos os requisitos legais para a sua instauração, já que, com a devida pensão, será atendido o melhor interesse do menor, para garantir o seu sustento e a qualidade de vida desejada.

5.4 DA PERDA DO DIREITO DE HERANÇA

A deserção, considerada sanção civil decorrente da perda do direito à herança, aplicada pelo autor da herança em face do herdeiro necessário, como previsto no artigo 1.961 do Código Civil²², se dará devido à realização de determinados atos previstos no Código Civil, que autorizam a retirada do título de herdeiro. Essa sanção é aplicada por via testamentária.

O Código Civil prevê duas possibilidades de deserção aos herdeiros necessários que praticam e mantêm relação incestuosa. O artigo 1.962, inciso III do Código Civil²³, prevê a possibilidade de deserção ao descendente que mantiver relação incestuosa com madrastas ou padrastos. Assim, também se faz presente no artigo 1.963,

²² “Art. 1.961 - Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserçados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão”.

²³ “Art. 1.962 - Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserção dos descendentes por seus ascendentes:

(...)

III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;

inciso III do Código Civil²⁴, que prevê a retirada do direito de herança aos ascendentes, quando os mesmos praticam relação incestuosa com os cônjuges dos descendentes. Dessa forma, praticando estes atos, serão retirados os seus direitos de herdeiros para alcançar a herança. Além disso, decorrentes da ingratidão dos herdeiros necessários que praticaram as relações incestuosas, será comprometida a possibilidade de doação causa *mortis*²⁵, evitando qualquer possibilidade de contato do herdeiro excluído com a herança. Necessitando, em todos os casos, estar declarado em testamento e da ação judicial de declaração de deserdação.

Essas sanções civis ainda são bem discutidas por serem sanções que retiram apenas o direito de herança do descendente ou ascendente, não estando previsto no Código Civilista a possibilidade de retirada do direito à herança do cônjuge que mantinha a relação incestuosa, que são, de igual modo, considerados herdeiros do autor da herança. Tal previsão infraconstitucional acaba ferindo o princípio de igualdade, previsto no artigo 5º da Constituição Federal, desrespeitando uma norma, cláusula pétrea e princípio que deve ser seguido e obedecido por todo o ordenamento.

A perda do direito à herança dar-se-á por via testamentária. Em uma de suas cláusulas, deverá constar o motivo e a justificativa que levaram o autor da herança à aplicação da sanção aos herdeiros necessários, como previsto pelo artigo 1.964 do Código Civil²⁶. Outro item que deve constar é a juntada de provas pelo herdeiro instruído ou por quem irá se beneficiar com a deserdação, de acordo com o artigo 1.965, *caput*, do Código Civil²⁷. Após a abertura da sucessão, o testamento deverá ser enquadrado em ação judicial, para que o Estado-Juiz possa fazer a homologação do testamento e reconhecer a deserdação do herdeiro, fazendo-se, assim, a importância de cláusula justificativa e meios probatórios para convencer o juiz dos fatos que estão sendo alegados.

A deserdação irá recair sobre os herdeiros necessários que praticaram os atos vedados pelo Código Civil, não tendo a aplicação da deserdação para os herdeiros provenientes das relações incestuosas, cujos direitos devem ser garantidos e

²⁴ “Art. 1.963 - Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:

(...)

III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta”;

²⁵ Quando a transferência do bem ocorre após a morte do doador.

²⁶ “Art. 1.964 - Somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento”.

²⁷ “Art. 1.965 - Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar averacidade da causa alegada pelo testador”.

protegidos, já que os mesmos poderão representar o herdeiro deserddado como se pré-morto fosse, com efeitos retroativos da data da abertura da sucessão, previsto no artigo 1.816, *caput*, do Código Civil²⁸.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como vimos em Oliveira e Nunes (2019), o incesto se faz presente na história da humanidade, coexistindo em épocas e culturas diversas, considerado uma das práticas mais antigas dos povos da antiguidade, fazendo-se presente no Império Inca, Romano e Egípcio, sendo nestas culturas relações moralmente aceitas, pois objetivavam a perpetuação da realeza.

Mesmo se fazendo presente na história brasileira, como a relação entre Padre Feijó, representante da Igreja Católica, com a sua própria irmã, que segundo relatos mantinham uma relação marital, o incesto, anteriormente punido e criminalizado de forma expressa pelo Código Penal do Paraná, não é mais punido pelo nosso atual Ordenamento Jurídico, não apresentando dispositivos normativos no Código Penal que preveja expressamente a proibição da relação incestuosa, utilizando-se, analogamente, de dispositivos diversos para serem aplicados ao caso concreto, dificultando uma pacificação sobre o tema e a atuação dos aplicadores do direito ao caso concreto.

No mesmo sentido, não há normas no Ordenamento Jurídico Civilista que vede expressa e taxativamente a prática das relações incestuosas, o que se apresenta em forma de lacunas normativas, necessitando da aplicação de artigos diversos ao tema, para tentar regulamentá-las, sendo aplicados por meio de interpretações difusas ou extensivas, como os que dispõem sobre: 1) Impedimentos matrimoniais, evitando, conseqüentemente, a constituição de família pelas pessoas consideradas impedidas; 2) Nulidade de matrimônio, caso constituam casamentos sem o respeito aos impedimentos impostos pelo Código, sendo aplicado como uma forma de coerção para alertar as conseqüências jurídicas advindas do não respeito ao impedimento, e 3) Deserdação dos herdeiros necessários que praticam as relações incestuosas advindas do parentesco, por afinidade ou consanguinidade, consideradas pela doutrina como “relações ilícitas”.

Devido à abstenção de criação normativa, o emprego dos dispositivos diversos a

²⁸ “Art. 1.816 - São pessoais os efeitos da exclusão; os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão”.

relação em questão pode não alcançar o objetivo de proibição e impedimento que tanto o Direito quanto a sociedade almejam. Devido a isso, pode provocar sentimento oposto ao esperado, gerando insegurança nas vítimas dessas relações, e, para terceiros, a ideia de aceitação do incesto, seja para a formação ou a manutenção desse ato libidinoso, já que o próprio Ordenamento Jurídico Pátrionão versa expressamente sobre o tema.

Decorrentes da não previsão legal, as consequências jurídicas e fáticas que assolam os participantes ou herdeiros frutos destas relações são diversas, já que devido à pouca, ou nenhuma, previsão legal, a segurança jurídica que se pretende passar pelo Ordenamento Jurídico e Poder Judiciário mostra-se abalada, pois não existe unicidade de entendimentos e normas sobre o tema, gerando insegurança aos indivíduos relacionados ao incesto.

Com a existência e comprovação do incesto, consequências jurídicas são advindas, tais como a possibilidade de declaração de nulidade do matrimônio pelo Estado-Juiz, devido ao desrespeito às normas de impedimento matrimonial; a possibilidade de deserdação, tanto dos ascendentes quanto dos descendentes que cometerem atos contrários ao disposto no Ordenamento Civilista, como a prática das relações incestuosas; a possibilidade de perda do Poder Familiar, pelos genitores ou representantes legais, quando cometerem atos que o levem a sentença penal condenatória, como previsto na Lei 13.715/18, ou em situações que vão de encontro à moral e aos bons costumes, bem como a prática do estupro cometidos em face dos menores, como previsto no Código Civil.

É importante salientar as mudanças sofridas pelo Ordenamento Jurídico com referência ao Poder Familiar e à possibilidade de perda, já que, ainda na vigência do Código de 1916, o Pátrio Poder era exercido pela figura paterna, sendo a mãe apenas um sujeito para auxílio desse exercício e no atual Código, influenciado pelos direitos e garantias constitucionalmente fornecidos, o Poder Familiar passou a ser exercido igualmente por ambos os genitores. A prática de violência sexual contra o menor, onde também podem se encontrar as relações incestuosas, possibilita a suspensão, extinção ou perda do Poder Familiar pelo(s) genitor(es) e/ou representantes legais. Contudo, faz-se de suma importância o respeito ao princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, assim como o respeito e a garantia de todos os seus direitos, como o direito de serem herdeiros, mesmo sendo filhos ou descendentes de genitores deserdados; a proteção do direito do menor contra crimes que incidam na perda do Poder de Família

pelos ascendentes e/ou representantes legais. Do mesmo modo, a proteção de todos os demais direitos do menor.

Dessa forma, essa ausência normativa traz consequências jurídicas que vão de encontro aos objetivos que pretendem ser alcançados pelo direito, ou seja, a pacificação social. Essa ausência normativa é justificada no fato de o incesto ser tratado como *tabu*, como segredo familiar bem guardado e consulta criminosa. Sendo de extrema relevância, o incesto necessita, portanto, de criação de leis específicas para a sua regulamentação. Com isso, provoca o sentimento de segurança jurídica, alcançando a pacificação social, objetivo maior do Direito.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Eduardo Mady. **O incesto, legal ou ilegal:** processos-crimes em rebouças, paraná (1932–1948). 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/marcio.mmo/Downloads/7058-Texto%20do%20artigo-37737-1-10-20170913.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2020.
- BIANCONI, Thiago Lobo; SANTOS, Marcello Velloso dos. **Coluna Questões de Registro Civil:** registro de nascimento. incesto. possibilidade de registro.. Registro de nascimento. Incesto. Possibilidade de registro.. 2009. Disponível em: http://www.arpensp.org.br/index.cfm?pagina_id=473. Acesso em: 11 nov. 2020.
- BRASIL. Código Civil (2002). LEI Nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm > Acesso em: 7 set. 2020.
- BRASIL. Constituição Federal de 1988. BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 7 set. 2020.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código de Direito Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm > Acesso em: 19 maio. 2020.
- BRASIL. Rio de Janeiro, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3200.htm. Acesso em: 08 out. 2020.
- COHEN, Claudio; GOBBETTI, Gisele Joana. **O incesto:** o abuso sexual intrafamiliar. 2016. Disponível em: <http://www.usp.br/cearas/ARTIGOS/oIncestoOabusoSexualIntrafamiliar.htm>. Acesso em: 19 nov. 2019.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Lei 13.715/18:** Altera dispositivos do Código Penal, do

Código Civil e do ECA sobre a perda do poder familiar. 2018. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/09/25/lei-13-71518-altera-dispositivos-codigo-penal-codigo-civil-e-eca-sobre-perda-poder-familiar/>. Acesso em: 13 nov. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **A Justiça e a invisibilidade do incesto**. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_a_justi%EA_e_a_invisibilidade_do_incesto.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação parental**: uma nova lei para um velho problema! 2010. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/669/Alienacao%20parental%20uma+nova+lei+para+um+velho+problema%21+>. Acesso em: 12 nov. 2020.

FERREIRA, Lorena Cristina. **Do poder familiar**: evolução. 2016. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/54649/do-poder-familiar-evolucao#:~:text=386\)%2C%20a%20morte%20de%20apenas,mais%20da%20prote%C3%A7%C3%A3o%20dos%20pais..](https://jus.com.br/artigos/54649/do-poder-familiar-evolucao#:~:text=386)%2C%20a%20morte%20de%20apenas,mais%20da%20prote%C3%A7%C3%A3o%20dos%20pais..) Acesso em: 13 nov. 2020.

GÓIS, Marília Mesquita de. **Alienação parental**. 2010. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5841/Alienacao-parental>. Acesso em: 12 nov. 2020.

HOLANDA JÚNIOR, Francisco Wilson Nogueira. **Evitação e proibição do incesto: fatores psicobiológicos e culturais**. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/pusp/v28n2/1678-5177-pusp-28-02-00287.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019.

MARÇAL, Marcos Vicente; CAIANA, Clarice Ribeiro Alves; BEZERRA NETO, Francisco das Chagas; VICENTE, Anne Caroline de Araújo; MOURA, Eliza Tala Alencar. **Para além do incesto**: uma discussão doutrinária no contexto do código civil de 2002. 2020. Disponível em: <https://editoraverde.org/gvaa.com.br/revista/index.php/RBFH/article/view/8284>. Acesso em: 8 out. 2020.

OLIVEIRA, Camilo Ramos de; NUNES, Geilson. **Incesto em família**: uma análise da necessidade de criminalização através de políticas criminais. 2019. Disponível em: [file:///C:/Users/marcio.mmo/Downloads/1690-6092-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/marcio.mmo/Downloads/1690-6092-1-PB%20(2).pdf). Acesso em: 13 set. 2020.

SOUZA, Marcela Coelho de. **Parentes de sangue**: incesto, substância e relação no pensamento Timbira. 2004. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-93132004000100002&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 19 set. 2020.

TJ-DF 20140710334348 - Segredo de Justiça 0032671-98.2014.8.07.0007, Relator: GEORGE LOPES, DJ: 29/06/2017,. Jus.Brasil.2017. Disponível em: < <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/501052091/20140710334348-segredo-de-justica-0032671-9820148070007> >. Acesso em: 15 jun, 2020.

ASSISTÊNCIA AFETIVA DOS INCAPAZES E OS IMPACTOS DA QUARENTENANA FORMAÇÃO DE VÍNCULOS AFETIVOS

Arthur Ferreira Pinto de Araújo¹

Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchel de Moraes²

RESUMO

A assistência afetiva, permeando o núcleo familiar brasileiro, sempre foi um tópico dinâmico e rico, tanto na Constituição Federal de 1988 quanto no Direito Civil da Família. Tendo a teoria do afeto sempre permeando o centro dos debates tratando-se da assistência afetiva e necessitando de uma solidificação na jurisdição, há a nova necessidade de explorar a assistência afetiva dentro da realidade da quarentena, em tempos de pandemia da COVID-19, e as dificuldades que ela impõe aos genitores e seus filhos. Como manter a assistência afetiva, durante o período de quarentena, levando em consideração o protocolo de segurança da COVID-19? Este trabalho de pesquisa tem como objetivo geral analisar as consequências jurídicas dessa nova dinâmica da assistência afetiva entre os membros familiares - durante esse período - como objetivos específicos, evidenciar a responsabilidade afetiva dos cuidadores em relação às crianças e adolescentes, analisar os impactos da quarentena na dinâmica familiar e examinar quais ações jurídicas são cabíveis dentro dessa situação. Está sendo utilizada uma abordagem metodológica descritiva, qualitativa e focada em bases bibliográficas. O trabalho busca uma abordagem descritiva, qualitativa e bibliográfica para entender, o mais precisamente possível, as diferenças nessa relação afetiva intrafamiliar e as suas reverberações no ordenamento jurídico do Direito Civil de Família. Por se tratar de um trabalho de pesquisa sobre um assunto que ainda está se desenvolvendo, este trabalho possui resultados relacionados apenas até o momento de sua concepção. As conclusões apontam a evidente fragilização da assistência afetiva intrafamiliar. É bastante claro que o entendimento do afeto e como ele é priorizado como princípio intrínseco no Direito Civil de Família, principalmente nas dinâmicas familiares, sob a ótica da jurisprudência, serão alterados,

¹ Acadêmico do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: arthurferreirapintodearaujo@outlook.com

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: rosangela@unirn.edu.br

consideravelmente, em consequência dos novos desafios da quarentena.

Palavras-Chave: Direito civil família. Assistência afetiva. Genitores. Filhos. Novo Coronavírus

ABSTRACT

The affective assistance, permeating the Brazilian family nucleus, has always been a rich and dynamic topic inside the Federal Constitution of 1988 and also within the Family Civil Law. Having the Affect Theory always permeating the center of debates when affective assistance is involved and needing a solidification in its concept within the Brazilian Jurisdiction, there is a new necessity to explore affective assistance within the new reality of the quarantine, in pandemic times of the COVID-19, and the difficulties this new reality imposes on parents and their children. How can affective assistance be maintained during the pandemic period, considering the safety protocols from the Coronavirus? This research work has a general objective to analyze the legal consequences of this new dynamic of the affective assistance between family members during this period, as specific objectives, to show the affective responsibility of parents in relation to children and teenagers, analyze the impacts of quarantine on the parent-child relationship and also to examine which legal actions are appropriate to take. It is being utilized in this research work a descriptive qualitative methodological approach and it's focused on bibliographic bases. This research work aims towards a descriptive bibliographic-qualitative approach to understand, as precisely as possible, the differences in this intrafamilial affective relationship and its reverberations within the Family Civil Law legal order. Because this research work is about a subject that is still developing, currently it has results related to the time of conception of this research. The conclusions within this research indicate the evident weakening of the intrafamilial affective assistance. It's very clear that the understanding of affect and how it is perceived and prioritized as an intrinsic principle of the Family Civil Law, especially taking into account family dynamics, according to the jurisprudence view, which will be altered considerably in consequence of the new challenges from the quarantine

Keywords: Family Civil Law. Affective Assistance. Parents. Children. New Coronavirus.

1. INTRODUÇÃO

A assistência afetiva, sendo considerada um elemento jurídico de grande importância no Direito Civil das Famílias, sempre foi uma temática dinâmica e rica, tanto na Constituição Federal de 1988 quanto no próprio Direito Civil da Família, assim como a discussão sobre as propriedades, características e utilizações do afeto como elemento auxiliar do exercício hermenêutico ou como elemento principiológico dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

A teoria do afeto, sempre permeando o centro dos debates relacionados à assistência afetiva e necessitando de uma solidificação na jurisdição, considerando o novo contexto social vivido desde o início de 2020, atualmente, necessita ser explorada junto com a assistência afetiva dentro da realidade da quarentena, mais especificamente as mudanças na dinâmica entre membros familiares, em tempos de pandemia da COVID-19, assim como as dificuldades que ela impõe aos genitores e seus filhos.

A problemática trata-se de como manter a assistência afetiva, durante o período de quarentena, levando em consideração o protocolo de segurança da COVID-19? Assim como o estudo já de mudanças significativas na convivência familiar que ocorrem durante esse período. Este trabalho de pesquisa possui como objetivo geral analisar as consequências jurídicas advindas das medidas de segurança da COVID-19 na dinâmica intrafamiliar, dando atenção especial à assistência afetiva entre os membros familiares, durante o período de quarentena advinda do Coronavírus, como objetivos específicos, evidenciar a responsabilidade afetiva dos cuidadores em relação às crianças e adolescentes, advinda da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como analisar os impactos diretos e indiretos da quarentena na dinâmica parental familiar e por fim examinar quais ações jurídicas são cabíveis dentro dessa situação.

Foi utilizada uma abordagem metodológica descritiva, qualitativa e focada em bases bibliográficas. A escolha desses meios de abordagem se deu pela natureza do objeto de pesquisa: o melhor entendimento da relação assistencial entre membros intrafamiliares dentro do contexto da quarentena advinda do Coronavírus, considerando os protocolos de segurança relacionados à COVID-19.

Assim como a análise da natureza jurídica - considerando sua aplicabilidade prática, do afeto como elemento dentro do ordenamento jurídico - foram traçados comparativos entre trabalhos histórico-jurídicos de fontes autorais que tratam da teoria do afeto, possuindo como base autores da psicanálise como John Bowlby e Bretherton, até em trabalhos os quais possuam uma ótica voltada para o ordenamento jurídico atual, além do Artigo 277 da Constituição Federal de 1988, em parceria com a Lei n. 8.069/90 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e com decisões jurídicas na vara de Direito Civil da Família que abordem esse assunto e como elas têm lidado com os novos desafios que a quarentena tem trazido dentro desses casos.

O trabalho utilizou de uma abordagem descritiva, qualitativa e bibliográfica para entender, o mais precisamente possível, as diferenças nessa relação afetiva intrafamiliar e as suas reverberações no ordenamento jurídico como um todo, assim como, mais especificamente, no Direito Civil das Famílias.

Por se tratar de um trabalho de pesquisa sobre um assunto que ainda está se desenvolvendo, este trabalho apenas possui resultados preliminares. Todavia, é ao menos evidente que, por se tratar de um assunto sensível, bem elaborado pelo estudo histórico da temática, a relação afetiva entre membros familiares é alterada substancialmente devido às restrições impostas pelo protocolo de segurança da COVID-19.

Inicialmente, no próximo capítulo desse trabalho o qual fala sobre o convívio familiar durante a quarentena, foi analisado e explorado os impactos da quarentena no convívio familiar, comparando o período pré quarentena ao período da quarentena, focando na influência dos protocolos de segurança da COVID-19 nos laços afetivos que existem entre os membros familiares.

Em seguida, no capítulo das origens do afeto no ordenamento jurídico, foi buscado a construção das origens do afeto, assumindo sua chegada na constituição federal de 1988 como sua primeira aparição no ordenamento jurídico de forma indireta, para logo em seguida estudar sua adequada categorização e enquadramento jurídico como um elemento com valor jurídico o qual permeia o ordenamento.

Por fim, no último capítulo do desenvolvimento desse trabalho, foi explorado como a convivência familiar é um meio de formação de vínculos afetivos, trazendo para a pesquisa com intuito exemplificativo, casos para enriquecer essa análise sobre a convivência familiar, assim como doutrinadores e pensadores do Direito.

2. O CONVÍVIO FAMILIAR DURANTE A QUARENTENA

Vale ressaltar, antes de debruçar sobre o enquadramento principiológico do afeto e suas consequências na assistência afetiva dentro da sociedade brasileira, o contexto atual, dos protocolos de segurança referentes à pandemia causada pelo Coronavírus, de uma das principais bases das relações afetivas, o convívio familiar.

No meio do caos causado pela pandemia do Coronavírus, existe, ao menos, alguma direção - no que tange aos cuidados e restrições de isolamento impostas pelas autoridades mundiais - assim como aos cuidados básicos sanitários para que se possa evitar o contágio, lavar as mãos ou higienizá-las - com frequência - com álcool gel, evitar contatos, higienizar superfícies e usar a máscara quando sair de casa. Além disso, conforme a velocidade de contágio, em cada localidade, as autoridades públicas podem ampliar ou reduzir a circulação de pessoas em locais públicos e privados (NAHAS e ANTUNES 2020).

O afastamento social, buscando a diminuição das chances de contágio da COVID-19, pode ser realizado por medidas mais brandas, como o distanciamento social, que se baseia na recomendação de manter a distância de 2 metros entre as pessoas, tendo por consequência suspensão da maioria das aglomerações, aulas e eventos no formato presencial; o isolamento físico, sendo medida mais rígida, consistindo na separação de pessoas sintomáticas das assintomáticas; até a quarentena obrigatória, como medida mais drástica de afastamento social, com a proibição de atividades não consideradas essenciais, e até mesmo a restrição de trânsito mais drástica, conhecida como *lockdown*, em que a permanência em casa se torna em uma obrigação, somente sendo permitido circular no espaço público com autorização ou justificativa.

Tais medidas estão sendo adotadas por diversos países no mundo em distintas intensidades e períodos de tempo, em conformidade com as análises científicas do crescimento do número de casos em cada local e do posicionamento político de cada autoridade (NAHAS e ANTUNES 2020).

Ainda, é importante ressaltar que a doença causada pelo Coronavírus é agravada aos grupos de risco compostos - principalmente - por portadores de doenças crônicas como diabetes, doenças do coração e hipertensão, asma, gestantes e indivíduos acima de 60 anos. Embora as crianças e adolescentes não estejam incluídas no grupo de risco, são consideradas vulneráveis, tendo em vista sua dependência relacionada ao seus

cuidadores, merecendo maior proteção em tempos de crise pandêmica, no que se refere aos seus cuidados, exposição e convivência familiar e parental.

Considerando o contexto descrito acima, vale ressaltar a necessidade de se manter e proteger os laços afetivos das crianças e dos adolescentes em relação a suas famílias, os quais se desenvolvem - predominantemente - através do convívio familiar, ou seja, mesmo em face das medidas de segurança a preservação da assistência afetiva - por ser um direito da personalidade garantido constitucionalmente - deve ser respeitada e observada, com fins à evitar a facilitação de danos contra esse direito da criança e do adolescente, assim como evitar situações análogas à alienação parental.

Todavia, a proteção da saúde e da vida devem ser ponderados relativamente ao direito fundamental do convívio familiar. O direito à convivência familiar é uma conquista que visa à proteção especial dos membros vulneráveis das famílias, como crianças, adolescentes e idosos, esses grupos sendo os que mais dependem desse convívio familiar, tanto em um sentido da integridade física quanto à preservação do direito personalíssimo do afeto, do cuidado familiar.

Assim, o desafio atual é redefinir formas de compatibilizar tais direitos, ainda que haja necessidade de novos arranjos na forma do seu exercício, com o contexto caótico da pandemia, tendo suas medidas restritivas mais intensas como desafios a serem considerados durante a possibilidade de preservação desses direitos fundamentais personalíssimos. A restrição de um não deve anular, em grau máximo, o outro, deve sempre se buscar uma medida que busque atender ambos da melhor forma possível, visto que ambos são direitos fundamentais.

O cumprimento do direito à adequada convivência familiar no período da pandemia tem sido objeto de discussões jurídicas por todo o Brasil, em especial, pela doutrina e jurisprudência, incansáveis no debate do assunto. A situação da pandemia sem comparativo razoável na atualidade, exige compreensão e adaptabilidade de todos, não podendo ser utilizada como defesa para perpetrar abusos, em cuidado especial com as crianças, que sob o pretexto de proteção do vírus estão sujeitas a atos até mais gravosos, como violências psicológicas, em especial a alienação parental (NAHAS e ANTUNES 2020).

Essa convivência deve ser preferencialmente presencial, pois assim é possível que ocorra a formação de laços afetivos, de acordo com John Bowlby (1982), pois não há como se garantir a formação de laços e vínculos por meio telepresencial, ou seja, com

ligações de áudio e vídeo (NAHAS e ANTUNES2020). É indispensável o contato pessoal para tanto. Ainda, como já foi demonstrado anteriormente, a convivência familiar não se restringe a simples momentos de lazer e descontração, mas sim de cuidados, responsabilidade e participação na vida das crianças e adolescentes em seu cotidiano. Isso somente é viável através da convivência presencial, não podendo ser jamais substituído ou compensado.

A manutenção de contatos, por meios exclusivamente telepresenciais, foi uma solução imediata na busca da manutenção dos vínculos familiares, ao mesmo tempo que cumpre com as medidas de distanciamento social. Essa solução seria tolerável se o período da pandemia não ultrapassasse um ou dois meses, período médio das férias escolares de verão, como exemplo. Porém, a situação de emergência ocasionada pela pandemia já ultrapassa um ano, e, não há perspectiva de que esteja completamente resolvida, ou seja, pode facilmente se estender por meses, intensificando a distância desses contatos presenciais tão importantes. Dessa forma, não é possível sustentar que ao manter o contato entre pais e filhos, ou avós e netos, ainda é plausível manter esses vínculos entre familiares, vínculos esses de afeto, apenas pelos meios digitais, os quais são insuficientes (NAHAS e ANTUNES 2020).

Se a convivência familiar deveria ser presencial, surge a possibilidade de modificação dos ajustes típicos dessa convivência, com a intenção de evitar deslocamentos desnecessários das crianças e adolescentes.

Vale considerar que o Estatuto da Criança e do Adolescente³, toda criança e adolescente tem o direito de ser criado e educado dentro de sua família, além de lhes serem garantidos acesso à educação, mais especificamente a sua permanência nas escolas, assim como o acesso à saúde.

Sendo assim, de acordo com Nahas e Antunes (2020), a imposição de medidas de distanciamento ou isolamento social, advindas do protocolo de segurança em relação ao Coronavírus, não deveriam ser suficientes para impedirem o contato dos pais, ou responsáveis familiares, com seus filhos ou menores ou ainda justificar mudanças

³ 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. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016). Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola. Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

drásticas de guarda ou convivência, já que o direito à convivência familiar é direito fundamental garantido no artigo 277 da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe sobre a prioridade e o dever à família, à sociedade e ao Estado.

A garantia da convivência familiar é essencial para o desenvolvimento saudável da criança, e a formação de vínculos afetivos, como destacam a professora Josiane Petry Veronese e Helen Sanche (2017), se alinhando com o entendimento internacional relacionado aos princípios previstos na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (CDC), a Constituição Federal de 1988 inovou estabelecendo como direito fundamental, relativo às crianças e adolescentes, à convivência familiar e comunitária.

Possuindo como base o artigo 226 da Constituição Federal, dispõe que a família, sendo base da sociedade, possui responsabilidade compartilhada juntamente à comunidade e ao Estado em assegurar à criança e o adolescente o exercício de seus direitos fundamentais, como o artigo 227 da CF, o legislador brasileiro buscou dar destaque a importância da vida em família como ambiente natural para o desenvolvimento físico, mental, afetivo e educacional para os menores de idade, valorizando a convivência, sendo na família natural ou substituta.

Esse pensamento - construído por Veronese e Sanche (2017), relacionado à imprescindível necessidade da constituição de vínculos afetivos para a criança e o adolescente, constitutivos de elemento indispensável para o desenvolvimento saudável dos mesmos - possui como fonte Declaração dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas (ONU)⁴.

Nahas e Antunes (2020) ainda desenvolvem a importância da convivência familiar, argumentando que essa convivência não é apenas o mero ato de estar presente, não é apenas visitar um ente familiar, ou mesmo contatos superficiais. A convivência familiar deve acima de tudo dar possibilidade a formação e crescimentos de laços, vínculos e afetos, estando diretamente relacionada a cuidados e responsabilidades íntimas e profundas, como demonstrar sua presença, evitando a sensação de solidão a criança e adolescente, nas atividades escolares, nos cuidados pessoais e essências da

⁴ Princípio 6º: Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e aquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.

criança e do adolescente, como higiene, vestimentas, consultas médicas, além das diversas atividades de lazer.

São inúmeros os exemplos que poderiam ser descritos acima, porém a questão é iluminada com o pensamento de Rosa (2019), explanando que o conviver, da convivência familiar, trata-se de uma rotina de coexistência, de um elo mais duradouro e profundo, dando-se nessa rotina espaço para afeto, o qual certamente, requer intensidade e não apenas o passar de horas com espaçamento quinzenal, como tradicionalmente é visualizado no Poder Judiciário, assim critica Rosa (2019).

3. AS ORIGENS DO AFETO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Antes de se falar em uma fragilização da assistência afetiva entre genitores e filhos, dentro do contexto da quarentena da COVID-19, é necessário tentar solidificar o afeto como valor jurídico e buscar defini-lo como um princípio. Isso é bem apontado por Farias e Rosa (2020) como uma problemática, afirmam que, sob uma ótica topológica dos princípios do Direito, é inegável que o afeto ao menos é considerado como um princípio dentro do Direito das Famílias, dentro dessa matéria ele é considerado e tratado como um princípio crucial dentro do estudo e julgamento de casos dentro do Direito das Famílias os quais o afeto permeia.

Mesmo considerando o anterior, a certeza de que o afeto, dentro do Direito das Famílias, é visto como um princípio, há ainda que se debruçar e elaborar sobre o que é o afeto dentro do escopo maior do Direito, indo além do Direito das Famílias, não há atualmente um consenso solidificado do que o afeto é, e como ele deveria ser interpretado e aplicado frente a casos concretos, uma parcela considerável dos cientistas do Direito, desde doutrinadores, como Tartuce (2012), Cardin e Frosi (2010) e Lôbo (2007), possuem suas visões do enquadramento teórico do afeto, porém essa ausência de consenso entre doutrinadores renomados do direito, principalmente os exemplificados, os quais possuem influência considerável no ramo do Direito da Família, acabam influenciando, de maneira accidental, decisões feitas nos tribunais brasileiros as quais por vezes jogam o afeto como elemento do caso, alegam seu status de princípio atuante no Direito da Família, porém não esclarecem seu enquadramento em decisões nas quais o afeto permeia o centro como elemento mais importante desses casos concretos, não determinam sua categorização, se é considerado um princípio

fundamental ou se é um princípio geral, ocasionando assim, decisões divergentes e até por vezes contraditórias⁵.

De acordo com Farias e Rosa (2020), não podendo se confundir ambos, pois possuem consequências práticas diferentes, enquanto um Direito Fundamental possui raízes constitucionais e caráter universal, dentro do Direito Brasileiro, um Direito Geral possui escopo reduzido, podendo ser um Direito Geral apenas de uma vara do Direito Brasileiro, nesse caso o afeto enquadraria-se exclusivamente como Direito Geral do Direito das Famílias.

Tal problemática não é recente e existe no âmbito jurídico desde a Constituição Federal de 1988, a qual trouxe o afeto pela primeira vez de forma indireta para o texto constitucional⁶, embora ainda assim essa questão não seja abordada, discutida e trabalhada, como se fosse diminuta ou de menor importância.

Sendo assim, por se tratar de uma problemática recente, a questão do afeto como princípio e seu enquadramento, além de serem buscados através de suas fontes na psicanálise, devem ser desenvolvidos por trabalhos jurídicos recentes, os quais busquem a delimitação e o direcionamento através de uma base científica sólida que possa ser usada como fundamentação adequada dentro de casos jurídicos presentes e futuros. Assim, busca-se segurança jurídica, processo similar ao que foi feito, quanto à verdade estudada pela filosofia há séculos e à verdade processual⁷, que se adequa à realidade jurídica do cotidiano brasileiro.

Como base do afeto como princípio jurídico, temos John Bowlby (1982), que, mais atualmente, teve seu pensamento analisado por Dalbem e Dell'Aglio (2005), aquele - durante sua vida como psicanalista - desenvolveu a teoria do apego e se tornou um dos principais contribuintes dessa teoria, a qual fala que o apego é inato ao ser humano e

⁵ AC 0044852-07.2020.8.21.7000 RS. REsp 1326728 RS 2012/0114052-1. AC 10035170149989001MG. REsp 1930823 PR 2020/0182853-4.

⁶ Art. 227 da Constituição Federal de 1988. 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

⁷ § 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

⁷ Art. 154 do CPC de 1973. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial.

que buscamos criar laços afetivos com os demais de forma instintiva, laços esses que são úteis tanto para quem busca o afeto quanto para quem é buscado. No caso de um bebê, um dos objetos de estudo principais do psicanalista, em uma de suas obras fundamentais para a teoria do apego, formação e rompimento dos laços afetivos, é demonstrada a busca e a criação de laços afetivos, principalmente, em prol da própria sobrevivência do bebê.

A questão da sobrevivência - explorada na teoria do apego Bowlby (1982), e da sua importância dentro das relações familiares, principalmente entre genitores e filhos - evidencia a vulnerabilidade dos filhos e o quanto dependem dos genitores nesses estágios iniciais da vida. Porém, o afeto como valor jurídico é jogado dentro da Constituição Federal de 1988 de forma implícita e sem delimitação completa. Por isso, ainda hoje, é observável a inconstância das decisões dentro dos tribunais brasileiros, quanto aos casos que têm o afeto como fator crucial.

A Teoria do Apego - apesar de relativamente recente, já que começou a ser concebida na segunda metade do século 20 - apresenta, nos dias atuais, uma grande difusão global, afirma Gomes (2011). Ela resultou, inicialmente, das pesquisas e dos trabalhos de John Bowlby juntos com Mary Ainsworth, referentes à teoria do apego (GOMES 2011 *apud* BRETHERTON 1992). No entanto, considera-se Bowlby seu legítimo fundador, pois foi ele quem revolucionou o pensamento científico sobre a natureza do vínculo mãe-criança, demonstrando as cicatrizes emocionais e mentais, para a criança, do rompimento dos laços afetivos estabelecidos na infância, de acordo com Bretherton (1992).

Também é entendido que a Teoria do Apego baseia-se na premissa de que os seres humanos, assim como outros animais, apresentam uma inclinação natural para construir vínculos afetivos que, ao longo do tempo, podem tornar-se insubstituíveis (BOWLBY 1982). Isso é compreendido de tal forma pelo fato de que, por virem ao mundo em uma condição de extrema vulnerabilidade e dependência física, assim como emocional, os bebês humanos dependem de alguém que lhes forneça os cuidados essenciais para garantir sua sobrevivência, desenvolvimento emocional e social.

Deste modo, essa relação construída inicialmente com a figura que protege e cuida o bebê, em virtude da importância indispensável que vai adquirindo conforme o tempo passa, torna-se a matriz, a base que o bebê tomará pelo resto de sua vida, sobre a qual todos os vínculos posteriores se desenvolverão. Assim sendo, uma vez

estabelecidos, a qualidade, a segurança e a estabilidade desses laços associam-se – fortemente - com o bem-estar e com a saúde emocional dos indivíduos ao longo do curso de vida (GOMES 2011).

Nesse sentido, a Teoria do Apego inicia-se quando Bowlby busca conceitualizar e solidificar as observações que ele e James Robertson, seu colaborador, fizeram ao observar crianças pequenas as quais foram separadas de seus pais e cuidadores habituais cuidadas por pessoas não familiares, e em locais desconhecidos para elas, o que lhes trazia profundo sofrimento e prejuízos ao seu desenvolvimento de forma generalizada (GOMES 2011).

Considerando a citação anterior, é evidente a importância desses laços afetivos em um sentido imediato, em relação à sobrevivência desse menor dependente, assim como sua importância em um sentido mais amplo e longo, relacionado a forma como essa criança irá observar, contemplar e absorver o mundo a sua volta, mudando de forma duradoura e enraizada em seu ser como irá se relacionar com outros indivíduos.

Necessário se faz delimitar a contextualização que esta teoria do afeto teve em seu nascimento, tal contexto encontra-se diretamente relacionada à Segunda Guerra Mundial (1939-1945), mais especificamente sua sequelas e problemas. Momento na história da humanidade, em que a comunidade científica, formada majoritariamente por psicanalistas, pôde verificar os efeitos, no psiquismo infantil, da perda e da separação precoce de crianças de seu grupo de origem (GOMES 2011).

A ênfase nesse ramo da Biologia deve-se ao fato de que Bowlby (1982, 1973, 1980) teorizou, pela primeira vez, o vínculo de apego como uma estratégia de adaptação fundamental do *homo sapiens sapiens* a sua realidade externa e danosa, isto é, uma necessidade tão primária quanto à satisfação da fome ou da sede, a segurança e a necessidade de se preservar sua vida.

Os comportamentos de apego - bem como os mecanismos por meio dos quais verificou-se seu progresso na evolução social humana - teriam sido reforçados positivamente ao longo da história humana, por estímulos relacionados à sobrevivência, por causa da importância da manutenção da criança nas imediações de um membro adulto da cultura, tanto para sua proteção e sobrevivência, quanto para seu desenvolvimento social e mental, característica indispensável à sobrevivência, pelo comportamento tribal e de companheirismo o qual adotava-se para aumentar as chances de sobrevivência, trata-se, sem dúvida alguma, de uma linha de pensamento difícil de ser

negada, visto que toda criança vem ao mundo em condições de absoluta dependência dos cuidados de outrem, já que um recém-nascido, na ausência de um indivíduo adulto, não consegue sobreviver por si só.

O comportamento de apego é definido, então, como qualquer forma de comportamento que resulta em uma pessoa alcançar e manter proximidade com algum outro indivíduo, considerado mais apto para lidar com o mundo, tal comportamento por conseguinte sempre existirá independente da idade, visto que, como espécie, dependíamos de relacionamentos, baseados no vínculo como forma indispensável para aumentar nossas chances de sobrevivência (GOMES 2011). Chorar, sorrir, fazer contato visual, buscar aconchego e agarrar-se ao outro são ações que compõem o repertório comportamental básico de apego, e desde os primeiros anos de contatos com seu cuidador, a criança aprende esses comportamentos, contanto que haja nessa relação afeto. (BOWLBY 1982).

Segundo Bowlby (1982), os comportamentos de apego são ativados por certos mecanismos externos e internos, enquanto são encerrados por outros. Entre os mecanismos de ativação, destacam-se fome, cansaço e situações consideradas ameaçadoras e/ou estranhas pela criança, provocando seus instintos de autopreservação e sobrevivência. As condições terminais incluem a visão da figura de apego, a escuta da sua voz ou a interação com ela. Logo, para explicar a manutenção da proximidade aos adultos como uma adaptação básica essencial para a dinâmica cuidador e criança, Bowlby (1980) destaca que o vínculo de apego manifesta-se, principalmente, pela busca de proximidade em relação ao cuidador primordial e pelo protesto diante da separação. Sem a formação desse vínculo, a criança poderia se distanciar demasiadamente dos adultos ao explorar o mundo, ficando, por conseguinte, exposta a inúmeros perigos. Os comportamentos de apego são, portanto, complementares aos comportamentos exploratórios, pois permitem à criança experienciar o mundo em condições mais seguras.

Assim, expressando explicitamente a sua discordância em relação às primeiras teses psicanalíticas, Bowlby (1969) questiona, por conseguinte, uma das principais hipóteses de Freud, o qual afirmava que a criança desenvolve um forte laço com sua mãe, pelo fato de que esta a alimentava. No entender de Bowlby, a abordagem freudiana não parecia adequada para descrever as diversas interações observadas no mundo empírico, as quais, tendo em vista sua variedade, não conseguem sustentar plenamente

essa abordagem freudiana. Contrapondo então à Psicanálise, o fundador da Teoria do Apego defende que, em várias espécies de mamíferos, incluindo os humanos, a busca de proximidade da figura materna e sua preferência, em comparação a outros membros do grupo de origem, seria análoga ao *imprinting* observado em patos e gansos (GOMES 2011).

Nessa perspectiva, o apego pode ser caracterizado, então, como um termo indicativo de comportamentos inatos, advindos de estímulos internos e externos os quais ameaçam sua sobrevivência, que capacitam as crianças a buscarem, discriminarem e a manterem, de modo ativo, proximidade e contato íntimo com um cuidador (GOMES 2011 *apud* LICKLITER 2008).

De modo geral, pode-se compreender que, para Bowlby, comportamentos de busca de proximidade, por apresentarem um valor de sobrevivência, tornaram-se parte de um padrão inato de comportamentos fixados no processo de seleção natural. Por esse motivo, Bowlby possui um pensamento simpatizante com o do psicólogo comparativista Harry Harlow, mantendo-se, contudo, bastante cauteloso quanto à aplicação indiscriminada de resultados de pesquisa com animais aos humanos e vice-versa, pois seu entendimento e pesquisa contemplavam e analisavam os casos humanos da criança e dos vínculos afetivos (GOMES, 2011 *apud* LICKLITER, 2008).

4. O AFETO COMO VALOR JURÍDICO

Visto que o afeto foi atribuído como um princípio dentro da Constituição de 1988, e mesmo que não tenha sido delimitado o bastante, Cardin e Frosi (2010) apontam o afeto como um princípio norteador. É apontado por ambos que o afeto, além de ser um fato do dia a dia, também é inserido - no ordenamento jurídico - como um dos direitos da personalidade, decorrente da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

O princípio da afetividade deve sim ser, como a maioria dos princípios, um guia para o intérprete da norma e para o legislador, conforme Cardin e Frosi (2010), já que no mínimo, considerando a sua introdução indireta na Constituição Federal de 1988, ele foi trazido como um princípio, mesmo não tendo sido definido o seu alcance, o fato do afeto não ter sido positivado o imbue de força ainda maior do que se efetivamente fosse, fazendo com que o intérprete da Constituição ao analisá-lo - mais

especificamente a assistência afetiva – naturalmente, dê mais abrangência em relação a uma norma positivada, não havendo um limite escrito, mas, apenas, limite topológico, assim como princípio lógico.

Efetivamente concedendo ao afeto no âmbito jurídico características norteadoras, como uma bússola a qual serve orientando as decisões de juízes e Tribunais pelo Brasil, assim como um ponto de referência aos legisladores os quais forem redigir leis e normas as quais se utilizem do afeto como um princípio jurídico.

Assim, defende-se a teoria do afeto, por Cardin e Frosi (2010), dentro do ordenamento jurídico, como um guia geral. Embora esse trabalho científico busque a delimitação do afeto como princípio jurídico, e, ainda, assim tente dar ao mesmo um enquadramento, é necessário um consenso dentro do judiciário quanto ao afeto. Enquanto não houver um acordo quanto a isso, o afeto pode continuar a ser usado de formas equivocadas e contraditórias, também poderá não ser usado em casos nos quais deveria.

Concordando com a linha de raciocínio feita acima por Cardin e Frosi(2010), quanto à sua característica principiológica, Lôbo (2007) compreende e considera o afeto como um princípio fundamental, diferindo do entendimento geral de Cardin e Frosi, argumentando que por ter origens no Direito da Solidariedade Familiar, herdou também sua caracterização de princípio fundamental do Direito, como direito da personalidade.

Todavia, esse pensamento de Lôbo (2007) trata-se de uma análise com fulcro na evolução social e na tentativa do Direito Brasileiro de acompanhar as evoluções sociais constantes em sociedade, para Lôbo o princípio fundamental da solidariedade familiar não pode existir sem o afeto, e, ainda afirma que enquanto existir um o outro também estará junto de forma conectada, através da cooperação, respeito, assistência, amparo, ajuda e cuidado como formas exemplificativas de suas coexistências.

Essas formas do afeto e da solidariedade familiar possuem bases sentimentais, é por causa disso que, para terem fundamento e utilidade jurídicas, foram transformadas em obrigações e deveres exigíveis dentro das relações familiares.

Por outro lado, Tartuce (2012) traz um outro entendimento em relação ao princípio da afetividade. Reconhecendo a atualidade dos conflitos os quais giram em torno do afeto, ainda afirma que sem sombra de dúvida o mesmo existe - no ordenamento jurídico - como um princípio diretamente aplicado no Direito Família, e ainda considera o afeto como tendo alcançado à condição de verdadeiro princípio geral,

citando para corroborar esse pensamento, Giselle Câmara Groeninga (2008).

A questão da problemática do afeto é de qual dos dois o afeto deveria ser, entre um princípio geral ou um princípio fundamental do Direito Família. É essa ambiguidade que é responsável pela insegurança jurídica característica nos casos nos quais o afeto permeia.

Tendo em vista a fragilização da assistência afetiva como um caso exemplificativo, se torna necessária a construção de uma teoria geral do afeto, a qual possui o intuito de solucionar o problema do afeto como princípio jurídico, explanado por Farias e Rosa (2020), há corrente de pensamento simpatizante, em publicações na literatura jurídica, como Calderón (2017), Gagliano e Pamplona Filho (2012) e Figueiredo e Figueiredo (2015), assim como acórdãos, ementas e falas de doutrinadores⁸, afirmam a natureza principiológica do afeto, todavia não elaboram em seguida qual tipo de natureza principiológica o afeto possui, sendo assim não há a sua determinação precisa, dificultando o processo de elaboração de teorias do afeto com valor jurídico, afinal antes de ocorrer o apropriado desenvolvimento de uma teoria coesa e completa do afeto, dentro do sistema jurídico brasileiro, é necessária a delimitação desse estudo, o enquadramento apropriado.

Ou seja, em relação ao descrito acima, até o momento - no ordenamento jurídico Brasileiro - não há consenso ou esclarecimento se o afeto é um princípio fundamental ou um princípio geral e, além disso, também não é elaborado quanto ao seu conteúdo. Admite-se a existência do afeto como princípio jurídico e há inclusive instâncias de reconhecimento do afeto como princípio jurídico em casos concretos, utilizados por Tribunais e juízes para fundamentar decisões, porém, novamente, não há elaboração do conteúdo do que é o afeto, ao menos não na esfera jurídica, frequentemente tais Tribunais e juízes baseiam suas decisões utilizando-se de relatórios de órgãos públicos e peritos das áreas de biologia e psicologia para averiguar casos em que acredita-se estar relacionado ao afeto principiológicamente.

Sendo assim, após utilizarem-se dessas ferramentas externas para identificação e justificativa do princípio do afeto nesses casos, essas decisões se mostram cientificamente e teoricamente inseguras, em relação ao olhar jurídico da situação, pois ainda não há uma construção científica e jurídica sólida do conteúdo, alcance e limitações

⁸ AC 0044852-07.2020.8.21.7000 RS. Resp 1326728 RS 2012/0114052-1. AC 10035170149989001 MG. REsp 1930823 PR 2020/0182853-4.

do afeto como princípio, enquanto continuarem dependendo desses métodos externos de identificação, sem que haja desenvolvimento de literatura jurídica, o afeto continuará se demonstrando como um princípio incerto e instável.

Toda essa incerteza e insegurança - em relação ao princípio do afeto - perdura também na fala de doutrinadores do âmbito do Direito das famílias, por muitas vezes chegando a consensos, em certos pontos, do que deveria ser o afeto como princípio, mas é observado dificuldade de se determinar, mesmo entre os doutrinadores, a delimitação adequada do afeto, conforme é observado ao comparar a fala de doutrinadores.

Primeiro temos o entendimento de Nunes (2014 *apud* HARIGAYA et al., 2019) o qual atribui ao afeto a capacidade de formação de núcleo familiar, baseando-se em expressões afetivas e partindo-se dessas se criando diversas formas de famílias, concluindo que, tanto a intenção por de trás dos sentimentos intrafamiliares, quanto à prática efetiva dessas afeições, no plano físico, tomam elementos primordiais na configuração da instituição familiar, como é reconhecida hoje, enfatizando que as questões inerentes ao sexo e idade são menos cruciais para a formação de uma família. Ainda continua Nunes (2014 *apud* HARIGAYA et al., 2019), descrevendo que o afeto, baseando-se no que foi construído anteriormente pela mesma, adquire um aspecto inerente e intrínseco ao ser humano o qual possibilita a constituição e concepção de um núcleo familiar, além de atribuir ao afeto identidade de princípio implícito o qual é pertencente a dignidade da pessoa humana a qual é princípio fundamental.

Em contrapartida ao pensamento de Nunes, Tartuce (2012 *apud* HARIGAYA et al., 2019) argumenta que o afeto possui valor jurídico o qual é atribuído comumente à condição de verdadeiro princípio geral, desenvolve afirmando que o afeto não é equivalente direto ao direito, e que ambos jamais deveriam se confundir ou usados como sinônimos. Tartuce (2012 *apud* HARIGAYA et al., 2019) explica que o afeto – necessariamente - deve possuir traços ligados a interação e ligação entre pessoas, as quais podem ser tanto positivas ou negativas, dando embasamento nesse pensamento, aponta três exemplos, no ordenamento jurídico atual de se observar e estudar a família brasileira através do princípio da afetividade: o primeiro sendo o reconhecimento jurídico da união afetiva; o segundo sendo o consentimento de forma geral da procedência da reparação por danos decorrentes do abandono afetivo e por último o reconhecimento da formação de um núcleo familiar constituído a partir da parentalidade socioafetiva, finalizando sua linha pensamento afirmando a importância da afetividade

como lente para possibilitar a determinação de um núcleo familiar.

Enquanto há consenso em alguns pontos compartilhados por Lobo (2011 *apud* HARIGAYA et al., 2019) e Dias (2016 *apud* HARIGAYA et al., 2019), mesmo entre esses dois últimos doutrinadores é possível observar divergências em relação aos seus pensamentos quanto ao afeto, enquanto Dias trás a tona que o princípio da afetividade, advindo do afeto, tem como objetivo o eudemonismo, isso sendo um ideal de busca pela felicidade, ainda assim reconhece também que outras questões estão presentes na discussão da afetividade, tendo por exemplo, a igualdade de direitos fundamentais entre irmãos biológicos e adotivos – principalmente - em relação às questões patrimoniais entre ambos.

Ainda fala da necessidade de lembrar que as relações baseadas no afeto e solidariedade surgem de um convívio familiar, e, não apenas de um simples laço sanguíneo, assim, considerando o ideal eudemonista, a existência do afeto como base para formação da família, além de lente que explora e explica as relações contemporâneas, sob um prisma que mostra a necessidade de ampliação de igualdades, flexibilização do conceito original da formação familiar e proeminentemente, na atuação do mesmo dentro das necessidades reais e conjunturas sociais. Culminando o seu pensamento na afirmativa “o Princípio da Afetividade é um norteador das demandas que comportam o ramo do direito das famílias” (2016 *apud* HARIGAYA et al., 2019).

Lobo concorda com Dias, em relação ao tema do valor jurídico do afeto, tratando-se dos laços afetivos, de seus surgimentos no convívio familiar, da base constitucional que o afeto possui, e também no consenso de o afeto transcender os laços sanguíneos, porém Lobo diverge de Dias quando argumenta que, além de o afeto não estar limitado a traços sanguíneos, é necessário a análise do contexto cultural, as influências da globalização, assim como as influências culturais locais, na formação dos vínculos afetivos que posteriormente amadureceram em um núcleo familiar (2011 *apud* HARIGAYA et al., 2019).

Além das interpretações sobre o enquadramento do afeto, no sentido de ser considerado um princípio, independente de ser regra geral do Direito da Família ou de ser princípio fundamental, Farias e Rosa (2020) trazem uma perspectiva diferente da problemática. Baseando-se em Ronald Dworkin, argumentam que tratando-se de *easy cases* (casos fáceis) ou *hard cases* (casos difíceis), tratando-se, nesse sentido, dos desafios e obstáculos para a correta identificação da regra adequada que consiga

solucionar esses casos ou mesmo que consiga atestar a disponibilidade de uma regra que possa incidir sobre um caso particular.

Considerando o acima, Farias e Rosa (2020) argumentam que, dentro dos casos de família, a margem de discricionariedade do interpretador, sua atividade hermenêutica frente a casos concretos, não pode dar espaço para uso de argumentos pessoais e subjetivos, os quais sendo usados de tal forma, são uma afronta direta ao próprio sistema constitucional, mesmo nos easy cases (casos fáceis) existirá o trabalho hermenêutico, independente de na superfície aparentar não ocorrer nada além da aplicação de uma regra, norma ou princípio, a sua escolha, a compreensão do caso através do intérprete jurídico, constitui trabalho hermenêutico, atividade interpretativa esta que frente aos inúmeros casos inimagináveis e transbordando de conflitos no Direito das famílias tornará o trabalho hermenêutico mais delicado e difícil.

Por conseguinte, é proposto por ambos o entendimento do afeto, o qual é entendido por ambos como elemento jurídico que sempre envolve os casos do Direito da Família, todavia não poderia ser usado, em sua integridade, para justificar decisões. É entendido por Farias e Rosa (2020) que o afeto deveria ser considerado um postulado normativo aplicativo inerente ao Direito das Famílias, sendo assim o mesmo não possui força normativa e nem precisa, diferente dos princípios de forma geral e das regras, sua tarefa, sua finalidade ao intérprete jurídico deve servir de base, como uma estrutura inicial de interpretação da qual servirá como guia para interpretação e aplicação das normas, por isso, sempre permeia todas e quaisquer interpretações dentro do Direito das Famílias, em especial nos casos difíceis, os quais relativos aos casos fáceis, possuíram atividade hermenêutica muito maior.

Em suma, fechando o pensamento de Farias e Rosa (2020) em relação ao tema, a afetividade, o afeto, não é um simples mecanismo de resolução de conflitos jurídicos, independente de se trataram de casos fáceis ou difíceis, por ausência de natureza normativa, e sim como um postulado aplicativo das normas, tratando-se como base primordial e essencial indispensável para aplicação das normas, regras e princípios.

5. CONVIVÊNCIA FAMILIAR COMO FORMA DE ESTABELECEER VÍNCULOS AFETIVOS

Dentro do contexto da pandemia, a fragilização da assistência afetiva torna-se ainda mais proeminente por causa do protocolo de segurança da COVID-19. Isso é

evidenciado por casos cotidianos e casos fora do normal, casos de difícil análise, de acordo com Farias e Rosa (2020), dentro do contexto da pandemia do Coronavírus⁹.

Dentro dos autos no rodapé abaixo, encontra-se o objeto polêmico discutido no caso, a afirmação de manutenção do vínculo afetivo, construído entre mãe e filhos, durante a quarentena através de vídeo-chamadas. Essa parte do processo é onde se observa mais claramente a fragilização do afeto no caso. Desde John Bowlby (1982), foi estudado cientificamente e é comprovada a importância dos laços afetivos que os bebês criam com seus genitores e o quanto os bebês dependem deles para sua sobrevivência.

A utilização de videochamadas é uma forma insuficiente e paliativa de manter vínculos afetivos, e é ainda mais precária em formar um vínculo afetivo entre uma mãe e seus filhos, pois não há toque nessa situação, elemento essencial da relação mãe-filho, conforme contempla Winnicott (2005 *apud* OLIVEIRA), na relação entre a genitora e seu bebê o toque será uma fonte de estimulação que irá desencadear um vortex de sentimentos e emoções, os quais constituíram a base emocional da criança, formando assim seu histórico de experiências emocionais e afetivas, sendo assim, se os toques forem afetivos, disso se extrai que tais toques devem estar carregados de cuidado assim como devem preencher no bebê sensação de segurança, enquanto esses toques afetivos estiverem carregados de intenções positivas, aumenta se proporcionalmente as chances da construção de um vínculo de amor “intransponível e imensurável.”.

Além dessa situação retratada anteriormente, há ainda situações mais cotidianas às quais se complexam diante do contexto pandêmico. É o caso do Agravo de Instrumento em ação de regulamentação de visitas julgado relator Vito Guglielmi em São Paulo em Agosto de 2021¹⁰.

⁹ [...] A impetrante anexou os relatórios e pareceres técnicos do Serviço de Assistência Social e do Serviço de Acolhimento Institucional, os quais dão conta do célebre arrependimento da genitora, manifestado quando os gêmeos ainda estavam internados, e do interesse da avó materna e do tio de ficarem com as suas guardas, bem como do vínculo afetivo construído entre mãe e filhos, mantidos inclusive durante a quarentena por meio de vídeo-chamadas (fls. 129, 140/141, 145/147, 148, 150/155, 159/163)[...] (STJ - HC: 604624 SP 2020/0201600-5, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Publicação: DJ 26/08/2020)

¹⁰ Ementa: Agravo de instrumento. Ação de regulamentação de guarda e regime de visitas. Menor. Decisão agravada que fixou regime provisório de visitas em benefício do genitor, três vezes por semana, a cada quinze dias, das 14h00 às 16h00. Visitas a serem realizadas em local de preferência da genitora, com acompanhante terapêutico. Agravante que pleiteia a reforma da decisão agravada, pedindo a suspensão das visitas deferidas ao genitor, em virtude da atual pandemia de coronavírus. Inadmissibilidade. Hipótese em que já realizados estudos técnicos pelos setores de psicologia e assistência social, recomendando a manutenção do convívio da infante com a família paterna.

Contato da menor com o genitor que se mostra fundamental e salutar para o seu desenvolvimento e formação. Caso em que, embora não se olvide das cautelas sanitárias que a pandemia impõe, não é conveniente que a menor tenha cerceado o seu direito de convivência familiar, especialmente por período tão longo e incerto. Ausência, no mais, de quaisquer elementos a indicar comportamento desidioso ou inobservância das normas sanitárias por parte do genitor. Decisão agravada mantida. Recurso improvido. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2021)

Explica o Tribunal de Justiça de São Paulo, em relação ao mérito do recurso, que há de se observar que as visitas feitas pelos genitores, antes de serem analisadas pela perspectiva de um direito conferido aos mesmos, constituem a verdadeira proteção ao interesse dos filhos menores, conforme afirma Dias (2020), que as visitas dos genitores até os filhos são um direito da personalidade, na mesma categoria do direito à liberdade, através do qual o indivíduo, durante seu exercício, recebe as pessoas com quem deseja conviver, fundando-se em no elementares princípios de direito natural, assim como na necessidade de cultivar o afeto, de firmar, viver e desenvolvê-lo como elemento nuclear das relações intrafamiliares, fomentando à subsistência real do bem-estar e melhor interesse da criança.

Considerando ainda que a filha de ambos tem apenas 5 (cinco) anos de idade e possui uma boa relação com o seu pai, tal afirmação é comprovada nos próprios autos do Agravo de Instrumento, mais especificamente por laudo técnico do Setor de Assistência Social, o Tribunal de Justiça de São Paulo, mesmo considerando o contexto das medidas de segurança, acentua e destaca a importância da assistência afetiva entre ambos o genitor e a filha de 5 (cinco) anos e ainda explica que torna-se imperativo o retorno presencial dos contatos diretos, físicos, paternos, tais contatos tendo sido prejudicados em relação ao ano anterior de 2020. O Tribunal chega à essa conclusão tomando como base laudo do Setor de Psicologia (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2021), o qual corrobora com a necessidade da retomada dos contatos paternos, os quais no mesmo ano de 2020, sofreram sérios prejuízos, advindos das restrições impostas pela pandemia decorrente do Coronavírus, ainda presentes na sociedade brasileira.

O Tribunal de Justiça de São Paulo ainda elucida que enquanto forem observadas as medidas de prevenção, como uso de máscara e higienização das mãos, é de suma importância a salvaguarda do melhor interesse da criança. Concluindo o julgamento do mérito do recurso em questão, o Tribunal (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2021) explica que a tendência atualmente, em meados de Agosto de 2021, é a não inibição das visitas presenciais dos genitores aos filhos, desde que no caso concreto seja observado que tais genitores tenham demonstrado, anteriormente e atualmente, serem responsáveis em seguir as orientações de prevenção da transmissão da COVID-19.

Considerando o anterior, é um bom sinal para o futuro imediato a mudança nas decisões dos tribunais, em relação a visitação dos filhos e a manutenção dos laços dos

genitores em relação aos filhos¹¹, pois em 2020, pela situação extrema da pandemia do Coronavírus, foi considerável a parcela das decisões em tal ano, relacionadas a visitação, contra o contato físico entre os genitores e filhos os quais não vivem no mesmo ambiente, na mesma casa.

Todavia, a tomada dessa postura, ainda que seja compreensivo considerando o estado caótico e repentino da sociedade brasileira, causou na época e continua causando até hoje danos morais e afetivos a essas crianças, o maior equívoco de fato foram essas decisões anteriores consideraram a manutenção de videochamadas como elemento suficiente para se manter os vínculos afetivos dos genitores em relação aos filhos.

Para reforçar a importância do contato físico, o toque nessas relações, O Supremo Tribunal Federal, tendo como relator Gilmar Mendes, recebeu um caso de *Habeas Corpus* coletivo solicitando extensão, em pedido liminar, em favor de todos os presos que possuem - sob a sua única responsabilidade - crianças menores de 12 (doze) anos e deficientes contra decisões de Tribunais Hierarquicamente inferiores, Tribunais dos Estados, Tribunal do Distrito Federal e Territórios¹².

Destaca ainda a Defensoria Pública da União em relação ao caso que “essas crianças, que muitas vezes já passaram pelo sofrimento do afastamento materno (pelos mais variados motivos), são ainda mais expostas e fragilizadas, pelo que o pedido que se faz neste *habeas corpus* tem destacada relevância” demonstrando não só o dano sofrido recentemente pela não contemplação extensiva advinda da Suprema Corte em relação a esses grupos vulneráveis, mas como também o sofrimento anterior e

¹¹ HC 2210571-17.2020.8.26.0000 SP 2210571-17.2020.8.26.0000. HC 593613 RS 2020/0159718-3. HC 683962 SP 2021/0243462-1. HC 0385021-47.2019.3.00.0000 MA 2019/0385021-5. HC 0099418-87.2019.3.00.0000 SP 2019/0099418-9. HC 620403 SP 2020/0274623-9. HC 0099418-87.2019.3.00.0000 SP 2019/0099418-9. HC 604624 SP 2020/0201600-5.

¹² Habeas corpus coletivo. Admissibilidade. Lesão a direitos individuais homogêneos. Caracterização do habeas corpus como cláusula pétrea e garantia fundamental. Máxima efetividade do writ. Acesso à justiça. 2. Direito Penal. Processo Penal. Pedido de concessão de prisão domiciliar a pais e responsáveis por crianças menores ou pessoas com deficiência. 3. Doutrina da proteção integral conferida pela Constituição de 1988 a crianças, adolescentes e pessoas com deficiência. Normas internacionais de proteção a pessoas com deficiência, incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro com status de emenda constitucional. Consideração dos perniciosos efeitos que decorrem da separação das crianças e pessoas com deficiência dos seus responsáveis. 4. Previsão legislativa no art. 318, III e VI, do CPP. 5. Situação agravada pela urgência em saúde pública decorrente da propagação da Covid-19 no Brasil. Resolução 62/2020 do CNJ. 6. Parecer da PGR pelo conhecimento da ação e concessão da ordem. 7. Extensão dos efeitos do acórdão proferido nos autos do HC 143.641, com o estabelecimento das condicionantes trazidas neste precedente, nos arts. 318, III e VI, do CPP e na Resolução 62/2020 do CNJ. Possibilidade de substituição de prisão preventiva pela domiciliar aos pais (homens), desde que seja o único responsável pelos cuidados do menor de 12 (doze) anos ou de pessoa com deficiência, desde que não tenha cometido crime com grave violência ou ameaça ou, ainda, contra a sua prole. Substituição de prisão preventiva por domiciliar para outros responsáveis que sejam imprescindíveis aos cuidados do menor de 6 (seis) anos de idade ou da pessoa com deficiência. 8. Concessão do habeas corpus coletivo. (STF - HC: 165704 DF 0006235-64.2018.1.00.0000, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 20/10/2020, Segunda Turma, Data de Publicação: 24/02/2021).

continuado do afastamento dessas crianças, ilustrando a importância e a necessidade de se observar atentamente os casos envolvendo o afeto como elemento nuclear.

Mesmo a Suprema Corte tendo concedido *Habeas Corpus* anterior histórico, o caso das mães gestantes ou únicas responsáveis de crianças menores de 12 (doze) anos, em contexto pré pandêmico da COVID-19, ainda houve posteriormente, essa inobservância do escopo que deveria ter a decisão nesse caso, não atentou-se verdadeiramente à necessidade da criança e do deficiente vulnerável de ser cuidado e protegido, física, mentalmente e afetivamente, atentou-se a uma porção da problemática, ao lado das mães dessas crianças e deficientes, mas não englobou todos os aspectos do afeto como um valor jurídico, como um guia orientador das decisões. Não foi atentado o lado mais vulnerável dessa relação.

Todavia, com o novo contexto imposto pela COVID-19, foi trazido a atenção da Suprema Corte essa necessidade, a qual já existia antes, a manutenção da assistência afetiva do responsável por essa criança menor de 12 (doze) anos de idade e do deficiente, a proteção do interesse de ambos, de suas integridades físicas, mentais e afetivas, o contato com esses grupos, por pelo menos um responsável, seja genitor, membro familiar ou guardião.

Esse raciocínio anterior é corroborado pelo relatório da Defensoria Pública da União elaborado durante o trâmite processual, o qual averiguou que a situação da pandemia do Coronavírus reforça a necessidade do julgamento adequado do processo em questão, argumentando a necessidade de se garantir o convívio das crianças com seus responsáveis, durante esse período de quarentena e isolamento social, assim como a possibilidade de reduzir o número da população carcerária, com justificativa sustentada constitucionalmente, o melhor interesse da criança, de modo inclusive a reduzir os riscos de contaminação pela Covid-19 em um sistema prisional lotado e por último que as recentes proibições de visitas - no âmbito do sistema penitenciário - podem causar o prolongamento do distanciamento das crianças de seus responsáveis.

Depois de considerar, por exemplo, a submissão de um número significativo de presos, alojados em determinadas alas ou em um presídio inteiro, a condições precárias, com a resolução de um ou alguns casos isolados, haverá a falha do objeto do princípio da igualdade de todos perante a lei, enquanto houverem casos análogos os quais não estejam sendo contemplados, continuará a perpetuação do dano original que causou a apreciação dos primeiros casos, perpetuado em tais casos análogos, assim não sendo

capaz de resolver a raiz do problema.

Considerando tudo que o próprio relator Gilmar Mendes trouxe ao caso, é evidente que a fragilização da assistência afetiva se intensificou no novo contexto da quarentena, de forma intrafamiliar, exemplificado pelos votos dos ministros, e também de forma externa, no acesso à justiça, na busca pela reparação dos danos sofridos pela fragilização da assistência afetiva, especialmente, em casos em que tais núcleos familiares possuem baixa renda ou baixo grau de instrução, agravando o acesso à justiça, e, por consequência, amplificando a fragilização do afeto aos filhos atualmente.

Na mesma linha de raciocínio, explanado por Farias e Rosa (2020), que há ainda uma grande incerteza jurídica em relação ao afeto, por um lado há decisões que seguem e dão ênfase ao afeto sustentado por outras ciências, como a Sociologia e a Psicologia, e por outro há diversas decisões conflitantes no poder judiciário brasileiro que entram em conflito direto com o posicionamento moderno em relação ao afeto nas relações familiares e sociais em sociedade.

Há uma espécie de “dualidade divergente” no entendimento brasileiro do afeto, muito bem demonstrado por Farias e Rosa (2020), analisando cuidadosamente a decisão de um caso julgado pelo STJ pelo Ministro Marco Buzzi.

Desse caso foi abstraído essa “dualidade divergente” comparando as decisões anteriores ao caso destacado, as quais tratavam o afeto como um elemento dentro do caso com força principiológica, com decisões como a desse caso e de meados da época em questão, as quais tratam o afeto como um postulado normativo aplicativo, ou seja, sem força principiológica, embora cumpra papel crucial como ferramenta interpretativa no processo hermenêutico.

Também é entendido por Farias e Rosa (2020) a existência de uma “nova principiológica” para as relações de parentalidade, as quais estão sendo analisadas com o entendimento do afeto como um postulado normativo aplicativo, e o segundo, para além dessa nova principiológica, é afirmada a afetividade como paradigma norteador das relações de família, destacando sua nova função de apoio ao processo hermenêutico.

Continuam o pensamento, igualando o não enquadramento do afeto como princípio fundamental e reconheceu-se como um postulado aplicativo das normas do Direito das Famílias, as quais precisam ser interpretadas e utilizadas a partir do afeto como um paradigma norteador.

Por consequência do explicitado acima, o voto do civilista Ministro Marco Buzzi,

em relação ao caso analisado por Farias e Rosa (2020), é reconhecido por Farias e Rosa (2020) como correto tendo em vista a recomendação das teorias dos princípios, promovendo um enquadramento da afetividade como elemento estrutural para a aplicação das normas, sem necessariamente possuir força principiológica. Apontando a incerteza, após contextualizar-se tal pensamento com os casos concretos apresentados, do afeto em casos nos quais a sua identificação, categorização e utilização adequada são indispensáveis para que seja alcançada, da forma mais aproximada possível, a satisfação da justiça.

Temos em casos extremos como os exemplificados anteriormente, conhecidos na doutrina como *extreme cases*, situações fora da curva, porém caso não sejam feitas novas mudanças em resposta ao novo contexto também extremo que tem sido vivido no Brasil desde 2020, tais *extreme cases* não poderão mais ser considerados raros, aí haverá a culminação da fragilização afetiva em relação a tal novo contexto, na normalização de tais casos e dentro dessa normalização a rigidez jurídica a qual deveria adaptar-se se mostra lenta e ineficaz na resolução dos conflitos de forma satisfatória para a população.

Analisado e explicado a fundo por Farias e Rosa (2020), para tais casos extremados é necessária a delimitação de uma base de compreensão, a adoção de uma lente interpretativa ou ponto de vista diferente, não se tratam esses casos de uma regra inválida ou inconstitucional, incompatível, com o sistema judiciário, pelo contrário, é observado a validade e aplicabilidade ao caso concreto. Contudo, o seu comando normativo, suas diretrizes principiológicas, são incompatíveis com os contornos particulares do caso - os quais transcenderam e extrapolaram o resultado almejado pela regra geral quando elaborada pelo legislador, demonstrando por fim que a rara ocorrência da situação concreta faz com que a regra se mostre insuficiente ao contemplar e tentar incidir na hipótese em questão.

Demonstrada a fraqueza, a derrotabilidade da norma-regra todavia é possível afirmar a impossibilidade de sacrificar os valores fundamentais buscados pelo sistema jurídico como um todo, assim como os pretendidos pela própria regra, somente para promover a sua aplicação fria e insensível em um caso concreto. Sendo necessário observar-se o princípio da ponderabilidade, não há uso para uma norma-regra inflexível e toda-poderosa, tal norma-regra estará condenada a ser insuficiente e mesmo diante de casos excepcionais e difíceis, se demonstrar falha em sua intenção original quando redigida pelo legislador, assim tal norma-regra estará fadada à sua exclusão, modificação

ou incremento por outra norma-regra.

Independente de qual forma for optada, o afeto, mais especificamente, a assistência afetiva, urgentemente, precisa ser categorizada e analisada pelo sistema jurídico, para evitar-se a cumulação de novos danos.

Levando em consideração o pensamento de Cristiano Chaves de Farias e Conrado Paulino da Rosa (2020), demonstrado acima, há a necessidade de analisar arduamente tais casos extremos e baseando-se neles, buscar soluções, medidas e mecanismos mais efetivos para a reparação dos danos causados pela fragilização da assistência afetiva, tais danos atualmente não possuem uma medição média, não possuem uma resposta média que satisfaça a necessidade de se manter a assistência afetiva e que ainda respeite todas as medidas de segurança em relação à pandemia do Coronavírus.

6. CONCLUSÃO

Por tantos obstáculos enfrentados pelas famílias dentro dos casos elucidados, assimcomo os pensamentos de doutrinadores e juristas do Direito elaborados, com base em pensadores da Psicanálise, e ainda pelos novos desafios impostos pelo protocolo de segurança da pandemia da COVID-19 às famílias nesse período, a assistência afetiva entre membros intrafamiliares está fragilizada e prejudicada.

Além disso, a responsabilidade afetiva dos responsáveis, em relação às crianças, adolescentes e deficientes, foi demonstrada, considerando sua situação de dependência física, relacionado à sua capacidade de sobrevivência, incluindo água, comida, abrigo e higiene, assim como a dependência emocional, relacionada ao afeto, do qual esses grupos vulneráveis necessitam e que são providos por seus responsáveis, sendo assim, é indispensável que o exercício dessa responsabilidade por essas crianças, adolescentes e deficientes preserve esses vínculos afetivos, os quais são um direito fundamental da personalidade desses grupos.

Em relação aos impactos diretos e indiretos da quarentena, advinda da pandemia do Coronavírus, na relação intrafamiliar, no convívio familiar discutido no primeiro capítulo, há de se destacar às questões das disputas de guardas e visitação as quais sem dúvida foram afetadas e prejudicadas em detrimento da criança, do adolescente e do deficiente, utilizando os protocolos de segurança relacionados à COVID-19 como

forma de reduzir o direito da personalidade desses grupos vulneráveis, usado em instâncias sem considerar o dano que a ausência desse afeto, desse toque tão importante, que causaria a esses menores de idade e deficientes, que possuem o direito da visitação de seus responsáveis, apenas demonstrado no caso concreto o risco eminente de contaminação, relacionado à não obediência dos protocolos de segurança relacionados à COVID-19 que poderiaser considerado a suspensão dessas visitas, o que infelizmente não é sempre o caso.

Resultando assim em danos possivelmente irreparáveis às crianças, adolescentes e inclusive deficientes, assim como os próprios responsáveis por esses grupos, tais danos advindos da insegurança jurídica descrita acima, sendo ainda mais amplificados pela situação fragilizada desses grupos diante dos desafios enfrentados durante a quarentena do COVID-19 e as medidas de segurança.

Sustentado pelo caso julgado pelo relator Gilmar Mendes e Vito Guglielmi, há insegurança jurídica em excesso se tratando de casos que envolvam afeto como elemento crucial, essa temática foi discutida no segundo capítulo em relação às origens do afeto no ordenamento jurídico, demonstrando divergências em excesso - quanto ao entendimento da jurisprudência e doutrina - do que é o afeto e como ele deve ser interpretado e considerado nos julgamento.

Por isso, o afeto em si - como elemento jurídico dentro ordenamento brasileiro - deveria ter seu valor jurídico, discutido no terceiro capítulo o afeto como valor jurídico, considerado apenas como um postulado do Direito Civil das Famílias,tendo assim apenas um papel de guia para o trabalho hermenêutico relacionado aos casos concretos enfrentados dentro do Direito Civil das Famílias, visto que, em sua forma atual, tendo sido considerado por parte do ordenamento jurídico brasileiro como uma norma, como um princípio fundamental ou como princípio geraldo Direito Civil das Famílias, houve e continua ocorrendo precipitações em seu uso,existe dentro das decisões as quais o afeto permeia como elemento nuclear, como elemento principal, muitas inconsistência e contradições, até mesmo dentro dos mesmos tribunais, e por causa disso há danos irreparáveis às famílias envolvidas, em especial, as crianças, adolescentes e deficientes.

Existem instâncias de decisões opostas em relação ao entendimento do papel do afeto em cada caso, por isso conclui se nesse trabalho que, ao considerar o afeto como postulado sem força principiológica, há menos possibilidades de ocorrerem aplicações equivocadas do afeto nessas decisões, retirando a possibilidade de justificar

decisões baseando-se no afeto como um princípio jurídico advindo implicitamente da Constituição Federal de 1988, resta a possibilidade de usar o afeto apenas como ferramenta auxiliar no trabalho hermenêutico do jurista e intérprete da norma brasileira, sendo assim, não poderá o afeto ser justificativa de uma decisão, o afeto passará a ser uma bússolaguiadora das decisões do Direito Civil das Famílias.

Por fim, em relação ao último capítulo convivência familiar como forma de estabelecer vínculos afetivos, tratando-se das ações jurídicas possíveis dentro do contexto da quarentena, foi construído nesse trabalho que deveria ser atentado o melhor interesse da criança, ou seja, não existindo risco ou dano maior em relação aos seus outros direitos fundamentais, como direito à vida e à segurança, pois diante dos desafios e obstáculos enfrentados, durante a quarentena advinda do Coronavírus as crianças, os adolescentes e os deficientes são grupos ainda mais afetados, em parte por já serem grupos vulneráveis, por outra por serem dependentes física e mentalmente de seus responsáveis, condições essas que são fragilizadas tendo em vista os protocolos de segurança da COVID-19, porém que o afeto, que o convívio familiar, que o toque afetivo assim como a assistência afetiva, não deveriam ser sacrificados de forma tão inconsequente, pois a ausência desse afeto, desse toque tão essencial, implica danos gravíssimos ao desenvolvimento desses indivíduos, os quais, mesmo que haja a busca da reparação, não sumiram com facilidade ou sem sequelas, além do dano em si, foi privado desses grupos o direito de serem cuidados e criados em um ambiente comtoque, com afeto.

REFERÊNCIAS

BOWLBY, John. **Attachment and Loss: Attachment**. 2. ed. New York: BasicBooks, 1982. 1 v. Disponível em: <<https://abebe.zohosites.com/files/John-Bowlby-Attachment-Second-Edition-Attachment-and-Loss-Series-Vol-1-1983.pdf>> Acesso em 21 de out. de 2021.

_____. **Attachment and Loss: Separation Anxiety and Anger**. New York: S.i., 1973. 2 v. Disponível em: <<https://abebe.zohosites.com/files/John-Bowlby-Separation-Anxiety-And-Anger-Attachment-and-Loss-Vol-2-1976.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2021.

_____. **Attachment and Loss: Loss and Sadness**. New York: S.i., 1980. 3 v. Disponível em: <<https://abebe.zohosites.com/files/John-Bowlby-Loss-Sadness-And-Depression-Attachment-and-Loss-1982.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Portal da Legislação**, Brasília, 5 de out. De 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 de out. 2020.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990: Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Portal da Legislação**, Brasília, 13 de jul. de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 28 out. 2020.

_____. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 14.129, de 29 de março de 2021: Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública e altera a Lei nº 7.116, de 29 de agosto de 1983, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), a Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, e a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. **Portal da Legislação**, Brasília, 10 de jun. de 2021 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14129.htm>. Acesso em 19 de out. 2021.

_____. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 13.994, de 24 de abril de 2020: Altera a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para possibilitar a conciliação não presencial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. **Portal da Legislação**, Brasília, 24 de abril de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13994.htm>. Acesso em 19 de out. 2021.

_____. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto n. 10.278, de 18 de março de 2020: Regulamenta o disposto no inciso X do caput do art. 3º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e no art. 2º-A da Lei nº 12.682, de 9 de julho de 2012, para estabelecer a técnica e os requisitos para a digitalização de documentos públicos ou privados, a fim de que os documentos digitalizados produzam os mesmos efeitos legais dos documentos originais. **Portal da Legislação**, Brasília, 18 de mar. de 2020.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10278.htm>. Acesso em 19 de out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Ação de habeas-corpus n. 604624-SP (2020/0201600-5)**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Estado de São Paulo, 26 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/919861756/habeas-corpus-hc-604624-sp-2020-0201600-5/decisao-monocratica-919861766?ref=serp>> Acesso em: 5 de nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Ação de habeas-corpus n. 0006235-64 (2018.1.00.0000) DF 0006235-64 (2018.1.00.0000)**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1170666157/habeas-corpus-hc-165704-df-0006235-6420181000000/inteiro-teor-1170666160>> Acesso em: 19 de set. de

2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de instrumento n.º AI 2059483-92 (2021.8.26.0000). SP 2059483-92 (2021.8.26.0000).**

Relatora: Vito Guglielmi. São Paulo, 8 de Julho de 2021. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1244400390/agravo-de-instrumento-ai-20594839220218260000-sp-2059483-9220218260000/inteiro-teor-1244400458>> Acesso em: 19 de set. de 2021.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. (Org.). **Panorama do Acesso à Justiça no Brasil, 2004 a 2009.** Brasília: Cnj, 2011. Disponível em:

<<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/69f08fa6be2b411e6566b84bdc1d4b5a.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

BRETHERTON, Inge. The origins of attachment theory: John Bowlby and Mary Ainsworth.. *Developmental Psychology*, [s.l.], v. 28, n. 5, p.759-775, 1992. American Psychological Association (APA). Disponível em: <http://psychology.psy.sunysb.edu/attachment/online/inge_origins.pdf> Acesso em 21 de out. de 2021.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no Direito Família.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Disponível em: <https://www.academia.edu/15821790/Princípio_da_Afetividade_no_Direito_de_Família> Acesso em: 05 de nov de 2021.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; FROSI, Vitor Eduardo. O afeto como valor jurídico. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Anais Eletrônicos...** Fortaleza: Fundação Boiteux, 2009. p. 1545-1563. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3911.pdf>>. Acesso em: 5 de nov. 2020.

DALBEM, Juliana Xavier; DELL'AGLIO, Débora Dalbosco. Teoria do apego: bases conceituais e desenvolvimento dos modelos internos de funcionamento. **Arquivos Brasileiros de Psicologia**, Rio de Janeiro, v.57, n.1, p.12-24, jun. 2005. Disponível Em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-52672005000100003&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 05 de nov. de 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** Editora Juspodivm; 14. ed., 29 de dez. de 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria geral do afeto.** Salvador, BA: Juspodivm, 2020.

FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. **Direito Civil: Famílias e Sucessões.** 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2015

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GOMES, Adriana de Albuquerque. **A teoria do apego no contexto da produção científica contemporânea**. 2011. 285 f. Dissertação (mestrado) –Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências, 30 de mar. de 2011. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/97442>>. Acesso em 21 de out. de 2021.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito Civil**. Volume 7. Direito de Família. São Paulo: RT, 2008, p. 28.

HARIGAYA, Hugo Heiske. **Princípio da afetividade: as diversas aplicações da afetividade no núcleo familiar**. maio de 2019, Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>> Acesso em 05 de out. de 2021.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio da solidariedade familiar**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, p. 144-159, 2007.

_____. **Código Civil Comentado. Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial**. São Paulo: Atlas S.A., 2003, p. 43. v. XVI.

NAHAS, Luciana Faísca; ANTUNES, Ana Paula de Oliveira. Pandemia, fraternidade e família: a convivência e a importância da manutenção dos laços familiares. **Revista Pandemia, direito e fraternidade**: um mundo novo nascerá. Caruaru: Editora Asces, 2020. Disponível em: <<http://repositorio.asces.edu.br/handle/123456789/2619>>. Acesso em 19 out. 2021.

OLIVEIRA, Mirian Eugênio de; SIQUEIRA, Alessandra Cardoso; ZANDONADI, Antônio Carlos. A importância do afeto materno através do toque para o desenvolvimento saudável da criança. **Revista FAROL**, v. 3, n. 3, mar. de 2017, p.97-110. Disponível em: <<http://www.revistafarol.com.br/index.php/farol/article/view/46/71>>. Acesso em: 9 de nov. 2020.

ROSA, Conrado Paulino da. **Do visitar ao “com viver”**: um novo olhar ao tempo dos filhos com cada um de seus genitores após as dissoluções afetivas. In: VERONESE, J. R. P.; SILVA, R. L. D. A Criança e seus Direitos: entre violações e desafios [recurso eletrônico]. Porto Alegre, Editora Fi, 28 de set. de 2020. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1567/Pandemia,+fraternidade>> Acesso em: 19 out. 2021.

TARTUCE, Flávio. **O princípio da afetividade no Direito de Família: breves considerações**. Revista Jurídica Consulex. São Paulo, 2012.

CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE, INCOMUNICABILIDADE E IMPENHORABILIDADE NAS DOAÇÕES: REVOGAÇÃO POR VIA EXTRAJUDICIAL

Herbert Soares Pereira¹

Úrsula Bezerra da Silva Lira²

RESUMO

O presente artigo trata sobre as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incommunicabilidade, também conhecidas como cláusulas restritivas de domínio - mais especificamente - trata-se de um estudo sobre a possibilidade e a forma que deve ser feita a revogação das cláusulas impostas sobre bem imóvel através de doação. O método utilizado foi o método de abordagem dedutivo, em que foi possível concluir que as cláusulas podem ser instituídas através de doação pura ou doação modal e a revogação dessas cláusulas é possível através de instrumento semelhante ao que as instituiu, com a participação dos doadores e donatários, que devem expressar estar de acordo com a alteração daquele negócio.

Palavras-chave: Contrato. Escritura pública. Cláusulas restritivas. Doação. Revogação. Extrajudicial.

CLAUSE OF INALIENABILITY, INCOMMUNICABILITY AND UNENFORCEMENT IN DONATIONS: REVOCATION THROUGHOUT JUDGMENT

ABSTRACT

This article deals with the inalienability, unseizability and incommunicability clauses, also known as domain restrictive clauses, more specifically, it is a study on the

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: 2017a030010@unirn.edu.br.

² Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: ursula@unirn.edu.br.

possibility and the way in which the revocation of the clauses imposed on immovable property through Donation. The method used was the deductive approach method, where it was possible to conclude that the clauses can be established through pure donation or modal donation and the revocation of these clauses is possible through an instrument like the one that instituted them, with the participation of donors and grantees, who must express that they agree with the change in that business.

Keywords: Contract, Public Deed. Restrictive Clauses. Donation. Revocation. Extrajudicial.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata de pesquisa realizada sobre as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, também conhecidas como cláusulas restritivas de domínio - mais especificamente - trata-se de um estudo sobre a possibilidade e a forma que deve ser feita a revogação das cláusulas impostas sobre bem imóvel através de doação.

O objetivo geral da pesquisa é de estabelecer como deve ser feita a revogação das cláusulas, por instrumento notarial das cláusulas instituídas em doação. Os objetivos específicos são: apresentar a doação pura e a doação modal; entender quando é possível gravação de um bem imóvel com as cláusulas restritivas; comprovar a possibilidade de imposição de cláusulas restritivas, na doação modal; comprovar a possibilidade de revogação extrajudicial das cláusulas; definir a forma correta do ato para realização da revogação das cláusulas restritivas.

O método de abordagem - utilizado nesta pesquisa - foi o método dedutivo, então o estudo segue a seguinte ordem lógica: inicia-se pela abordagem do conceito de propriedade; seguido da apresentação do conceito de doação, assim como suas características, efeitos e a apresentação de três espécies de doação, em que será apresentada a doação modal, objeto de destaque dentro do presente estudo; serão então discutidas as cláusulas restritivas, os seus conceitos, seus efeitos e as formas de instituição; no capítulo final é abordada a revogação das cláusulas, e serão trazidas as discussões - dentro da doutrina - acerca da revogação e abordados os princípios e

regras do direito notarial e registral, com a finalidade de discutir como deve se dar essa revogação, no fôlio real.

O método de procedimento utilizado foi o comparativo, apresentando conceitos e teorias apresentados por diferentes doutrinadores do Direito Civil, como Maria Helena Diniz, Flávio Tartuce, Carlos Roberto Gonçalves, Cristiano de Chaves Farias, Silvio de Salvo Venosa, doutrinadores do Direito Notarial e Registral, como Ademar Fioranelli, Sérgio Jacomino, Vitor Frederico Kümpel, Luiz Guilherme Loureiro, Carlos Alberto Dabus Maluf, e outros mais, para compará-los e, juntamente das decisões de tribunais correlatas ao tema, revistas de Direito Imobiliário e outros materiais que ajudaram a compor essa pesquisa, para então buscar as respostas para as perguntas que deram origem a realização deste trabalho. É possível revogar cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade extrajudicialmente? Como proceder?

As técnicas de pesquisa utilizadas foram a pesquisa documental e bibliográfica e a análise de conteúdo. Foram utilizadas para a pesquisa doutrinas do Direito Civil, do Direito Notarial e Registral, artigos publicados em revistas especializadas, julgados acerca do tema, além da análise da legislação atual.

2 A PROPRIEDADE

Antes de entender as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, é preciso entender o instituto em que elas afetam a propriedade. A propriedade recai sobre coisas corpóreas ou incorpóreas. Quando recai - exclusivamente

- sobre as coisas corpóreas a propriedade é denominada de domínio, sendo assim o domínio é uma das espécies do gênero propriedade. (GONÇALVES, 2013, v.5, p. 229). O Código Civil, em seu artigo 1.228, traz: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha” (BRASIL, 2002).

Farias e Rosenvald (2011, p. 178) definem a propriedade como “um direito complexo, que se instrumentaliza pelo domínio, possibilitando ao seu titular o exercício de um feixe de atributos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar coisa que lhe serve de objeto”.

As faculdades do proprietário também podem ser chamadas de poderes elementares do proprietário. Quando uma só pessoa for titular de todos esses elementos constitutivos, essa terá a propriedade plena sobre a coisa. Entretanto, se ocorrer o desmembramento desse direito, passando um ou alguns desses poderes a ser exercido por uma outra, diz-se que a propriedade é limitada (GONÇALVES, v. 5, 2013, p. 230).

A faculdade de dispor do proprietário é muito bem explicada por Venosa (2014):

A faculdade de dispor envolve o poder de consumir o bem, alterar-lhe sua substância, aliená-lo ou gravá-lo. É o poder mais abrangente, pois quem pode dispor da coisa dela também pode usar e gozar. Tal faculdade caracteriza efetivamente o direito de propriedade, pois o poder de usar e gozar pode ser atribuído a quem não seja proprietário. O poder de dispor somente o proprietário o possui. A expressão *abutendi* do Direito Romano não pode ser simplesmente entendida como abusar da coisa, que dá ideia de poder ilimitado, ideia não verdadeira mesmo no direito antigo. *Abutendi* não possui o sentido nem de abusar nem de destruir, mas de consumir. Daí porque o termo utilizado na lei, disposição, é mais adequado. Não se distancia, contudo, do sentido de destruição da coisa quando o proprietário a aliena, pois o bem desaparece de seu patrimônio (VENOSA, 2014, v. 5, pp. 174-175).

A transmissão da propriedade imobiliária, adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, seguiu o modelo alemão, fundada no registro de imóveis. A diferença está na presunção de propriedade que o registro gera, sendo no Direito alemão a presunção absoluta e no Direito brasileiro, devido às nossas deficiências estruturais, a presunção é relativa, podendo o registro ser alterado por outro registro ou por decisão judicial (VENOSA, 2014, v. 5, pp. 180-184).

Diniz (2014) destaca quatro caracteres da propriedade, são eles: o caráter absoluto; o caráter exclusivo; o caráter perpétuo e o caráter elástico. O caráter absoluto da propriedade está ligado à sua oponibilidade *erga omnes*, podendo o proprietário usufruir da coisa como bem entender, desde que respeitados os limites legais e a coexistência com a propriedade alheia.

O caráter exclusivo da propriedade consiste na indivisibilidade da propriedade, o bem pode ser dividido em frações ideais e pertencer - em condomínio - a mais de um proprietário, mas a propriedade é indivisível, não se pode existir, simultaneamente, dois proprietários sobre uma mesma coisa, seja essa coisa uma fração ideal ou a totalidade do bem.

O caráter perpétuo da propriedade diz respeito à sua subsistência, independente do seu uso. A propriedade não se extingue pelo não uso, com exceção de extinção por dispositivo legal.

O último caráter apontado por Orlando Gomes (1978 *apud* DINIZ, 2014, v. 4, p.137), o caráter da elasticidade, pois ao domínio podem ser adicionados ou subtraídos poderes descartáveis.

Embora a propriedade tenha esse caráter absoluto, no direito moderno, o direito coletivo - muitas vezes - tem supremacia aos direitos individuais, isso é observado no artigo 5º da Constituição Federal, no inciso XXII³ que garante o direito de propriedade, com ressalva logo em seguida: “a propriedade atenderá a sua função social”. Tem-se então restrições ao caráter absoluto da propriedade para que ela cumpra a sua função social, existindo também, obviamente, limitações da propriedade, baseadas no interesse privado para garantir a coexistência harmônica em sociedade.

A função social da propriedade diz respeito – principalmente - à sua finalidade econômica, a busca pela justiça social e a preservação ecológica e do patrimônio histórico e cultural. É em razão do cumprimento dessa função social que o proprietário tem o seu direito de propriedade limitado, podendo até ser tolhido pelo Estado, a fim de cumprir essa função, em benefício ao coletivo.

3 A DOAÇÃO

A doação é disciplinada, no Código Civil brasileiro, como uma das formas de contrato, tendo sido colocado pelo legislador dentro do Título VI: Das várias espécies de contrato, definido assim no art. 538: “Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra” (BRASIL, 2002).

Essa classificação - quanto à sua natureza jurídica - pode variar se comparado com outras legislações do mundo, a exemplo do Código Civil francês, em que a doação é posta ao lado do testamento como sendo um ato de liberalidade. Sendo assim, existe uma dualidade quanto à sua natureza, seria a doação um ato de liberalidade ou

³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXIII - a propriedade atenderá a sua função social” (Brasil, 1988).

uma espécie de contrato? E sendo um contrato seria esse real ou consensual?

Para a primeira pergunta a resposta é simples, no Código Civil brasileiro, a doação é um contrato, ainda que tenha caráter de liberalidade. Para a segunda pergunta, a resposta não é simples é uma questão que traz discussão na doutrina, desde a vigência do Código de 1916 até hoje, sendo inclusive esse tema abordado em artigo publicado pelo Dr. Sergio Tuthill Stanicia (2018), que cita inclusive Pontes de Miranda que acredita que o nosso direito permite as duas espécies. Carlos Roberto Gonçalves (2012) conceitua a doação:

A doação é contrato, em regra, gratuito, unilateral e formal ou solene. Gratuito, porque constitui uma liberalidade, não sendo imposto qualquer ônus ou encargo ao beneficiário. Será, no entanto, oneroso, se houver tal imposição. Unilateral, porque cria obrigação para somente uma das partes. Contudo, será bilateral, quando modal ou com encargo. Formal, porque se aperfeiçoa com o acordo das vontades entre doador e donatário e a observância da forma escrita, independentemente da entrega da coisa. Mas a doação manual (de bens móveis de pequeno valor) é de natureza real, porque o seu aperfeiçoamento depende incontinenti da tradição destes (GONÇALVES, 2012, v. 3, p. 281).

Diniz (2014, v. 3, pp. 251-257) elenca quatro elementos fundamentais que caracterizam as doações, são eles: a contratualidade, que, como explicado anteriormente, se dá pelo fato do nosso ordenamento jurídico ter sido considerado um contrato, o que requer a intervenção das duas partes contratantes, cujas vontades estão de acordo para que ocorra o ato de liberalidade.

Outra característica do contrato de doação é que esse é um contrato unilateral, pois, apesar de necessitar da declaração de vontade de ambas as partes, esse contrato só gera obrigações apenas para o doador, e é um contrato formal, porque exige escritura pública ou instrumento particular, somente sendo aceita a doação verbal para bens móveis de pequeno valor, como exposto no conceito trazido por Gonçalves (2012).

O *animus donandi* é a vontade do doador de fazer uma liberalidade. É o chamado espírito de liberalidade do doador de dispor de um bem ou vantagem sua, proporcionando ao donatário vantagem à custa de seu patrimônio, sem que se sinta coagido ou no cumprimento de uma obrigação ao realizar tal ato.

Para que haja a transferência de bens ou direitos do patrimônio do doador para o donatário é necessário que haja o enriquecimento do donatário, em detrimento

do empobrecimento do doador, pois existe ali o ato de uma alienação.

A aceitação do donatário é o último elemento elencado pela doutrinadora para que esteja caracterizada a doação. A aceitação nada mais é que o seu consentimento para a liberalidade do doador. Vale ressaltar que o nosso Código Civil permite a aceitação tácita por parte do donatário:

Art. 539. O doador pode fixar prazo ao donatário, para declarar se aceita ou não a liberalidade. Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça, dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo (BRASIL, 2002).

As doações podem variar quanto à natureza de sua obrigação, podendo se tratar de contrato unilaterais gratuitos ou onerosos. No caso das doações puras e simples, temos contratos unilaterais e gratuitos, já nas doações com encargo ou condicionais, temos contratos unilaterais e onerosos.

Não se deve confundir bilateral com a existência de duas manifestações de vontade, a unilateralidade ou bilateralidade diz respeito às obrigações geradas por aquele negócio, caso a obrigação seja somente de uma das partes esse é um contrato unilateral. O encargo não tem o peso de uma contraprestação, por isso a doação, mesmo que com um encargo, continua a ser um contrato unilateral.

Quanto à forma das doações, pode-se classificá-las como solenes ou não solenes, consensuais ou reais. As solenes, ou formais, são aquelas que exigem uma forma especial ou por uma solenidade, na sua celebração, para que o negócio jurídico tenha validade. As doações - em geral - são contratos reais, na medida que exigem a tradição para a sua concretização, mas as doações de bens móveis de pequeno valor podem ser contratos consensuais, concretizados com a simples declaração de vontade das partes.

Nas doações de bens imóveis que excedem o valor de trinta salários mínimos - em que se faz necessária a feitura de escritura pública para expressar a vontade das partes⁴, ou formal e não solene, para doações de imóveis cujo valor é menor ou igual a trinta salários mínimos ou bens móveis, que pode ser formalizadas através de contrato particular escrito, com a possibilidade ainda a dispensa da forma

⁴ “Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário-mínimo vigente no País.” (Brasil, 2002).

escrita, no caso da denominada doação manual - conforme o art. 541, parágrafo único, do Código Civil, que permite a celebração verbal do negócio seguido da tradição do bem móvel de pequeno valor. (TARTUCE, 2018, pp. 804-807).

Existem várias espécies de doação, para a presente pesquisa destacam-se três delas, que são: a doação pura, a doação condicionada e a doação com encargo. A doação pura é aquela que se trata somente de ato de liberalidade, sem caráter remuneratório; a doação condicionada é aquela que é estabelecida uma condição para que produza efeitos, essa condição pode ser suspensiva ou resolutiva; a doação com encargo, gera ao donatário uma obrigação (também chamada de *modus*), um ônus que pode ser em favor do doador, de terceiro ou no interesse geral (LOUREIRO, 2019, pp. 854-855).

Existe um exemplo muito discutido na doutrina de doação com encargo, a doação modal, ou doação de numerário acoplada à compra e venda de imóvel. Nesse caso, um único instrumento, que contemplará dois atos que acontecem de forma simultânea e nesse caso, inseparáveis, em que figuraram a parte outorgante, a parte outorgada e o interveniente pagador.

Para o melhor entendimento do caso, pode-se utilizar do artifício semelhante ao utilizado por Jacomino (2000), em seus estudos, identificando os seguintes momentos: a) doação do valor pecuniário; b) imposição de encargo de adquirir determinado bem imóvel; e, c) aquisição do bem imóvel. O que se discute sobre esse tipo de contrato é a possibilidade de imposição de cláusulas através dessa doação.

4 AS CLÁUSULAS RESTRITIVAS DE DOMÍNIO

As cláusulas de inalienabilidade, a impenhorabilidade e a incomunicabilidade são cláusulas impostas - através de ato de liberalidade - que restringem, ou limitam, o direito de propriedade sobre determinada coisa, essas três cláusulas impedem que o proprietário do bem faça uso da sua faculdade de dispor do bem como queira. As cláusulas restritivas, embora sejam mal interpretadas hoje, vistas somente como um ônus ao seu proprietário, elas nasceram como uma ferramenta de proteção patrimonial, para resguardar o patrimônio familiar por gerações e garantir a subsistência dos descendentes.

Segundo conceitos trazidos por Pedroso e Lamanauskas (2015, pp. 260-261),

a inalienabilidade torna o bem indisponível para alienação, mas não atinge as faculdades de uso e gozo; a impenhorabilidade impede o bem de ser gravado para garantir dívidas de seu proprietário, o que não significa que o imóvel fique imune à execução de dívidas fiscais, da cobrança de condomínio ou fiança; a incomunicabilidade impede a comunicabilidade do bem com o cônjuge, alterando os efeitos do regime de bens.

A principal dessas cláusulas, a cláusula de inalienabilidade tem sua origem no Direito Romano, como apontado por Maluf (2018, pp. 17-33), em que são citadas a *Lei Julia de fundo dotali*, que resguardava o imóvel dotal de ser alienado pelo marido, sem a anuência de sua esposa, e em outras legislações ao longo da história de Roma, com objetivo de resguardar o bem de família.

No Direito brasileiro, um marco importante foi a Lei Feliciano Pena (Decreto nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907) que criou a possibilidade, até então inexistente, de instituição testamentária de inalienabilidade, temporária ou vitalícia, de um bem deixado pelo testador. A Lei Feliciano Pena foi responsável pela inclusão do artigo 1.676 no Código Civil de 1916 e por consequência, o artigo 1.848 do atual Código Civil de 2002.

Maluf (2018, pp. 39-45) traz ainda, a natureza jurídica, as espécies e os efeitos da cláusula de inalienabilidade. Apresenta três teorias da sua natureza jurídica, são elas as teorias: a) da incapacidade do proprietário; b) da obrigação de não fazer; c) da indisponibilidade real da coisa.

A primeira teoria tenta explicar que a inalienabilidade, diferente da indisponibilidade, não se vincula ao bem e sim à pessoa, sendo assim, o bem pode ser alienado, mas seu proprietário não pode fazê-lo por impedimento legal. A segunda coloca a inalienabilidade dentro do rol das obrigações de não fazer, sendo assim a cláusula teria natureza obrigacional. O autor cita que Pontes de Miranda é grande crítico dessa teoria, colocando as cláusulas como determinações incidentes sobre os bens e não obrigações. A terceira teoria é a adotada pelo Código Civil de 2002, e segundo o autor:

De acordo com ela, a cláusula grava o bem de genuíno ônus real. Adere por conseguinte, à coisa, permitindo que se considere nula sua alienação a qualquer título, por desvio de destinação, tal como ocorre em outras situações nas quais também se manifesta. Entretanto não se trata de ônus

real no sentido de direito real na coisa alheia (*iure in re aliena*), transferido, ou retido por terceiro, mas de um corte, de um aniquilamento do direito de dispor (*jus abutendi*) (GOMES, 1973, p. 197 *apud* MALUF, 2018, p. 43).

As espécies estão ligadas à sua extensão, sendo absolutas ou relativas, ou à sua duração, sendo vitalícias ou temporárias. Absolutas quando proíbem a alienação de um, alguns ou todos os bens a quem quer que seja. Relativas, quando permitem a alienação a determinadas pessoas ou restritivas somente a certos bens. Vitalícias, quando tem duração por toda a vida do beneficiário, não sendo permitida a inalienabilidade perpétua e por isso não se transmite pelo direito hereditário. Temporárias, quando as restrições desaparecem com o advento do termo ou com o cumprimento de condição.

Os efeitos da inalienabilidade são o impedimento do proprietário de praticar qualquer ato de disposição do bem, seja por venda, doação ou permuta, além de implicar na impenhorabilidade e incomunicabilidade do bem.

A cláusula de impenhorabilidade consiste no impedimento de utilização do bem como garantia de dívidas contraídas pelo proprietário. Essa cláusula atinge – principalmente – os credores do proprietário do bem gravado com a impenhorabilidade e existem em duas espécies, em relação à sua duração, temporária ou vitalícia. A primeira espécie impede que os credores penhorem o bem clausulado, somente durante a sua vigência; já a segunda impede a penhora em vida ou após a morte do devedor. A impenhorabilidade não impede a alienação dos bens, sendo extinta a cláusula através da transmissão de sua propriedade.

A cláusula de incomunicabilidade impede que o bem com ela gravado integre o patrimônio comum de seu proprietário e seu cônjuge. Essa cláusula protege o bem, durante a sua vigência (temporária ou vitalícia), impedindo que em caso de inventário ou na partilha de bens, esse bem seja arrolado junto aos bens comuns do casal. Vale salientar que assim como as outras cláusulas, a incomunicabilidade não tem vigência maior do que a vida do proprietário do bem, estando o direito hereditário do cônjuge resguardado.

Quanto à essa vigência das cláusulas, é interessante citar jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp 1.641.549-RJ/2019, de relatoria do Ministro Antônio Carlos Ferreira, com seguinte destaque: “As cláusulas de

inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade não tornam nulo o testamento, que dispõe sobre transmissão causa mortis do bem gravado” (BRASIL, 2019).

No Código Civil de 2002, as cláusulas só estão presentes em dois artigos, o artigo 1.848⁵ que versa sobre a necessidade da justa causa para instituição de cláusulas sobre bens imóveis da legítima e, o artigo 1.911⁶ que versa sobre a imposição da cláusula de inalienabilidade implica também as cláusulas de impenhorabilidade e de incomunicabilidade. O STJ, interpretou o artigo 1.911, no julgamento de REsp 1.155.547-MG/2018, de relatoria do Ministro Marco Buzzi, com seguinte destaque:

A melhor interpretação do *caput* do art. 1.911 do Código Civil de 2002 é aquela que conduz ao entendimento de que: a) há possibilidade de imposição autônoma das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, a critério do doador/instituidor; b) uma vez aposto o gravame da inalienabilidade, pressupõe-se, *ex vi lege*, automaticamente, a impenhorabilidade e a incomunicabilidade; c) a inserção exclusiva da proibição de não penhorar e/ou não comunicar não gera a presunção da inalienabilidade; d) a instituição autônoma da impenhorabilidade não pressupõe a incomunicabilidade e vice-versa. (BRASIL, 2018).

Quando o artigo 1.911 traz a expressão “ato de liberalidade” está se referindo à doação ou ao testamento. O conceito de liberalidade é muito bem definido em tradução livre de legislação francesa trazida por Stanicia (2018, p. 107): “A liberalidade é o ato através do qual uma pessoa dispõe a título gratuito do todo ou de parte de seus bens ou de seus direitos em benefício de outra pessoa. Não se pode fazer liberalidade a não ser por doação entre vivos ou testamento”.

Quanto à justa causa exigida no artigo 1.848, existe uma discussão doutrinária sobre a extensão dessa necessidade para as doações que configuram adiantamento de legítima. Atualmente, a posição majoritária é que no adiantamento de legítima é necessária a justa causa, com base até em decisão da magistrada Dra. Tânia Mara Ahualli, de procedimento administrativo de dúvida registral da 1ª Vara de Registros Públicos de São Paulo do processo nº 583.00.2005.209086-6, onde foi decidido que:

Embora a lei permita a estipulação de cláusulas de inalienabilidade,

⁵ “Art. 1.848. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima.” (BRASIL, 2002).

⁶ “Art. 1.911. A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade”. (BRASIL, 2002).

incomunicabilidade e impenhorabilidade nos contratos de doação, há necessidade de se declinar o motivo da restrição ao direito de propriedade sobre bens que constituam adiantamento de legítima (SÃO PAULO, 2006).

Embora a instituição de cláusulas restritivas só seja possível em um ato de liberalidade, pode-se também haver a instituição das cláusulas em um contrato de compra e venda, quando nesse instrumento existe também uma doação em dinheiro acoplada, é chamada doação modal, citada anteriormente.

Essa possibilidade de imposição das cláusulas na doação modal, embora já pacífica na doutrina, foi objeto de várias discussões doutrinárias no passado. Destacam-se dois grandes exemplos de doutrinadores que possuem opinião diversa acerca do assunto, entendendo Ademar Fioranelli perfeitamente possível a imposição de cláusulas nesse caso e Sérgio Jacomino apresentando argumentos contrários a essa possibilidade.

Fioranelli (2009, pp. 35-38) defende a possibilidade de a imposição pelo fato de o título instrumentalizar em um único ato, duplo negócio jurídico: a compra e venda e a doação do numerário, está acompanhada da imposição do ônus incidente sobre o bem.

O autor cita o exemplo de uma escritura na qual um casal doa determinada quantia - em dinheiro - destinada à compra do imóvel e, para possibilitar a aquisição em nome do filho impõem ao imóvel os vínculos de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, podendo constituir ali usufruto, em favor desses intervenientes pagadores. Esse é um exemplo de doação modal para o autor, e por se tratar de uma doação, mesmo que vinculada a uma compra e venda, entende ser perfeitamente possível a imposição de cláusulas, desde que os negócios sejam realizados simultaneamente.

A doação modal trazida pelo autor, é impossível dissociar os dois negócios, não sendo possível sequer separá-los como negócio jurídico principal e negócio jurídico acessório, visto que um negócio não aconteceria sem a existência do outro. A venda e compra só aconteceria com a doação do dinheiro para fazê-la, assim como, a doação do dinheiro só seria feita com a possibilidade de compra do imóvel.

Por fim, o doutrinador cita os acórdãos proferidos na Apelações Cíveis 78.532-0/3, São José do Rio Preto – Des. Luiz de Macedo; 440-6/0, Sorocaba – Des. José Mário Antonio Cardinale; 569-6/8, 570-6/2, 571-6/7 e 577-6/4, todos de

Mirandópolis

– Des. Gilberto Passos de Freitas; em que diz conter toda a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema até então, sendo possível visualizar através desses os seguintes fatores que fundamentam a possibilidade do ato:

- a) O título instrumenta negócio jurídico de doação de dinheiro para aquisição de imóvel, com imposição de cláusulas restritivas incidentes sobre o imóvel, compatível com o sistema jurídico pátrio, espelhando a real vontade dos contratantes, inexistindo qualquer vedação expressa na legislação que impeça a realização de tais ajustes e o consequente acesso ao Registro Imobiliário.
- b) Atende o interesse do usuário que, ao adotar solução já admitida pela jurisprudência, deixa de arcar com gastos desnecessários, se obrigado fosse a praticar dois atos: o da aquisição do bem pelo doador do numerário e o da subsequente doação, rigorismo formal extremado e desnecessário.
- c) A origem da imposição do ônus repousa não na compra e venda pelo donatário com o dinheiro recebido pela doação, mas sim nesta, o que legitima as restrições impostas, apesar de não ser o doador o transmitente do bem onerado com as cláusulas ou mesmo o usufruto constituído em favor do doador (FIORANELLI, 2009, pp. 35-38).

Sérgio Jacomino, em estudo publicado no sítio eletrônico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (IRIB), refuta Ademar Fioranelli e argumenta em sentido contrário. Conta que como registrador de imóveis, deparou-se com caso análogo ao exemplo citado por Fioranelli (2009), situação em que recusou o registro de um título lavrado nas mesmas condições.

O primeiro argumento apresentado por ele é de que o exemplo elencado por Fioranelli não se trata de uma doação modal, uma vez que para se ter uma doação modal é necessária a presença de dois elementos: o ato de liberalidade e o encargo. Diz então, que as cláusulas restritivas não constituem condição ou *modus*, mas sim limitação de poder, citando inclusive Pontes de Miranda: “não se deve confundir *encargo* com *limitação de poder*”, citando também Agostinho Alvim: “tais cláusulas não se consideram encargos, pois não são impostas em benefício do doador, nem de terceiro, nem da coletividade, sendo estas as três hipóteses da lei” (BRASIL, 2002).

O que o autor argumenta é que a doação com a imposição de cláusulas não se trata de uma doação com encargo, ou doação modal, e sim uma doação pura, pois a cláusula de inalienabilidade e as outras limitações embora possam ser consideradas ônus reais, não tem natureza de obrigação e não podem ser consideradas um encargo, por não encerrar qualquer obrigação.

Jacomino (2000) não nega que a possibilidade de existência da compra e

venda cumulada com a doação de numerário, o que ele argumenta é que a imposição das cláusulas seria um elemento dissociativo do complexo que envolve a doação modal e por isso não poderia integrar esse complexo.

Utilizando então o exemplo trazido por Jacomino e anteriormente mencionado: “a) doação do numerário; b) imposição de encargo (adquirir determinado bem imóvel); c) aquisição do bem imóvel e d) imposição das cláusulas”, que utiliza para argumentar que se possível a doação modal, considerando que a determinação de adquirir determinado bem seria o *modus*, ainda assim não seria possível a imposição das cláusulas, vez que cogitando-se de manifestação de vontade do beneficiário no adimplemento do encargo, a imposição de cláusulas seria nula, não sendo possível tornar inalienável o bem pelo próprio titular de domínio.

Por fim, em seu estudo apresenta a jurisprudência acerca do assunto, que reconhece não ser pacífica, mas dá ênfase à orientação do Conselho Superior de Magistratura de São Paulo no AgPt 227.817, em que foi relator o Des. José Carlos Ferreira de Oliveira:

O que, antes de tudo, cumpre indagar é se a escritura de fls., nos termos em que se acha concebida, facultava a cláusula de inalienabilidade que ali figura. O que se permite concluir da leitura do texto do instrumento aludido, é que o imóvel foi diretamente vendido às outorgadas. Assim sendo, não houve doação do imóvel, mas do dinheiro necessário à sua aquisição. Para que houvesse doação do imóvel, mister se fazia que este pertencesse aos doadores ou que estes tivessem feito um contrato de compra e venda em favor das donatárias. Mas tal não se deu, conforme se verifica claramente da escritura de compra e venda. Uma comissão nela interveio para entregar o preço ao comprador, enquanto que o contrato de compra e venda se estabeleceu diretamente entre as demais partes. Consequentemente, não tendo sido o objeto da doação o imóvel e sim o dinheiro, o dinheiro necessário à sua aquisição, a conclusão lógica é que nenhuma cláusula de inalienabilidade, nenhum ônus podia recair sobre o dito imóvel como efeito de uma doação que sobre ele não versou, de vez que, como bem ensinam *Aubry et Rau*: ‘*la defense d’aliener ne pourrait pas avoir pour objet d’autres biens que les biens donnés*’ (*Aubry et Rau, Cours de droit civil français, XI, not. 32 bis, § 692, p. 191, 5a ed. 1919*) (LOPES, 1950, Vol. III, p. 396 *apud* JACOMINO, 2000).

Outro autor que se dispõe a discutir a problemática da doação modal de numerário acoplada à compra e venda de imóvel é Luiz Guilherme Loureiro. A sua abordagem é um pouco mais didática, não sendo possível identificar a sua opinião acerca do tema. O autor apresentou opiniões de autores como as expostas anteriormente e a análise jurisprudencial, sendo válido destacar sua interpretação

acerca da jurisprudência:

A jurisprudência do CSM/SP também é dividida. A posição mais recente é no sentido de admissibilidade de tal negócio jurídico ao fôlio real, por não implicar em violação à ordem pública ou fraude à norma imperativa, e por estar de acordo com o princípio da liberdade contratual. Para que possa ser registrada, entretanto, deve ser recolhido o ITCMD sobre o valor do numerário doado, matéria afeta à qualificação registral. (LOUREIRO, 2019, p.865).

Percebe-se então que, embora exista o forte argumento de que o doador não chegou a ter o domínio do bem para ter legitimidade de gravá-lo, com as cláusulas no ato de liberalidade, os tribunais entenderam que é admissível esse tipo de negócio, já que não constitui fraude ou violação à ordem pública, visto que nesses casos são recolhidos o ITCMD (Imposto sobre Transmissão Causa-Mortis e Doação) e o ITIV, também chamado de ITBI (Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis).

Outro argumento favorável à possibilidade da doação modal é o princípio da economia, que consiste no dever do notário de buscar a opção mais econômica (no sentido pecuniário, tributário e até de temporalidade) para as partes, desde a escolha do ato a ser realizado, conforme as necessidades e condições das partes (Kümpel, 2017, v. 3, p. 203.), e vendo por esse ângulo, um único ato contendo esses dois negócios jurídicos é menos oneroso às partes do que dois atos feitos separadamente.

Outro aspecto importante, acerca das cláusulas, é o momento em que deve haver a imposição. Para Fioranelli (2009, p. 29) o momento para essa imposição é no próprio ato de liberalidade e nunca posteriormente. Cita o autor, Processo de Dúvida 1.273/83, da 1ª Vara de Registros Públicos de São Paulo, em que o curador, Dr. José Celso de Melo Filho se manifestou no seguinte sentido: “[...] se a escritura já foi registrada, nem a (re)ratificação do título seria hábil ao fim desejado. É que apenas o proprietário pode clausulá-lo.

Se a requerente deixou de ser proprietária, falta-lhe legitimidade para, validamente, instituir vínculos”. Citando do mesmo processo, um destaque da sentença, proferida em 22.11.1983, pelo juiz Dr. Narciso Orlandi Neto:

Acolher o pedido de averbação dignificaria impor, administrativamente – que administrativa é esta via –, as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade a bens de terceiros. Ora, se nem o juiz, em função jurisdicional, pode clausular o bem imóvel, faculdade atribuída unicamente ao proprietário, a suscitante não pode pretender a

mesma medida administrativamente.

Ademais como bem lembrou o Dr. Curador, a suscitante não pode clausular o imóvel, porque já transmitiu o domínio a seus filhos, registrada a doação (BRASIL, 1983).

Fica evidente a impossibilidade do doador, em momento posterior ao ato de liberalidade, pretender gravar o imóvel com as cláusulas restritivas, de vez que àquele negócio já se formalizou na forma de uma doação simples. A condição de imposição de encargo para a realização da liberalidade alteraria a substância do acordo formalizado entre as partes, que já se tornou um negócio jurídico perfeito sem a necessidade do donatário de concordar com a existência do *modus* para a sua realização.

5 A REVOGAÇÃO DAS CLÁUSULAS RESTRITIVAS

Antes de apresentar a revogação das cláusulas, deve-se deixar claro que a presente pesquisa não busca estudar todas as espécies de cancelamento das cláusulas, o objetivo dessa pesquisa é o estudo da revogação, quando vivos doador e donatário. Dito isso, serão apresentadas as outras espécies de cancelamento das cláusulas, mas sem um maior aprofundamento da matéria.

As cláusulas restritivas podem ser canceladas por via judicial ou extrajudicial por declaração de invalidade, sub-rogação, extinção ou revogação (MALUF, 2018, p. 84). Segundo Toni Bazzarelli Borges:

A extinção das cláusulas por medida judicial poderá decorrer do pedido de cancelamento ou de sua sub-rogação, [...], devendo o beneficiário do bem, quando o pedido de cancelamento, demonstrar entre outros motivos, que tais cláusulas não respeitam sua justificativa e ainda por vedar-lhe a utilização do bem (BORGES, 2012, v. 73, p. 267).

Quando Borges (2012) se refere ao pedido de cancelamento das cláusulas, este equivale à chamada declaração de invalidade citada por Maluf (2018), em que deve ser demonstrado que as cláusulas não cumprem mais a sua finalidade, tendo se tornado em maior parte um ônus do que um instrumento de proteção do bem. Então, o cancelamento judicial das cláusulas se dará sempre que o doador, ou um dos doadores, que instituiu as cláusulas, já é falecido e não for possível fazê-lo extrajudicialmente, seja por declaração de invalidade ou por sub-rogação das restrições a outro bem imóvel.

No extrajudicial, temos a possibilidade de cancelamento por extinção ou revogação. A extinção das cláusulas é possível em duas situações, quando se trata de cláusulas vitalícias, extinguem-se, em regra, com a morte do beneficiário, e, quando se trata de cláusulas temporárias, essas serão extintas com o advento do termo estabelecido ou da concretização de algum evento a que eram condicionadas as cláusulas. Nesse caso de extinção, o cancelamento se dará mediante requerimento do interessado, instruído com documento hábil, nos termos do artigo 250, III, da Lei 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos) (FIORANELLI, 2009, p. 79).

A revogação das cláusulas, também chamada de renúncia, consiste no levantamento das cláusulas por seus instituidores. Essa é a grande questão a ser estudada nessa pesquisa, pois há uma discussão doutrinária acerca desse tema.

O primeiro aspecto da discussão, é a própria possibilidade de revogação das cláusulas por seus instituidores, tendo uma corrente que defende que, após instituídas as cláusulas, só é possível esse cancelamento através de via judicial ou pelo falecimento do beneficiário.

O argumento utilizado para justificar esse entendimento é que o não teria o doador legitimidade para revogar a inalienabilidade, impenhorabilidade ou incomunicabilidade incidentes sobre um bem, já que esse não é mais o proprietário e por isso não tem mais domínio da coisa, não lhe cabendo mais as faculdades do proprietário, inclusive para extinguir o encargo.

Maluf (2018) traz o exemplo de Morato (1943, pp. 428-429 *apud* MALUF, 2018, p. 78) que tinha esse entendimento, e, que discordou – veementemente - do acórdão do TJSP em que os julgadores entenderam que as partes poderiam modificar qualquer cláusula do contrato, através das suas vontades, salvo em prejuízo de terceiros, de tal forma que, na doação, seria lícito às partes suprimir cláusulas.

No sentido contrário, o autor cita também A. de Moraes (Maluf, 2018, p. 79 *apud* Moraes, RT, v. 52. p. 344-345), que argumentava que a doação, assim como os outros contratos, revoga-se pelo mútuo dissenso. De modo que, se é possível revogar a doação como um todo, as partes poderão também modificar os termos daquele contrato. Moraes frisa ainda que o doador não pode modificar a doação contra a vontade do donatário, uma vez que isso feriria o contrato perfeito e acabado, o que não ocorreria caso as duas partes estivessem de acordo com a alteração contratual. Maluf (2018, p. 81) conclui seu raciocínio com a seguinte parágrafo:

Portanto, consoante a melhor doutrina e a jurisprudência pacífica de nossos tribunais, entendemos ser plenamente viável e perfeitamente válida a revogação, desde que haja expresse consentimento das partes, ou seja, doador e donatário.

Outra situação exposta por Fioranelli (2009, pp. 61-68) e interessante ser apresentada, é quando a cláusula foi instituída através de doação por um casal e um dos doadores já é falecido. O autor aponta duas situações diferentes, na primeira as cláusulas instituídas são vitalícias, e nesse caso o cônjuge sobrevivente somente pode responder por sua “parte ideal” do imóvel, não tendo legitimidade para decidir sobre a revogação da parte do falecido. A segunda situação é a das cláusulas temporárias, subordinadas ao falecimento dos doadores, quando falecido um deles, é possível a revogação pelo cônjuge sobrevivente, uma vez que o termo final do vínculo - da parte do doador falecido - já foi atingido.

Superada a questão da possibilidade de revogação por via extrajudicial, é necessário entender como deve ser dada a revogação. Para isso, faz-se necessário entender um pouco do direito notarial e registral.

Kümpel e Ferrari (2017, v. 3, p. 137), trazem o seguinte conceito de Direito Notarial:

O Direito Notarial é o conjunto de princípios e normas que direcionam o serviço exclusivo do tabelião de notas na captação e trasladação da vontade das partes, dotada de conteúdo ao qual se conferirá autenticidade por meio de formalização jurídica.

Então, pode-se definir o tabelião de notas como um escrivão dotado de saber jurídico, competência legal e fé pública, cuja principal função é traduzir a vontade das partes, através de um documento público, dando às partes a devida orientação jurídica e adequando o negócio ali realizado às normas vigentes, no ordenamento jurídico brasileiro.

Os notários e registradores estão sujeitos à legislação própria, podendo destacar a Lei nº 6.015/1973, que regula praticamente todos os aspectos dos registros públicos, a Lei nº 7.433/1985, que traz os requisitos para a lavratura de escrituras públicas e, a Lei nº 8.935/1994, que regula a atividade dos cartórios num aspecto mais prático do serviço. Além das Leis citadas, os notários e registradores são regulados também - se não, principalmente - por normas do Poder Judiciário, os provimentos

estaduais expedidos pelos Tribunais de Justiça de cada estado, tendo cada estado o seu próprio Código de Normas, que vai regular a atividade extrajudicial daquele estado da Federação, com normas próprias que podem divergir de estado para estado, e também os provimentos expedidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que regulam a atividade dos cartórios nacionalmente.

Se faz necessária também a citação de alguns princípios, típicos e atípicos, que regem a atividade notarial e têm relevância para o tema aqui abordado, são eles: o princípio da tecnicidade (Kümpel; Ferrari, 2017, v. 3, pp. 200-201) é o princípio presente no artigo 6º, inciso II, da Lei nº 8.935/1994⁷, que consiste no dever do tabelião de, ao formalizar a vontade das partes, adequá-la as normas vigentes e redigindo os documentos adequados, Rodrigues e Ferreira (2013, p. 54) dizem: “A forma é um anteparo da segurança e, muitas vezes, não se concebe conteúdo sem forma. Na forma, os direitos adquirem solidez”; o princípio da obrigatoriedade (*Ibid*, p. 47) (*pacta sunt servanta*), que garante o cumprimento dos negócios jurídicos entre as partes e, por consequência, proíbe a retratação pura e simples de uma das partes ou a revogação unilateral das obrigações contraídas nas cláusulas estipuladas; o princípio do consentimento (*Ibid*, p. 56) consiste na necessidade, para validade do ato notarial, da compreensão e concordância expressa das partes com os termos redigidos pelo tabelião na lavratura do instrumento público; o princípio da forma diz respeito à necessidade da utilização da forma correta exigida para cada ato praticado pelo tabelião; e, por fim, o princípio da economia (KÜMPEL; FERRARI, v.3, 2017, p. 203), já mencionado anteriormente, que consiste no dever do notário de buscar a opção mais econômica (no sentido pecuniário, tributário e até de temporalidade) para as partes, desde a escolha do ato a ser realizado, conforme as necessidades e condições das partes.

A Lei 6.015/1973, mais conhecida como a Lei dos Registros Públicos, traz em seu artigo 250, como se dão os cancelamentos no Registro de Imóveis, podendo ser: I - em cumprimento de decisão judicial transitada em julgado; II - a requerimento unânime das partes que tenham participado do ato registrado, se capazes, com as firmas reconhecidas por tabelião; III - a requerimento do interessado, instruído com

⁷ “Art. 6º. Aos notários compete: II - intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo” (BRASIL, 1994).

documento hábil.

Quanto em distrato de um contrato, o Código Civil estipula em seu artigo 472⁸, que a forma exigida para o distrato deverá ser a mesma exigida para o contrato. Sendo assim, se o contrato foi realizado através de escritura pública, o seu distrato também dever ser realizado por escritura pública.

Fioranelli (2009, pp. 69-72) menciona trechos de decisão, em procedimento de dúvida 248/86, proferida pelo Juiz Titular da 1ª Vara de Registros Públicos da Capital de São Paulo, Dr. Hélio Lobo Junior, em que é analisada a extinção de cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade, através de escritura pública de renúncia da doadora. O magistrado analisa da seguinte forma: o contrato de doação, com a imposição de cláusulas, se aperfeiçoou através da expressa aceitação dos donatários. Então é possível que os donatários só tenham aceitado a liberalidade, por estar acompanhada de cláusulas que protegiam o imóvel. Logo, não parece justo nem legal despir o imóvel da proteção legal sem a expressa anuência do proprietário.

Maluf (2018, p. 138) também chega à seguinte conclusão:

A revogação das cláusulas nas doações é sempre possível, desde que haja expressa anuência do doador e donatário. Não depende de qualquer ato judicial, mesmo porque a doação é um contrato e, como tal, pode ser estipulada livremente entre as partes, que podem assim determinar aquilo que melhor lhes aprouver.

Na leitura de ambos os autores, Fioranelli e Maluf, é possível observar o entendimento comum de que a doação deve ser tratada assim como as demais espécies de contratos. Sendo frisada a necessidade de manifestação de ambas as partes para que possa a revogação ocorrer por via extrajudicial. Fica claro que, para os dois autores, é inadmissível que a revogação aconteça por ato unilateral do doador, uma vez que o negócio que gravou o bem com as cláusulas se deu com a manifestação de vontade das duas partes.

6 CONCLUSÃO

Foi possível concluir que as cláusulas restringem o direito de propriedade,

⁸ “Art. 472. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato” (BRASIL, 2002).

mais especificamente, a faculdade do proprietário de dispor do bem. Essa restrição faz com que a propriedade tenha o seu caráter absoluto relativizado, continuando o doador a ter influência sobre o imóvel, mesmo após a liberalidade. É interessante destacar o sistema de transmissão de propriedade através do registro público do título adotado no Brasil, com a característica de ser relativo, sendo isso o que possibilita a alteração do negócio jurídico, mesmo após o seu registro.

A imposição das cláusulas sempre ocorre através de ato de liberalidade, mas, como apresentado anteriormente, no Brasil, a doação, além de ser um ato de liberalidade do doador, é também uma espécie de contrato. Existe então, uma dualidade em relação à natureza da doação dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Essa constatação é importante para a análise da possibilidade de revogação das cláusulas restritivas sobre um bem imóvel, já que é por se tratar de um contrato, que se torna possível a revogação das cláusulas sem a necessidade de recorrer à via judicial, podendo ocorrer por contrato, semelhante ao realizado para a doação, em que as partes concordam com a alteração dos termos anteriormente acordados.

Dessa feita, conclui-se que é possível a revogação das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, por via extrajudicial. É possível essa revogação, em diferentes situações, além dos cancelamentos de cláusulas temporárias, ainda é possível a revogação nas doações feitas por dois doadores, mesmo após a morte de um deles, desde que a cláusula estivesse condicionada ao falecimento dos doadores, podendo o doador sobrevivente revogar a sua “parte ideal” sobre a inalienabilidade (e as demais cláusulas que a acompanham) do bem, já que a “parte ideal” da inalienabilidade instituída pelo doador falecido já não produz efeitos sobre o imóvel por ter atingido o termo de sua condição.

Quando falamos em revogação - seguindo a classificação das formas de cancelamento trazidas anteriormente - temos que, para o levantamento das cláusulas através de uma revogação, deve-se considerar a doação como um contrato, como o é, e utilizaremos o mesmo procedimento de distrato de um contrato pelas partes. Far-se-á um contrato semelhante ao realizado para a doação. Então, caso a doação tenha sido realizada por escritura pública, será necessária a lavratura de uma nova escritura, uma escritura de revogação de cláusulas restritivas.

Essa escritura deve conter as partes outorgante e outorgada da doação, não sendo possível a revogação unilateral das restrições, já que essas servem de proteção

ao bem imóvel. Portanto, deve o atual proprietário concordar com o levantamento das ditas cláusulas.

Ademais, foi constatado que é possível a instituição, na chamada doação modal, uma compra e venda cumulada com a doação de numerário ao comprador realizada por um interveniente pagador. O que permite a instituição de cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade - nesses casos - é o entendimento da jurisprudência que tal negócio não constitui fraude ou violação à ordem pública, já que ocorre o correto recolhimento dos impostos de transmissão devidos, e a utilização do princípio da economia que rege o direito notarial, uma vez que esse tipo de negócio gera às partes menor onerosidade e maior celeridade, não tendo a necessidade de realizar uma venda para o interveniente pagador (negócio não desejado pelas partes), e, posteriormente, uma doação ao outorgado, na qual seriam instituídas as cláusulas.

REFERÊNCIAS

BORGES, Toni Bazzarelli. Cláusulas Restritivas da Propriedade (Inalienabilidade, Impenhorabilidade e Incomunicabilidade). **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, ano 35, vol. 73, p. 233-272 jul.-dez. 2012.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasil: 2002.

_____. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil (Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002). Brasil: 1916.

_____. **Decreto nº 1.839**, de 31 de dezembro de 1907. Lei Feliciano Penna (Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002). Brasil: 1907.

_____. **Lei nº 6.015**, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasil: 1973.

_____. **Lei nº 8.935**, de 18 de novembro de 1994. Lei dos cartórios. Brasil: 1994.

_____. **Lei nº 7.433**, de 18 de dezembro de 1985. Dispõe sobre os requisitos para alavatura de escrituras públicas e dá outras providências. Brasil: 1985.

_____. **Decreto nº 93.240**, de 09 de setembro de 1986. Regulamenta a Lei nº 7.433, de 18 de dezembro de 1985. Brasil: 1986.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1.641.549-RJ, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, por unanimidade, julgado em 13.08.2019, DJe

20.08.2019.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1.155.547-MG, Rel. Min. Marco Buzzi, por unanimidade, julgado em 06.11.2018, DJe 091.1.2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 4: direito das coisas. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FIORANELLI, Ademar, JACOMINO, Sérgio (Coord.). **Das Cláusulas de Inalienabilidade, Impenhorabilidade e Incomunicabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série Direito Notarial e Registral).

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 3: contratos e atos unilaterais. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito Civil Brasileiro**, volume 5: direito das coisas. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JACOMINO, Sérgio. **Doação Modal e imposição de Cláusulas Restritivas**. Instituto de Registro imobiliário do Brasil. Obras da Biblioteca Dr. Gilberto Valente da Silva. Disponível em: <<https://www.irib.org.br/obras/doacao-modal-e-imposicao-de-clausulas-restritivas>> Acesso em: 25 ago. 2021.

KÜMPEL, Vitor Frederico. FERRARI, Carla Modina. **Tratado Notarial e Registral** vol. III. São Paulo: YK Editora, 2017.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos: Teoria e Prática**. 10. ed. rev., atual e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Das Cláusulas de Inalienabilidade, Incomunicabilidade e Impenhorabilidade**. 5. ed. São Paulo: YK, 2018.

MORATO, Francisco. **Das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade**, Direito, ano 4, v. 20, 1943. pp. 428-429.

PEDROSO, Regina, LAMANAUSKAS, Milton Fernando. **Direito Notarial e Registral Atual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

RODRIGUES, Felipe Leonardo, FERREIRA, Paulo Roberto G. **Tabelionato de Notas** (Coleção Cartórios). São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSA, Conrado Paulino da, RODRIGUES, Marco Antonio. **Inventário e Partilha**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

SÃO PAULO. **1ª Vara de Registros Públicos de São Paulo**. Processo: 583.00.2005.209086-6, Rel. Tânia Mara Ahualli, julgado em 30.03.2006.

STANICIA, Sergio Tuthill. **A Doação no Código Civil Brasileiro**: Reflexões Sobre sua Estrutura Contratual e Obrigatoriedade do Cumprimento pelo Doador. RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, n. 33, p. 104-135, jun. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: Volume Único. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direitos reais. Coleção direito civil, volume 5. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COMPETÊNCIA CUMULATIVA DE MATÉRIA CÍVEL E CRIMINAL DA VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR COMO FORMA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA MULHER

Isabela Bezerra Dantas de Araújo Azevedo¹

Emmanuelli Karina de Brito Gondim Moura Soares²

RESUMO

A pesquisa desenvolvida trata da importância do processo de divórcio em casos que há violência doméstica, porque foi percebido a existência de uma incongruência entre o artigo 14 da Lei Maria da Penha, este prevendo o julgamento de causas cíveis pelo Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, e algumas leis de organização judiciária, que não são tão claros quanto a essa demanda. Nessa temática, é apontado que a unificação de processos cíveis e criminais poderiam resguardar os direitos da mulher, visto que nas situações mais complexas de violência, que representam a grande maioria dos casos, não é suficiente apenas o afastamento espontâneo; é ímpar que haja a aplicação de medidas protetivas de urgência para ter a manutenção da dignidade humana e respeito à vida, inclusive e, principalmente, durante o divórcio. A partir de pesquisas bibliográficas em artigos, obras literárias e através do método de abordagem dedutivo, foi feita uma recapitulação histórica dos direitos e garantias conquistados pelas mulheres e como eles poderiam ser aperfeiçoados, solucionando então a problemática supracitada.

Palavras-chaves: Divórcio. Proteção à mulher. Competência criminal e cível. Varas de violência doméstica.

CUMULATIVE COMPETENCE OF CIVIL AND CRIMINAL MATTERS OF THE DOMESTIC AND FAMILY VIOLENCE COURT AS A WAY OF PROTECTING WOMEN'S RIGHTS

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN. E-mail: bezerra.isabelaa@gmail.com

² Orientada do presente trabalho e Professora em Direito Civil da Graduação em Direito no Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN. E-mail: emmanuelli@unirn.edu.br

ABSTRACT

The research indicates the importance of the divorce process in cases where there is domestic violence because it was perceived that there is an incongruity between article 14 of the Maria da Penha Law, which foresees the judgment of civil cases by the Court of Domestic and Family Violence against Women, and some laws of judicial organization, which are not so clear about this demand. In this regard, it is pointed out that the unification of civil and criminal proceedings could safeguard women's rights, since in the most complex situations of violence, which represent the vast majority of cases, it is not enough to spontaneous withdrawal, it is imperative that urgent protective measures are applied to maintain human dignity and respect for life, including and especially during divorce. Based on bibliographic research in articles, literary works, and through the deductive method of approach, A historical recapitulation of the rights and guarantees conquered by women was made and how they could be improved, thus solving the aforementioned problem.

KEYWORDS: Divorce. Woman protection. Criminal and civil jurisdiction. Domestic violence sticks.

1. INTRODUÇÃO

A temática deste artigo envolve duas searas do direito, a cível e a criminal, que, embora sejam distintas em muitos pontos, conectam-se em ações específicas, sendo através dessa ligação que o rumo do processo pode ser modificado.

Quando se fala em conexão entre direito civil e direito penal é mais comum o raciocínio sobre os casos da Ação Civil Ex Delicto, em que há uma infração penal e, portanto, um processo criminal, mas além dele, a vítima opta por ajuizar uma ação também no âmbito cível para que os danos sejam indenizados. Entretanto, o artigo não trabalha com base nessa ótica, mas sim nos casos em que há violência doméstica e uma relação amorosa entre as partes.

No cenário supracitado também haverá uma Ação Civil Pública, proposta pelo Ministério Público em face do agressor, e havendo o casamento, ou união estável, será ajuizado em uma Vara de Família a devida ação para dissolver o vínculo. No entanto, com essa realidade, surge a indagação: quão protetiva é a separação desses processos?

Com essa interrogação é proposto o preâmbulo da Constituição Federal³ que visa promover a igualdade e a justiça como os princípios basilares da sociedade, então estando o Estado Democrático em vigência, os órgãos que fazem parte dele, ou estão subordinados, têm o dever de garantir a liberdade, segurança e bem-estar de qualquer indivíduo que também esteja envolvido nesse cenário. Com o exposto, entende-se que se a obrigação do Estado é garantir isso, unificar tais processos é também uma forma de promover a segurança das vítimas de maus-tratos domésticos.

Ademais, a unificação não surge sem pretexto, o artigo 14 da Lei Maria da Penha⁴ prevê a competência cível e criminal do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, desde que as causas sejam decorrentes da prática de violência doméstica. Dito isso, se já há o elastecimento da competência para outras matérias cíveis, adequa-se perfeitamente aos ditos no artigo um pedido de divórcio como medida protetiva de urgência, rompendo por completo qualquer vínculo com o agressor.

Além dessa proposição, é importante se ater ao contexto histórico em que a mulher estava submetida, porque sempre foi diminuída pela sociedade e só poderia ter o devido valor se sua imagem estivesse atrelada a de um homem, fosse ele o esposo, pai ou irmão. Com essa colocação, Érica Canuto, citando Miguel e Biroli, elabora que as mulheres estavam ou estão em clara posição de desvantagem, porque sempre foi imposto a elas que os papéis corretos para elas exercerem eram os da vida doméstica e cuidado aos familiares e isso representava um traço natural e instintivo da personalidade feminina.

Ainda na mesma citação, a autora menciona que tudo foi organizado para que esses comportamentos parecessem naturais e a mulher guardasse em sua consciência que seu maior sonho tinha que ser o de se tornar mãe, de se sacrificar pelos filhos e de casar. Desse modo, a mulher que não vivesse em torno dessas máximas não estaria configurada corretamente para o convívio em sociedade. Com essas características sociais, esse contexto de submissão histórico da mulher e diante de uma realidade de

³ PRE MBULO, CF: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]"

⁴ Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

igualdade formal com relação aos homens, prevista na Constituição Federal de 1988, que torna a mulher emancipada, capaz de ditar as regras do seu destino no seu dia a dia, torna-a ainda mais vítima de violência doméstica, justificando a importância da facilitação dos procedimentos cível e criminal para melhor atingir os direitos já garantidos.

Diante disso, o artigo procura fazer uma análise histórica em seus capítulos iniciais, sobre todo um contexto que relaciona as ações de divórcio e as ações penais cabíveis em casos de violência doméstica, e como estava a posição da mulher nos lapsos temporais que proporcionaram a evolução do Direito, até chegar na promulgação da Lei Maria da Penha, instituto máximo na garantia de proteção à mulher. Nos capítulos finais, é apresentada a solução de problemáticas mencionadas, como dificuldade de acesso à justiça, demora para solução das demandas processuais e não cumprimento integral do artigo 14-A da LMP⁵ em razão de não haver fala expressa em leis de organização judiciária.

2. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DO DIREITO DE FAMÍLIA

2.1 ORIGEM DO DIREITO DE FAMÍLIA

Definir o direito propriamente dito não é algo simples, mas de uma maneira geral e sucinta, ele é um conjunto de leis que regulamentam a vida em sociedade, normatizando diferentes relações para que não haja conflitos de interesses e possibilitando o controle do Estado. Posto isso, é com essa necessidade de regular as relações que ele cria o máximo de situações para que haja proteção, proporcionando a manutenção da liberdade dos indivíduos e o respeito à vida.

A família, por sua vez, vem do agrupamento de pessoas, em que se entende que ela vai seguir tanto o critério biológico, quanto o social. Como critério biológico, há a finalidade de que as pessoas se agrupem para perpetuar a espécie. Já o critério social, torna-se tão complexo quanto explicar o Direito, porque envolve diversos fatores para a constituição de uma família, como impressões psicológicas, sociais e culturais, inclusive, Maria Berenice Dias trata a família como uma construção cultural.

⁵ Art. 14-A. A ofendida tem a opção de propor ação de divórcio ou de dissolução de união estável no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Tratando mais a fundo a definição de família, entende-se que em suas primeiras formações não possuía o mesmo significado da atualidade, porque foi preciso que houvesse o intervencionismo do Estado para que ela se estruturasse com o matrimônio, visto que antes havia apenas um conjunto de pessoas seguindo um modelo hierarquizado e patriarcal, com o intuito de procriar e promover maior força de trabalho.

Ao fazer uma breve linha do tempo, a família romana estava enquadrada justamente nessa característica de um agrupamento de pessoas com o intuito de procriar e ter mais força de trabalho, mas com a evolução da sociedade, o alicerce da família tornou-se o casamento, que à priori não tinha nenhuma norma, até haver a intervenção do Cristianismo e a Igreja Católica passar a ser responsável por estabelecer a união de forma válida.

Ilustrando essa história no cenário do Brasil, havia muito preconceito nas uniões, porque a Igreja sempre iria prezar pela junção de pessoas com mesmos ideais. Nesse caso, mesma religião e cultura e é em virtude desses posicionamentos que o Estado passa a irromper nas relações familiares, afastando, em partes, a visão hierarquizada.

Dito isso, a partir do intervencionismo do Estado e fundando a instituição do matrimônio/casamento na lei, manifesta-se um dever social de unir pessoas com bases e critérios normatizados do Estado para que fosse exequível a garantia da proteção à família e de tudo que estiver em volta dela.

Na perspectiva da mulher, esse direito canônico, intervencionista, preconceituoso, relaciona-se no Brasil com o Código Civil de 1916 e a constituição vigente na época, que impedia o Estado de versar sobre certas demandas sociais, bem como deixava a mulher em uma posição fruto do pecado e que precisa ser constantemente regulada pelo homem.

A partir de inovações normativas, o direito canônico é completamente abandonado na constituição de 1988 e nos códigos que advém dela, porque a constituição é democrática e parte de um Estado laico. Com esse processo que traçou novos parâmetros jurídicos e sendo a família tratada como base da sociedade, a Constituição Federal do Brasil de 1988 foi expressa em tal proteção, através artigo 226, caput, e nos parágrafos subsequentes, vide:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Entretanto, tal artigo é apenas uma ponta do que é o Direito de Família, porque ele é regido por princípios constitucionais, mas em razão da demanda e atenção que tal seara exige, era e é necessário muito mais, tanto que é tratado no Código Civil de 2002 no Livro IV com mais de 200 artigos, além das Súmulas e Jurisprudências que tentam prever ao máximo a realidade dos acontecimentos.

O direito de família surge com o início da família, a partir do momento que as pessoas se agrupam e passam a exercer uma função social, podendo ser ela a de socializar agentes ou de produzir patrimônios, pautando tal decisão nos anseios cultivados pelas partes. Entretanto, mesmo ele surgindo com a família, historicamente, passa a estar presente na vida das pessoas no Brasil com o Código Civil de 1916, mesmo que de uma forma bem rudimentar e muito distante de englobar todas as formas de família que a modernidade promoveu.

No Código Civil de 1916, a regulamentação prevista era que a família surgisse pelo matrimônio, sendo concebido tal união conforme o direito canônico entre homens e mulheres e sem a possibilidade de dissolução. A família institucionalizada nesse direito de família deixava espaço para muita discriminação, sobretudo com as mulheres, mas com a promulgação do Estatuto da Mulher Casada, lei nº 14.121/1962, foi concedido a essa classe a possibilidade de adquirir bens frutos do seu trabalho, mas ainda assim, algo visivelmente rústico comparado às previsões atuais.

Por fim, o direito de família como é conhecido hoje surgiu com a Constituição Federal de 1988, em que foi estabelecido a igualdade formal entre homem e mulher, promoveu o divórcio, divisão de bens, possibilidade de guarda compartilhada caso o

casal tivesse filhos, reconheceu a união estável, famílias monoparentais e possibilidade de separação extrajudicial. Aborda ainda que é um ramo do Direito Privado e que como explicitado, tem relação com o direito romano, envolvendo, além de questões práticas, assuntos socioafetivos e em razão disso, é passível de mudanças frequentes. Ademais, estrutura as relações afetivas e todos os avanços, positivos ou negativos, afetando o curso em que a sociedade vai seguir.

2.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Antes da modernização do instituto da família e de sua própria constitucionalização, os casamentos ocorriam pelos mais variados motivos, fosse com o intuito de estreitar laços entre famílias distintas, de formar uma prole para ter melhores condições de trabalho, ou, como no cenário das mulheres, para sair do poder familiar do pai e ir para o poder familiar do esposo, buscando encontrar uma falsa sensação de liberdade. Para o direito canônico, o casamento ocorria com a finalidade de legitimar relações sexuais entre os cônjuges, cuidar da prole e prestar assistência mútua.

A base desses casamentos estava em torno de uma sociedade machista e hierarquizada e como bem define a promotora Érica Canuto, citando Miguel e Biroli (2014, p. 32), em sua obra *Princípios Especiais da Lei MARIA DA PENHA* (2021, p.20):

Diante disso, as mulheres figuram em clara posição de desvantagem, pois, como afirmam Miguel e Biroli (2014, p. 32), os papéis atribuídos a elas, como a dedicação prioritária à vida doméstica e aos familiares, colaboram para que a domesticidade feminina fosse vista como um traço natural e distintivo, mas também como um valor a partir do qual outros comportamentos seriam caracterizados como desviantes, errados e subversivos. A natureza estaria na base das diferenças hierarquizadas entre os sexos. Tudo foi formatado como forma de parecer natural. Tanto que nossa cultura costuma repetir máximas, como se toda mulher sonhasse com o casamento, que sempre é uma mãe que se sacrifica pelos filhos e é aquela que se apresenta mais apta ao cuidado das crianças, dos idosos, dos doentes e da casa.

A constitucionalização da família veio com a Constituição Federal de 1988, trazendo amplas evoluções na sociedade através de previsões no Direito de Família, porque como elencado anteriormente, muitas coisas mudaram no instituto do casamento. Tal constituição pautou essa seara do direito privado na dignidade da

pessoa humana e ensejou uma evolução na forma que as pessoas viviam, porque pela lei, no casamento deixa de existir uma superioridade do homem em relação à mulher.

Esse processo mudou o conceito da família e fez com que ela se distanciasse cada vez mais do surgimento do casamento, de forma que o casamento passou a ser um critério secundário para a formação da família. Em critério de ilustração, tornou-se possível a união estável, em que duas pessoas, independente do sexo, buscam estar juntos para enaltecer um laço que surge pelo afeto.

Com o novo modelo constitucional nasce também uma questão principiológica, em que é assegurado ao direito de família princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, princípio da liberdade, princípio da solidariedade, princípio da igualdade entre os cônjuges, igualdade entre os filhos, independentemente da sua origem, tratando esse pilar da sociedade com a devida importância.

Conclui-se que com as devidas previsões na constituição, o vínculo afetivo é a única coisa que importa para o surgimento da família, não mais considerando o casamento, sexo e procriação, e tal vínculo propicia a existência de famílias hetero e homoafetivas, famílias monoparentais, composta, pluriparental ou mosaico, multiparenal, ou qualquer outra classificação que exista.

2.3 FORMAS DE FAMÍLIA

Ocorrida a constitucionalização do direito de família e o alargamento dos conceitos, considera-se a existência de famílias diversas, todas regulamentadas e tendo acesso aos mesmos direitos, sejam elas: matrimonial, informal, homoafetiva, monoparental, multiparental, anaparental, parental, composta, substituta e eudemonista.

A família matrimonial ainda tem a influência da Igreja e do Estado, de forma que para a Igreja a união matrimonial é indissolúvel e para o Estado, a união se encerra obrigatoriamente com o divórcio. Essa família irá surgir com o casamento civil e religioso e para atingir os dois, precisa ser feito entre homem e mulher. As modificações que ocorreram nesse tipo de união com a constitucionalização da família foram expressivas, sobretudo para a figura da mulher. Em contrapartida, a família informal é fruto da revolução promovida pela constitucionalização que promove a União Estável como forma de instituir uma família e se assemelha ao casamento,

podendo inclusive ser convertido em casamento. A União Estável está prevista no Código Civil e gera obrigações e cria direitos para as partes dessa relação e diferentemente do casamento, o único regime de bens aceito para a União Estável é o de comunhão parcial de bens.

Quanto à família homoafetiva percebe-se que ainda há muito preconceito, porque a comunidade LGBTQIA + é muito estigmatizada e através de anos de luta contínua, o Supremo Tribunal Federal garantiu a essa forma de família os mesmos direitos, surgindo a partir da União Estável. Nesse contexto, convém mencionar a ADI 4.277, que inicialmente foi intitulada como ADPF (132 - RJ), e buscava a declaração de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar, interpretando assim o art. 1723 do CC/02⁶ como inconstitucional e reconhecendo as famílias advindas de uniões homoafetivas.

Cita-se ainda a família paralela, que é quando uma pessoa mantém dois relacionamentos simultâneos, mas ainda que na prática ocorra, não produz efeitos positivos na esfera jurídica; a família monoparental, sendo a convivência de um dos pais com o filho e é totalmente regulamentada, podendo ocorrer a partir de um divórcio entre os pais, falecimento de um dos pais, ou até uma produção/adoção independente; família anaparental/parental seria uma família sem pais, formada com os irmãos, por exemplo quando duas irmãs moram juntas por anos em um mesmo lar e dividem esforços para a manutenção dessa casa; família reconstituída/composta é quando pessoas se unem após o desfazimento de uma relação e eles têm filhos pretéritos a relação atual, então a partir disso, eles vão formar uma nova dinâmica familiar; a família eudemonista, que é constituída pelo afeto para com outra pessoa e busca da felicidade.

Por último, reitera que atualmente há muitas formas de família e em razão disso, movimentos para uma modificação contínua, podendo a lei não acompanhar. Ainda explana-se o fato de que as mudanças políticas, econômicas e sociais ajudam a promover tamanha modificação e para obter proteção basta se ater ao princípio pétreo que ensejou a criação de tantas novas formas de família: manutenção da dignidade da pessoa humana.

⁶ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

3. CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

3.1 CASAMENTO

Historicamente o casamento tem um peso social e esse peso com o passar dos anos se destrinchou e apresentou novas vertentes. Nessa análise Silvio Luís Ferreira da Rocha citando Clóvis Beviláquia (2004, p. 23) apontou o casamento como:

Contrato bilateral e solene pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer.

Tal citação representa como esse instituto sempre demonstrou significados morais e religiosos. Num breve recorte histórico, é possível afirmar que em séculos anteriores e até parte do século XXI, o casamento era a convivência do homem e da mulher. Esta, portanto, estaria sob a autoridade do marido e, atrelada a isso, existe uma questão religiosa defendida por muitos teólogos e pela Igreja de que o casamento é também um sacramento.

Retomando a relação histórica, é importante enaltecer momentos marcantes que passam pelo Império Romano, o monopólio jurisdicional do casamento feito pela Igreja Católica e pelos concílios regionais e ecumênicos, especificamente o Concílio de Trento que era adotado por Portugal e em razão disso foram estabelecidas regras que passaram a ser usadas no Brasil.

No cenário brasileiro, o casamento como a lei prevê surgiu no governo do Marechal Deodoro da Fonseca, período da República Velha, mas anterior ao decreto que instituiu o casamento, ele era válido apenas se fosse o religioso e, geralmente, ocorria por um acordo feito entre duas famílias de maneira indissolúvel e nesse aspecto, a mulher era completamente comercializada e proposta para servir os anseios do marido.

Em momento subsequente ao decreto que instaurou o casamento com algumas semelhanças com o instituto atual, vem o Código Civil de 1916 que estipula condições para o casamento, como a certidão de idade ou prova equivalente, declaração do estado, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, autorização

das pessoas se estiverem sob dependência legal e declaração de duas testemunhas maiores, parentes, ou estranhos, que atestem conhecê-los.

Neste momento, ainda que a Igreja não obtivesse o monopólio para constituir o casamento, sendo obrigatório o registro civil, não era necessário comparecer a um cartório para oficializar o ato, porque o casamento religioso poderia se converter em casamento civil e o registro seria formalizado.

Ainda na linha temporal supracitada, não havia uma previsão ampla sobre o desfazimento do vínculo, apenas o ato se tornaria nulo ou anulável, da mesma maneira que se desfaz um contrato de compra e venda. Nessa hipótese do negócio jurídico ser nulo ou anulável, ocorreria por ter sido contraído mediante infração dos cônjuges, quando a autoridade que celebrou fosse incompetente, se fosse contraído por coação ou por um incapaz, dentre outras exigências.

Com a devida evolução, a Constituição de 1988 ensejou mudanças que foram abarcadas pelo Código Civil de 2002, como a comunhão plena de vida e a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, retirou os capítulos que falava sobre as obrigações do marido e da esposa e passou a prever a dissolução desse vínculo sem uma justa causa, podendo o divórcio ser proposto apenas por não fazer mais sentido permanecer na união. No mesmo contexto das evoluções proporcionadas, houve a previsão do divórcio antes mesmo da Constituição de 1988, por meio da EC 09/1977, e da Lei 6.515/1977.

Atualmente o casamento é tido como a união voluntária de duas pessoas capazes podendo escolher o regime de bens que compartilharão, bem como as obrigações a que estarão submetidos, sem haver necessidade de um espaço para que a lei fale sobre. Ademais, reitera a igualdade formal entre homem e mulher no contexto social e no da sociedade conjugal, previstos na Constituição de 1988, estendendo-se no momento de divórcio, guarda dos filhos e acesso aos bens compartilhados antes, durante e pós casamento.

Portanto, o casamento se desdobrou ao longo dos anos de uma forma muito mais prática, assim como o divórcio, porque não há necessidade de justificativa para ambos os institutos. Inclusive, sobre o casamento o Código Civil expressa no artigo 1.514: “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.”

3.2 UNIÃO ESTÁVEL

Para Maria Berenice Dias (2013), a união estável sempre se apresentou com uma rejeição social, de forma que os vínculos afetivos fora do casamento sempre foram repudiados e o legislador, buscando atender tal anseio social, criou medidas legais para que não houvesse possibilidade de laços extramatrimoniais. A exemplo de tais medidas, foram proibidas as doações e instituição de seguro em prol da concubina e o desquite não dissolvia a sociedade conjugal, sendo a pessoa desquitada, impossibilitada de casar novamente.

Com tal exposição, a união estável que é conhecida hoje, na verdade, era nominada de concubinato e há de se falar que quando uma das partes da relação vinha a falecer, tudo que havia sido conquistado era perdido, porque não havia direitos expressos. Entretanto, com o passar dos anos, o judiciário começou a receber demandas quanto à temática, passando a conceder uma indenização pelos serviços domésticos.

No tocante a tal indenização, Maria Berenice Dias (2013) explicita que para a época não era justo que a mulher tivesse prestado durante anos os serviços de cama e mesa ficar sem nenhuma quantia, então como forma de vetar o enriquecimento ilícito, caso o companheiro viesse a falecer, a concubina teria direito a indenização.

A passagem dos anos foram cruciais para que a sociedade aceitasse essas uniões e o direito acompanhasse, sendo então reconhecida a sociedade de fato e a Constituição passou a tratar como entidade familiar, recebendo a proteção do Estado, assim como o casamento.

Outrossim, o casamento e a união estável foram equiparados, porque o que verdadeiramente importa é o afeto. Entretanto, mesmo na premissa de que o vínculo de afetividade é a única vertente admirada para que haja união, seguiu-se o casamento quanto a permissão de que a união acontecesse somente entre homens e mulheres, e só há alguns anos que o STF tornou constitucional a união estável homoafetiva.

Diante do exposto, a união estável é regulamentada na Lei nº 9.278/1996, sendo a definição: “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”. Há ainda os direitos e deveres iguais, bem como o regime para partilha de bens, que no caso, é o de comunhão parcial de bens, obrigação de

prestar alimentos, caso haja dissolução e caso uma das partes precise. Ademais, a competência para o processo de dissolução de união estável é da Vara de Família.

A união estável tem como características poder ser judicial, extrajudicial ou presumida. No caso de haver uma relação não efêmera e sim prolongada no tempo, há a possibilidade de acrescentar o sobrenome do outro e pode haver a conversão em casamento, caso seja a vontade das partes. Por fim, é através da União Estável que há possibilidade de outras formas de família, como as homoafetivas, e foi através do julgamento da ADI 4277, ADPF 132, pelo STF que houve tal reconhecimento.

3.3 DIVÓRCIO E DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

A princípio, o divórcio era conhecido como a separação de corpos, não existia o termo divórcio, e antes do surgimento dele, era nomeado de desquite. Entretanto, as evoluções começam quando o casamento passa a ser responsabilidade da autoridade civil, havendo a possibilidade de alegar nulidade do casamento, embora isso não seja nada extraordinário, porque a Igreja sempre permitiu a anulação do casamento em casos específicos.

Com a Proclamação da República, houve a separação entre Estado e Igreja e os casamentos foram regulamentados, sendo em 1891 permitido a separação de corpos em casos de adultério, sevícia ou injúria grave, abandono do lar por 2 anos, ou mútuo consentimento (sendo o último mais difícil de ser adotado). Inclusive, todos configuram a culpa e se a mulher fosse culpada pelo fim do casamento, comprometia seu direito quanto à guarda dos filhos, bem como havia a perda compulsória do nome do marido. Nessa época, também havia a justificativa quanto a legítima defesa da honra em crimes cometidos contra a mulher, o que foi abolido pelo STF⁷ em 2021, tendo disciplina até no código penal do crime de adultério, que apenas punia a mulher. Tal tipo penal foi descriminalizado no ano de 2005.

É importante trazer que com o primeiro Código Civil, em 1916, houve a possibilidade de desquite, onde a sociedade conjugal terminaria por 3 fatores, sendo eles:

⁷ Por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por violar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção à vida e da igualdade de gênero. A decisão, tomada na sessão virtual encerrada em 12/3, referendou liminar concedida pelo ministro Dias Toffoli em fevereiro, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 779.

CÓDIGO CIVIL, 1916:

Art. 315. A sociedade conjugal termina:

I. Pela morte de um dos cônjuges.

II. Pela nulidade ou anulação do casamento.

III. Pelo desquite, amigável ou judicial.

Parágrafo único. O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges, não se lhe aplicando a perempção estabelecida neste Código.

Art. 317. A ação de desquite só pode se fundar em algum dos seguintes motivos:

I. Adultério.

II. Tentativa de morte.

III. Sevilícia, ou injúria grave.

IV. Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos.

Art. 320. No desquite judicial, sendo a mulher inocente e pobre, prestar-lhe-á o marido a pensão alimentícia, que o juiz fixar.

Entretanto, o desquite dissolvia a sociedade conjugal com partilha de bens e alimentos, guarda com relação aos filhos menores, mas não dissolvia o vínculo conjugal, ou seja, as pessoas não podiam casar novamente.

Os 3 artigos mencionados refletem a formação da sociedade, em que o matrimônio era algo extremamente importante, mas não demonstra apenas isso, como também a posição da mulher. A mulher “desquitada” era sempre desrespeitada perante a sociedade e todas as situações em que haveria ação de desquite, não era simples para a mulher alegar alguma das condutas.

Ao trazer a palavra “inocente” associada a mulher permite o entendimento de que a mulher precisava sempre comprovar sua idoneidade perante o marido e a sociedade, mas o mesmo não ocorria com o marido, tanto é que não há nenhum artigo que coloque o homem comprovando sua inocência durante o matrimônio.

Por fim, o instituto do divórcio foi instaurado oficialmente em 1977 através de uma Emenda Constitucional e Constituição Federal vigente, que trouxe em seu texto que o casamento civil poderia ser dissolvido através do divórcio. Entretanto, o instituto do divórcio na CF/1988 no art. 226 trazia inicialmente o requisito separação fática de no mínimo 02 anos para a ação de divórcio direto, ou se não tivesse esse tempo, havia necessidade de que uma Ação de Separação Judicial fosse promovida e, após um ano do trânsito em julgado da sentença, haveria uma ação de conversão da separação judicial em divórcio.

Atualmente o divórcio não necessita de justa causa, nem de prazo para acontecer, trazendo liberdade para as pessoas refazerem suas famílias, podendo essa forma de dissolução se manifestar com ou sem intervenção judicial. Isso só foi possível

com a EC66/2010. E ainda, esse processo pode ou não ser judicial, mas para ser aplicada a forma extrajudicial, é preciso que não haja filhos menores e nem discordância quanto à partilha de bens, então atingindo os dois requisitos, só precisa da presença do tabelião para que seja homologado. Quando há a intervenção judicial, ele se desdobrará em duas formas: consensual ou litigioso.

A ação de divórcio pode ser proposta a qualquer tempo por meio de uma petição inicial, protocolada no PJe (Processo Judicial Eletrônico) e distribuída para uma das Varas de Família da comarca competente. Sendo o divórcio consensual, ele se resolverá nas audiências de conciliação com a participação do conciliador e homologado pelo juiz, mas caso seja litigioso, será uma demanda muito mais complexa e que pode durar anos. Tal processo modifica o estado civil das partes, que passam a assinar obrigatoriamente como divorciadas a partir do trânsito em julgado da sentença.

Por fim, a ação que dissolve a sociedade conjugal é personalíssima, então é exigida a presença dos cônjuges no processo, não precisa de causa de pedir por ser um direito potestativo e não há que se falar em culpa, responsabilidade ou descumprimento dos deveres matrimoniais.

Já para tratar da união estável, não se trata como divórcio, mas sim dissolução da união estável, que nos mesmos moldes do divórcio, pode ocorrer de forma extrajudicial, ou judicial, e em caso da união não ser reconhecida via cartório, poderá haver o reconhecimento da união estável para que depois ocorra os efeitos da dissolução.

Seja no casamento, seja na união estável, o fim poderá ser extrajudicial, ou judicial, para atender ao primeiro será no cartório e tem que ser consensual quanto à partilha de bens e não haver filhos menores de 18 anos. Quanto à dissolução judicial, não necessita que haja uma certidão em cartório, basta que seja comprovado o vínculo contínuo e que as pessoas estejam desimpedidas para consumir. A partilha de bens, nesse caso, será em consonância com o regime adotado.

4. CIRCUNSTÂNCIA JURÍDICA DA MULHER

4.1 CONTEXTO HISTÓRICO DA MULHER NO BRASIL

Maria Berenice Dias citando Rodrigo da Cunha Pereira enuncia:

A presença da mulher é a história de uma ausência. Com bem refere Rodrigo da Cunha Pereira, o lugar dado pelo direito à mulher sempre foi um não lugar. Relegada da cena pública e política, sua força produtiva sempre foi desconsiderada, não sendo reconhecido o valor econômico dos afazeres domésticos. Mas o novo caminho na busca da igualdade de direitos entre homens e mulheres, acabou impondo reflexos no âmbito das relações familiares. 2013, p. 102.

A passagem supracitada dimensiona o aspecto em que a mulher era vista: não tinha espaço social ou político, não tinha força produtiva e conseqüentemente não poderia trabalhar, seu valor econômico era para prestar serviços domésticos e não havia igualdade entre homens e mulheres.

Tal cenário é fruto de uma sociedade pautada no patriarcado, ou seja, a organização social gira em torno da autoridade paterna, que conseqüentemente é a figura masculina, e do machismo que o patriarcado reitera, porque a mulher sempre foi tida como incapaz para tudo que não fosse cuidar do lar, dos filhos e sustentar o seu casamento sendo boa e recatada.

A trajetória da mulher representa muita luta e resiliência, uma vez que ela vivia em um contexto do patriarcado e ao casar, deixava de estar subordinada à autoridade do pai e passava a estar perante a autoridade do marido, sendo considerada relativamente incapaz, e inclusive, pelos cálculos de Paulo Lôbo, foi preciso 462 anos para que ela deixasse de ser considerada relativamente incapaz.

No tempo, a evolução feminina passou pelo cenário de sempre estar diante de uma autoridade masculina, ser considerada relativamente incapaz, porque ao casar, perdia a plena capacidade, então para trabalhar necessitava da autoridade do marido; não era identificada pelo sobrenome de família, mas sim pelo sobrenome do marido, não poderia se divorciar, apenas lhe era concedido a possibilidade de desquitada, de forma que ao se distanciar do marido, ela estaria em débito com a sociedade. Ainda tinha a questão do patrimônio, porque como sempre o patrimônio obtido pelo casal estaria no nome do esposo, ao se desquitar, ela não poderia receber nada.

Como forma de romper esse cenário, tem o movimento feminista, que surgiu no Brasil no século XIX buscando o direito à educação feminina, direito ao voto e abolição dos escravos. Com os avanços de tal movimento, a sociedade foi forçada a evoluir e passar a conceder certos direitos, sendo o marco dele o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), que previa a plena capacidade à mulher, estava na condição de colaboradora do marido na administração da sociedade conjugal, teria direito à

guarda dos filhos em caso de separação com culpa de ambos os cônjuges.

Posteriormente veio a aprovação do divórcio, algo vistoso para o cenário, através da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), que passou a prever a facultatividade de adotar o sobrenome do companheiro e instituiu que diante do silêncio das partes, o regime de casamento adotado seria o da comunhão parcial de bens.

As mudanças foram significativas para que as mulheres ocupassem os lugares de hoje em dia, mas não é possível falar dessa evolução e omitir a tamanha dificuldade para atingir ideais, porque as mulheres sempre estiveram em uma posição de desvantagem. Trazendo a obra de Érica Canuto para justificar esse posicionamento tem-se:

Diante disso, as mulheres figuram em clara posição de desvantagem, pois, como afirmam Miguel e Biroli (2014, p. 32), os papéis atribuídos a elas, como a dedicação prioritária à vida doméstica e aos familiares, colaboram para que a domesticidade feminina fosse vista como um traço natural e distintivo, mas também como um valor a partir do qual outros comportamentos seriam caracterizados como desviantes, errados e subversivos. A natureza estaria na base das diferenças hierarquizadas entre os sexos. Tudo foi formatado como forma de parecer natural. Tanto que nossa cultura costuma repetir máximas, como se toda mulher sonhasse com o casamento, que sempre é uma mãe que se sacrifica pelos filhos e é aquela que se apresenta mais apta ao cuidado das crianças, dos idosos, dos doentes e da casa.

A passagem supracitada representa muito bem porque esse processo de concessão de direito foi pautado em muitas lutas, porque a visão da sociedade sobre a figura feminina é que ela nasceu pronta apenas para cuidar do lar, do marido e dos filhos, e qualquer pensamento e comportamento que se distanciasse disso era subversivo e poderia ensejar retaliações.

Portanto, partindo do fato de que o judiciário acompanha a sociedade, as leis eram previstas para manter a mulher ausente juridicamente. A mulher sujeito de desejos é algo recente, e que ainda havendo evoluções, as lutas contra o machismo são diárias e estão em todos os âmbitos que ela se insere.

4.2 CONCESSÃO DE DIREITOS À MULHER ANTES DA LEI MARIA DA PENHA

Como já ponderado anteriormente e muito bem trazido por Maria Berenice Dias (2013, p. 102): “A presença da mulher é a história de uma ausência”. A frase é forte, mas

é a realidade, porque a mulher sempre foi ausente socialmente, e não por escolha, mas por imposição. Durante anos a mulher casada foi considerada relativamente incapaz, sendo somente no Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62) que tal cultura foi abandonada, mas ainda assim ela não estava em pé de igualdade.

O entendimento de Maria Berenice Dias é que a história da família está relacionada à emancipação feminina e isso faz total sentido quando se analisa pela ótica de que a mulher sustentava a família. Essa sustentação se manifestava através de várias crenças nucleares, mas juridicamente pode ser observado pelo Código Civil de 1916: “Art. 240. A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.”

Ou seja, a função da mulher na família é manter a condição material e moral dela, que em outras palavras, significa viver para a família e mantê-la unida, independente do que aconteça. É nessa perspectiva que tudo poderia acontecer em um casamento, desde as coisas mais felizes, às mais tristes, como a violência doméstica explícita.

A Lei Maria da Penha inaugura um novo olhar na vida das mulheres e garante a elas um sistema protetivo amplo, mas antes dela, essa proteção era escassa em vários sentidos. No Código Civil de 1916 o capítulo III dele era para tratar dos Direitos e Deveres da Mulher, dentre tais obrigações faziam parte: assumir a condição de companheira, consorte e de auxiliar nos encargos da família, acrescer os apelidos do marido, caso o regime de bens adotado não seja o de comunhão universal, o marido poderá recobrar da mulher as despesas, bem como não poderia sem autorização do marido praticar alienação, ou gravar de ônus real os imóveis de seu domínio particular, aceitar ou repudiar herança, litigar em juízo civil ou comercial, ou exercer profissão.

Dito isso, os momentos anteriores à Lei Maria da Penha se dividem em 2: antes da CF de 1988 e depois da CF de 1988. Anterior à Constituição de 1988 os direitos eram limitados e desiguais, porque ao casar era perdido sua plena capacidade, era obrigada a adotar o sobrenome do marido, casamento era indissolúvel, havendo apenas o desquite, somente o casamento constituía a família legítima e para trabalhar e fazer outros atos precisava da autorização do marido.

Ainda antes da constituição vigente, fundou-se o Estatuto da Mulher Casada, que devolveu a plena capacidade, poderia ficar com a guarda dos filhos caso houvesse

separação e ambos os cônjuges tivessem culpa, poderia trabalhar sem necessitar da autorização do marido. Surgiu também em 1977 a Lei do Divórcio, que transformou o desquite em separação judicial, ainda que nos mesmo termos, tirou a obrigatoriedade de assumir o sobrenome do marido e o regime adotado passou a ser o de comunhão parcial de bens.

Surgindo a Constituição Federal de 1988, o direito à igualdade foi enaltecido, sobretudo a igualdade entre homens e mulheres, algo inédito nos textos jurídicos. Especificamente no artigo 226, § 5º foi expresso que homens e mulheres teriam direitos iguais na sociedade conjugal, além da previsão de que a família poderia ser constituída pela união estável, o que retirava muitas mulheres da intitulação de concubina.

Entretanto, acrescentando ao mencionado anteriormente, surgiu uma nova Constituição, mas o Código Civil vigente era o de 1916, mantendo em seu texto a distinção de direitos e deveres do homem e da mulher. Com a mesma justificativa, o Código Penal tratava como excludente de punibilidade o casamento da vítima com o réu em casos de estupro, ou seja, a descriminalização do estupro era uma realidade que a mulher também necessitava carregar.

Por fim, a Lei Maria da Penha surge como uma luz para o cenário vivido, sobretudo quanto aos crimes sexuais, porque se os delitos como estupro, assédio e qualquer coisa que ferisse a dignidade sexual, ocorrendo no âmbito de relações domésticas, familiares ou de afeto, são consideradas violência doméstica e o agressor estaria sujeito às penalidades da Lei nº 11.340/2006.

4.3 LEI MARIA DA PENHA

A Lei nº 11.340/2006, conhecida popularmente por Lei Maria da Penha, tem o intuito de proteger mulheres vítimas da violência doméstica e familiar, trazendo em seu primeiro artigo o seguinte texto:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece

medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

A lei representa um cenário de muitas lutas e um ganho social enorme, porque lendo a própria história de Maria da Penha, ela não obteve nenhum auxílio em seu processo de punir o agressor, algo que as mulheres da atualidade conseguiram superar.

Ademais, essa lei é altamente inovadora, principalmente considerando o tempo de sua promulgação, já trazendo 5 tipos de violência: física, patrimonial, psicológica, moral e sexual, além de explicitar o que seria cada uma. E por mais que seja o mínimo, isso faz a diferença, porque não é em todos os casos que as violências ocorrem concomitantemente.

No contexto internacional, houve a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, adotada pela Assembleia das Nações Unidas no ano de 1979, incorporada pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro pelo Decreto Legislativo nº 93 de 14 de novembro de 1983, Decreto 89.406, de 1º de fevereiro de 1984, Convenção de Belém do Pará, Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Legislativo 1.973 de agosto de 1996.

Outro ponto a ser visualizado com essa lei é que ela vai muito além da determinação do ciclo da violência, porque ela traz em seus capítulos as formas que as autoridades vão atender, como o julgamento será procedido, medidas protetivas de urgência, dentre outras coisas, que fazem dela algo completo para a proteção da mulher.

O microssistema protetivo que a lei prevê vem com as medidas adotadas, como o fato de que a vítima não precisa constituir advogado ou Defensoria Pública para buscar outras medidas, ela vai fazer o Boletim de Ocorrência na delegacia competente e desde esse momento estará acompanhada de advogado ou defensor, ou que o juiz poderá agir de ofício, conforme alguns artigos da LMP.

Além da delegacia especializada, tem a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM), dotados de competências cíveis e criminais para garantir a plena aplicação da lei e promover o devido acesso às mulheres. Entretanto, sobre essa temática, caso não haja a instalação de um juizado

para violência doméstica, o processo poderá correr na vara criminal.

Por fim, embora haja legalização para que os juizados tenham competência híbrida, conforme artigo 14-A da Lei Maria da Penha, a lei de organização judiciária do estado do Rio Grande do Norte, lei nº 643/18, não prevê expressamente e na grande maioria dos casos, não permite a concessão do divórcio em um juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher como medida protetiva de urgência.

5. CARACTERÍSTICAS DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

5.1 FORMAS DE VIOLÊNCIA

Inicia o caminho teórico sobre violência contra a mulher com a classificação geral dessa forma de violência: violência de gênero. Nesse cenário, a violência de gênero se manifesta como qualquer agressão física, verbal, psicológica ou sexual contra uma pessoa que está em situação de vulnerabilidade por causa do gênero, ou orientação sexual.

Desmembrando a expressão, a violência é entendida como uma forma de desmoralizar a vítima, de diminuí-la e atribuir medo sobre a prática/expressão de determinada conduta. Quanto ao gênero, é uma esfera mais complexa de ser explicada, porque o gênero é uma construção social que se desenvolve através da percepção dos sexos (feminino e masculino).

Érica Canuto (2021) em uma citação de Joan Scott aborda que o gênero vem de uma construção social e não necessariamente está definida pela determinação do gênero biológico, mas sim por reflexos de processos de socialização vivenciados, que são extrínsecos aos corpossexuados.

Tratando da violência de gênero contra a mulher, a estimativa global da OMS (Organização Mundial de Saúde) é que em 2017, uma a cada 3 mulheres foram vítimas de violência física ou sexual em algum momento da vida. O dado é considerável e mostra como os primórdios da socialização ainda afetam a sociedade atual, porque é claro o entendimento que as relações sociais entre homens e mulheres foram construídas em um momento de disputa política que sempre tendia a privilegiar homens.

Ademais, é importante ressaltar que existe violência de gênero contra outras

minorias, inclusive homens que estejam nessa posição, visto que de uma maneira geral, ao ser homem ou mulher é estabelecido permissões, negações e diferenciações de acesso aos recursos sociais.

Nesse sentido, Simone Beauvoir (1980) trouxe uma afirmação que chocou a sociedade ao afirmar que ninguém nasce mulher, mas torna-se mulher a partir de construções sociais impostas à classe e que são reiteradas culturalmente para que não haja comportamentos desviantes. Com isso, há o início de uma justificativa para a existência de imposições do homem sob a mulher, porque as agressões são justificadas pelos gestos, comportamentos e preferências adotados por aquela mulher que deveria ser submissa.

Quanto aos atos violentos propriamente ditos, o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) define de maneira mais ampla quais são os tipos de violência que podem ocorrer, englobando então: violência contra a mulher, violência de gênero, violência doméstica, violência familiar, violência física, violência institucional, moral, patrimonial, psicológica e sexual.

A violência contra a mulher seria qualquer conduta de ação ou omissão, mediante discriminação, agressão ou coerção contra a vítima, que obrigatoriamente é uma mulher, causando dano, morte, constrangimento, sofrimento físico, ou outro, podendo ser em um ambitoprivado ou público.

Entende-se que a violência contra a mulher está dentro da violência de gênero, podendo se ramificar na violência doméstica, familiar, ou institucional e por fim, entra na previsão da Lei Maria da Penha, que estipula 5 tipos de violência: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. A primeira delas seria a violência física, sendo a mais fácil de ser definida, porque é entendida como qualquer conduta que venha a ferir a integridade ou saúde corporal.

A violência psicológica encontra entraves quanto à comprovação, mas o texto da Lei 11.340/2006 é bem explicativo, determinando que essa modalidade de agressão é caracterizada por qualquer conduta que cause dano emocional que promova a diminuição da autoestima, afetando ações, comportamentos, crenças e decisões, em virtude de ameaças, coerção e manipulações sofridas, além de imputar à vítima limitações e exploração de seus direitos.

Na medida que a violência psicológica é difícil de ser percebida, a violência sexual não encontra a mesma problemática, porque é entendida como qualquer

conduta que venha a constranger a presenciar, ou forçar a participar de uma relação sexual não desejada e nesses casos, geralmente há o uso da força. Ainda há outras situações que são previstas, como induzir a comercializar material sexual, negar-se ou impedir de usar algum método contraceptivo, bem como forçar ao casamento, gravidez ou aborto através de chantagens e manipulações.

Por fim, vem a violência patrimonial e a moral, sendo a primeira classificada por qualquer conduta que configure a retenção, subtração, destruição parcial ou total do patrimônio pessoal da vítima, e a segunda é a configuração de práticas com calúnia, difamação ou injúria.

5.2 MEDIDAS QUE PODEM AUXILIAR NO COMBATE À VIOLÊNCIA

A Lei Maria da Penha tem um cunho legislativo, mas além disso se torna uma política pública por prever um conjunto de ações, programas e atividades visando cortar a existência de violência doméstica. Diante disso, uma de suas primeiras previsões propõe um conjunto de ações articuladas entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios para garantir à mulher direitos constitucionais básicos.

Abordando primeiramente essa integração, ela começa pela ação operacional entre as Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher, Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, que irão atuar em conjunto para garantir os direitos e a devida proteção em casos de proposição de ação. Essa coesão entre os quatro começa no momento em que há a denúncia e segue através da ação proposta pelo Ministério Público em um juizado especializado e, caso a vítima seja hipossuficiente, precisará ser constituído um Defensor Público. Nesse cenário, os três órgãos precisam estar em sintonia, visto que defendem o mesmo interesse: garantir à parte ofendida a máxima assistência e proteção.

Além da medida integrativa, é dever do Estado promover estudos, pesquisas estatísticas e informações relevantes para poder sistematizar dados, unificá-los e a partir disso ser feito um balanço geral da perspectiva nacional sobre o tema. Seguindo a linha da promoção de estudos, o Estado também precisa investir em comunicação social, buscando romper barreiras sociais quanto à violência doméstica e familiar, promover campanhas educativas de prevenção e capacitar órgãos policiais para melhor atender às necessidades da vítima violentada.

Dito isso, ressalta ainda outras abordagens que a Lei Maria da Penha explicita, como as medidas protetivas de urgência e a imputação de um crime a quem descumprir a medida protetiva aplicada de urgência. Dentre essas medidas, encontram-se: a decisão do juiz proferida em no máximo 48h, comunicação para que o Ministério Público adote o que for cabível, suspensão de posse ou restrição no porte de arma pelo agressor, afastamento do lar, ou local de convivência entre as partes, proibição para aproximação da ofendida e prestar alimentos provisórios ou provisionais.

No dia a dia de quem trabalha com violência doméstica, as medidas previstas na lei especializada são altamente utilizadas, justificando assim sua modernidade e seguridade, entretanto, enfatiza que a mudança para coibir completamente os atos violentos vai além de afastar o agressor. Por exemplo, a integração operacional entre o Poder Judiciário, MP e DP, conforme artigo 8º, I, Lei 11.340/2006, é atingido com facilidade, porque outros Códigos e leis de organização judiciária vão prever isso, mas e quanto a promoção de pesquisas, estudos e percepção de dados nacionais anuais sobre violência doméstica? E quanto à realização de campanhas educativas de prevenção, que atualmente são voltadas ao público escolar, mas poderiam abarcar a sociedade como um todo? Ou melhor, e a capacitação permanente da polícia, que é quem primeiro irá receber a vítima de violência?

Não é difícil concluir que tais práticas mudam além do cenário pessoal da vítima, elas podem ser capazes de modificar a forma que a sociedade enxerga a violência doméstica e evitar muitos casos.

Dito isso, considerando que é dever da família, sociedade e poder público criar condições para haja a garantia dos direitos à vida, saúde, segurança, alimentação, acesso à justiça e outros, elenca as medidas que podem solidificar uma sociedade livre de violência contra a mulher: ampla divulgação dos estudos realizados sobre as causas, consequências e frequência da violência doméstica; implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, porque de acordo com dados divulgados pela BBC News, apenas 8% dos municípios brasileiros possuem delegacias da mulher; realização de campanhas educativas em um caráter mais amplo, para que haja uma conscientização em toda a sociedade, e não somente para o público escolar; promoção constante de programas educacionais que disseminem valores éticos e promova a prevenção, semelhante ao PROERD, que ocorre em escolas de todo o Brasil;

medidas de afastamento mais incisivas, para que o contato da vítima com o agressor seja inexistente; julgamento célere dos processos, para que haja uma definição rápida do novo contexto social da vítima; maior seguimento dos artigos da lei, dentre eles o de julgamento e execução de causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica em um processo unificado tramitando nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Por fim, demonstra que as medidas supracitadas são com base nas previsões da Lei Maria da Penha, que podem tornar-se mais recorrentes, visto que embora o problema da violência tenha origem cultural, os agressores precisam passar por um processo de reflexão para entender que aquilo é violência. Já a sociedade, por sua vez, precisa vivenciar o processo de atenção e cuidado para com as vítimas, bem como a educação sobre o tema, porque quando há o aprendizado sobre, é mais fácil identificar cenários vivenciados na rua, em casa, trabalhoe demais ambientes frequentados.

6. PROCESSO DE DIVÓRCIO NAS VARAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

6.1 O TRÂMITE EM UMA AÇÃO DE DIVÓRCIO QUE HÁ VIOLÊNCIADOMÉSTICA

O processo de divórcio judicializado, que é o que de fato interessa para a pesquisa, é proposto através da petição inicial protocolada em uma Vara de Família e Sucessões da comarca competente para julgamento. Em tal petição, será fundamentado se há a vontade da parte em realizar audiência de conciliação, de forma que é importante mencionar que para não haver a realização de audiência, as duas partes precisam manifestar expressamente que não tem interesse em conciliar.

Evidentemente, um caso de violência doméstica é incompatível com a conciliação, porque o comparecimento da vítima e seu agressor em um mesmo ambiente é dispendioso, sofrido e arriscado, de forma que essa fase processual é abandonada. Entretanto, ainda que traga malefícios, o CPC diz em seu artigo 694 que nas ações de família haverá esforços empreendidos para a solução consensual da controvérsia e se houver requerimento das partes, o processo pode ser suspenso para que haja mediação extrajudicial ou atendimento multidisciplinar.

Oportunamente, menciona que se houver medida protetiva aplicada em favor da

mulher em situação de violência doméstica, não há obrigação no comparecimento na audiência, bem como é importante que seja mencionado no processo que há uma situação de violência doméstica, mesmo não havendo medida protetiva aplicada.

Outrossim, desenvolvendo especificamente o processo de divórcio quando há violência, a lei 13.894/19 foi de encontro à Lei Maria da Penha, acrescentando o artigo 14-A e enfatizando que a ofendida tem a opção de propor a ação de divórcio ou de dissolução da união estável em um Juizado de Violência Doméstica e Familiar. Ou seja, podem haver dois processos distintos tramitando: uma ação penal pública proposta pelo Ministério Público no Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar e uma ação de divórcio, como pode ocorrer a unificação caso essa seja a vontade da vítima.

Em conformidade com o parágrafo único do artigo 698 do CPC, incluído pela lei 11.340/2006, a participação do Ministério Público é obrigatória na ações de família quando for parte uma vítima de violência doméstica, de forma que o MP estará figurando nas duas ações, em uma como autor (ação penal pública) e em outro como terceiro interessado (ação de divórcio, ou outra que envolve família).

Portanto, entende-se que o trâmite de uma ação de divórcio pode ocorrer em conjunto com a ação que discutirá as agressões sofridas, de acordo com o artigo 14-A da Lei Maria da Penha e posicionamento do STJ, mas há o entrave na execução disso em alguns estados, como no Rio Grande do Norte, que a lei de organização judiciária tem um entendimento distinto. Ademais, relata a importância da participação do MP nas ações, caso ocorram separadas, porque a mulher está em situação de vulnerabilidade e estará atuando como fiscal da ordem jurídica.

6.2 COMPETÊNCIA DE JULGAMENTO

Quanto à competência, há um entendimento coeso entre leis e jurisprudências, mas a execução não acompanha tais definições, porque ao passo que a Lei Maria da Penha diz uma coisa, a lei 13.894/2019 e o STJ tem entendimento que acompanham o que prevê a Maria da Penha, o texto da lei de organização judiciária não é expreso quanto à isso.

A Lei Maria da Penha é expressa em seu artigo 14:

Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser

criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Pelo entendimento do STJ:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA EM TRÂMITE JUNTO À VARA ESPECIALIZADA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. ART. 14, DA LEI Nº 11.340/06. COMPETÊNCIA HÍBRIDA. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO PELO JDFM. ACÓRDÃO

ESTADUAL MANTIDO. RECURSO IMPROVIDO. 1. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da justiça ordinária têm competência cumulativa para o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do art. 14, da Lei nº 11.340/06. Negar o julgamento pela Vara especializada, postergando o recebimento dos provisionais arbitrados como urgentes, seria não somente afastar o espírito protetivo da lei, mas também submeter a mulher a nova agressão, ainda que de índole diversa, com o prolongamento de seu sofrimento ao menos no plano psicológico. Recurso especial não provido. (REsp XXXXXMIT. Rel. Ministro MOURA RIBEIRO. TERCEIRA TURMA.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DIVÓRCIO DISTRIBUÍDA POR DEPENDÊNCIA À MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA PREVISTA NA LEI

N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). 1. COMPETÊNCIA HÍBRIDA E CUMULATIVA (CRIMINAL E CIVIL) DO "JUIZADO" ESPECIALIZADO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. AÇÃO CIVIL ADVINDA DO CONSTRANGIMENTO FÍSICO E MORAL SUPOSTO PELA MULHER NO ÂMBITO FAMILIAR E DOMÉSTICO. 2. POSTERIOR EXTINÇÃO DA MEDIDA PROTETIVA. IRRELEVÂNCIA PARA EFEITO DE MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA. 3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. O art. 14 da Lei n. 11.340/2006 preconiza a competência cumulativa (criminal e civil) da Vara Especializada da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para o julgamento e execução das causas advindas do constrangimento físico ou moral suportado pela mulher no âmbito doméstico e familiar. 1.1 A amplitude da competência conferida pela Lei n. 11.340/2006 à Vara Especializada tem por propósito justamente permitir ao mesmo magistrado o conhecimento da situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, permitindo-lhe bem sopesar as repercussões jurídicas nas diversas ações civis e criminais advindas direta e indiretamente desse fato. Providência que a um só tempo facilita o acesso da mulher, vítima de violência familiar e doméstica, ao Poder Judiciário, e confere-lhe real proteção. 1.2. Para o estabelecimento da competência da Vara Especializada da Violência Doméstica ou Familiar Contra a Mulher nas ações de natureza civil (notadamente, as relacionadas ao Direito de Família), imprescindível que a correlata ação decorra (tenha por fundamento) da prática de violência doméstica ou familiar contra a mulher, não se limitando, por conseguinte, apenas às medidas protetivas de urgência previstas nos arts. 22, incisos II, IV e V; 23, incisos III e IV; e 24, que assumem natureza civil. Tem-se, por relevante, ainda, para tal escopo, que, no momento do ajuizamento da ação de natureza cível, seja atual a situação de violência doméstica e familiar a que a demandante se encontre submetida, a ensejar, potencialmente, a adoção das medidas protetivas expressamente previstas na Lei n. 11.340/2006, sob pena de banalizar a competência das Varas Especializadas. 2. Na espécie, a ação de divórcio foi promovida em 16/6/2013, em meio à plena vigência de medida protetiva de urgência destinada a neutralizar a situação de violência a que a demandante encontrava-se submetida, a ensejar a pretensão de dissolução do casamento. Por consectário, a posterior extinção daquela (em

8/10/2013), decorrente de acordo entabulado entre as partes, homologado pelo respectivo Juízo, afigura-se irrelevante para o efeito de se modificar a competência. 3. Recurso Especial provido. (REsp 1496030/MT, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 19/10/2015)

Com tais posicionamentos, entende-se ser viável a competência híbrida do juizado especial de violência doméstica, porque já ocorreu esse elastecimento de competência, bem como essa cumulação surge para que as vítimas não tenham limitações no processo e o juiz que irá julgar o processo de divórcio tenha conhecimento amplo da causa.

Em adequação mais recente pela lei nº 13.894/19 : “Art. 14-A. A ofendida tem a opção de propor ação de divórcio ou de dissolução de união estável no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.”

A Lei Complementar nº 643/2018, que regula a organização judiciária do Estado do Rio Grande do Norte prevê:

1º a 3º Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher: Por distribuição, processar e julgar as causas a que se refere a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Nos dias úteis: tomar conhecimento e apreciar o auto de prisão em flagrante encaminhado na forma do art. 306, § 1º, do Código de Processo Penal, e sobre ele adotar as providências que entender cabíveis; proferir a decisão a que se refere o art. 310 do Código de Processo Penal; e presidir, na Comarca de Natal, a audiência de apresentação do preso em relação às Comarcas de Natal, Parnamirim, Macaíba, São Gonçalo de Amarante, Extremoz e Ceará-Mirim, sem prejuízo dos plantões judiciários diurnos e noturnos, estabelecidos pela Corregedoria Geral de Justiça.

No contexto supracitado, tal lei não modifica o texto da Lei Maria da Penha, que já estipula no artigo 14 a possibilidade do juizado especializado ter competência cível e criminal nos casos em que houver violência doméstica, mas impossibilita uma abrangência maior deste artigo.

Seguindo a linha de raciocínio do julgamento do Recurso Especial, essa amplitude de competência tem o propósito de permitir ao magistrado o conhecimento amplo da situação de violência doméstica, bem como proporcionar a essa mulher um acesso facilitado à justiça. Na sequência, é importante enfatizar que poucos critérios devem ser observados para o elastecimento de competência, sendo o principal deles que a correlação das ações surja do cenário de violência doméstica.

Portanto, há três posicionamentos favoráveis à cumulação dos processos, mas

em razão do texto não ser claro quanto à competência, atualmente é adotado no RN a separação processual e em razão disso, é obrigatório que na ação de divórcio seja informado os casos de violência, bem como o número de outros processos que estiverem em tramitação.

7. CONCLUSÃO

A violência doméstica é uma realidade que foi perpassada geração após geração, na grande maioria dos casos como uma forma de educação e de dever ser. O homem nasce com imposições e ao casar, tem o dever de conter sua esposa para o caminho certo. A esposa, por sua vez, tem a obrigação de proporcionar ao marido a melhor casa, melhores filhos e melhores comidas, estando sempre na posição de ser domesticada.

Tal cenário fez parte de Grécia e Roma na Idade Antiga, esteve presente na Idade Média com a ascensão do direito canônico, chegou à Idade Moderna com os grandes estados nacionais e ainda que fosse oportunizado às mulheres o direito de trabalhar, nada aconteceria sem autorização do marido. No Brasil, esteve presente na Monarquia, República Velha e somente na redemocratização do Brasil, pela Constituição Federal de 1988, que os direitos foram amplamente modificados e começou-se a falar em igualdade, ainda que de forma rebuscada.

Como bem fundamentado no texto, apenas com a igualdade entre homens e mulheres prevista no texto constitucional que ocorreram avanços no Código Civil, mudando completamente o instituto do casamento e do divórcio e resgatando a figura feminina de um cenário opressor, misógino e que prezava pela domesticidade do indivíduo, ao invés da liberdade.

A Lei Maria da Penha surge em 2006 após anos de luta, como uma forma de enfatizar ainda mais a equiparação dos sexos, trazendo uma discriminação positiva e que corrige anos de desigualdade. Inclusive, nessa perspectiva, os ministros do STF reconhecem a Lei Maria da Penha como principal garantidora dos direitos da mulher e forma máxima de proteção, estando em consonância com a constituição e promovendo uma reação eficaz do Estado.

Ainda visualizando pela ótica da Lei Maria da Penha, ela institui como medida integrada de promover a capacitação permanente de profissionais que lidem

diretamente com a violência de gênero e de uma forma clara, a elasticidade da competência é uma forma de enfatizar essa capacitação, porque o processo de divórcio proveniente de violência doméstica, ao tramitar em uma Vara de Violência Doméstica e Familiar, estaria nas mãos de alguém com mais legitimidade em prol da proteção à mulher.

Unificar tais ações é uma forma de economia processual, porque a proposição é para que o divórcio seja concedido liminarmente como uma medida protetiva de urgência, razão pela qual é viável que a mulher não precise estar submetida a outro julgamento, audiência e que acabam por ampliar o contato com o agressor.

Ainda menciona que o intuito de uma medida protetiva de urgência é proteger a integridade ou a vida de uma vítima, então sendo o divórcio homologado junto com outras medidas, garante a proteção patrimonial e a própria vida, porque cessará quase que por completo o vínculo com o agressor. Com os fatos expressos, reforça que a vara de violência teria competência para decretar o divórcio, se manifestar quanto às medidas cautelares e de urgência necessárias, mas a questão da partilha de bens, guarda de filhos, alimentos, permaneceriam na competência da vara especializada de família.

Ademais, é importante se atentar ao fato de que existem outras questões por trás, porque sendo a vítima encaminhada para uma Vara de Família e Sucessões para pleitear o divórcio, sendo ela assistida pela Defensoria Pública, ela estará ao lado do mesmo defensor? Ou então, há uma garantia expressa de que o processo que tramita no Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar será amplamente conhecido, como aconteceria se estivessem sendo julgados juntos? No fim, entende-se claramente que a omissão da competência na lei de organização judiciária pelo elastecimento de competência é danoso tanto para vítima, quanto para o judiciário, que precisa demandar mais recursos para suprir os interesses das partes.

Por último, conclui-se que a competência cumulativa de matéria cível e criminal dos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar seria restrita às medidas protetivas de urgência, englobando em tais medidas protetivas o divórcio concedido liminarmente, promovendo então direitos já garantidos, como a arguição de que em nenhuma hipótese a mulher terá contato direto com o investigado e pessoas relacionadas, proteção patrimonial, física e moral. Outrossim, a pesquisa pugna por um texto mais expresso quanto à essa medida tão necessária para garantia

dos direitos já expressos.

REFERÊNCIAS

DE MIRANDA, Bruna Woinorvski; PREUSS, Lislei Teresinha. As silhuetas da violência contra mulher em tempos de pandemia. **Sociedade em Debate**, v. 26, n. 3, p. 74-89, 2020. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=AS+SILHUETAS+DA+VIOL%C3%8ANCIA+CONTRA+MULHER+EM+TEMPOS+DE+PANDEMIA&btnG=. Acesso em: 13 mar. 2022.

QUEM É MARIA DA PENHA, Instituto Maria da Penha, 2018. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em: 07 abr. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, A trajetória do divórcio no Brasil: A consolidação do Estado Democrático de Direito, **JusBrasil**, 2010. Disponível em: <https://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/2273698/a-trajetoria-do-divorcio-no-brasil-a-consolidacao-do-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 09 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de Agosto de 2006**. Institui a Lei Maria da Penha. Acesso em: 03 abr 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Acesso em: 27 de abril de 2022.

O QUE significa casamento. Google – Definição de Oxford Languages. Disponível em: <https://www.google.com/search?q=o+que+significa+casamento&biw=958&bih=919&sxsrf=ALiCzsavcMPfv0dFSGoIB-PEJuRIvrv7nQ%3A166>. Acesso em: 12 nov. 2022.

CASAMENTO civil no brasil completa 127 anos inovando e atendendo aos anseios da população – Associação dos Notários e Registradores do Tocantins. Disponível em: <https://anoregto.com.br/noticia/casamento-civil-no-brasil-completa-127-anos-inovando-e-atendendo-aos-anseios-da-populacao/140>. Acesso em: 13 nov. 2022.

BRASIL, **Código Civil (1916)**, Livro I - Do direito de família. Disponível em: [L3071impressao \(planalto.gov.br\)](http://l3071impressao.planalto.gov.br). Acesso em: 13 nov. 2022.

SANTOS, Rahelle. Politize. **O que é violência de gênero e como se manifesta?**. Disponível em: <https://www.politize.com.br/violencia-de-genero-2/#:~:text=A%20viol%C3%AAncia%20de%20g%C3%AAnero%20se,de%20g%C3%AAner%20o%20ou%20orienta%C3%A7%C3%A3o%20sexual>. Acesso em 23 nov. 2022.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da Rocha. **Introdução ao Direito de Família**. São Paulo: Editora Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Thomson

Reuters, Revista dos Tribunais, 2013.

CANUTO, **Érica**. Princípios especiais da Lei Maria da Penha. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

BRASIL, **Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc_09-77.htm. Acesso em: 14 nov. 2022.

BRASIL, **Ação Direta de Inconstitucionalidade**: ADI 4277 DF. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/20627236>. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL, **Lei nº 13.894, de 29 de outubro de 2019**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20192022/2019/lei/L13894.htm. Acesso em: 19 nov. 2022.

RIO GRANDE DO NORTE, **Lei complementar nº 643, de 21 de dezembro de 2018**. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/rn/lei-complementar-n-643-2018>. Acesso em: 19 nov. 2022.

IDADE NÚBIL: ANÁLISE DOS IMPACTOS DA LEI 13.811/19 SOBRE O ART. 1520 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Beatriz Cunha de Menezes¹

Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes²

RESUMO

O presente trabalho versa sobre as mudanças ocasionadas pela vigência da Lei 13.811 de 12 de março de 2019, referente às mudanças trazidas no Código Civil de 2002, bem como o seu impacto para a diminuição dos casamentos entre jovens menores de dezesseis anos. Tem-se como objetivo geral deste artigo fazer uma análise acerca das mudanças sofridas, pelo mencionado dispositivo, e, ainda - de maneira mais específica - pretende-se demonstrar seus impactos inexpressivos. Na problemática, é trazido o questionamento de quais são as mudanças necessárias, na legislação, para proibir definitivamente o casamento infantil, no Brasil. Estuda-se a partir do método dedutivo, pois há uma análise das mudanças provocadas pela lei, e, alterações anteriores feitas no artigo do Código Civil. Por fim, observa-se que a Lei n.º 13.811 não inovou, pois o artigo 1.520 já se encontrava - tacitamente - revogado, sem nenhuma aplicabilidade, o que foi devidamente constatado no decorrer do artigo. Conclui-se que, ainda é possível o casamento infantil, no Brasil, porque não houve nenhuma mudança significativa em outros artigos importantes para proibir, de vez, essa celeuma.

Palavras-chave: Casamento. Capacidade. Autonomia. Casamento infantil.

ABSTRACT

The present paper is about the changes caused by the effectiveness of Law 13.811 of March 12, 2019, referring to the changes brought to the Civil Code of 2002, as well as its impact on the decrease of marriages between young people under

¹ Acadêmica do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN.

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN. E-mail: rosangela.mrm@hotmail.com.

sixteen years of age. The general objective of this article is to analyze the changes brought about by the aforementioned device, and more specifically, to demonstrate its inexpressive impacts. In the problematic area, the question of what measures are necessary in the legislation to definitively prohibit child marriage in Brazil is brought up. The study is based on the deductive method, since there is an analysis of the changes brought about by the law and previous changes made to the Civil Code article. Finally, it is observed that Law 13,811 did not innovate, because article 1,520 was already tacitly revoked, without any applicability, which was duly verified during the course of the article. We conclude that child marriage is still possible in Brazil, because there has been no significant change in other important articles to prohibit this stir once and for all.

Keywords: Marriage. Capacity. Autonomy. Child marriage.

1 INTRODUÇÃO

A criação e a vigência da Lei n.º 13.811, de 12 de março de 2019, trouxeram consequências positivas para o âmbito civil, com principal enfoque - no tocante à idade núbil - e, a capacidade de contrair o matrimônio. À princípio, a lei traz uma nova redação ao art. 1520 do Código Civil, o novo conteúdo disserta que não será mais permitido, em qualquer hipótese, o casamento de quem não atingiu a idade núbil.

Todavia, ao ser fazer uma análise profunda da nova norma, percebe-se que poucas inovações, no que tange o casamento infantil (que era o que a Lei tinha pretensão de acabar).

É um trabalho interdisciplinar que traça um diálogo entre a esfera civil e penal, e que traz o questionamento de quais são as mudanças necessárias - na legislação - para proibir, definitivamente, o casamento infantil, no Brasil.

Isso posto, o artigo tem como objetivo geral a análise das inovações trazidas pela Lei 13.811/12, no Código Civil, em seu art. 1.520, buscando gerar o entendimento de que, sendo o casamento infantil terminantemente proibido no Brasil, nos resta apenas respeitar os ditames legais e compreender os limites da jurisdição brasileira, à respeito da idade núbil.

Outrossim, através da pesquisa bibliográfica, que utiliza como base livros e artigos científicos, e da pesquisa eletrônica - em fontes confiáveis-, foram elaborados comparativos antes da sanção da Lei 13.811/12 e após a aplicação desta, empregando-se então o método de abordagem dedutivo, já que haverá uma análise das mudanças provocadas pela lei no artigo.

Ademais, o trabalho está estruturado em quatro tópicos. O primeiro abarca os aspectos históricos breves sobre o instituto do casamento, os quais são imprescindíveis para assimilar acerca da importância que possui o instituto no ordenamento jurídico. Nesse primeiro momento, faz-se uma linha temporal condensada com o caminho trilhado e transformações sofridas pelo casamento, sob uma perspectiva jurídica. Assim, busca-se demonstrar as mutações sofridas - pela instituição - do seu início até os dias hodiernos.

O segundo tópico adentra na questão da personalidade e capacidade civil. Nesse tópico, trata-se de uma breve panorâmica da disponibilidade sobre esses direitos que são essenciais para a análise da problemática. Além do mais, é feita uma conceituação desses dois termos para que se possa compreender quando esses serão tratados sob a ótica do tema principal: proibição.

No terceiro tópico, é tratada a problemática deste artigo. Preliminarmente, trata-se, de forma contextualizada, das mudanças que a norma sofreu antes da lei que é objeto do artigo, e, em seguida, é trazida o artigo do Código Civil, com a nova redação dada pela lei. Dito isso, inicia-se a análise das mudanças trazidas pela redação, utilizando os pressupostos legais da coesão e coerência, são obrigatórios no complexo de normas brasileiras. Sincronicamente, disserta-se acerca de possíveis inovações legais, no tocante à proibição do casamento infanto-juvenil.

No tópico quatro, é examinado o limite da equiparação normativa entre a união estável e o casamento. Principalmente, no que compete ao vínculo matrimonial firmado entre indivíduos menores de 18 (dezoito) anos, debatendo-se até que ponto essa nova Lei de proibição pode ser aplicada, no âmbito da união estável.

Por fim, esse estudo é de suma importância, uma vez que se busca entender os novos ditames legais, postos diante da capacidade matrimonial, também, como isso afeta a proibição dos casamentos e uniões estáveis infanto-juvenis, no Brasil. Por tais motivos é justificável a análise dessa alteração legislativa com o propósito de

verificar até que ponto a nova norma inovou.

2 CASAMENTO

O casamento é uma das mais antigas instituições do mundo. No Brasil, esse instituto chega com os colonizadores portugueses e começa a tomar forma em 1859, quando D. Pedro II, Imperador, havia começado a estruturar uma possível codificação das leis civis, porém, foi interrompido por causa de contratempos, por parte do codificador Augusto Teixeira Freitas.

Em conformidade com o exposto, destaca Venosa (2004) que a legislação portuguesa exerceu – logicamente - o papel de fonte do direito brasileiro; tendo o Brasil vivido mais de três séculos como colônia, é natural que as tradições lusitanas e brasileiras sejam comuns.

Segundo Lôbo (2021), no Brasil, antes da Proclamação da República, o casamento era – exclusivamente - religioso, regido pelo direito canônico. Não apenas com relação à celebração, mas no que concernia a seus efeitos. O cristianismo, desde sua fundação, chamou a si o casamento, tornando-o sacramento.

Em 24 de janeiro de 1890, o Marechal Manoel Deodoro da Fonseca promulgou a lei sobre o casamento civil, por meio do Decreto nº 181. Essa legislação alterou a visão que os operadores do direito tinham sobre o casamento, uma vez institucionalizado, foi a primeira tentativa de tirar a perspectiva religiosa católica do ato e dando-lhe um atributo normativo.

Nesse sentido, reflete Campos (2009) que no decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, impôs que a secularização do casamento pode ter incursões sobre a família, o casamento, os filhos, as relações conjugais, o separar-se. Nele, afirmava-se que o casamento civil era o único a legitimar a família e os filhos, anteriormente nascidos de um dos contraentes com o outro e que a sua quebra era de responsabilidade do Estado republicano.

Outrossim, para Lôbo (2021), o Governo Provisório regulamentou o casamento civil, expressando a separação entre Estado e Igreja - postulada pela República – e, negando qualquer efeito ao casamento religioso. O Decreto n. 181 chegou ao extremo de proibir a celebração religiosa do casamento, punindo com prisão de seis meses o ministro de confissão religiosa que o fizesse. Somente a

autoridade civil estava autorizada a celebrar o casamento.

Somente em 1916, é que o casamento se consolidou - em legislação codificada - com o Código Civil de Clóvis Beviláqua. Por esse viés, por mais que o Código tivesse inovado, na época, ao tratar o casamento como uma norma da legislação brasileira, ainda era possível se perceber fortes resquícios da mistura dos costumes católicos-cristãos coma lei vigente em 1916.

De modo que, o casamento ainda não carregava o caráter laico, estava enraizado - na cultura da época - como um sacramento religioso católico, no qual era tradição a noiva entrar de branco na igreja, e, os nubentes declararem seus votos na frente do sacristão. Ou seja, as pessoas não queriam se casar em cartórios e continuavam, em massa, se casando nas igrejas católicas.

Também, a idade mínima para contrair matrimônio era de vinte e um anos, já que a maioridade civil nessa época era de 21 anos, art. 6³ do Código de 1916. Todavia, poderiam se casar menores dessa idade, se tivessem a autorização dos pais, como consta o art. 185⁴ desse mesmo dispositivo legal.

A figura do pai se fazia presente até na hora do casamento, já que poderiam interferir na escolha do cônjuge, até no ato propriamente dito, como consta no art. 186⁵ do Código de 1916, em que se houvesse discordância eles os pais de um dos nubentes, iria prevalecer a vontade paterna.

Nesse viés, Dias (2006) diz que o Código de 1916 retratava a sociedade da época, marcadamente conservadora e patriarcal. Assim, só podia consagrar a superioridade masculina. Transformou a força física do homem, em poder pessoal, em autoridade, outorgando-lhe o comando exclusivo da família. Por isso, a mulher ao casar perdia sua plena capacidade, tornando-se relativamente capaz, como os índios, os pródigos e os menores. Para trabalhar precisava da autorização do marido. Dessa forma, no Código de Beviláqua se fazia muito clara e forte a presença da sacramentalidade e do patriarcado.

Para Campos (2009), o que estava acontecendo era uma luta entre

³ Código Civil de 1916. Art. 6º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I – os maiores de dezesseis e os menores de vinte e um anos; (...)

⁴ Código Civil de 1916. Art. 185. Para o casamento dos menores de vinte e um anos, sendo filhos legítimos, é mister o consentimento de ambos os pais.

⁵ Código Civil de 1916. Art. 186. Discordando deles entre si, prevalecerá a vontade paterna, ou, sendo o casal separado, divorciado ou tiver sido o seu casamento anulado, a vontade do cônjuge, com quem estiverem os filhos. Parágrafo único. Sendo, porém, ilegítimos os pais, bastará o consentimento do que houver reconhecido o menor, ou, se este não for reconhecido, o consentimento materno.

Estado e Igreja, na busca de conseguir maior influência e dinâmica no interior das leis que se formavam, porquanto o direito de família trazia disposições que envolviam tensões múltiplas, e em que interesses de um e outro grupo social promoviam disputas acirradas que se localizavam na atuação dos jogos de poder e envolviam aspectos da vida familiar que predominariam até o próximo direito de família.

Os princípios da laicidade e da isonomia - com o advento da Constituição de 1988, art. 226 § 5º⁶, se refletiram no Código Civil de 2002 - que trouxeram profundas modificações. Reflete Andrei Velloso (2004), por acolher outra concepção de sistema e estar assentado em fundamentos éticos e axiológicos, nitidamente dissonantes daqueles que embasavam o Código de 1916, consiste, de fato, em um novo código.

A princípio, o casamento, em se tratando de sua natureza, encontra-se em uma área cercada de controvérsias, se é considerado contrato ou instituição, no qual não há um consenso doutrinário acerca deste. Todavia, apesar das diversas discussões sobre a temática, “existem, pelo menos, três tipos de natureza dentro do desse instituto sendo: I- Natureza negocial; II- Natureza institucional; III- Natureza mista ou eclética promovendo uma conciliação entre as teorias antecedentes” (CHAVES; ROSENVALD, 2017. p. 179).

Já para a professora Diniz (2012), o matrimônio por ser a mais importante das transações humanas, uma das bases de toda a constituição civilizada, filia-se à teoria institucionalista, o casamento como uma instituição social. Outrossim, os efeitos jurídicos do casamento também estão dentro do Código Civil, nos seus arts. 1.565⁷ e 1.566⁸, esses são gerados a partir do momento em que a norma elenca direitos e deveres e se constitui por três esferas: a social, pessoal e patrimonial.

Dessa feita, a característica primordial do casamento, por se tratar de ato

⁶ Constituição Federal de 1988. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...) § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

⁷ Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro.

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

⁸ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos.

personalíssimo, é ampla liberdade de escolha dos nubentes, por dizer respeito a um interesse fundamental da pessoa humana, reconhecido pelo art. 16^o da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Ademais, no ditame das suas características como instituição normativa, o doutrinador Gonçalves (2012) vai trazer a abordagem que o casamento é ato solene; as normas que o regulamentam são de ordem pública; estabelece comunhão plena, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges; não comporta termo ou condição; permite liberdade de escolha do nubente.

Essa liberdade de escolha tratada pelo autor é limitada, esse limite é dado pela capacidade matrimonial. Para Dias (2015) a idade núbil acontece aos 18 (dezoito) anos, com a maioridade completa. A partir dessa idade as pessoas podem livremente casar e escolher o regime de bens.

Contudo, é permitido o casamento a partir dos 16 (dezesesseis) anos¹⁰. Vale salientar que a incapacidade para o casamento e impedimento matrimonial são conceitos distintos. Isso fica exposto ao observarmos o Código Civil, em seus arts. 1.521,¹¹ em que são listados os impedimentos (quem não pode se casar) e o 1.523¹² que trata das cláusulas suspensivas (quem não deve se casar).

⁹ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Art. 16^o. A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião. Durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos têm direitos iguais. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos futuros esposos. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado.

¹⁰ Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631.

¹¹ Art. 1.521. Não podem casar:

- I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
- II - os afins em linha reta;
- III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
- V - o adotado com o filho do adotante;

- VI - as pessoas casadas;

- VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

¹² Art. 1.523. Não devem casar:

- I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;
- II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;
- III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;
- IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

Em harmonia com o tema, o doutrinador Gonçalves (2012) diz que a incapacidade significa a inaptidão do indivíduo para se casar, com quem quer que seja, como sucede no caso do menor de 16 anos, da pessoa privada do necessário discernimento e da já casada. Ainda de acordo com esse mesmo autor, o impedimento se funda, todavia, na ideia de falta de legitimação, trazida da seara do direito processual para o direito civil.

No próximo ponto deste trabalho, a análise será a respeito dos direitos da personalidade e sua trajetória histórica como princípio normativo, com enfoque na capacidade jurídica.

3 CAPACIDADE

É impossível tratar do instituto do casamento sem conhecer os direitos da personalidade, que - cada vez mais - ao longo da história, se destacam entre o meio jurídico.

No Brasil, só vieram surgir a partir da Constituição de 1988, em seu artigo 5º, X¹³, e, solidificados pela codificação civil de 2003, art. 1º¹⁴, já que o código anterior deste vigente, não abarcava esse tipo de direito pessoal e inalienável. Trata-se de direitos essenciais que emergem a partir do nascimento humano, art. 2º¹⁵, dessa forma, são direitos necessários e constituintes da esfera dos direitos naturais.

Na ótica do Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil¹⁶ e dentro desse contexto, é interessante notar que, para Cantali (2009), os direitos da personalidade são essencialmente indisponíveis, mas essa característica não é absoluta, já que o titular do direito pode, em maior ou menor medida, dispor – voluntariamente - sobre os bens protegidos por tais direitos num exercício de liberdade e autonomia que constitui também expressão da própria personalidade e da dignidade.

¹³ Constituição Federal de 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

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

¹⁴ Art. 1º. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

¹⁵ Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

¹⁶ ENUNCIADO 274 CJE, 2006. Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Nas palavras de Rosenvald e Chaves (2017), enquanto a personalidade tende ao exercício das relações existenciais, a capacidade diz respeito ao exercício de relações patrimoniais, como consta nos arts. 11¹⁷ e 12¹⁸ do Código Civil. Diante desse viés, quase que de forma fundida, a ideia de personalidade jurídica vem confusa com a capacidade jurídica. Nesse diapasão, a capacidade jurídica, trazida nos primeiros artigos do Código Civil, pode ser dividida em dois âmbitos: capacidade de direito (gozo ou aquisição) e a capacidade de fato (exercício).

Enquanto a capacidade de direito pode se aflorar a todo e qualquer momento para as pessoas físicas ou jurídicas, a capacidade de fato é só é possível sua obtenção a partir da maior idade ou com a emancipação. No que concerne à personalidade, na medida da capacidade, afirma Diniz (2010) que o Código Civil, ao prescrever que "toda pessoa é capaz de direitos e deveres", em seus arts. 1º¹⁹ e 2º²⁰, emprega o termo "pessoa" na acepção de todo ser humano, sem qualquer distinção.

Dessa feita, a junção desses dois tipos de capacidade gera a capacidade civil plena (geral). Entretanto, a capacidade de fato presume a capacidade de direito, mas a recíproca não é verdadeira. Nem todo aquele que dispõe de capacidade de direito tem a capacidade de fato.

Em relação ao Código de 1916, reflete Campos (2009), que havia ainda uma distinção dos sujeitos jurídicos - como capazes (os homens) e incapazes (as mulheres) - como se fazia nas Ordenações Filipinas. Sendo os homens, no seio da convivência conjugal, os únicos juridicamente capazes, isso significava que poderiam legalmente representar, em juízo, a si próprios, a esposa e os filhos.

Complementa Dias (2008), que, por isso, a mulher, ao casar-se, perdia sua plena capacidade, tornando-se relativamente capaz, como os índios, os pródigos e os menores. Para trabalhar precisava da autorização do marido.

Vale-se ressaltar que, com o Código de 2002, a incapacidade relativa deixou de ser na faixa dos dezesseis aos vinte e um anos, e, passou a ter limite etário nos dezoito

¹⁷ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

¹⁸ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

¹⁹ Art. 1º. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

²⁰ Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

anos, como dita o art. 5º²¹ do Código Civil. Bem como, a capacidade termina com a morte, natural ou presumida, do indivíduo.

Para Lôbo (2021) a idade núbil varia de país a país, de acordo com suas culturas tradicionais e costumes. É uma opção do legislador, tendo em conta que biologicamente a aptidão para procriar varia de indivíduo a indivíduo, do homem para a mulher, normalmente durante a adolescência. Há registros médicos de advento de menstruação em meninas com menos de 12 anos, na fase da vida que o Direito brasileiro considera criança (art. 2º do ECA) (LOBO, 2021 p. 73).

No tópico seguinte, iremos tratar de como esses dois conceitos tratados juntos ajudaram o legislador, ao longo do tempo, modificar o Código Civil, no que tange ao casamento, com enfoque no art. 1520.

4 CONSIDERAÇÕES AO ARTIGO 1520, DO CÓDIGO CIVIL

O objeto de discussão deste artigo reside na alteração do art. 1520 do Código Civil. Ao artigo supracitado, foi incluída uma nova redação oriunda da Lei nº 13.811, de 2019, que será tratada neste artigo.

4.1 ALTERAÇÕES FEITAS NO ARTIGO 1520 ANTES DA LEI 13.811

O art. 1520 do Código Civil de 2002, em sua forma original, trazia o conteúdo de que era – excepcionalmente - permitido o casamento de quem ainda não atingiu a idade núbil, nas condições ofertadas pelo art. 1.517, para evitar a imposição ou descumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez. Ou seja, o dispositivo, em questão, trazia duas possibilidades de casamento para aqueles que não tinham 18 (dezoito) anos completos.

A primeira modificação direta ocorreu em 28 de março de 2005, com a promulgação da Lei 11.106/2005²² que trouxe mudanças significativas no Código

²¹ Art. 5º. A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento; (...)

²² LEI Nº 11.106, DE 28 DE MARÇO DE 2005. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências.

Penal, passando a tratar de vítimas de atos libidinosos, indivíduos menores de 18 (dezoito) e maiores de 14 (quatorze) anos e do agente ou maior de 60 (sessenta) anos.

Dessa feita, essa norma afastou a hipótese do estupro presumido que significa: “a capacidade de compreensão e aquiescência no tocante ao ato sexual. Por isso, continua, na essência, existindo a presunção de que determinadas pessoas não têm a referida capacidade para consentir.”(NUCCI, 2018, p. 829). Ou seja, mesmo que, no caso concreto, haja consentimento para a prática do ato, pelo indivíduo menor, a pessoa ainda não atingiu o discernimento necessário para realizá-lo. O consentimento da vítima ou sua experiência, em relação ao sexo, no caso, não têm relevância jurídico-penal (Precedentes do STF, da 3ª Seção, e da 5ª e 6ª Turmas e do STJ²³).

Bem como, o entendimento é reforçado pelo Recurso Especial n. 762.044/SP (EREsp n. 762.044/SP, Rel. Ministro Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010)²⁴ e pela Súmula n. 593 do Superior Tribunal de Justiça.

Com endosso dessa mudança, a IV Jornada de Direito Civil, realizada em 2006, trouxe em seu Enunciado nº 329²⁵ o princípio jurídico da ética e moral entre o homem e a mulher fora da idade núbil. Antes desse enunciado, ilustra Tartuce (2020), no caso de um rapaz de 18 anos que tivesse relação sexual com uma menina de 13 anos, sua anterior namorada desde os tempos em que era menor, vindo essa a engravidar, poderia o casamento ser autorizado.

Dessa forma, cessam-se as decisões que eram fundamentadas no entendimento doutrinário de que pela gravidez já se configurava uma família, ou seja, o princípio da função social da família, antes prestigiado, passa a ficar no mesmo patamar hierárquico do Direito Penal. Resumidamente temos o quadro:

²³ STJ. Súmula n. 593. O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

²⁴ STJ. REsp n. 762.044/SP, Rel. Ministro Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010.

²⁵ IV JORNADA DE DIREITO CIVIL. ENUNCIADO Nº 329. A permissão para casamento fora da idade núbil merece interpretação orientada pela dimensão substancial do princípio da igualdade jurídica, ética e moral entre o homem e a mulher, evitando-se, sem prejuízo do respeito à diferença, tratamento discriminatório.

Quadro 1 – Mudanças nos artigos

ARTIGO 1.520 NA SUA FORMA ORIGINAL	MUDANÇAS	NOVO ENTENDIMENTO DADO AO ARTIGO 1.520
“Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou idade núbil (art. 1.517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.”	<ul style="list-style-type: none"> • Lei 11.106/2005; • Enunciado nº 329 da IV Jornada de Direito Civil. 	“Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou idade núbil (art. 1.517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez. ”

Fonte: Pesquisa, 2021.

Nesse entendimento: “Como não se poderia falar mais em extinção da punibilidade com a nova legislação, muitos doutrinadores já passaram a entender que o art. 1.520 do CC estaria revogado na parte que tratava da extinção da pena criminal”. (TARTUCE; , 2021. p. 2052). Assim, ficando somente a hipótese de se realizar casamento envolvendo pessoas sendo maiores de 14 (quatorze) anos até os 16 anos em se tratando de casos de gravidez.

Uma outra mudança foi a trazida pela Lei 12.015/2009²⁶, que faz uma reforma no Título VI da Parte Especial do Código Penal, dos crimes contra a dignidade sexual, com maior enfoque no Capítulo II que trata a respeito dos crimes sexuais contra vulnerável, em que foi caracterizado o estupro de vulnerável, art. 217-A²⁷ do Código Penal, e satisfação de lascívia, mediante presença de criança ou adolescente, art.

²⁶ LEI Nº 12.015, DE 7 DE AGOSTO DE 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores.

²⁷ Código Penal. Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

218²⁸ do Código Penal.

Sob essa óptica, para Tartuce (2021), não sendo mais a ação penal privada, não poderia o casamento funcionar como forma de perdão tácito do crime, conforme outrora era defendido. Ademais, o conceito de vulnerabilidade é jurídico, encerrando uma presunção absoluta que não pode ser mitigada.

Reflete acerca do tema Chaves (2019), ignorando a nova ambiência social, o Código Civil de 2002, malgrado tenha estabelecido a idade núbil aos 16 anos de idade, manteve (art. 1.520) uma regra concebida para o Código de 1916, autorizando o juiz a permitir o matrimônio do menor de 16 anos nos casos de gravidez e para evitar sanção penal. É bem verdade, de toda sorte, que essa segunda hipótese já estava um pouco esvaziada, em face da revogação da possibilidade de extinção de punibilidade pelo casamento da vítima (nova redação do art. 107 do Código Penal).

Foi somente em 2015, que houve o encerramento do assunto acerca da ideia da vulnerabilidade de menores. Em sede de incidente de recursos repetitivos, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, com o julgamento do REsp. 1.480.881-PI²⁹, decidiu que bastaria apenas o agente ter conjunção carnal ou praticar qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos para haver a aplicação do art. 217-A do Código Penal, mesmo que haja o consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima. Como fica demonstrado no quadro abaixo:

Quadro 2 – Novo entendimento

ARTIGO 1.520 MODIFICADO PELO ENTENDIMENTO ANTERIOR	MUDANÇAS	NOVO ENTENDIMENTO DADO AO ARTIGO 1.520
---	----------	---

²⁸ Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

²⁹ RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (STJ, Terceira Turma, REsp 1.480.881 PI, Relator(a): MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Julgado em 26 ago. 2015.)

<p>“Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1.517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.”</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Lei 12.015/2009; • REsp. 1.480.881-PI. 	<p>“Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1.517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.”</p>
---	---	---

Fonte: Pesquisa, 2021.

Dessa forma, desde 2015, o art. 1.520 do Código Civil já se encontrava, tacitamente revogado, em se tratando da conjectura de casamento envolvendo um indivíduo menor de 14 (quatorze) anos. No tópico subsequente, trataremos das alterações feitas no art. 1520 do Código Civil pela Lei de 2019.

4.2 - ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.811 NO ARTIGO 1520

Em 12 de março de 2019, foi sancionada Lei 13.811³⁰ que estabeleceu uma nova redação ao art. 1520 do Código Civil, com o intuito de suprimir as exceções legais permissivas do casamento infantil.

Isso posto, de acordo Daniel Banhos (2020), no Brasil, convencionou-se chamar de casamento infantil a espécie de matrimônio na qual um dos nubentes, pelo menos, ainda não tenha atingido a idade de dezesseis anos completos, na forma do art. 1.517 do Código Civil Brasileiro. Atualmente, a proibição a essa modalidade de casamento, no país, é expressa, graças à recente Lei nº 13.811/192, cuja única modificação promovida no Ordenamento foi direcionada ao art. 1.520 do Código Civil Brasileiro.

³⁰ LEI Nº 13.811, DE 12 DE MARÇO DE 2019. Confere nova redação ao art. 1.520 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para suprimir as exceções legais permissivas do casamento infantil.

Quadro 3 – Comparação entre Redações

REDAÇÃO ANTERIOR	REDAÇÃO POSTERIOR
Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1.517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.	Art. 1.520. Não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observado o disposto no art. 1.517 deste Código.

Fonte: Pesquisa, 2021.

Outrossim, percebe-se, que não houve nenhuma mudança substancial no art. 1520, haja vista, as mudanças anteriores feitas nele. Para Tartuce (2021), essas modificações comprovam a afirmação, no sentido de que o casamento do menor de 16 anos antes disso já não era permitido, ou seja, já era algo condenado pelo nosso sistema jurídico.

Para Dias (2019), remissão ao art. 1.517 é mais do que inútil. E a expressão "em qualquer caso" parece significar que, se for celebrado, o casamento é absolutamente nulo.

Por esse espectro, o ordenamento jurídico brasileiro, já trazia "travas" legais para impedir esse tipo de conduta. Como no caso do art. 1.517 do Código Civil, que já previa a exigibilidade da autorização de ambos os pais, ou dos representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil, daqueles que já possuírem 16 (dezesesseis) anos completos.

Também é importante frisar, que no art. 1.550 do Código Civil já existia a prerrogativa de anulação do ato, para, quando ocorresse a hipótese fática de casamento entre indivíduos que não completaram a idade mínima para se casar ou do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal. Portanto, são impedimentos específicos e não um impedimento geral como é trazido pela nova redação do 1.520.

Mister salientar, o art. 1.552, do mesmo dispositivo supracitado, em que trata que a anulação do casamento dos menores de dezesseis anos pode ser requerida pelo

próprio cônjuge menor; pelos representantes legais do menor nubente; ou pelos ascendentes daquele que ainda não atingiu a capacidade matrimonial. Por conseguinte, a norma já trazia a liberdade de escolha por parte do menor nubente, assim, dispondo de um rol taxativo específico para os legitimados para a ação anulatória.

Também, o art. 1.553 consolida que aquele que ainda não atingiu a idade núbil poderá, depois de completá-la, confirmar seu casamento, por meio de uma autorização de seus representantes legais ou com suprimento judicial. Segundo Lôbo (2019), esse casamento será convalidado legalmente, ainda que tenha sido registrado com violação do art. 1.520, será convalidado quando o cônjuge menor atingir a idade de 16 anos confirmá-lo.

“A possibilidade de convalidação, por óbvio, dar-se-á muitas vezes após a idade núbil ou mesmo a maioridade ser atingida, preservando uma família que pode estar constituída e que merece proteção, conforme o art. 226 do Texto Maior”. (TARTUCE, 2021. p 2055). Além disso, a Lei em questão tem efeitos *ex nunc*, de 2019 para frente, então os casamentos realizados, dos indivíduos que ainda não atingiram a idade núbil, antes da vigência da norma podem ser convalidados já que a lei não irá retroagir.

Ademais, o art. 1.560 que trata do prazo para ser intentada a ação de anulação do casamento, a contar da data da celebração, em seu § 1º dita que irá ser extinto, em 180 (cento e oitenta) dias, o direito de anular o casamento dos menores de dezesseis anos, contado o prazo para o menor do dia em que perfez essa idade; e da data do casamento, para seus representantes legais ou ascendentes. Portanto, mais uma “trava” legal para a questão do casamento infantil.

Conforme Lôbo (2021), tem-se, portanto, a seguinte interpretação, após o advento da Lei 13.811/2019: O casamento religioso ou civil, celebrado quando um ou ambos os nubentes contêm ou contem menos de 16 anos, não pode ser levado a registro civil. Se o for é anulável. Não é nulo porque o CC, arts. 1.550, I, considera-o apenas anulável.

Aponta ainda, o mesmo autor (2021), que a anulabilidade desse casamento depende de iniciativa dos legalmente legitimados para promovê-la, ou seja, o cônjuge menor, ou seus ascendentes ou representantes legais (CC, art. 1.552). Porém, nem estes poderão promovê-la se, do casamento, resultar gravidez (CC, art. 1.551).

Esse casamento será convalidado legalmente, ainda que tenha sido registrado com violação do art. 1.520, será convalidado, quando o cônjuge menor atingir a idade de 16 anos confirmá-lo. No tópico posterior será tratado da aplicabilidade da Lei 13.811, em uniões estáveis.

5 APLICABILIDADE DA LEI 13.811 EM UNIÕES ESTÁVEIS

A união estável se configura no art. 1.723³¹ do Código Civil “ É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Para Tartuce (2021), os requisitos, nesse contexto, são que a união seja pública, no sentido de notoriedade, não podendo ser oculta, clandestina, contínua, sem que haja interrupções e duradoura, além do objetivo de os companheiros ou conviventes de estabelecerem uma verdadeira família (*animus familiae*).

A principal diferença entre o casamento e a união estável, são as normas de constituição e as formalidades. O Enunciado 641³², da VIII Jornada de Direito Civil ditou que “Estendem-se à união estável apenas as regras aplicáveis ao casamento que tenham por fundamento a solidariedade familiar”. Também, é constitucional haver a distinção entre os dois regimes, sobretudo, quando essa diferenciação for baseada na solenidade do ato jurídico, que funda o casamento e que é ausente na união estável.

Pondera Lôbo (2019) que se tiver havido celebração sem registro civil desse casamento, ante recusa do registrador, em face do art. 1.520, será convolado em união estável, que, por sua natureza de ato-fato, não depende de registro para ser considerada entidade familiar. Sobre a restrição, afirma Dias (2015) que não existe idade mínima para a constituição de união estável, até porque não há como exigir o consentimento dos pais ou responsáveis.

³¹ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

³² ENUNCIADO 641 CJF, 2018. A decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil não importa equiparação absoluta entre o casamento e a união estável. Estendem-se à união estável apenas as regras aplicáveis ao casamento que tenham por fundamento a solidariedade familiar. Por outro lado, é constitucional a distinção entre os regimes, quando baseada na solenidade do ato jurídico que funda o casamento, ausente na união estável.

Insta Tartuce (2019) que não há qualquer dispositivo que trate da idade mínima para a sua constituição, a exemplo do que ocorre com o casamento, estando a idade núbil de 16 anos fixada, no antes citado art. 1.517 do Código Civil. Sobre a união estável, há outro comando a ser destacado, que afasta a sua caracterização em havendo impedimento matrimonial, prevendo o art. 1.727 da codificação que "as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar-se, constituem concubinato".

Calha que, o dispositivo legal não abarcou – expressamente - o instituto da união estável, faltou na norma uma especificidade ao assunto relativo à capacidade formar união estável. Todavia, o entendimento doutrinário (BANHOS 2020; TARTUCE 2019.). E da jurisprudência³³, se convergem para o uso da analogia equiparada com os critérios presentes no casamento e deixando livre o sistema jurídico para que se faça valer a autonomia da vontade privada diante da escolha de entidades.

A união estável, bem como o casamento, vem se sustentando como um negócio jurídico ou de um ato jurídico em *stricto sensu*, todavia, o problema que surge é: quais são os casos que cabem a analogia comparada e até que ponto ela pode ser usada com a condição de ato-fato jurídico, ou seja, até onde cabe um cotejamento para a situação em que a vontade do indivíduo pouco importa.

Explica Banhos (2020), ressalta-se que cada caso concreto de eventual união estável infantil deve ser merecedor de especial atenção. Afinal, da mesma maneira que o Código Civil e a Lei nº 9.278/96³⁴ garantem aos companheiros direitos como assistência moral e material, meação, alimentos, sucessão e habitação, isso não afasta a incidência de outros valores indisponíveis que compõem o Ordenamento, como a irrestrita proteção à infância e à juventude, que permeia o Estatuto da Criança e do Adolescente³⁵.

³³ TJES, Apelação cível n. 0011778-29.2010.8.08.0030, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Namyr Carlos de Souza Filho, julgado em 07.08.2012, DJES 14.08.2012. DIREITO DE FAMÍLIA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. CONFIGURAÇÃO DA UNIÃO. REQUISITOS. MENOR DE 16 ANOS. RECUSA DO GENITOR. AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS NECESSÁRIOS À CONFIGURAÇÃO DA UNIÃO. RECURSO DESPROVIDO.

TJ/SC, Apelação Cível 2008.007832-0, Criciúma, 1.ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior, julgado em 02.05.2011, DJSC 31.05.2011. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. INSTITUTO EQUIPARADO, POR ANALOGIA, AO CASAMENTO. CONVIVENTE MENOR DE IDADE AO TEMPO DA UNIÃO. AUSÊNCIA DE IDADE NÚBIL. APLICAÇÃO DO ART. 1.517, DO CÓDIGO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

³⁴ LEI Nº 9.278, DE 10 DE MAIO DE 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

³⁵ LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

6 CONCLUSÃO

Este trabalho científico tratou da alteração trazida pela lei 13.811, sendo esta responsável pela nova redação dada ao art. 1.520, que passou a vigorar com o conteúdo de que não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observado o disposto no art. 1.517 deste Código. Trazido pelo próprio legislador como uma proibição ao casamento infantil.

Em consonância com essa mudança, fazendo uma análise minuciosa e tendo origem na premissa que se essa norma inovou de fato, ficou comprovado - no decorrer desse estudo - que o novo diploma legal comparado com outras normas pertinentes vigentes não inovou no tocante à proibição da problemática do casamento infantil.

No transcurso do primeiro tópico, foi abordado acerca do casamento. De início sendo vislumbrada a história do casamento, no Brasil, até chegar os dias hodiernos com o Código Civil de 2002, em que habita o art. 1.520 que é o escopo do novo diploma legal. Durante esse percurso histórico, foram expostas as comparações entre as regras que dispunham acerca do casamento.

Ao longo do segundo tópico, observou-se sobre a questão dos direitos da personalidade e sua importância como direito fundamental e princípio norteador do ordenamento jurídico brasileiro. Dando-se enfoque na teoria da capacidade, que nos cerceiam de alguns direitos até atingirmos a maioridade e possuímos ela por completo.

No decorrer do terceiro tópico, foi dividido em dois pontos. O primeiro, demonstrando algumas alterações normativas, realizadas no artigo estudado, antes da vigência da Lei 13.811. Como a Lei 11.106/2005, que instituiu e Lei 12.015/2009. Bem como os entendimentos retirados Enunciado nº 329 da IV Jornada de Direito Civil e o Recurso Especial nº 1.480.881 do Piauí julgado pela Terceira Turma do Superior Justiça. Logo em seguida, foi feita a comparação da regra modificada pelos dispositivos anteriores e constatou-se que o artigo em questão já se encontrava tacitamente revogado, sem nenhuma aplicabilidade.

Foi debatido, no quarto tópico, acerca da aplicabilidade da Lei 13.811, em uniões estáveis, haja vista que são duas instituições (o casamento e a união estável) que caminham lado a lado, porém, tendo suas divergências. Então até que ponto no

tocante às suas diferenças poderia ser aplicado o método legislativo de analogia comparada, foi aí que se apresentou a hipótese de equiparação da proibição legal do casamento infantil à união estável infantil.

Todavia, cada hipótese fática é única, e, portanto, acarreta a inviabilidade da extensão da norma, assim, calhando a cada união estável infantil atenção especial do douto julgador e da jurisprudência.

Percebe-se que a Lei 13.811 não expressiu um significativo impacto no ordenamento jurídico brasileiro, levando em consideração as outras legislações anteriores, que vêm sendo repudiadas e alvo nulidade relativa ou anulabilidade o casamento infantil. Dessa forma, comprovou-se que não houve impactos expressivos da nova regra e conclui-se que o casamento infantil ainda é pode acontecer, no Brasil, porque não houve nenhuma mudança em artigos do código civil que abrem margem para essa conduta, como o art. 1.517 em que trata da autorização dos pais responsáveis pelo indivíduo para realização do casamento com o menor.

Constatou-se, portanto, que as únicas consequências sociais são a revogação expressa dessa norma do Código Civil e no que tange aos impedimentos do casamento, no âmbito da incapacidade dos nubentes, pois a responsabilidade do casamento entre menores de dezesesseis anos passou a ser unicamente dos pais ou representantes legais.

Observa-se ainda que, a questão da faixa etária não importa para o instituto da união estável, mas, sim, para a capacidade matrimonial, em que se encontra intimamente ligada. Já na seara da união estável, que não possui uma barreira etária, ficou límpido que será feita uma análise da hipótese fática pelo douto julgador para aplicar ou não a lei, ou seja, a sociedade fica à mercê do entendimento da jurisprudência.

Restou demonstrado que, os efeitos desse novo dispositivo legal são mínimos, pois já existiam outras formas de impedir esse tipo de casamento feito com os que não possuem 18 (dezoito) anos completos. Como já comprovado por meio deste trabalho, a lei já se encontrava revogada tacitamente, ou seja, sem nenhuma aplicabilidade prática.

Por fim, conclui-se que é necessária a criação de novas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais, a partir dessa nova regra e que ela possa realmente atingir, futuramente, sua finalidade de proibir o casamento infanto-juvenil. O ideal

seria um entendimento maior, mais aprofundado e específico, sobre o tema geral deste trabalho, a fim de que gere menos controvérsias doutrinárias, na seara da proibição de constituição de união estável com menores.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **VI Jornada de Direito Civil**. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada>>. Acesso em: 10 set.2021.

_____. **VIII Jornada de Direito Civil**. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1180>>. Acesso em: 29 set. 2021.

_____. **Lei nº 8.069**, de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 29 set. 2021.

_____. **Lei nº 9.278**, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm>. Acesso em: 29 set. 2021.

_____. **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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>.

_____. **Lei nº 11.106**, de 28 de março de 2005. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm>. Acesso em: 22out. 2021.

_____. **Lei nº 12.015**, de 07 de agosto de 2009. 5º da Constituição Federal e revoga a Leino 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 22out. 2021.

_____. **Lei nº 13.811**, de 12 de março de 2019. Confere nova redação ao art. 1.520 da Leino 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para suprir as exceções legais permissivas do casamento infantil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13811.htm>. Acesso em: 22out. 2021.

_____. **Senado Federal**. Código Civil: quadro comparativo 1916/2002. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70309/704509.pdf?se>>.

quence=2 &isAllowed=y >. Acesso em: 10 set. 2021.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula nº 593. O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiênciasexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2017]. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?b=TEMAp=true=0TIT333TEMA0>>. Acesso em: 10 set. 2021.

_____. STJ. Terceira Turma, **Resp 1.480.881 PI**, Relator(a): MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Julgado em 26 ago. 2015.

COELHO, Francisco Elias da Silva ; BENÍCIO, Márcio José Lima. **Natureza Jurídica do Matrimônio à Luz da Dignidade da Pessoa Humana**. Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2019/12/ARTIGO-4.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2021.

CAMPOS, Ipojuca Dias. **Para além da tradição**: casamentos, famílias e relações conjugais em Belém nas primeiras décadas do século XX (1916/1940). Disponível em: <<https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/historiaemreflexao/article/view/2937/1627>>. Acesso em: 10 set. 2021.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da Personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre, 2008. Disponível em: <<https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/2417/1/000403067-Texto%2BParcial-0.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **A mulher no Código Civil**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 21 nov. 2008. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/2247-a-mulher-no-codigo-civil. Acesso em: 17 out. 2021.

_____. **E o amor juvenil?** 2019. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1347/E+o+amor+juvenil%3F>>. Acesso em: 22 out. 2021.

_____. **Família ou famílias?** 2015. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1067/Fam%C3%ADlia+ou+fam%C3%ADlias%3F>>. Acesso em: 10 set. 2021.

_____. **Manual de Direito de Famílias**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. São Paulo:

Saraiva, 2012.

ESPÍRITO SANTO. **Apelação cível n. 0011778-29.2010.8.08.0030**, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Namyr Carlos de Souza Filho, Julgado em 07.08.2012, DJES 14.08.2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: famílias**. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6** : direito de família. São Paulo : Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil - volume 5: famílias**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral, parte especial**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PAIVA, Daniel Banhos Doell de. **Proibição Do Casamento Infantil: Controvérsias Sobre Temporalidade e Extensividade na Aplicação da Lei nº 13.811/19**.

Disponível em:

[https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2020/pdf/DanielBanho sDoelldePaiva.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2020/pdf/DanielBanho%20DoelldePaiva.pdf) >. Acesso em: 22 out. 2021.

SANTA CATARINA. **Apelação Cível 2008.007832-0**, Criciúma, 1.^a Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior, julgado em 02.05.2011, DJSC 31.05.2011.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. Rio de Janeiro: Método, 2021.

_____. **A lei 13.811/2019 e a união estável do menor de 16 anos** . 2019.

Disponível em:

<https://www.cnbsp.org.br/?url_amigavel=1&url_source=noticias&id_noticia=17798&lj=1366>. Acesso em: 22 out. 2021.

VELLOSO, Andrei Pitten. **Mutações Paradigmáticas Da Codificação: do Código Civil de 1916 ao Código Civil de 2002**. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2003. Disponível em:

<<https://pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201707/06143927-rpge57livro.pdf#page=11>>. Acesso em: 10 set. 2021.

VENOSA, Silvio de Sálvio. **Direito Civil Parte Geral**, Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

A ADOÇÃO AVOENGA FRENTE AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Beatriz de Melo Gadelha Meira¹

Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes²

RESUMO

A presente pesquisa versa sobre a evolução do instituto da adoção e analisa, especificamente, a vedação à adoção avoenga existente no ordenamento jurídico pátrio, trazida pelo art. 42, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), frente às recentes decisões advindas do Superior Tribunal de Justiça (STJ), as quais entendem que a adoção de netos, na realidade, deveria ser possível em certos casos. Portanto, questiona-se, enquanto problemática, quais os elementos presentes no caso concreto que afastam a aplicação da lei. Dessa forma, tem como objetivo, defender que esse tipo de adoção seja considerado uma possibilidade, mostrando que tal modalidade se apresentaria como uma alternativa para reconhecer a filiação socioafetiva já existente entre os adotantes e o adotado sem que fossem desfeitos os laços biológicos. Para tanto, a presente pesquisa pode ser considerada de cunho exploratório quanto ao objetivo, tendo como método de procedimento o histórico evolutivo e utilizando-se, para isso, da pesquisa bibliográfica e documental, a qual se deu, principalmente, através da leitura de doutrinas, artigos científicos e jurisprudências pátrias atualizadas acerca do tema, concluindo, por fim, pela possibilidade desse tipo de adoção, desde que observada, no caso concreto, a real vantagem ao adotado, de acordo com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, sem deixar de considerar, em todo caso, a discricionariedade e o decisionismo judicial.

Palavras-chave: Adoção avoenga. Filiação socioafetiva. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

¹ Acadêmica do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: beatrizgmeira@gmail.com.

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: rosangela@unirn.edu.br.

ABSTRACT

The present research talks about the evolution of the adoption institute and specifically analyzes the prohibition of adoption by ascendants existing in the Brazilian legal system, brought by article 42, §1 of the Statute of Children and Adolescents (Law number 8.069/1990), in face of recent decisions from the Superior Court of Justice, which understand that the adoption of grandchildren, actually, should be possible in certain cases. Therefore, it is questioned, as the main problem, which are the elements in the specific case that prevent the application of the law. So, the main objective of this paper is to defend that this type of adoption should be, at least, considered a possibility, showing that this modality would present itself as an alternative to recognize the social-affective filiation that already exists between the adopters and the adopted person without breaking their biological bond. So, this research can be considered exploratory in terms of its objective, having as a method of procedure the historical- evolutionary, and using, for this, bibliographical and documentary research, which took place mainly through the reading of doctrines, scientific articles, expert reviews and updated national jurisprudence on the subject, concluding, finally, by the possibility of this type of adoption, provided that it is observed, in each concrete case, a real advantage to the adopted person, according with the principle of the best interest of the child and adolescent, never failing to consider, in any case, the discretion and the judicial decisionism.

Keywords: Adoption by grandparents. Socio-affective affiliation. Principle of the best interest of children and adolescents.

1 INTRODUÇÃO

O instituto da adoção não é fruto de um contexto social pós-moderno, mas sim algo que surgiu desde as civilizações mais remotas e vem evoluindo ao longo dos anos. Ao passo dessa evolução, as finalidades foram sendo modificadas, desde perpetuar o culto aos mortos que não possuíam filhos biológicos, até chegar ao que temos hoje, buscando garantir o direito fundamental de diversas crianças e adolescentes à convivência familiar, quando estas carecem da mesma.

Diante disso, e notando que a finalidade maior deste ato jurídico é, sempre, proteger a criança e resguardar seus interesses, questiona-se acerca da possibilidade da adoção de netos por avós, prática expressamente vedada pelo ordenamento jurídico. Este estudo se justifica, portanto, ante a necessidade de estudar, no meio acadêmico, a motivação da criação desta lei, e como podem ser ponderados os princípios norteadores do direito de família de forma a superar tal vedação legal.

Ou seja, objetiva-se, através do estudo, analisar uma posição que possibilite um melhor diálogo entre a vedação contida no Estatuto da Criança e do Adolescente e a análise do melhor interesse da criança e do adolescente no caso concreto, defendendo que a adoção avoenga deverá ser considerada uma possibilidade somente caso seja vantajosa ao adotado, sendo, em todo caso, observada a discricionariedade e o decisionismo judicial.

Diante disso, questiona-se, enquanto problemática, como se daria a possibilidade de adoção avoenga em casos excepcionais, quando prevalecendo, sobre o disposto em lei, a utilização dos princípios constitucionais da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente.

À vista disso, estrutura-se o trabalho em quatro capítulos. O primeiro busca definir o que são as famílias substitutas, explicando que estas vêm como uma alternativa ao acolhimento institucional para crianças que, por algum motivo, necessitem ser afastadas de sua família natural, e aborda as espécies de família substitutas existentes, quais sejam: a guarda, a tutela e a adoção, explicando os objetivos de cada uma delas.

Já o segundo, tem o condão de estudar, de maneira aprofundada, o instituto da adoção em si, mostrando toda a evolução histórica com relação à sua finalidade e à forma em que se apresentava na Legislação pátria desde que surgiu, até os dias de hoje. Outrossim, busca, também, explicitar quais os critérios necessários para que a adoção seja concretizada.

O capítulo subsequente, por sua vez, envereda propriamente na problemática e explica que, buscando evitar confusões patrimoniais e sucessórias, o ordenamento jurídico pátrio vedou a adoção avoenga, porém, ao proibir esta modalidade de adoção, o legislador pode ter levado em consideração apenas um interesse eminentemente patrimonial, não atendendo os princípios constitucionais da proteção integral, nem do melhor interesse da criança e do adolescente.

Por fim, no capítulo anterior às considerações finais, através da análise de casos reais trazidos pela jurisprudência pátria, buscou-se demonstrar que, principalmente após a promulgação da Constituição de 1988, os princípios e valores que regem o direito das famílias deram ensejo à possibilidade de uma nova percepção acerca da temática, o que veio a refletir em decisões judiciais trazidas pelo ordenamento, decidindo, estas, pela possibilidade da adoção.

Para tanto, a presente pesquisa pode ser considerada de cunho exploratório quanto ao objetivo, visto que toma como base um viés eminentemente teórico de delimitação da problemática, mas visa a aplicação prática de maneira geral. Nesse sentido, será utilizado, como técnica principal, a pesquisa bibliográfica e documental, que terá caráter qualitativo e se dará através da leitura de doutrinas, artigos científicos, análises de especialistas, diplomas legais e jurisprudências pátrias atualizadas acerca do tema.

Ademais, como método de procedimento, utilizar-se-á o método histórico evolutivo, traçando o histórico de evolução do instituto da adoção na legislação brasileira até os dias de hoje, analisando as características e atuais efeitos do mesmo, e explicando como este passou a se dar após o advento da Constituição de 1988.

2 FAMÍLIAS SUBSTITUTAS

O conceito de “família natural” presente no art. 25, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (BRASIL, 1990)³, refere-se a um núcleo familiar composto pelo pai e/ou a mãe e os seus descendentes, e difere-se do conceito de família extensa prevista no parágrafo único⁴ do mesmo artigo, pois este diz respeito àquela composta por outros parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive, mantendo vínculos de afetividade.

Nesse sentido, o mesmo diploma legal afirma, em seu art. 19⁵, que é direito de toda criança e/ou adolescente ser cuidado e educado pela sua família natural em um

³ Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

⁴ Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

⁵ 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.

ambiente que lhe garanta um desenvolvimento saudável (BRASIL, 1990). A partir disso, entende-se que é uma obrigação, e não uma faculdade dos genitores, fornecer aos seus filhos, na medida de suas possibilidades, os instrumentos necessários para que eles alcancem o melhor estado de saúde física e mental possível.

Contudo, em diversos casos, a permanência dessas crianças ou adolescentes junto à sua família de origem não é possível, como por exemplo, quando há a violação, por estes, de direitos básicos da criança, como o direito à alimentação, à saúde, à dignidade, à cultura, ao lazer, entre outros. Dessarte, torna-se dever do Estado agir, ainda que esta seja a *ultima ratio*, retirando a criança do seio da família natural e transferindo-a para uma substituta.

Estas, são definidas por Araújo Jr. (2019) como uma família, diferente da natural, que busca preservar os interesses do menor, ou seja, que se propõe a acolher em sua própria casa uma criança ou adolescente desprovido de família natural, para que nela, consiga se desenvolver plenamente.

Logo, essas famílias substitutas vêm como uma medida de proteção para buscar suprir o desamparo e abandono das crianças e adolescentes que se encontram afastados de sua família consanguínea, e podem, resumidamente, ser definidas como o grupo familiar que substituirá a família original da criança e a propiciará tudo quanto for necessário para seu bem-estar geral, inclusive, pondo-a a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, conforme institui o art. 5º do ECA⁶ (BRASIL, 1990).

Nesse sentido, a família substituta poderá se operar, no ordenamento jurídico, através da guarda, da tutela ou da adoção. E, como todas elas objetivam que a criança seja acolhida em um lar melhor, segundo o art. 28, § 3º do ECA⁷ (BRASIL, 1990), para que um infante seja colocado em qualquer família substituta, deverá, sempre, ser levado em consideração o grau de parentesco e a relação de afetividade deste com a família a qual se destinará, além da sua própria opinião sobre esta família, quando for possível, para que seja evitado ou minorado o choque da mudança.

⁶ 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.

⁷ Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 3º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida.

À vista disso, entende-se por guarda a modalidade onde a família substituta prestará toda a assistência material, moral e educacional necessária à criança ou adolescente, sempre assegurando a esta o direito à proteção integral. Entretanto, por possuir caráter temporário, a responsabilidade legal do guardião só dura até que o indivíduo possa retornar ao convívio de seus familiares, seja adotado ou no momento que alcançar a maioridade.

Corroborando com o dito, ainda, ensina o doutrinador Rolf Madaleno (2021, p. 700) que “A guarda regulariza a posse de fato da criança e do adolescente e tem o caráter provisório, enquanto se encaminha a reintegração do infante com a reestruturação de sua família natural”. E, por possuir esse caráter provisório, outra importante característica desta modalidade de família substituta é que há a possibilidade dela coexistir com o poder familiar.

Dessa forma, não ocorre alteração alguma no registro civil da criança, e é possível, inclusive, que ela seja visitada pelos seus genitores (desde que o juízo não tenha determinado o contrário) e que eles a prestem alimentos, segundo o art. 33, §4º⁸ do ECA (BRASIL, 1990). Nesse sentido, apesar da criança ser dependente do guardião para todos os efeitos, a guarda não gera efeitos hereditários nem sucessórios, a não ser que assim tenha sido definido em testamento.

Na realidade, ela tem o propósito de retirar temporariamente a criança ou o adolescente de uma situação de risco em sua família de origem, pondo-a em um local onde esteja a salvo e consiga se desenvolver plenamente. Nesse sentido, segundo Madaleno (2021) é preferível a guarda familiar à guarda institucional, visto que o abrigo de um ambiente doméstico é mais benéfico à este do que o seu acolhimento em uma instituição.

É importante ressaltar, também, que a guarda poderá ser revogada ou renunciada a qualquer tempo, contanto que a situação seja submetida ao juiz e que o Ministério Público seja ouvido, para que os direitos da criança ou adolescente sejam garantidos. Por isso, segundo o art. 101, §1º⁹ do ECA (BRASIL, 1990), ela é

⁸ Art. 33 (...) §4º. Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.

⁹ Art. 101 (...)

§ 1º. O acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não

considerada uma medida provisória por excelência, mas, ainda assim, é uma alternativa preferencial ao acolhimento institucional.

Já a tutela, refere-se a um instituto de proteção de menores utilizado, segundo o art. 1.728 do Código Civil¹⁰ (BRASIL, 2002), nos casos onde os pais da criança estejam ausentes – no sentido de presumidamente mortos –, tenham falecido de fato ou decaído do poder familiar. Em qualquer dos casos elencados, segundo Gonçalves (2021), será necessário que a lei confira, através desta modalidade, um encargo a alguém capaz, com o intuito que esta venha a cuidar da pessoa do menor e administrar seus bens.

Assim, o seu maior diferencial em relação à guarda encontra-se no fato de que o objetivo aqui é de conceder um representante legal à criança ou adolescente que carece dela permanentemente, sendo impossível, então, a sua coexistência com o poder familiar, considerando que se tem por pressuposto a prévia destituição ou extinção deste, com certidão averbada em registro.

Nesse sentido, também entende Gonçalves (2021, p. 258), ao afirmar que tal instituto constitui um sucedâneo do poder familiar, e, portanto, “se os pais recuperarem o poder familiar, ou se este surgir com a adoção ou o reconhecimento do filho havido fora do casamento, cessará o aludido ônus”.

De toda forma, preferencialmente, o direito de nomear tutor compete aos pais, em conjunto, através de um documento autêntico. Contudo, caso estes não o façam ou não possam fazer tal nomeação, segundo o art. 1.731 do Código Civil (BRASIL, 2002)¹¹, a tutela será dada aos parentes consanguíneos do menor por uma ordem de preferência que deverá ser seguida à risca, salvaguardando apenas o direito do juiz de escolher, dentre estas pessoas, a que está mais apta a exercer a tutela.

Portanto, primeiramente, ela será oferecida aos ascendentes – avós, bisavós, trisavós e tetravós – e, caso nenhum deles possa exercê-la, será oferecida aos colaterais até o terceiro grau – irmãos e tios –, sempre dando preferência àqueles membros da família extensa que se encontrem em graus mais próximos, e, estando

implicando privação de liberdade.

¹⁰ Art. 1.728. Os filhos menores são postos em tutela: I - com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes; II - em caso de os pais decaírem do poder familiar.

¹¹ Art. 1.731. Em falta de tutor nomeado pelos pais incumbe a tutela aos parentes consanguíneos do menor, por esta ordem: I - aos ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto; II - aos colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços; em qualquer dos casos, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor.

eles no mesmo grau, às pessoas mais velhas.

Se, porém, não for possível que ela seja dada a nenhum dos citados, o juiz, então, nomeará um tutor idôneo que resida com o menor. Isso porque, o tutor será alguém que terá um conjunto de poderes e encargos amplo e de alta responsabilidade, já que deverá não apenas zelar pelo infante no tocante aos seus direitos como criança – promovendo o direito à educação, lazer, alimentação, entre outros –, mas também, como já dito, administrar seus bens.

Assim, entende-se a tutela como sendo mais ampla do que a guarda porque, nela, além do dever de guarda em si, o tutor também deverá representar ou assistir a criança na prática de atos da vida civil e exercer os demais encargos previstos nos arts. 1740¹², 1741¹³, 1747¹⁴ e 1748¹⁵ do Código Civil até que o menor seja emancipado, alcance a maioridade ou, de alguma forma, recaia sob o poder familiar (BRASIL, 2002).

Diante do exposto, importa, ainda, mencionar a opinião de Gonçalves (2021, p. 258) quando este afirma que “o tutor exerce um múnus público, uma delegação do Estado que, não podendo exercer essa função, transfere a obrigação de zelar pela criação, pela educação e pelos bens do menor a terceira pessoa”.

Ainda, tem-se o instituto da adoção, que é definido pelos civilistas Carlos Alberto Maluf e Adriana Maluf (2021), como o negócio jurídico promovido mediante uma sentença judicial que possibilita o ingresso de um indivíduo em uma família substituta. Contudo, nesse caso, diferentemente dos anteriores, a criança ou adolescente em questão passará a dispor de todos os direitos e deveres inerentes à filiação biológica.

Isso porque, em tal modalidade, a família perde a nomenclatura de “substituta” e se torna definitiva para a criança ou adolescente, fazendo com que a proteção dada

¹² Art. 1.740. Incumbe ao tutor, quanto à pessoa do menor: I - dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme os seus haveres e condição; II - reclamar do juiz que providencie, como houver por bem, quando o menor haja mister correção; III - adimplir os demais deveres que normalmente cabem aos pais, ouvida a opinião do menor, se este já contar doze anos de idade.

¹³ Art. 1.741. Incumbe ao tutor, sob a inspeção do juiz, administrar os bens do tutelado, em proveito deste, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé.

¹⁴ Art. 1.747. Compete mais ao tutor: I - representar o menor, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte; II - receber as rendas e pensões do menor, e as quantias a ele devidas; III - fazer-lhe as despesas de subsistência e educação, bem como as de administração, conservação e melhoramentos de seus bens; IV - alienar os bens do menor destinados a venda; V - promover-lhe, mediante preço conveniente, o arrendamento de bens de raiz.

¹⁵ Art. 1.748. Compete também ao tutor, com autorização do juiz: I - pagar as dívidas do menor; II - aceitar por ele heranças, legados ou doações, ainda que com encargos; III - transigir; IV - vender-lhe os bens móveis, cuja conservação não convier, e os imóveis nos casos em que for permitido; V - propor em juízo as ações, ou nelas assistir o menor, e promover todas as diligências a bem deste, assim como defendê-lo nos pleitos contra ele movidos.

seja de todo integral. Por este mesmo motivo, tal instituto é considerado uma medida excepcional, ou seja, só será utilizado caso se esgote toda e qualquer possibilidade da criança ou adolescente permanecer em sua família natural ou extensa, segundo o art. 39, §1º do ECA¹⁶ (BRASIL, 1990).

Assim, a nova família deverá suprir, na medida do possível, todas as suas necessidades, ao passo em que deve lhe garantir, ainda, todos os seus direitos. Por isso mesmo, antes que haja a adoção em si, é necessário que seja promovido um período de adaptação, definido pelo art. 46 do ECA¹⁷ como “estágio de convivência”, o qual poderá durar, no máximo, 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso (BRASIL, 1990).

Neste ínterim, fica claro que, se, após o estágio de convivência, vier a ser deferida a adoção através de uma sentença judicial, é necessário o rompimento do vínculo entre o adotando e sua família natural, para que se estabeleça entre o adotando e o adotado a relação de paternidade e filiação para todos os efeitos de direito. Desse modo, explica o Doutor Paulo Lôbo (2018) ainda, que, quando há a adoção, são cortados, inclusive, todos os vínculos com a família biológica extensa do adotado, não somente com a natural.

Entendido isso, é importante ressaltar que, tanto na guarda, quanto na tutela e na adoção, o responsável legal pela criança deverá, sempre, assegurar à ela todos os direitos previstos no art. 227 da Constituição Federal (1988)¹⁸, quais sejam: “[...] 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 [...]”.

Então, levando em consideração tudo o quanto foi exposto, no próximo capítulo será abordado, com uma maior riqueza de detalhes, apenas o instituto da adoção, o maior foco do presente trabalho, tratando de toda a sua evolução no país ao longo dos anos e de seu funcionamento nos dias atuais.

¹⁶ Art. 39 (...) § 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

¹⁷ Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso.

¹⁸ 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.

3 O INSTITUTO DA ADOÇÃO

O instituto da adoção, segundo Bordallo (2014), existe desde as civilizações mais remotas, porém, não com o intuito socioafetivo de integrar o adotando em uma família. Na realidade, muitas culturas entendiam que os mortos deveriam ser cultuados por seus descendentes, portanto, caso não fosse possível tê-los biologicamente, as pessoas poderiam adotá-los para que esse culto pudesse ser perpetuado.

Nesse sentido, elucida Rolf Madaleno (2021), assim como o historiador francês Coulanges (1961), que esta perpetuação do culto doméstico tinha como única finalidade evitar a desgraça representada pela morte do chefe de família que não possuía nenhum descendente. Portanto, somente pessoas que não tinham filhos poderiam vir a adotar, e, após a cerimônia sagrada de adoção, o adotado era, imediatamente, introduzido na religião da família adotiva, ao passo em que renunciava ao seu culto anterior e quebrava o vínculo com sua família de origem.

Mas, segundo Artur Marques da Silva Filho (2006), a sistematização do instituto em si começou com os povos orientais, e, algumas das primeiras aparições dele se deram no Código de Manu e no Código de Hamurabi, o qual afirma, em seu art. 185 que “Se um homem adotou uma criança desde o seu nascimento e a criou, esse filho adotivo não poderá ser reivindicado.” (BOUZON, 2003, p. 176).

Porém, foi somente no direito romano que o instituto chegou ao seu auge, vindo a, finalmente, ser melhor disciplinado. Isso porque, para os romanos, segundo Zamataro (2021), a família representava a base de sua organização social, o que fez, inclusive, com que os juristas, à época, dessem origem à expressão “família natural”, que se referia àquela formada por pai, mãe e filhos.

Contudo, ainda segundo Zamataro (2021), devido à ascensão do cristianismo, na Idade Média, o instituto deixou de ser utilizado, visto que, segundo a Igreja Católica, não era possível que houvesse nenhum outro meio de constituição familiar, senão o casamento, união sagrada que dava origem à filhos biológicos. Então, diz Madaleno (2021) que o instituto somente teria ressurgido com maior frequência com as reformas sociais da Revolução Francesa e, por consequência, a partir do Código Napoleônico (que exerceu bastante influência em legislações posteriores).

Mas, mesmo com todo esse tempo, o intuito ainda não era garantir o bem

estar de uma criança e/ou do adolescente que não possuía família, passando a ser, somente, em meados do século XX, após as duas Grandes Guerras, de acordo com Silva Filho (2018). Isso porque, após elas, inúmeras foram as crianças que ficaram órfãs, surgindo, assim, um desejo de ampará-las – mesmo que ainda com um cunho de caridade – e um entendimento da adoção como meio ou instrumento para beneficiar relações parentais de crianças privadas do convívio familiar.

Entretanto, a adoção só veio a ser sistematizada, no Brasil, através do Código Civil de 1916, que dispunha em seus arts. 368 a 378¹⁹, acerca do instituto. Mas, ainda assim, segundo Gonçalves (2021), estes sofreram uma forte influência dos princípios romanos, visto que, a princípio, só era possível a adoção por indivíduos com mais de 50 anos de idade que não possuísem filhos legítimos ou legitimados (BRASIL, 1916).

Dessa forma, o instituto ainda tinha como escopo proporcionar a continuidade da família e a legitimação sucessória. Não visava, a princípio, o amparo do adotando que não possuía um lar, tendo em vista que, somente casais que – muito provavelmente – não pudessem mais ter filhos biologicamente, poderiam adotar.

Porém, considerando a expectativa de vida ao nascer da época, que, de acordo com Silva e Barbosa (2006), era de 33,4 anos para homens e 34,6 para mulheres, nota-se que a aplicabilidade do instituto foi baixa, pois, os indivíduos que alcançavam tal idade, muitas vezes não tinham mais tanta disposição para adotar e cuidar de um filho.

Com tudo isso, restou evidente, à época, que eram necessárias algumas alterações no Código Civil com relação à adoção de crianças. Estas, então, foram trazidas, no ano de 1957, através da Lei nº 3.133 (BRASIL, 1957), e, delas, destacam-se,

¹⁹ Art. 368. Só os maiores de 30 (trinta) anos podem adotar. Parágrafo único. Ninguém pode adotar, sendo casado, senão decorridos 5 (cinco) anos após o casamento.

Art. 369. O adotante há de ser, pelo menos, 16 (dezesesseis) anos mais velho que o adotado. Art. 370. Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher.

Art. 371. Enquanto não der contas de sua administração, e saldar o seu alcance, não pode o tutor, ou curador, adotar o pupilo, ou o curatelado.

Art. 372. Não se pode adotar sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal se fôr incapaz ou nascituro.

Art. 373. O adotado, quando menor, ou interdito, poderá desligar-se da adoção no nano imediato ao em que cessar a interdição, ou a menoridade.

Art. 374. Também se dissolve o vínculo da adoção: I. Quando as duas partes convierem. II. Nos casos em que é admitida a deserção.

Art. 375. A adoção far-se-á por escritura pública, em que se não admite condição, em termo.

Art. 376. O parentesco resultante da adoção (art. 336) limita-se ao adotante e ao adotado, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais, á cujo respeito se observará o disposto no art. 183, ns. III e V.

Art. 377. Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária.

Art. 378. Os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do pai natural para o adotivo.

principalmente, a diminuição da idade mínima para adoção de 50 para 30 anos, a eliminação da exigência da inexistência de filhos, e a redução da diferença de idade entre o adotante e adotando, de 18 para 16 anos.

Mas, em face de tais mudanças, foi necessário, também, o implemento de alguma medida para evitar adoções impulsivas. Portanto, foi inserido no Código Civil (BRASIL, 1916), o parágrafo único do art. 368²⁰, o qual afirmava que só haveria a possibilidade de um casal vir a adotar uma criança ou adolescente após decorridos 5 (cinco) anos do casamento, o que acabou por mostrar um cuidado maior com o infante, ao mesmo tempo em que os outros artigos indicavam um maior incentivo à prática da adoção em si.

Porém, mesmo com tais avanços, à época, ainda existia uma distinção entre filhos adotivos e os naturais tidos na constância do casamento, tanto é que, segundo o art. 377²¹ do dispositivo legal, quando o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não poderia envolver a sucessão hereditária (BRASIL, 1916).

Assim, explica Gonçalves (2021) que a adoção disciplinada no Código de 1916 não integrava o adotado, totalmente, na nova família, tendo em vista que o art. 378²² do mencionado diploma afirmava que somente o pátrio poder seria transferido da família natural para a adotiva, contudo, os demais direitos e deveres resultantes do parentesco natural não seriam extintos. Portanto, apesar do adotado criar laços com sua nova família, ele ainda permanecia ligado aos seus parentes consanguíneos.

Mas, com o surgimento da Lei n.º 4.655/65 (BRASIL, 1965), a situação foi modificada no caso de menores que estivessem em uma situação considerada irregular. Isso porque, dentre as mudanças trazidas – como a possibilidade de, em algumas circunstâncias, viúvos ou desquitados poderem adotar, por exemplo –, já no primeiro artigo²³, houve a introdução no ordenamento brasileiro da chamada

²⁰ Parágrafo único. Ninguém pode adotar, sendo casado, senão decorridos 5 (cinco) anos após o casamento.

²¹ Art. 377. Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária.

²² Art. 378. Os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do natural para o adotivo.

²³ Art. 1º. É permitida a legitimação do infante exposto, cujos pais sejam desconhecidos ou hajam declarado por escrito que pôde ser dado, bem como do menor abandonado propriamente dito até 7 (sete) anos de idade, cujos pais tenham sido destituídos do pátrio poder; do órgão da mesma idade, não reclamando por qualquer parente por mais de um ano; e, ainda, do filho natural reconhecido apenas pela mãe, impossibilitado de prover a sua criação. § 1º. Será também permitida a legitimação adotiva, em favor do menor, com mais de 7 (sete) anos, quando à época em que completou essa idade, já se achava sob a guarda dos legitimantes, mesmo que estes não preenchessem então as

“legitimação adotiva”.

Nela, após a sentença concessiva da legitimação – que só poderia ser deferida após o casal ter disposto da guarda do menor por ao menos três anos, cessavam-se todos os laços entre o adotado e a sua família consanguínea, sendo expedido, inclusive, o mandado de cancelamento do registro civil original, para que viessem a ser retirados os nomes dos pais biológicos e consignados os nomes dos pais adotivos como pais legítimos.

Contudo, essa lei da legitimação adotiva foi revogada e, no lugar dela, a Lei 6697/79, conhecida como Código de Menores, trouxe a modalidade da “adoção plena”, que abarcava, basicamente, as mesmas características da anterior, também sendo aplicável somente ao menor “em situação irregular”. Portanto, a este ponto, haviam dois tipos de adoção: a simples, trazida pelo Código Civil, e a plena, trazida pelo Código de Menores.

Nesse sentido, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2021), as diferenças entre elas eram claras. Isso porque, a trazida pelo Código Civil de 1916 estabelecia, entre o adotante e o adotado, um simples parentesco civil, portanto, este último permanecia vinculado à sua família consanguínea, fazendo com que os direitos e deveres resultantes do parentesco natural não viessem a ser extintos. Por isso mesmo, tal adoção era facilmente revogável pela vontade das partes, o que não ocorria na adoção plena.

Esta última, também conhecida como adoção “estatutária” – já que estava prevista no ECA –, foi a que possibilitou que o adotado viesse a, de fato, ingressar na família do adotante como se filho de sangue fosse, tendo todos os direitos como tal a partir da modificação do seu registro de nascimento, apagando, finalmente, o parentesco com sua família natural e extensa.

Porém, um dos maiores avanços com relação ao instituto se deu somente no ano de 1988, com a promulgação da Constituição da República. Nela, finalmente, foram equiparados completamente os filhos para todos os efeitos – proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação –, e garantidos, constitucionalmente, os direitos da criança e do adolescente.

condições exigidas. § 2º. A legitimação só será deferida após um período mínimo de 3 (três) anos de guarda do menor pelos requerentes. Para esse efeito, será computado qualquer período de tempo, desde que a guarda se tenha iniciado antes de completar o menor de 7 (sete) anos.

Ainda nesse contexto, cerca de dois anos depois, finalmente entrou em vigor a Lei n.º 8.069/1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, que revogou o Código de Menores e, uma vez mais, modificou o instituto da adoção, dando um maior enfoque à criança e ao adolescente em si, e deixando de privilegiar o interesse dos adotantes.

Com ele, a adoção passou a ser sempre plena no caso de adotandos com idade inferior a 18 anos, conferindo-os o *status* de filho e desligando-os totalmente da sua família biológica – o que consequentemente garantia a permanência irrevogável destes no seio da família adotiva –, e simples, no caso de adotandos que já houvessem alcançado a maioridade.

Então, em 2003, após uma *vacatio legis* de um ano, entrou em vigor o Código Civil de 2002, revogando o então código de 1916. Mas, anos depois, foi necessária uma alteração nos artigos do próprio ECA, e a revogação dos artigos 1.620 a 1.629²⁴ do Código Civil, os quais dispunham especificamente acerca da adoção, permanecendo, apenas, no diploma, algumas remissões supletivas ao Estatuto²⁵, advindo tais

²⁴ Art. 1.620. Enquanto não der contas de sua administração e não saldar o débito, não poderá o tutor ou o curador adotar o pupilo ou o curatelado.

Art. 1.621. A adoção depende de consentimento dos pais ou dos representantes legais, de quem se deseja adotar, e da concordância deste, se contar mais de doze anos. § 1º O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar. § 2º O consentimento previsto no caput é revogável até a publicação da sentença constitutiva da adoção.

Art. 1.622. Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável. Parágrafo único. Os divorciados e os judicialmente separados poderão adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal.

Art. 1.623. A adoção obedecerá a processo judicial, observados os requisitos estabelecidos neste Código. Parágrafo único. A adoção de maiores de dezoito anos dependerá, igualmente, da assistência efetiva do Poder Público e de sentença constitutiva.

Art. 1.624. Não há necessidade do consentimento do representante legal do menor, se provado que se trata de infante exposto, ou de menor cujos pais sejam desconhecidos, estejam desaparecidos, ou tenham sido destituídos do poder familiar, sem nomeação de tutor; ou de órfão não reclamado por qualquer parente, por mais de um ano.

Art. 1.625. Somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotando.

Art. 1.626. A adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento. Parágrafo único. Se um dos cônjuges ou companheiros adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e os respectivos parentes.

Art. 1.627. A decisão confere ao adotado o sobrenome do adotante, podendo determinar a modificação de seu prenome, se menor, a pedido do adotante ou do adotado.

Art. 1.628. Os efeitos da adoção começam a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto se o adotante vier a falecer no curso do procedimento, caso em que terá força retroativa à data do óbito. As relações de parentesco se estabelecem não só entre o adotante e o adotado, como também entre aquele e os descendentes deste e entre o adotado e todos os parentes do adotante.

Art. 1.629. A adoção por estrangeiro obedecerá aos casos e condições que forem estabelecidos em lei.

²⁵ Art. 1.618. A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. (Redação dada pela Lei n.º 12.010, de 2009)

Art. 1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

mudanças com o surgimento da Lei 12.010/09.

Sendo assim, após a nova redação, tornou-se possível que todo o sistema de adoção no Brasil para crianças e adolescentes passasse a ser regido, exclusivamente, pelo Estatuto. Nesse sentido, é importante salientar que, de acordo com o art. 39, §1º²⁶, somente no caso de não ser possível a permanência da criança com algum membro da família extensa é que ela será, de fato, posta para a adoção. Mas, para que esta venha a ser deferida, existem alguns requisitos, estabelecidos pelo ECA (atualizado pela Lei n. 12.010/09), que deverão ser preenchidos.

Primeiramente, só terá legitimidade para adotar, a pessoa maior de dezoito anos – seja ela solteira, casada, divorciada ou viúva – dotada de capacidade legal, e que tenha, no mínimo, dezesseis anos de diferença de idade do adotado. Mas, além disso, segundo Paulo Lôbo (2018), também é necessária a comprovação de que existe uma “estabilidade na família”. Ou seja, de acordo com ele, a pessoa ou casal pretendente da adoção deverá demonstrar que possui um lar “constituído e administrado razoavelmente, de modo a não constituir risco às elevadas responsabilidades decorrentes da filiação. (Lobo, 2018, p. 201).

Ademais, deverá haver, também, o consentimento dos pais do adotado, caso estes sejam conhecidos e não tenham sido destituídos do poder familiar – entendido, antes da redação da Lei 12.010, como “pátrio poder” – ou do representante legal deste, se ele já não se encontrar sob os cuidados dos pais biológicos. Além disso, caso o próprio menor já tenha doze ou mais anos de idade, ele mesmo deverá consentir com a adoção, segundo o art. 45, §2º²⁷ do ECA (BRASIL, 1990).

Outro ponto importante é, também, a obrigação da existência de um estágio de convivência entre o adotante e o adotado, que poderá durar, no máximo, 90 dias, e servirá, de acordo com Lôbo (2018) para que autoridade judiciária, com auxílio de uma equipe interprofissional, possa acompanhar a nova família e avaliar a conveniência da adoção para o adotado. Contudo, de acordo com o art. 46, §1º²⁸ do ECA, caso o adotando já se encontre sob a tutela ou guarda legal do adotante por

²⁶ Art. 39, § 1º. A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

²⁷ Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando. § 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

²⁸ Art. 46 (...) § 1º. O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo.

tempo suficiente para que seja possível avaliar essa conveniência, este poderá ser dispensado (BRASIL, 1990).

Isso porque, de acordo com o art. 43²⁹, também do Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção somente poderá ser deferida quando estiver sendo realizada por motivos legítimos e for vantajosa para o adotando. Portanto, ao serem preenchidos todos os requisitos, o vínculo será definitivamente constituído por sentença judicial inscrita no registro civil (sem o fornecimento de certidão), e produzirá efeitos quando essa transitar em julgado. Daí em diante, segundo Paulo Lôbo (2018), a adoção será irrevogável.

Entendido isso, seguiremos, no próximo capítulo, abordando com maiores detalhes, especificamente, o instituto da adoção avoenga, foco principal do presente trabalho, trazendo os motivos de sua proibição e explicando como esta se opera, quando relacionado aos princípios constitucionais da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente.

4 A VEDAÇÃO DA ADOÇÃO AVOENGA FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Outrora sendo visto como um instituto jurídico que supria a deficiência da natureza, dando um filho às pessoas que não poderiam gerá-los biologicamente, o instituto da adoção, com o passar do tempo, passou a ter um caráter mais social, visando a inclusão de crianças que não possuíam família em um núcleo familiar, a partir de um vínculo de filiação.

Nesse sentido, foram sendo criadas algumas modalidades de adoção, visando abarcar diversas realidades. Assim, segundo Rolf Madaleno (2021), pode ela ser bilateral, unilateral, póstuma, homoafetiva, *intuitu personae*, e até mesmo por estrangeiros, a exemplo. Porém, o foco da presente pesquisa se dá quanto a adoção avoenga, que ocorre quando os avós, sejam eles maternos ou paternos, adotam os seus netos.

²⁹ Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

Sem correspondência legal no Código Civil de 1916, o entendimento, à época, de acordo com ISHIDA (2021), era de que a adoção deveria ser, sempre que possível, facilitada. Portanto, segundo ZVEITER (1999), se atendidos os pressupostos objetivos previstos, não se poderia negar a averbação da escritura pública, visto que a adoção se dava dessa forma. Assim, não é difícil encontrar julgados do Superior Tribunal de Justiça deferindo a adoção avoenga nesta época³⁰.

Porém, essa possibilidade foi extinta com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois ele, em seu art. 42, § 1º³¹, proibiu que ascendentes adotassem os seus descendentes em qualquer caso (BRASIL, 1990). Parte da doutrina, como Caio Mário da Silva Pereira (2020) e Galdino Augusto Coelho Bordallo (2014), entende que isso se deu para evitar confusões patrimoniais e sucessórias e, Madaleno (2021), também adepto desta corrente, afirma que o Estatuto entendeu que o vínculo de parentesco entre a criança e seus avós já existia, não sendo necessário que ela fosse adotada por eles para que este viesse a ser criado, o que também é reiterado por Borba e Artigas (2020).

Estes, afirmam que essa medida tinha como escopo evitar que o ato de adotar tivesse finalidade unicamente patrimonial ou assistencial, ou viesse trazer confusões genealógicas ao adotado ao ter que reconhecer os seus avós como pais, e seus pais biológicos como irmãos.

Ou seja, nesse tipo de impedimento, tem-se como um dos escopos principais evitar a alteração de todos os graus de parentesco de uma pessoa, o que tumultuaria, demasiadamente, as suas relações familiares. Ademais, busca preservar, principalmente, as relações de parentesco em linha reta ascendente, para que não haja, também, nenhum tipo de problema nas relações patrimoniais e sucessórias da criança ou adolescente adotados.

Isso porque, em termos sucessórios, de acordo com o Princípio de *Saisine*, disposto no art. 1.784³² do Código Civil, a partir da morte de uma pessoa, denominada de “*de cujus*”, a propriedade e a posse da herança desta é transmitida aos seus herdeiros (BRASIL, 2002). E, segundo afirma o art. 1.788³³ do mesmo dispositivo

³⁰ “Adoção simples, de neto, feita pelos avós, por escritura pública, não é nula. RE não conhecido”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n.º 89457, Relator(a): Min. Cordeiro Guerra, Segunda Turma, Brasília, 17 de novembro de 1981. **Dje**. Brasília, 18 de dezembro de 1981.

³¹ Art. 42. (...) § 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

³² Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

³³ Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto

legal, morrendo a pessoa sem testamento – o que é bastante comum no Brasil –, essa herança deverá ser transmitida aos herdeiros legítimos da pessoa falecida.

Porém, esses herdeiros devem concorrer em uma ordem de preferência dada pelo art. 1.829³⁴ do Código Civil, e esta ordem concede a herança, primeiramente, aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente (BRASIL, 2002). Nesse sentido, caso existam descendentes, os que receberão primeiro, serão os descendentes em primeiro grau, ou seja, os filhos.

Dessa forma, se o indivíduo sucessível for o filho, ele será chamado à sucessão por direito próprio, e, somente se este não puder recebê-la, seja porque é pré-morto, comoriente, indigno, ou deserdado, que a herança passará aos descendentes de segundo grau, ou seja, para os eventuais netos, por direito de representação. Tal direito é definido pelo art. 1.851³⁵, e, segundo GOMES (2019, p. 39), nesse caso, essas pessoas “passam a ocupar a posição do herdeiro que substituem, com os mesmos direitos e encargos, agrupadas, porém, numa unidade inorgânica”.

Assim, fica claro que os netos só poderiam vir a receber herança se os seus pais fossem pré-mortos, comorientes, indignos ou tivessem sido deserdados (LÔBO, 2021). Contudo, se estes fossem adotados por seus avós e viessem a ocupar a posição de filhos, seriam considerados descendentes em primeiro grau, concorrendo com seu genitor como se irmão dele fosse, o que poderia gerar a confusão que o ECA busca evitar, pois prejudicaria a sucessão legítima do herdeiro em primeiro grau.

Ainda, outro motivo que é bastante defendido por quem entende como certa a vedação à adoção avoenga, como Madaleno (2021), por exemplo, é que esta poderia ter como propósito uma fraude previdenciária. Ou seja, ocorreria não para atender ao melhor interesse daquela criança ou adolescente, mas sim para torná-lo dependente previdenciário dos avós, garantindo-o uma pensão, além assistência médica e securitária, o que viria a onerar a entidade assistencial (HIRSCHFELD, 2005, *apud* MADALENO, 2021).

Acentua-se, ainda, que da mesma forma entende o doutrinador Caio Mário da

aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

³⁴ Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.

³⁵ Art. 1.851. Dá-se o direito de representação, quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia, se vivo fosse.

Silva Pereira (2020, p. 505), ao afirmar que “este tipo de adoção configura uma forma de burlar a legislação, sobretudo previdenciária, propiciando aos interessados a obtenção de direitos que lhes são vedados pela legislação ordinária pertinente”.

Portanto, tendo em vista que, no dia-a-dia, é extremamente comum que se vejam, por diferentes motivos, crianças e adolescentes sendo criados, educados e mantidos por seus avós, segundo Madaleno (2021), seria mais adequado, nesses casos – como por exemplo em virtude de abandono ou morte dos pais – que seja empregado pelos avós o instituto da guarda ou da tutela.

Assim, seria possível amparar a criança ou adolescente que se encontre impossibilitada de conviver com os pais sem que houvesse o rompimento de vínculos com seus pais biológicos, podendo, eventualmente, demandar contra estes, se for o caso, por crédito alimentar, como afirma Rolf Madaleno (2021), o que não pode ocorrer na adoção. Isso porque, por possuir uma segurança jurídica bem maior, este último instituto efetivamente atribui à criança ou adolescente a condição de filho, rompendo-se os vínculos consanguíneos anteriormente havidos.

Contudo, esta questão é controvertida e entende de forma diferente, por exemplo, o doutrinador e ex-ministro do STJ, Waldemar Zveiter (1999). Afirma ele que, ao proibir esta modalidade de adoção, o legislador priorizou um interesse eminentemente patrimonial, não tomando por base o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o que mostra uma grande contradição no Estatuto.

Isso porque, o ECA dispôs, logo em seus artigos 1º³⁶ e 3º³⁷, sobre o princípio da proteção integral, que baseia-se na ideia de que as crianças e os adolescentes não devem ser considerados enquanto “meio sujeito” ou um “sujeito incompleto”, mas sim como alguém que, apesar de se encontrar na condição de pessoa em desenvolvimento, deverá ser considerado como um sujeito de direitos assim como qualquer adulto.

Ainda, por se encontrarem nessa posição e estarem construindo a sua personalidade e maturidade, segundo Lôbo (2018), é seguro assumir que os mesmos se encontram em uma situação de maior vulnerabilidade. Portanto, tal princípio tem como finalidade proteger a infância e a juventude, ao passo em que lhes reconhece a

³⁶ Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

³⁷ 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.

titularidade de garantias fundamentais, para que estes venham a adquirir pleno desenvolvimento.

Nesse sentido, foi necessário, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que fossem incluídos este e outros princípios norteadores do direito de família, como o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, na letra da lei. Este último foi previsto no art. 227³⁸ desta Carta, quando a mesma elencou diversos deveres da família, da sociedade e do Estado para com a criança ou adolescente, tratando o seu interesse como prioridade (LÔBO, 2018).

Isso é reforçado pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que, desde 1990, tem natureza supralegal no Brasil, e estabeleceu, em seu art. 3.1³⁹, que todas as ações relativas aos menores devem considerar, primordialmente, “o interesse maior da criança”. Ou seja, deve-se sempre encarar a criança como protagonista principal, colocando-a em patamar de superioridade jurídica quando seus interesses colidem com o de pessoas adultas (LÔBO, 2018).

Ressalta-se, ainda, que o melhor interesse não é aquilo que o julgador entende ser melhor para a criança, e sim aquilo que objetivamente atende aos seus direitos fundamentais em maior grau possível, para que lhes seja facultado o desenvolvimento mental, moral, físico, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (TARTUCE, 2021).

Tendo em vista a importância deste princípio, caso ele não seja observado, segundo os artigos 1.637⁴⁰ e 1.638⁴¹ do Código Civil (BRASIL, 2002), além de eventual responsabilização criminal e civil é possível que se resulte, inclusive, no caso dos pais, na suspensão ou destituição do poder familiar.

Assim, pode-se dizer que a vedação contradiz, além de a si mesma, um princípio constitucional. Isso porque, ao vedar a possibilidade da adoção avoenga para

³⁸ 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.

³⁹ Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

⁴⁰ Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

⁴¹ Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.

que não haja confusões patrimoniais, sem abrir nenhuma exceção para que venha a ser analisado o caso concreto, o Estatuto está deixando de apreciar o melhor interesse da criança e do adolescente, visto que é possível que esse melhor interesse seja vir a ser adotado pelos seus avós.

Diante de todo o exposto, seguiremos, no próximo capítulo, analisando julgados acerca do tema e explicitando, nestes, qual prevaleceu: a verdade socioafetiva ou o trazido pela Lei.

5 A PRIMAZIA DO AFETO SOBRE A FORMALIDADE

A partir do ano de 1990, com a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, o dispositivo legal que decidiu pela vedação à possibilidade de adoção avoenga, prevaleceu a percepção de que, em virtude desta, se eventualmente fosse proposta uma demanda com tal pretensão, a mesma seria indeferida em razão da impossibilidade jurídica do pedido.

Mas, mesmo que tenha sido este o resultado encontrado em algumas decisões proferidas por tribunais brasileiros, nos últimos anos, em alguns casos específicos, os tribunais vêm permitindo a adoção de netos pelos seus avós, não obstante a existência de tal proibição legal, conforme se vê no caso do Recurso Especial n.º 1.635.649 - SP⁴², proferido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Isso porque, os princípios e valores que regem o direito das famílias, como o amor, a felicidade, a afetividade, e, principalmente, o melhor interesse da criança e do

⁴² “EMENTA: CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ADOÇÃO POR AVÓS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. PADRÃO HERMENÊUTICO DO ECA. 01 – Pedido de adoção deduzido por avós que criaram o neto desde o seu nascimento, por impossibilidade psicológica da mãe biológica, vítima de agressão sexual. 02 - O princípio do melhor interesse da criança é o critério primário para a interpretação de toda a legislação atinente a menores, sendo capaz, inclusive, de retirar a peremptoriedade de qualquer texto legal atinente aos interesses da criança ou do adolescente, submetendo-o a um crivo objetivo de apreciação judicial da situação específica que é analisada. 03. Os elementos usualmente elencados como justificadores da vedação à adoção por ascendentes são: i) a possível confusão na estrutura familiar; ii) problemas decorrentes de questões hereditárias; iii) fraudes previdenciárias e, iv) a inocuidade da medida em termos de transferência de amor/afeto para o adotando. 04. Tangenciando à questão previdenciária e às questões hereditárias, diante das circunstâncias fáticas presentes – idade do adotando e anuência dos demais herdeiros com a adoção, circunscreve-se a questão posta a desate em dizer se a adoção conspira contra a proteção do menor, ou ao revés, vai ao encontro de seus interesses. 05. Tirado do substrato fático disponível, que a família resultante desse singular arranjo, contempla, hoje, como filho e irmão, a pessoa do adotante, a aplicação simplista da norma prevista no art. 42, § 1º, do ECA, sem as ponderações do “prumo hermenêutico” do art. 6º do ECA, criaria a extravagante situação da própria lei estar ratificando a ruptura de uma família socioafetiva, construída ao longo de quase duas décadas com o adotante vivendo, plenamente, esses papéis intrafamiliares. 06. Recurso especial conhecido e provido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1.635.649/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. Brasília, 27 de fevereiro de 2018. **Dje**. Brasília, 02 de março de 2018.

adolescente, deram ensejo à possibilidade de uma nova percepção acerca do tema, o que, segundo Gonçalves (2020) veio a refletir nessas decisões, inclusive na supracitada, proferida pelo Superior Tribunal Federal.

Os autos desta dão conta, em resumo, que a mãe biológica do adotando, filha do casal adotante, sofreu uma violência sexual, e, em virtude desta, concebeu a criança. Contudo, devido ao trauma, não conseguiu exercer a maternidade, e, por isso, o menino foi cuidado e criado, desde o seu nascimento, pelos pais dela como se filho deles fosse.

Dessa forma, foi criado um grande laço afetivo entre os adotantes e o adotado, e também entre o adotado, sua mãe biológica e o seu tio biológico, que sempre se trataram como irmãos. Por isso, após cerca de dez anos, mesmo possuindo a guarda judicial do mesmo, os avós tiveram por bem ingressar em juízo com o intuito de, efetivamente, adotar o neto para regularizar esta situação fática.

Isso porque, a relação deles, na realidade, nunca foi de avós com neto, mas sim de pais socioafetivos. Ou seja, nesse caso, o estado de filiação não foi construído pelos laços biológicos, e sim através de laços afetivos, constituídos durante anos de convivência familiar.

Contudo, devido à vedação existente no ECA, como já mencionado, a primeira sentença extinguiu o processo sem resolução do mérito, ante a impossibilidade jurídica do pedido. Mas, após diversos recursos, o processo foi remetido ao STJ, e lá, restou decidido que seria possível a relativização, tomando como base o pensamento de que, embora o legislador tenha definido a proibição, ele mesmo outorgou ao Estado Juiz a possibilidade deste suplantar ou suplementar normas em nome do melhor interesse da criança e do adolescente.

E, no caso em tela, restou demonstrado, após explicitados os fatos, que a intenção da adoção nunca foi gerar fraude na sucessão, tampouco confusão familiar, até porque o menino já é visto como filho, não só pela família, mas pela sociedade como um todo, então o substrato teleológico que dá origem à vedação deixou de existir.

Nesse sentido, em seu voto, a Relatora Ministra Nancy Andrighi afirmou, ainda, que, na realidade, se fosse simplesmente aplicada a norma, sem considerar o caso concreto, “criaria a extravagante situação da própria lei estar ratificando a ruptura de uma família de fato, construída ao longo de quase duas décadas com os papéis

intrafamiliares bem definidos”, o que reforça que a afetividade foi um ponto crucial para a decisão favorável.

Ainda, outro caso similar que pode ser citado, é, também, o do Recurso Especial n.º 1.448.969 - SC⁴³. Este, de acordo com os autos, trata de um casal que adotou uma menina de oito anos de idade que havia sido vítima de abuso sexual, e, em virtude desta, teria engravidado. Contudo, devido à pouca idade da mesma e ao trauma sofrido, ela não teve condições de exercer a maternidade, portanto, desde o nascimento do menino, eles cuidaram como se filho fosse.

Por isso, quando o menino chegou à adolescência, o casal resolveu pleitear judicialmente a adoção do mesmo, e, no primeiro grau, a sentença foi favorável, deferindo tal adoção. Contudo, o Ministério Público de Santa Catarina apelou, sustentando, principalmente, que há expressa vedação no Estatuto da Criança e do Adolescente à adoção de descendentes por ascendentes, e que, como o adolescente já residia com sua mãe biológica e com os avós adotivos, a adoção em nada mudaria sua situação fática.

Assim, o caso foi levado ao Superior Tribunal de Justiça, onde foi negado o provimento a este recurso e mantido integralmente o acórdão recorrido, fundamentando o relator que, por 16 anos, existiu uma filiação socioafetiva entre os adotantes e o adotado, e, portanto esta deveria ser reconhecida. Nesse sentido,

⁴³ “EMENTA: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ADOÇÃO C/C DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR MOVIDA PELOS ASCENDENTES QUE JÁ EXERCIAM A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. SENTENÇA E ACÓRDÃO ESTADUAL PELA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MÃE BIOLÓGICA ADOTADA AOS OITO ANOS DE IDADE GRÁVIDA DO ADOTANDO. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. SUPOSTA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 39, § 1º, 41, CAPUT, 42, § 1º E 43, TODOS DA LEI N.º 8.069/90, BEM COMO DO ART. 267, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA. DISCUSSÃO CENTRADA NA VEDAÇÃO CONSTANTE DO ART. 42, § 1º, DO ECA. COMANDO QUE NÃO MERECE APLICAÇÃO POR DESCUIDAR DA REALIDADE FÁTICA DOS AUTOS. PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DA GARANTIA DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. ART. 6º DO ECA. INCIDÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DA NORMA FEITA PELO JUIZ NO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. ADOÇÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Ausentes os vícios do art. 535, do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração”. 2. As estruturas familiares estão em constante mutação e para se lidar com elas não bastam somente as leis. É necessário buscar subsídios em diversas áreas, levando-se em conta aspectos individuais de cada situação e os direitos de 3ª Geração. 3. Pais que adotaram uma criança de oito anos de idade, já grávida, em razão de abuso sexual sofrido e, por sua tenríssima idade de mãe, passaram a exercer a paternidade socioafetiva de fato do filho dela, nascido quando contava apenas 9 anos de idade. 4. A vedação da adoção de descendente por ascendente, prevista no art. 42, § 1º, do ECA, visou evitar que o instituto fosse indevidamente utilizado com intuítos meramente patrimoniais ou assistenciais, bem como buscou proteger o adotando em relação a eventual “confusão mental e patrimonial” decorrente da “transformação” dos avós em pais. 5. Realidade diversa do quadro dos autos, porque os avós sempre exerceram e ainda exercem a função de pais do menor, caracterizando típica filiação socioafetiva. 6. Observância do art. 6º do ECA: na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. 7. Recurso especial não provido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1.448.969/SC. Relator: Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma. Brasília, 21 de outubro de 2014. **Dje**. Brasília, 03 de novembro de 2014.

afirmou, ainda, que, interpretar o artigo que veda a adoção por ascendentes de forma irrestrita, seria, na realidade, pactuar com a injustiça.

Tendo em vista essas e outras decisões no mesmo sentido, ficou claro para Gonçalves (2020, p. 120), que o Superior Tribunal de Justiça tem “proclamado que o vínculo socioafetivo prevalece sobre a verdade biológica”, e isso porque, entende-se, hoje, que a família é pautada na afetividade.

Esta, é considerada um princípio que, apesar de não estar elencado de forma explícita na Constituição Federal, segundo Tartuce (2021), decorre da valorização da dignidade humana, e está relacionado à outros princípios constitucionais, como o do melhor interesse da criança e do adolescente, porque sobreleva as relações de afeto que essas pessoas têm entre si, do que o simples vínculo consanguíneo.

Neste ínterim, ensina Maria Berenice Dias (2020), que os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, e isso pôde ser observado nos casos em questão, já que, em virtude da impossibilidade das mães, os pais delas assumiram a responsabilidade de criar os seus netos, e estes, por sua vez, desde que nasceram, reconheciam os seus avós como seus verdadeiros pais para todos os fins.

Portanto, tendo em vista a contradição existente no ordenamento jurídico com relação à vedação, os tribunais vêm entendendo que a proibição da adoção por seus avós deve ser analisada caso a caso, e não ser tida como absoluta e aplicada sem analisar a situação envolvida, pois, quando se trata do melhor interesse da criança e do adolescente, é importante que seja dada a máxima inserção familiar possível a este.

Assim, cabe aos juízes analisarem, no caso concreto, a situação daqueles indivíduos em suas respectivas famílias, reconhecendo e regularizando a filiação socioafetiva, se ela existir, e esta for a melhor forma de contemplar o melhor interesse dessas pessoas. Além disso, com a observância do caso, deve ser provado, ainda, que tal adoção não foi realizada com o intuito de fraudar a previdência, e que a mesma não vai gerar grandes confusões familiares.

De toda forma, afirma o renomado doutrinador Paulo Lôbo (2018, p. 56) que “O juiz deve sempre, na colisão da verdade biológica com a verdade socioafetiva, apurar qual delas contempla o melhor interesse dos filhos, em cada caso, tendo em conta a pessoa em formação”. Assim, cada situação deve ser observada caso a caso, uma vez que o principal papel do direito é acompanhar as evoluções da sociedade, e assim, conseguir, sempre, ser aplicado da melhor forma possível.

6 CONCLUSÃO

Em virtude de todo o exposto, nota-se que a presente pesquisa tomou como foco, principalmente, a evolução histórica do instituto da adoção, e analisou, especificamente, a possibilidade da adoção avoenga no ordenamento jurídico pátrio. Com isso, restou necessária a demonstração, principalmente, da finalidade e das formas de adoção existentes ao longo do tempo, sempre de acordo com as leis vigentes às épocas, além de como ocorre, atualmente, este ato jurídico solene, e quais são os seus efeitos.

Dessa forma, foi possível explicar as razões da existência de uma vedação à adoção de netos por avós, quais sejam: evitar, em geral, fraudes previdenciárias, problemas sucessórios e confusões genealógicas ao adotado. Então, tornou-se necessário trazer à baila, também, que, no ano de 1988, quando promulgada a Constituição Federal brasileira, foram instituídos alguns princípios constitucionais a serem seguidos, como o da afetividade, o da proteção integral e o do melhor interesse da criança e do adolescente, e estes passaram a nortear o direito das famílias, trazendo uma nova perspectiva e roupagem acerca do assunto.

A partir da análise destas e dos demais pontos trazidos no trabalho, conclui-se, quanto ao questionado na problemática, que caso fossem levados em consideração os princípios constitucionais da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, e estes prevalecessem sobre o disposto na lei, a adoção avoenga seria possível, em casos excepcionais, desde que avaliados o caso concreto.

Isso porque, o princípio da proteção integral, baseia-se na ideia de que as crianças e os adolescentes, apesar de se encontrarem na condição de pessoa em desenvolvimento, devem ser considerados como um sujeito de direitos, assim como qualquer adulto. Já o do melhor interesse da criança e do adolescente, por sua vez, entende que, por se encontrarem nessa posição e ainda estarem construindo a sua personalidade e maturidade, a situação de maior vulnerabilidade acaba sendo sobreposta.

Baseado neles, o direito das famílias passou a evoluir cada vez mais ao longo do tempo, e, com tal evolução, o afeto passou a ser visto como elemento intrínseco às relações familiares. Dessa forma, passou-se a compreender melhor a necessidade de se proteger a infância e a juventude, resguardando sempre o seu melhor interesse, e

assumindo que é possível a promoção do princípio do melhor interesse da criança ou adolescente ao ser adotado pelos seus avós, pensamento este defendido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em algumas de suas decisões sobre o tema recentemente.

Dessa forma, fica claro que a vedação do artigo 42, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a qual trata da proibição da adoção por ascendentes, não deve ser considerada absoluta e que, tendo em vista o entendimento jurisprudencial que prevalece hoje, deve o juiz analisar os casos específicos, interpretando a lei de uma forma que busque, em todo caso, sempre beneficiar o interesse da criança e do adolescente, e não o melhor interesse do adotando.

Até porque, se assim o fosse, estaria o direito tornando a exceção como regra e proibindo uma prática que melhoraria a vida de muitas crianças e adolescentes, deixando de acompanhar as mudanças que perpassam pelo contexto social da sociedade e de analisar os casos concretos nos quais os candidatos adotantes possuem um único e fundamental propósito, que é o amor à criança adotada como se seus filhos fossem, apenas para proteger patrimônios.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Jr., Gediel. C. **Prática no Estatuto da Criança e do Adolescente**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019. 9788597019148. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597019148/>. Acesso em: 19 out. 2021.

BORBA, Eloise de Castro; ARTIGAS, Marcelo Nogueira. **A Adoção unilateral à luz dos princípios da afetividade e do melhor interesse da criança**. Tuiuti: Ciência e Cultura, v. 6, n. 60, p. 238-280, 2020. Disponível em: <https://seer.utp.br/index.php/h/article/view/2332>. Acesso em: 21 out. 2021.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente** – aspectos teóricos e práticos. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BOUZON, Emanuel. **O Código de Hammurabi**. Introdução, tradução do texto cuneiforme e comentários. 10 ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17 set. 2021.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre

os Direitos da Criança. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 28 out. 2021.

BRASIL. Lei n. 3.133, de 8 de maio de 1957. Atualiza o instituto da adoção prescrita no Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1957. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3133.htm. Acesso em: 18 set. 2021.

BRASIL. Lei n. 4.655, de 2 de junho de 1965. Dispõe sobre a legitimidade adotiva. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4655.htm. Acesso em: 18 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1.448.969/SC. Relator: Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma. Brasília, 21 de outubro de 2014. **Dje**. Brasília, 03 de novembro de 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153483652/recurso-especial-resp-1448969-sc-2014-0086446-1/relatorio-e-voto-153483664>. Acesso em: 28 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1.635.649/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. Brasília, 27 de fevereiro de 2018. **Dje**. Brasília, 02 de março de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/avos-podem-circunstancias-excepcionais.pdf>. Acesso em: 28 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 89457/GO. Relator: Cordeiro Guerra, Segunda Turma. Brasília, 17 de novembro de 1981. **Dje**. Brasília, 18 de dezembro de 1981. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/912688/recurso-extraordinario-re-89457-go/inteiro-teor-100592056?ref=juris-tabs>. Acesso em: 22 out. 2021.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas S.A. - EDAMERIS, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. ver. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 17. ed. [revista e atualizada por] Mario Roberto Carvalho de Faria – Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986049/>. Acesso em: 27 out. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil 3 - Responsabilidade Civil - Direito de Família - Direito das Sucessões Esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617432/>. Acesso em: 22 out. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** - v. 6: Direito de Família. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590210/>. Acesso em: 20 out. 2021.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 21. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: sucessões. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593686/>. Acesso em: 27 out. 2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640515/>. Acesso em: 19 out. 2021.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito da Família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598117/>. Acesso em: 20 out. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil - Vol. V - Direito de Família**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990664/>. Acesso em: 21 out. 2021.

SILVA FILHO, Artur Marques da. Adoção e homoafetividade. **Obras Jurídicas**. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc43.pdf?d=636808166395003082>. Acesso em: 17 set. 2021.

SILVA FILHO, Artur Marques da. Da adoção. In: **O novo Código Civil, homenagem ao Prof. Miguel Reale**. NETO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

SILVA, Nelson do Valle; BARBOSA, Maria Lígia de Oliveira. População e Estatísticas Vitais. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Estatísticas do século**. Rio de Janeiro: IBGE, 2006. p.31-57.

TARTUCE, Flávio. **Direito de Família** - v. 5. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993818/>.
Acesso em: 19 out. 2021.

ZAMATARO, Yves Alessandro Russo. **Direito de Família em Tempos Líquidos**. 1. ed.
São Paulo: Almedina, 2021. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556272245/>. Acesso em: 20
out. 2021.

ZVEITER, Waldemar. **Doutrina**: STJ dez anos a serviço da justiça. 1999, p. 205-211.
Disponível em:
<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Dou10anos/article/view/3453/3576>. Acesso em: 27 out. 2021.

O ABANDONO DIGITAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E O QUE REGE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA QUANTO AO TEMA

Bianca Chacon Barbalho Simonetti¹

Emmanuelli Karina de Brito Gondim Moura Soares²

RESUMO

Com o surgimento da Internet, a sociedade adaptou-se para a nova realidade tecnológica, incluindo assim, diferentes tipos de pessoas das mais diversas faixas etárias. As crianças, por sua vez, já nasceram introduzidas nesse meio, aprendendo a fazer uso da internet desde os primeiros anos de suas vidas. A realização desta pesquisa visa ao estudo do possível abandono digital dessas crianças e adolescentes, como também trabalha a possibilidade de responsabilização parental frente ao mesmo, trazendo em ênfase a questão do poder familiar presente dentro destas relações, quais os impactos e o que leciona a legislação brasileira e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), colocando em evidência um dos princípios que o regem, o Princípio do Melhor Interesse do Menor, como também a importância da coerência e eficácia desses ordenamentos diante da problemática. Objetiva-se ainda, analisar o surgimento e avanço da internet, juntamente com os problemas do abandono digital presente nesse meio e, em consonância, a criação de medidas eficazes para combater o mesmo. Ainda, visa esclarecer e transpor conceitos sobre o abandono digital em si, o papel dos pais e responsáveis quanto a questão, e, por fim, analisar até que ponto deve ir o devido monitoramento. Para tanto, serão realizadas pesquisas bibliográficas a respeito de dados existentes em livros, análises de casos e dados estáticos dispostos virtualmente, sendo feito, portanto, através de observações indiretas, sendo feita uma análise histórica trazendo o estudo desde a origem do problema, como o mesmo se deu e evoluiu até os tempos atuais, trazendo consigo a natureza de uma pesquisa aplicada, objetivando aplicar os resultados para solução do problema abordado.

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. Email: biancasimonetti8@hotmail.com

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: emmanuelli@unirn.edu.br.

Palavras-chave: Abandono digital. Crianças e adolescentes. Internet. Atendimento ao Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

DIGITAL ABANDONMENT OF TEENAGERS AND CHILDREN AND THE EFFECTIVENESS OF BRAZILIAN LEGISLATION REGARDING THE TOPIC

ABSTRACT

With the emergence of the Internet, society has adapted to the new technological reality, thus including different types of people of different age groups. Children, in turn, were born immersed in this environment, learning to use the internet from the first years of their lives. This research aims to study the possible digital abandonment of these children and adolescents, as well as work on the possibility of parental responsibility in the face of it, emphasizing the issue of family power present within these relationships, what the impacts are, and what the legislation teaches and the Statute of Children and Adolescents (ECA), highlighting one of the principles that govern it, the Principle of the Best Interest of the Minor, as well as the importance of coherence and effectiveness of these orders in the face of the problem. It is also aimed to analyze the emergence and advancement of the internet, together with the problems of digital abandonment present in this environment, and accordingly, the creation of effective measures to combat it. Still, it aims to clarify and transpose concepts about digital abandonment itself, the role of parents and guardians on the issue, and, finally, to analyze how far the proper monitoring should go. To this end, bibliographical research will be carried out regarding existing data in books, case analyses, and also static data disposed of virtually, being done, therefore, through indirect observations, being made a historical analysis bringing the study from the origin of the problem, as the same happened and evolved until the present times, bringing with it the nature of applied research, aiming to apply the results to solve the problem addressed.

Keywords: Digital Abandon. Teenagers and children. Internet. Compliance with the Principle of the best interest of the child and adolescent.

1 INTRODUÇÃO

É crível que vivemos em uma era moderna de vigilância multifacetada, seja por terceiros, organizações ou entidades. Ao monitoramento exacerbado atribuímos, em certa medida, à busca por um grau de segurança e uma publicidade direcionada quase que impossível de ser alcançada. Fato é que o direito à privacidade nunca esteve tão ameaçado, vide as evidências amplamente noticiadas a despeito dos perigos da rede mundial de internet e a própria elaboração de leis que visam proteger o usuário, tais como o Marco Civil da Internet, a Lei Geral de Proteção de Dados, e a Lei do Cadastro Positivo.

Visando isso, a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso X, consagrou a proteção ao direito da privacidade, à intimidade do indivíduo e proteção dos dados pessoais, sendo este último inserido através da Emenda Constitucional nº115/2022, instituindo garantias quando da violação destes direitos, os quais convergem para a relevância e prevalência da dignidade da pessoa humana.

Por essa razão, a presente pesquisa destina-se a discutir o abandono digital de crianças e adolescentes, como a legislação brasileira protege esses vulneráveis e há eficácia na aplicabilidade prática destas normas. Diante disso, questiona-se, enquanto problemática, como o controle parental, aliado ao Estado e a sociedade, podem contribuir a fim de evitar o abandono digital – ou seja, a omissão e a desatenção – quanto à segurança da criança e do adolescente no ambiente da rede.

Destarte, a abordagem utilizada busca demonstrar as transformações na concepção de privacidade. Objetiva-se também, de forma analítica, averiguar a construção legislativa no tocante à consunção do fato à norma, ao se deparar com os paradigmas ocorridos na sociedade da informação.

Importante salientar que ainda há poucas tratativas doutrinárias acerca da presente temática, de modo que a metodologia abordada se restringiu a análise bibliográfica, tais como livros, artigos científicos e escritos de revistas periódicas, além de uma breve exposição estatística.

A pesquisa a ser realizada neste trabalho pode ser classificada como aplicada e exploratória, isto porque a mesma consiste em voltar o estudo científico para a solução de um problema específico, que é o abandono digital de crianças e adolescentes, tendo o foco da aplicação de soluções encontradas ao problema central tratado no presente artigo, como também tem como objetivo explorar tal problemática, tornando-a mais clara, indo assim, em busca de soluções para a mesma. Enquanto procedimento, este

trabalho se realizará por meio de observações indiretas, pois não contará com pesquisas de campo, e sim com dados presentes em fontes de papel. Ainda, se utilizará de artigos com análises de especialistas, livros, análises de casos, e dados estatísticos. Outrossim, também será utilizado o método de procedimento histórico, onde existirá um estudo da origem do problema e como o mesmo evoluiu.

Em ordem de compreender, a presente pesquisa organiza-se, a princípio, na abordagem do surgimento da internet no mundo e as suas influências no Brasil, além das normativas atuais dispendo sobre o tema e a inclusão digital dos vulneráveis neste aspecto, trazendo como seus direitos eram fixados antes e depois da criação do Estatuto da Criança e do Adolescente e o que o mesmo dispõe em relação a esse marco.

Em sequência, importa o esclarecimento da criança e do adolescente como personagem vulnerável no meio digital e as consequências da utilização da internet sem monitoramento parental. Ainda, far-se-á a análise do Estatuto da Criança e do Adolescente e os seus princípios norteadores, mormente aqueles que possuem íntima relação com o cerne da presente pesquisa, quais sejam, o princípio da proteção integral, da dignidade da pessoa humana, princípio da municipalização e o princípio da prioridade absoluta.

No capítulo adiante, volvendo a problemática do trabalho, a preocupação reside em compreender, a partir dos conceitos e princípios basilares, dando destaque ao Princípio da Proteção Integral e ao Princípio do Melhor Interesse, as implicações do abandono digital, os impactos ocasionados por esta omissão e a possibilidade de responsabilização dos pais quando constatada a desatenção.

Por fim, anteriormente as considerações finais, será abordado o conceito de privacidade e monitoramento em termos gerais. Sobretudo, busca-se traçar a linha tênue entre a invasão de privacidade e o monitoramento realizado por órgãos públicos, privados ou até mesmo pelos responsáveis pelos menores em questão, trazendo a responsabilização dos mesmos dentro do meio digital, inserindo o poder familiar, seus limites e formas, e, ainda, hipóteses de interrupção e suspensão do mesmo.

Para além disso, a intenção é demonstrar que quando se trata de criança e adolescente imbuído no meio digital, a linha entre privacidade e monitoramento deixa de ser tênue e passa a consagrar a necessidade de fiscalização dos acessos, não só por parte dos pais, mas também daqueles que a Constituição Federal tratou de compartilhar tal responsabilidade: Estado e sociedade. Afinal, a necessidade do monitoramento deste

grupo se justifica pela preocupação em proteger o núcleo intangível dos direitos, em outros dizeres, proteger a privacidade, a dignidade humana, o melhor interesse da criança e do adolescente, garantindo uma construção psicossocial dissociada dos traumas que o mundo digital pode ocasionar.

Portanto, a presente pesquisa revela-se fundamental para alertar o controle parental, o Estado e a sociedade dos riscos que crianças e adolescentes podem sofrer pela desatenção e omissão daqueles que estão incumbidos de priorizar, absolutamente, o desenvolvimento sadio daqueles.

2 O SURGIMENTO DA INTERNET NO BRASIL E A INCLUSÃO DIGITAL DOS VULNERÁVEIS

Antes de tratar propriamente do mérito ao qual o presente artigo é voltado, faz-se necessária a exposição a respeito do surgimento da internet e como seus avanços manifestaram-se no Brasil. Antigamente, os principais meios de comunicação existentes consistiam no telégrafo e telefone, mas com a vinda dos computadores, o desejo da fácil comunicação entre as pessoas que se encontravam em determinada distância, que já era algo almejado por pesquisadores, passou a aumentar. Entretanto, quando surgiu, o computador era apenas uma máquina com fins científicos e governamentais, onde se fazia possível o armazenamento de informações.

Devido ao conflito travado entre os Estados Unidos e a União Soviética, a chamada Guerra Fria, os EUA tinham como objetivo a proteção de seus dados e comunicação entre eles. Sendo assim, buscaram estabelecer a primeira conexão em rede, a qual ocorreu em 1969, entre a UCLA e Stanford Research Institute, entretanto não obtiveram sucesso totalmente, tendo também a primeira queda (REVISTA PESQUISA FAPESP, 2011, 180 ed).

A internet foi criada, então, para fins militares, mas com o passar do tempo, passou a tornar viável a troca de mensagens entre usuários particulares e trouxe variadas possibilidades de serviços que podem ser acessados de qualquer lugar e a qualquer hora, facilitando a comunicação e aproximação entre as pessoas.

No Brasil, no ano de 1989, a Internet começou a ser implantada como uma ferramenta de comunicação voltada para fins acadêmicos e, em 1995, passou também a ser comercializada, ampliando cada vez mais a tecnologia, sendo necessário que

houvesse melhorias no serviço prestado (LINS, BERNADO. 2013). Em consequência, a comunicação passou a ser mais moderna e contar com melhor estrutura, deixando de ser apenas um âmbito dominado por empresas privadas, as quais proviam um meio de navegar na internet disponibilizada.

A partir do crescimento do meio digital, se fez necessário que houvesse uma legislação específica que regulamentasse as atividades exercidas dentro deste ambiente. Pensando nisso, em 2014, aconteceu a criação do Marco Civil³ da Internet, conhecido também como Lei nº 12.965, englobando, assim, o mundo digital no Direito (BRASIL, 2014).

A lei em questão norteia e determina todo o processo de fornecimento de internet para a sociedade, como ela deve ser provida e de que modo pessoas e entidades públicas devem se portar no meio tecnológico, determinando direito, deveres, e limitando ações, fazendo com que haja responsabilização para aqueles que fugirem das diretrizes impostas, contribuindo para que não se torne uma “terra sem dono”.

A criação do Marco Civil da Internet ocorreu mediante a realização de debates, que contavam com a participação da sociedade, aqueles que fazem uso do meio digital assumindo o papel de usuários da internet. E, ainda, assim como toda a Constituição Federal, possui princípios basilares para sua formação, como a liberdade de expressão, o respeito aos direitos humanos, privacidade e, por fim, neutralidade da rede.

A liberdade de expressão consiste na garantia da livre expressão por parte da sociedade, onde as pessoas possuem o direito de externar suas opiniões e crenças. Em detrimento desse princípio, o Marco Civil prevê, em seu artigo 3º⁴, a existência da garantia dessa autonomia também no ambiente tecnológico. Nesse sentido, esse direito vem acostado a responsabilidade dos usuários quanto ao conteúdo que será consumido

³ **Art. 1º** Esta Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria.

⁴ **Art. 3º** A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

II - proteção da privacidade;

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

IV - preservação e garantia da neutralidade de rede;

V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;

VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;

VII - preservação da natureza participativa da rede;

VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

nas redes por cada um.

O respeito aos direitos humanos, por sua vez, exposto no segundo artigo da supracitada lei⁵, busca conceder um espaço seguro para que os indivíduos possam fazer uso da rede que lhes é disponibilizada, tendo conhecimento de que não terão seus direitos violados, assim como lhes é vedado expor terceiros a essa infração.

Em seguida, o princípio da inviolabilidade à privacidade, como o próprio nome já diz, serve de pilar para a lei quanto a proteção de dados de seus usuários e, assim como fundamenta o artigo 5º da Constituição Federal, inciso X, dispõe que são invioláveis a intimidade, vida privada, honra e a imagem das pessoas.

Por fim, a neutralidade de rede, adotada pelo Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014), defende a democratização da internet, onde todos os assuntos expostos devem receber tratamento igualitário, vedando assim, a discriminação por parte das empresas prestadoras de serviços. Sem a neutralidade de rede, os provedores poderiam escolher o que seria acessado, priorizando assim algo que trouxesse lucro para os mesmos.

Devido ao fato de o Marco Civil regular um meio que está em constante aprimoramento e modificação, a lei busca acompanhar tais mudanças para estar sempre em igualdade com os assuntos em alta.

Um exemplo atual da afirmação acima é a Lei Geral de Proteção aos Dados, a qual será abordada com mais clareza adiante. A LGPD⁶, também conhecida como Lei nº 13.709/2018, trabalha a ideia da expansão do direito à privacidade já existente no meio digital, sendo necessário que exista total consentimento do usuário fornecedor de dados para que suas informações sejam armazenadas, e ainda, que exista a segurança devida para que terceiros não façam uso impróprio do material.

Dito isso, nota-se que a popularização da internet, tanto no mundo como no Brasil, está sempre em ascensão, sendo necessário que o meio jurídico também acompanhe esse crescimento e arque com a fiscalização necessária.

⁵ Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:

I - o reconhecimento da escala mundial da rede;

II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;

III - a pluralidade e a diversidade;

IV - a abertura e a colaboração;

V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VI - a finalidade social da rede.

⁶ 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.

Com os avanços da tecnologia, e com o meio digital cada vez mais presente na vida da sociedade, torna-se importante que as pessoas tenham acesso e estejam incluídas a esse meio, o que vem a ser um diferencial em diversos âmbitos, como por exemplo, o profissional. O processo de inclusão digital, tanto de crianças auxiliando no desenvolvimento de sua educação, como de idosos alinhando a utilização da internet com suas necessidades, é imprescindível na atualidade. Por estar presente na rotina da maioria das pessoas em todos os lugares do mundo, o interesse de todos, em todas as idades, cresce para que estejam conectados aos avanços da modernidade.

As crianças convivem com diferentes tipos de dispositivos que possuem acesso à internet diariamente desde muito novas e, apesar de auxiliar na comunicação e desenvolvimento, a internet também oferece determinados riscos e perigos, que serão expostos e tratados mais à frente.

Por já nascerem integradas na era digital, crianças e adolescentes totalizam um terço dos usuários de internet em todo o mundo (UNICEF, 2017), trazendo consigo a demanda de que exista uma regulamentação quanto aos direitos desses indivíduos no meio pontuado.

Em momento anterior à criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual será abordado detalhadamente mais à frente, as crianças e adolescentes não possuíam um regulamento próprio, mas entendia-se que eram englobados quando se tratava de pessoas e indivíduos. Com a formulação do ECA, os menores passaram a possuir direitos próprios no Brasil, os quais eram ditados especificamente para este grupo em questão, trazendo possibilidades de pesquisas e levantamentos feitos voltados para essa classe de pessoas.

Por trazer consigo a necessidade de adequação às exigências tidas por crianças e adolescentes às quais resultam dos avanços da sociedade atual, o ECA dispõe a respeito dos direitos em diferentes âmbitos, sendo o digital um deles.

No Brasil, o reconhecimento da necessidade de que a Internet seja um ambiente seguro para os menores reforça o artigo 227⁷ da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que determina a responsabilidade compartilhada entre famílias, Estado e toda a sociedade em assegurar a segurança às crianças, com absoluta prioridade.

⁷ **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.

O artigo 229⁸ da Constituição Federal (BRASIL, 1988) também atribui a responsabilidade, abrangendo também os meios digitais, de filhos para com os pais em sua velhice e pais para com filhos menores, trazendo assim o dever de fiscalizar e auxiliar ambos os grupos apontados na internet, local este que, apesar de benefícios como a influência na vida social, educacional e criativa das pessoas, pode trazer efeitos nocivos aos seus usuários, como conteúdos inapropriados, violação de dados e *cyberbullying*.

A preocupação com idosos no ciberespaço deve ser igual à que existe com as crianças, as quais serão o foco único da pesquisa a partir daqui. Crianças e adolescentes, por exemplo, se encontram de várias maneiras muito expostas, por se tratar de indivíduos ingênuos e muitas vezes não terem noção de que suas informações e fotos podem estar sendo utilizadas para outros meios. Ainda, por se tratar de ambiente onde não existem limites e muitas vezes regras não são respeitadas, restrições impostas são fundamentais para uma boa educação dos menores (VELLOSO, 2007).

A falta de consciência, tanto de idosos como de crianças, reflete no uso de suas redes sociais, onde muitos dados são expostos sem uma avaliação prévia. Diante de todo o exposto, o assunto de segurança no meio tecnológico traz consigo a necessidade de se fazer presente no dia a dia das famílias, para que idosos e crianças tenham conhecimento a respeito do devido uso da internet, a potencialidade dos riscos existentes e os limites de seus serviços.

3 A CRIANÇA COMO PERSONAGEM VULNERÁVEL NO MEIO DIGITAL

Como destacado anteriormente, o meio digital transformou a vida de toda a sociedade desde sua criação e, em conjunto a isso, vários benefícios foram obtidos pelas populações, como a maior facilitação da comunicação entre pessoas a longas distâncias. Entretanto, por mais que tenham existido pontos positivos, malefícios também foram obtidos com o crescente uso da internet.

Atualmente, crianças e adolescentes, tidas como usuárias da internet, onde possuem livre manuseio dentro das redes, passam a ser figuras influenciáveis pelas maiores figuras públicas do meio digital. E com a velocidade dos acontecimentos nesse

⁸ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

meio, este passou a ser o principal instrumento de influência para moldar o comportamento das pessoas, incluindo aqueles que estão em fases diversas, aprendendo a distinguir o certo do errado.

Devido a essa velocidade, torna-se cada vez mais necessário que os pais estejam atentos ao que os filhos estão acessando e consumindo na internet, para que possam passar a possuir senso crítico uma competência socioemocional a ser desenvolvida, e selecionar quais informações devem estar assimilando. As crianças precisam de supervisão no mundo digital, do mesmo jeito que necessitam no mundo real, pois trata-se de um ambiente repleto de possibilidades. Sendo assim, faz-se indispensável uma orientação para que crianças e adolescentes estejam aptos a navegar na internet, como destaca Patrícia Peck em palestra “Direito Digital e Responsabilidades nas Mídias Sociais” realizada.

A livre exposição que as crianças detêm desde os primeiros anos ao serem inseridas no ambiente digital, intensificou-se com a vinda da presente pandemia, com a adição do modelo remoto nas escolas, onde as crianças passaram a ficar mais tempo em frente aos computadores.

Em entrevista dada ao Instituto Nacional de Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente, Suely Deslandes, pesquisadora e professora do Programa de Pós-graduação em Saúde da Criança e da Mulher (PGSCM) do Instituto Nacional de Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente Fernandes Figueira (IFF/Fiocruz), em entrevista realizada nos primórdios da pandemia presente, destacou os perigos que podem ser obtidos com o intenso uso da internet, decorrente do isolamento social, afirmando que o uso compulsivo poderia gerar dependência e centralidade em relação a qualquer outra ação a ser desempenhada no cotidiano. Disse ainda que, no caso de crianças e adolescentes, o uso exacerbado das redes pode aumentar as chances de prática de violência no ambiente.

Outrossim, o Ministério da Mulher, da família e dos Direitos humanos (MDH, 2020, p.1), o órgão responsável pela defesa dos direitos humanos, aponta diferentes e inúmeros riscos que os menores correm ao acessarem o ambiente digital sem a devida supervisão e orientação.

O abuso sexual de crianças e adolescentes fora o primeiro elencado, em conjunto com o assédio virtual e a exploração sexual, onde somente no primeiro mês de isolamento os casos de pedofilia virtual subiram 190%, segundo dados divulgados pela

ONF Safernet Brasil.

Em seguida, o *Cyberbullying*, o qual pode ocorrer nas mais diversas plataformas de mensagens e consiste no *bullying*, porém realizado por meio das tecnologias existentes hoje, podendo ser executado por qualquer pessoa, até mesmo através de perfis falsos. O *cyberbullying* possui diferentes viés, como o *HappySlapping*, prática que consiste em filmar alguém sendo agredido fisicamente e postar nas redes sociais.

A exposição a conteúdos inapropriados também fora apontada, visto que as crianças possuem acesso a diversos tipos de conteúdo. A internet, como refere Patrícia Peck, é conhecida como a maior rua do planeta, fazendo uma referência que, ao sair na rua, não só as crianças, como os adultos também, devem olhar para os dois lados, não confiar em pessoas desconhecidas e tomar cuidado com os perigos existentes.

Por fim, foram apontados pela ONF Safernet Brasil, o *sexting* - ato de enviar mensagens com conteúdo erótico por forma de textos ou imagens - e a sextorsão, também conhecido como *sextortion*, que consiste no ato de chantagear crianças e adolescentes para que as mesmas propaguem o mesmo conteúdo presente no *sexting*.

Para a realização de praticamente todas as condutas elencadas, o adulto utiliza de estratégias que recebem o nome de *Grooming*, onde o mesmo busca ganhar a confiança das crianças e adolescentes com o objetivo de obter informações pessoais, facilitando o assédio, abuso e a exploração sexual.

Os crimes elencados acima, potenciais riscos, todos elencados pelo órgão citado, conhecidos como crimes virtuais, possuem como foco as crianças e adolescentes e têm se potencializado, juntamente com o avanço da tecnologia.

Além do que já fora elencado, existem ameaças como as propagandas enganosas, golpes e afins. O uso exagerado dos meios digitais pode trazer prejuízos para o desenvolvimento mental e social nessa fase de crescimento. Dito isso, faz-se necessário que além da supervisão necessária, assunto a ser abordado mais à frente no presente trabalho, o senso crítico deve estar presente, para que a criança possa ter noção de que não se deve deixar influenciar pelo conteúdo digital, tornando-os mais conscientes e lhes dando autonomia para filtrar o que será consumido, devido ao fato de que, atualmente, a sociedade sofre muita influência da mídia, a qual impõe comportamentos mais adultos e sexualizados, até para aqueles que não estão no período de vida adequado (AMIN, 2017).

Em pesquisa divulgada pelo Centro de Estudos sobre as Tecnologias da

Informação e Comunicação, fora revelado que 77% dos usuários da internet possuem entre dez e dezessete anos.

Um jovem, atualmente, possui a possibilidade de adquirir conhecimento e expandir as relações através da internet. Entretanto, existe a necessidade de que esteja presente uma responsabilidade coerente ao grande avanço de possibilidades que o meio digital proporciona, para entender que nem toda informação fornecida por meio das tecnologias é segura. É necessário que haja uma educação da cultura exercida no meio digital, para que sejam vencidos os desafios elencados anteriormente.

4 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA) E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES

Antes da criação do Estatuto, o poder público e a sociedade contavam apenas com o “Código de Menores”, o qual possuía o objetivo de determinar a punição devida para menores considerados infratores. Entretanto, em 1990 foi criado, como citado em capítulo anterior, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8069⁹, conjunto de leis que regem a estrutura a ser mantida dentro das relações estabelecidas, trazendo mais segurança aos direitos da criança e do adolescente no Brasil. O Estatuto estabeleceu normas que devem ser seguidas com a prioridade de garantir desenvolvimento digno para crianças e adolescentes, fazendo com que fossem reconhecidos como sujeitos de direitos.

O ECA foi formulado para atender uma exigência da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), a qual determina ser dever da família, da sociedade e do Estado que os direitos das crianças e adolescentes fossem priorizados, instituindo o dever para com a cidadania dos menores, contribuindo para que sejam disponibilizados meios necessários para um bom período de desenvolvimento físico, psicológico, moral e social dos mesmos.

O *caput* do art. 227¹⁰, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) estabelece ser dever da família, do Estado e sociedade a responsabilidade de assegurar as crianças e

⁹ **Art. 1º** Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

¹⁰ **Art. 227º** 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.

adolescentes todo o necessário para que lhes sejam proporcionadas vidas dignas. Ainda, conceitua através da lei, em seu segundo artigo¹¹, que é considerada criança aqueles que possuem até doze anos incompletos e adolescentes os que possuem entre doze e dezoito anos.

Como abordado em linhas anteriores, sua criação ocorreu em 1990, mais especificamente no dia 13 de julho, sendo resultado de diversas lutas sociais e debates realizados, sendo o primeiro conjunto de leis criado que teve como inspiração a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1979 e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, ambos aprovados pela Organização das Nações Unidas(ONU) em 1989.

Além de todos os direitos estabelecidos e conquistados através da criação do ECA, o qual influenciou o surgimento de valiosas instituições no âmbito nacional, como o Conselho Tutelar e Conselhos de Direitos da Criança, os quais possuem como incumbências a formulação de políticas nacionais, estaduais e municipais para crianças e adolescentes.

Em entrevista realizada pela Associação dos Auxiliares da Justiça de Nível Superior do Paraná para comemorar os trinta anos de Estatuto da Criança e do Adolescente, a procuradora de Justiça responsável por coordenar a Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente e da Educação, Michele Rocio Maia Zardo, afirmou que a criação do conjunto de leis estabeleceu os menores como sujeitos de direitos e determinou previamente quais seriam as atribuições do Estado, família e sociedade em relação a responsabilidade na garantia desses direitos.

Ao passarem a ser consideradas sujeitos de direitos, passa-se a ter direitos e deveres os quais devem ser respeitados. Ressaltou ainda, que o Estatuto tem o dever de englobar todas as crianças e adolescentes, sejam elas das mais diversas etnias, condições sociais ou origens.

Ainda, entrevistado o procurador-geral de Justiça, o qual ocupou o cargo de promotor da área da infância e juventude por dez anos, Ivonei Sfoggia, enfatizou as mudanças voltadas ao tratamento das crianças que aconteceram desde o antigo ordenamento seguido, o Código de Menores, na atualidade. Apontou também que, a partir do ECA, a família e a sociedade passaram a se responsabilizar solidariamente com

¹¹ **Art. 2º** Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

a garantia dos direitos desse público, o que chegou a possibilitar até mesmo a redução da mortalidade infantil nas últimas décadas.

Assim como os demais ordenamentos, o ECA fora norteado por princípios que estão presentes em seu texto e os quais o Estatuto busca garantir, arrebatando desde o nascimento da criança e adolescência.

São três os princípios norteadores desse conjunto de normas, sendo eles o princípio da prioridade absoluta, o princípio do melhor interesse e o princípio da municipalização.

Sendo assim, tais princípios fundamentam a ideia de proteção integral para crianças e adolescentes, dispostas no artigo 18¹² do ECA, o qual leciona sobre o direito à proteção, sendo dever de todos que a mesma seja garantida.

O primeiro princípio citado, da prioridade absoluta, está previsto na Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu artigo 227, e no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu 4º¹³ e 100 artigo. Determina que crianças e adolescentes devem ser tratados pela sociedade e pelo Estado, com total prioridade, facilitando a garantia dos direitos fundamentais para os menores.

Em seguida, o princípio do melhor interesse, já presente no artigo 5º do Código de Menores, era voltado somente a menores que se encontravam em situações irregulares. Refere-se a melhor saída que o Estado acredita existir para a criança e possui fundamento no artigo 277, já citado anteriormente, e nos artigos 1.583e 1.584 do Código Civil (BRASIL, 2002).

O princípio do melhor interesse do menor tem sua tradução no termo em inglês “*best interests of the child*”, o qual possui sua originalidade na Declaração Universal dos Direitos da Criança, assim como na Convenção, como dispõe Mendes e Bucher-Maluschke (2019, p.394). Tal princípio veio como norteador de toda e qualquer disposição legal feita em relação aos direitos das crianças e dos adolescentes, sendo utilizado em todo e qualquer caso como prioridade, sendo base de resolução de conflitos onde o interesse dos menores é posto em questão (COLUCCI, 2014, p. 28-29), onde o ECA traz consigo em seu 6º artigo¹⁴ a regulamentação de outros institutos normativos

¹² **Art. 18.** É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

¹³ **Art. 4º** É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

¹⁴ **Art. 6º** Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem

para a utilização do princípio abordado.

Sendo assim, sua inserção deve ser realizada em todos os âmbitos, incluindo o digital, onde, por estarem inseridos no meio digital desde cedo em suas vidas, assumem figuras de personagens vulneráveis a reflexos indesejados da internet (COUTINHO, 2019, p. 35).

Por fim, o princípio da municipalização traz a função de priorizar a melhor forma de atender as necessidades da criança, aplicado ao caso concreto, visto que cada região apresenta características e necessidades específicas.

Assim, como é dever da família, em conjunto com o Estado, priorizar e garantir que os direitos e deveres sejam resguardados e garantidos para os menores no âmbito da vida real, a vida digital também se encontra englobada a essa responsabilidade. É dever desses órgãos garantir dignidade, liberdade e direito ao respeito para essas crianças e adolescentes também no meio digital, segundo a Doutrina da Proteção Integral, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro através do já citado artigo 277.

Esses direitos podem ser garantidos através do devido controle parental, por meio de medidas que irão ser elencadas e discutidas mais à frente. Já quanto ao Estado, o mesmo possui a responsabilidade de prestar a devida educação para que as crianças adquiram senso crítico e responsabilidade para fazer uso dos diversos meios tecnológicos disponíveis atualmente, conforme estabelece o artigo 26¹⁵ do Marco Civil, o qual dita que deve ser implantado no sistema educacional algo específico voltado para a educação digital, a qual faria uso de métodos tecnológicos para implantar a educação, tornando, assim, o ambiente digital mais seguro para o grupo apontado.

5 ABANDONO DIGITAL

5.1 CONCEITO E PRINCÍPIOS

O termo “abandono digital” é configurado como uma forma de negligência parental, ou seja, omissão de cuidado por parte dos pais em relação aos seus filhos,

comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

¹⁵ **Art. 26.** O cumprimento do dever constitucional do Estado na prestação da educação, em todos os níveis de ensino, inclui a capacitação, integrada a outras práticas educacionais, para o uso seguro, consciente e responsável da internet como ferramenta para o exercício da cidadania, a promoção da cultura e o desenvolvimento tecnológico.

crianças e adolescentes. Com a modernidade, tal prática vem crescendo em meio ao ambiente digital, também influenciada pela pandemia, o que acaba por expor as crianças a diversos riscos, como *cyberbullying*.

O conceito tomou forma e fora propagado por Patrícia Peck Pinheiro, advogada especialista em Direito Digital, a qual refere-se a internet como “maior rua da sociedade atual”, traz e enfatiza o dever dos pais em relação à supervisão que deve ocorrer em relação ao conteúdo que é consumido pelos menores nas redes sociais.

Da negligência cometida pelos pais em relação ao meio digital, surge o conceito de “órfão digital”, ou seja, crianças vítimas de situações em que os pais estão voltados somente aos benefícios disponibilizados pela tecnologia, não estando atentos ao perigo que também oferecem.

Em linhas gerais, surge a necessidade de que as crianças e adolescentes recebam a devida educação digital para saber lidar com a diversidade de situações que podem vir a ocorrer em meio ao mundo digital.

A ausência de fiscalização por parte dos pais e a negligência são configuradas como abandono digital dos menores, o que traz o dever de responsabilizar, como será abordado mais à frente. Tal dever é gerado pela série de prejuízos que os menores podem vir a sofrer, não recebendo o cuidado necessário.

Apesar de ser um tema novo, trata-se de um assunto muito recorrente, o qual pandemia impulsionou. Com a implantação das aulas virtuais, as crianças passaram a ter mais liberdade nas redes, e, como consequência, adquirindo uma maior liberdade.

Patrícia Peck Pinheiro, advogada já citada no presente trabalho, enfatiza sobre a insegurança existente para crianças e adolescentes na internet, onde é dever dos pais vigiar os filhos, entretanto, muitas vezes não acontece, pelo falso senso de segurança, de um ambiente próximo e seguro. (PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital Aplicado 2.0*, 2016, p. 98)

O abandono digital tem como princípios norteadores a dignidade da pessoa humana e paternidade/maternidade responsável. O primeiro refere-se à garantia das necessidades fundamentais de cada indivíduo, nesse caso, voltado para as crianças e adolescentes. Já o segundo, traz a questão da responsabilização parental, a qual começa na concepção e se estende até que seja necessário e justificável o acompanhamento realizado pelos pais.

5.2 OS IMPACTOS OBTIDOS A PARTIR DO ABANDONO DIGITAL

Como dito no capítulo acima, muitos são os impactos que podem ser sofridos pelas crianças e adolescentes, por serem tidas como personagens vulneráveis no meio tecnológico.

É importante o fornecimento de informação para esse público infantil, tanto para determinar a responsabilidade do Estado quanto ao enfrentamento dos riscos existentes, quanto para que exista um objetivo comum em procurar medidas que possam vir a combatê-los, visando primar sempre pela privacidade e segurança das crianças.

Em pesquisa realizada em 2019, TIC KIDS Online Brasil, feita pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br, 2019), responsável por estabelecer guias estratégicos relacionados ao uso da Internet no Brasil, demonstrou que 64% dos adolescentes realizaram pesquisas apenas por curiosidade, não sendo possível estabelecer uma linha coerente do que é procurado ou buscado na internet.

Dito isso, o Marco Civil da Internet trouxe, em seu artigo 29, que é de responsabilidade o controle parental em relação ao programa acessado, visto que o usuário possui a opção livre de escolher qual o conteúdo que deseja consumir no meio tecnológico.

Diante do alcance da internet, riscos podem ser gerados devido a vulnerabilidade das crianças e adolescentes, fazendo com que elas estejam à mercê caso de abandono digital, comprometendo seu desenvolvimento psíquico ou emocional e facilitando que sejam vítimas dos diversos crimes, como abuso sexual, *cyberbullying*, *sextortion* e *grooming*, já citados acima. Nessa perspectiva, Amin Dias destaca que a ausência de cuidado e atenção dos pais aos valores constitucionalmente protegidos volta-se para a violação da integridade dos filhos, gerando a devida punição.

5.3 A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DE PAIS E RESPONSÁVEIS FRENTE AO ABANDONO DIGITAL DO INCAPAZ EM QUESTÃO

As medidas relacionadas ao cuidado parental buscam acompanhar a mesma velocidade – existindo também a necessidade – que os avanços presentes no meio tecnológico, e a questão do abandono digital é consequência justamente desse crescimento. Aos pais, cabe o dever de participar e monitorar seus filhos, para que seja

garantido crescimento sem perigos e que se desenvolvam intelectualmente e emocionalmente, incluindo no meio digital (PINHEIRO, 2017).

O Marco Civil da Internet traz a questão da responsabilização das pessoas quanto ao que acessam na internet e, em caso de crianças, essa responsabilidade passa a ser dever dos pais. Entretanto, o fenômeno do desamparo parental no meio digital surge do grande avanço tecnológico e do fato das crianças estarem inseridas nesse meio desde seus nascimentos, visto que muitas vezes a tecnologia é usada como meio de distração.

Nas palavras de Patrícia Peck, faz-se mister a instalação de programas que facilitem o acompanhamento dos responsáveis em relação ao que está sendo acessado pelos filhos, sendo necessária a participação dos genitores quanto ao uso das tecnologias, respeitando a individualidade das crianças, mas mantendo o devido monitoramento, para que não sejam afetadas nem juridicamente e nem afetivamente.

A responsabilidade que os pais detêm em relação a educação de seus filhos abrange também o meio tecnológico, visto que os responsáveis possuem o dever de conviver com os filhos, não se trata de um direito (DIAS, Maria Berenice, 2016).

Tal responsabilidade trata-se do poder familiar, o qual traz obrigações e direitos que os pais e responsáveis detêm em relação aos seus filhos, possuindo seu fim quando o menor atinge capacidade plena civil (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2019, p. 595), e possui seu fundamento no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)¹⁶.

O poder familiar, quando desrespeitado, pode vir a ser suspenso ou extinto. Como hipótese de extinção, temos três: pode ocorrer por ato voluntário, fato natural ou através de sentença judicial, extinguindo, assim, o direito legal perante o filho. A situação que leve a extinção do mesmo deve ter grau de gravidade algo, sendo analisado à luz do que determina os artigos 1.630 ao 1.638 do Código Civil.

Já sua suspensão resulta em um impedimento temporário do poder da família sob a criança ou adolescente, sendo consequência de abuso do poder ou negligência quanto as suas responsabilidades por parte dos pais ou responsáveis.

¹⁶ **Art. 22.** Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

Deve, também, estar igualmente dividido entre os responsáveis do menos, sendo a responsabilidade igualitária entre o pai e pela mãe, sendo assegurado o direito de recorribilidade á autoridade judiaria competente caso haja divergência de opiniões, assim como dispõe o Artigo 22 do ECA (BRASIL, 1990).

O Código Civil de 2002 traz em seu texto de maneira enumerada as obrigações destinadas a pais e responsáveis dentro do poder familiar, em seu artigo 1.634¹⁷. Importante ressaltar que o poder familiar não possui tais obrigações como limitações, visto que o mesmo vai muito além do inumerado pelo que está legislado.

É necessária a análise de cada caso concreto havendo abandono digital, para que seja determinada a devida sanção. O artigo 1.638¹⁸ traz que, caso o filho seja deixado em situação de abandono, o responsável perderá por ato judicial o poder familiar, e isso estende-se ao meio digital.

Diante da complexidade do assunto tratado, algumas são as medidas cabíveis por parte dos genitores para que os filhos estejam cada vez mais atentos aos perigos do meio digital, tendo consciência do que acessam.

Através da devida orientação sobre o uso dos equipamentos, apontamento dos riscos, monitoramento seguro e constante e imposição de limites quanto ao que é consumido, diminui-se o risco aos perigos que os menores estão expostos. Em casos de abandono de crianças e adolescentes, os menores estarão sendo privados de cuidados importantes para sua formação moral. Sendo assim, é direito dos filhos fazerem uso da convivência familiar, sendo poupadas de qualquer abandono (MADALENO, 2013).

¹⁷ **Art. 1.634.** Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição

¹⁸ **Art. 1.638.** Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

- I - castigar imoderadamente o filho;
- II - deixar o filho em abandono;
- III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
- IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.
- V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

A doutrinadora Patrícia Peck, referência quanto ao assunto, determina que equipamentos tecnológicos somente deveriam ser entregues para as crianças depois que fossem instalados programas que ajudassem no controle dos sites acessados, para que os pais pudessem ter conhecimento do que está sendo visto. Porém, mesmo com sua instalação, ressalta que continuará cabendo aos pais do menor, aos quais refere-se como “menores abandonados digitais”, a obrigação de saber por onde andam. (PINHEIRO, 2016, p. 98).

6 A LINHA TÊNUE ENTRE O MONITORAMENTO DEVIDO E A INVASÃO DE PRIVACIDADE

Em primeiro momento, ainda que em linhas gerais, se faz necessário abordar sobre o termo “privacidade”. Este, determinado pelo relacionamento entre indivíduo e sociedade, faz referência direta a intimidade privada, dotado de um elevado grau de subjetividade, visto que, para diferentes pessoas, o conceito e a expectativa de privacidade podem revelar diferentes conotações. Todavia, é na vida privada que indivíduo pode manter-se desconhecido em clara expressão do seu direito de personalidade.

A Teoria das Esferas de Robert Alexy (2002) destaca a proteção da vida privada em três perspectivas, quais sejam, a esfera interna, como sendo o núcleo mais íntimo do indivíduo e que não pode sofrer restrições, já que dotado de intangibilidade; a esfera privada ampla, revelando as tratativas que não são abrangidas pelo núcleo mais interno; e a esfera do ponto de vista social, abarcando tudo que chega ao conhecimento de terceiros e que o indivíduo deseja excluir do conhecimento.

Sobre esta privacidade à luz do conhecimento social sobre determinado fato, Maceira (2012) determinou que o conceito não abrange somente o direito de estar só, mas a possibilidade de ver excluído do conhecimento social aquilo que só cabe ao indivíduo e que circunda o seu modo de determina-se na vida privada.

De acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), a privacidade do indivíduo goza de relevante assento fundamental, devendo ser respeitado e assegurado pela sociedade que constrói um Estado democrático de Direito. Assim, as normas internas devem proporcionar que este direito seja preservado em certa medida, visto que cabe ao cidadão a liberdade do que preservou não em face da

sua liberdade.

A exemplo dos ensinamentos de Michael Foucault (2011), pode-se realizar um paralelo de vigilância entre as sociedades antiga e moderna. Aquela, alicerçada sob o Panóptico de Bentham, modelo arquitetônico formado por celas expostas com um pátio no centro, onde localizava-se uma torre e contava com a presença de um vigilante em atenção aos presos. Logicamente, com as mudanças sociais, o Panópticocedeu lugar a globalização e ao sistema informatizado transmutando o sentido de vigilância que ganhou uma nova roupagem.

De fato, a privacidade relaciona-se com monitoramento, onde existe um direito pessoal de controle das próprias informações e de escolha sobre o que deve ou não permanecer no anonimato. A fragilidade da quebra da privacidade acaba por ocasionar um ferimento a um direito raramente recuperável, ainda que a Constituição Federal assegure o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação em seu art. 5º¹⁹, inciso X, a perda pessoal do controle de suas próprias informações emerge a sensação da falta de segurança digital.

Nesse prisma, surge a tênue linha entre a necessidade de um monitoramento digital que pode ocasionar uma invasão à privacidade. Afinal, quanto mais vigiados, menos controle sobre as informações próprias se tem, sendo imprescindível que se encontre um equilíbrio entre privacidade, monitoramento e segurança, a fim de garantir a preservação dos direitos coletivos e individuais (SÊMOLA, 2001).

Todavia, se simplória fosse a conclusão da necessidade desse equilíbrio, a presente pesquisa não se sustentaria. É que apesar das vultuosas vantagens que o universo informatizado digital proporciona, em igual medida, acaba por representar uma ameaça. Nas palavras de Whitaker (2000), a digitalização e o fomento do banco de dados são as forças motrizes do que o autor convencionou chamar de “fim da privacidade”, já que em nome da segurança, a privacidade foi, aos poucos, sendo minada.

Este chamado “fim da privacidade” não revela ao usuário como e quando a sua intimidade está sendo monitorada, tampouco quais informações estão sendo coletadas. Crível que a facilidade da informação digital e o encanto ocasionado pelas vantagens é diretamente proporcional à falta de atenção quanto as informações do usuário são

¹⁹ Art. 5º, Inciso X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

reveladas durante o passeio pela internet (WHITAKER, 2000).

Cotejando o paradigma do monitoramento e a invasão de privacidade com a problemática desta pesquisa, exsurge a noção de que o monitoramento realizado pelo Estado, em suas diversas ramificações, ou por terceiros, difere, e muito, do monitoramento que necessita ser realizado pelo conjunto de responsáveis que a Constituição consagrou como dever a ser compartilhado.

Em outras palavras, a natureza do monitoramento de grupos vulneráveis que possuem livre acesso à internet, não possui, enquanto objetivo central, minar a expressão da sua vida privada, tampouco relativizar o núcleo intangível de sua privacidade. Ao revés, o interesse é eminentemente protetório, ou seja, objetiva-se o acesso de crianças e adolescentes a rede mundial de computadores a fim de consagrar os melhores interesses desse grupo, impedir realidades como o *cyberbullying*, ocasionando o já explanado “abandono digital”.

Nessa perspectiva, em que pese exista uma tênue linha entre monitoramento – por órgãos do Estado, empresas privadas e terceiros – e violação da privacidade, sendo de difícil precisão definir um limiar entre eles, os conflitos surgidos não raramente deixam rastros, assim, se por um lado os avanços tecnológicos aumentamos riscos de aviltamento de um direito fundamental, por outro lado, tendem a garantir uma maior eficácia probatória na finalidade de responsabilizar.

Não obstante deixem rastros, à luz da proteção integral da criança e do adolescente, a proteção e promoção dos direitos destes, compartilhadas entre o Estado, família e sociedade, deve operar enquanto força motriz da prevenção aos eventuais danos que possam ser causados. Afinal, em se tratando de indivíduos em formação psicossocial, os atores consagrados constitucionalmente devem monitorar o acesso à internet por grupos vulneráveis, não como quebra da privacidade, ao revés, como verdadeira promoção da proteção integral da criança e do adolescente, mormente a sua intimidade e vida privada, que estes poderão dispor, com mais liberdade, no momento da cessação de sua vulnerabilidade.

Tendo como objetivo cessar os perigos trazidos pelo meio digital sem monitoramento por parte dos pais e responsáveis e buscando garantir a proteção de crianças e adolescentes, faz-se primordial a aplicação da educação digital, acessível a todos os menores, por meio de políticas públicas, ao lado da vigilância parental, sendo exercida através do poder familiar, tendo como agentes participantes o Estado, a

sociedade e os responsáveis, e visando o oferecimento de maiores informações a respeito do meio digital para que riscos gerados pela mesma sejam eliminados para tal grupo, trazendo cartilhas informativas que tratem sobre o Marco Civil, bem como sobre a LGPD, tratando a informação como o direito fundamental que é.

7 CONCLUSÃO

Diante do estudo realizado e das informações coletadas, foi visto que as crianças e adolescentes assumem o papel de personagens vulneráveis no meio tecnológico, por mais que se encontrem inseridas desde os primeiros anos de suas vidas. Consoante a isso, os problemas e riscos abordados foram sendo desenvolvidos, criados e realizados na medida em que a sociedade passava a ingressar mais ao meio tecnológico.

Em consequência, a legislação brasileira, procurou aplicar medidas que garantem segurança a essas crianças expostas no meio em questão. A Lei do Marco Civil e a proteção garantida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), são exemplos da afirmação anterior. Pode-se afirmar que, tanto as bases normativas citadas, como a Constituição, visam a proteção dos menores e estabelecem como obrigação da família, da sociedade e do Estado resguardar a criança e ao adolescente de qualquer forma de negligência, tanto na Internet, como no mundo externo.

Após toda a pesquisa realizada pode-se concluir que deve existir a vigilância proporcionada pelos pais e responsáveis das crianças e adolescentes, visando que as mesmas não fiquem à mercê e que lhes sejam negados direitos já garantidos - como o direito à vida digna - também no meio digital, evitando que se dê a configuração do abandono digital, tornando os menores em seres vulneráveis no meio tecnológico.

Visto que a sociedade digital segue evoluindo rapidamente, espera-se que o mesmo avanço seja aplicado ao Direito para se ter respaldo e proteção para todos os indivíduos que estão inseridos no ambiente, principalmente aqueles tidos como vulneráveis, buscando pleitear a segurança que devem gozar as crianças e adolescentes.

Devido à ausência de uma vasta posição doutrinária quanto ao assunto discutido, não se teve pretensão de que a discussão resultasse na escassez de problemas que o abandono digital pode ocasionar, mas chamar atenção para um maior debate no ambiente acadêmico, em função da sua relevância e por se tratar de assunto pouco

discutido, apesar dos constantes avanços no meio tecnológico.

Desta maneira, o direito deve imperar com sua postura preventiva e coercitiva, a fim de tutelar um bem jurídico magno, a dignidade da pessoa humana. Todavia, a postura estatal de prevenção e coercibilidade não pode caminhar sem o controle parental, afinal, a proteção de crianças e adolescentes no mundo da internet deve ser a mesma empregada no mundo externo.

Como seres em desenvolvimento, crianças e adolescentes necessitam de limites em âmbitos de suas vidas, como o digital. O mesmo, sendo introduzido pela família através do poder familiar, é fruto do poder exercido pelos pais e responsáveis sobre os menores, tendo como objetivo tutelar os direitos dessas crianças e adolescentes.

Urge, assim, a importância da participação desses responsáveis, em conjunto com o Estado, para que seja trabalhado o acesso ao excesso de informações e perigos que esse grupo está sujeito desde muito novos, quando ingressam no meio digital. Sendo necessária, portanto, intervenção do Estado quanto a proteção de crianças e adolescentes no meio digital, legislando especificamente quanto ao assunto, trazendo, assim como o ECA introduziu com sua criação, a ideia de indivíduo detentor de direitos para as crianças e adolescentes, agora também no meio digital.

Ainda, faz-se cabível também o oferecimento de capacitação para professores e todo o corpo estudantil, bem como todos os órgãos que trabalham com crianças e adolescentes, para que, com isso, possa ser implantada educação digital de qualidade nas escolas frequentadas pelo grupo afetado discutido. Desse modo, crianças e adolescentes terão maior consciência a respeito do conteúdo que consomem no meio tecnológico, diminuindo os riscos gerados pelo mesmo, trazendo consigo um trabalho conjunto entre o Estado, respondendo pela vigilância, fiscalização e aplicação da educação digital, e os pais e responsáveis, tratando do monitoramento devido.

REFERÊNCIAS

O ABANDONO digital da criança e do adolescente e a responsabilidade civil. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, 1 maio 2021. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/o-abandono-digital-da-crianca-e-do-adolescente-e-a-responsabilidade-civil/>>. Acesso em: 26 de out 2021.

ALENCAR, Morgana. **O que é o Marco Civil da Internet?** 2021. Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/marco-civil-da-internet/>>. Acesso em: 20 de set2021.

ALEXY, Robert. **Colisão e Ponderação Como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais**. Palestra proferida na casa Rui Barbosa, em10.12.1998.

AMIN, Andrea Rodrigues. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** aspectos teóricos e práticos. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidencia da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL. **Estatuto do idoso**: Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 e legislação correlata. 5 ed. Brasília: Câmara dos Deputados. Edições Câmara, (Série legislação,n. 51, 169p), 2010.

D. Trucco, A. Palma, Editoras, **“Infância e adolescência na era digital: um relatório comparativo dos estudos Kids Online Brasil, Chile, Costa Rica e Uruguai”**, Documentos de Projetos (LC/TS.2020/18/Rev.1), Santiago, Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL). 2020. Disponível em: <https://cetic.br/media/docs/publicacoes/1/20200820160151/infancia_e_adolescencia_na_era_digital_pt.pdf>. Acesso em: 20 set 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FOUCAULT, Michel. **O Panoptismo. In: Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramalhete. 39 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

HEMKEMAIER, Letícia. **A exposição excessiva de crianças e adolescentes realizada**

pelos pais nas mídias sociais (sharenting) e a violação dos direitos de personalidade. Palhoça, 2020. Disponível em:

<<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/15615/1/monografia.pdf>>. Acesso em: 25 de out 2021.

KALIELSO, Antonio. FIRMINO, Dilnara Maria. DA SILVA, Gideão. KELLY, Katalyn. DE MELO, Ulisses. **Inclusão digital para crianças, jovens e adultos através de uma ação de extensão universitária.** 2018. Disponível em:

<https://www.editorarealize.com.br/editora/anais/conedu/2018/TRABALHO_EV117_MD4_SA19_ID10588_28092018081401.pdf>. Acesso em: 10 de set 2021.

KLUNCK, Patrícia. FAY, Maria Regina. **O abandono digital de crianças e adolescentes e suas implicações jurídicas.** 2019. Disponível em:

<file:///C:/Users/bianc/Downloads/patricia_klunck.pdf>. Acesso em: 20 de set 2021

LINS, Bernardo. **A evolução da Internet: uma perspectiva histórica.** 2013. Disponível em: <http://www.belins.eng.br/ac01/papers/aslegis48_art01_hist_internet.pdf>. Acesso em: 10 de nov 2021.

MACEIRA, Irma Pereira. **A proteção do direito à privacidade familiar na internet.** 2012. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2012.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** 5. ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 693.

MALAVÉ, Mayra. **O PAPEL DAS REDES SOCIAIS DURANTE A PANDEMIA.** 2020. Disponível em: <<http://www.iff.fiocruz.br/index.php/8-noticias/675-papel-redes-sociais>>. Acesso em: 25 out 2021.

MATTOS, Fernando Augusto Manso de; CHAGAS, Gleison José do Nascimento. **Desafios para a inclusão digital no Brasil.** Perspectivas em Ciência da Informação, v. 13, n. 1, p. 67-94, jan./abr. 2008. Disponível em:

<http://www.scielo.br/pdf/pci/v13n1/v13n1a06.pdf>. Acesso em: 10 de set 2021.

MAYARA, Jéssica. **Pedofilia virtual: especialista alerta sobre abuso sexual na internet**. 2020. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/bem-viver/2020/09/03/interna_bem_viver,1182279/pedofilia-virtual-especialista-alerta-sobre-abuso-sexual-na-internet.shtml>. Acesso em: 26 out 2021.

MONTEIRO, Marcelle. **O marco civil da internet e as consequências no exercício da empresa**. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/2392/1/Monografia%20-%20final.pdf>>. Acesso em: 23 set 2021.

OLIVEIRA, Marcos. **Os passos científicos e tecnológicos que fizeram a grande rede mundial de computadores**. 2011. Disponível em: <<https://revistapesquisa.fapesp.br/nasce-a-internet/>>. Acesso em: 10 de nov 2021.

PARANÁ. (Estado). Ministério Público. **30 anos de Estatuto da Criança e do Adolescente: avanços e desafios**. Paraná, 2020. Disponível em: <https://mppr.mp.br/Noticia/30-anos-de-Estatuto-da-Crianca-e-do-Adolescente-avancos-e-desafios>. Acesso em: 26 de out 2021.

PEREIRA, Amanda. **O marco civil da internet: Proteção à privacidade e intimidade dos usuários**. Minas Gerais, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/20238/3/MarcoCivilInternet.pdf>> Acesso em: 20 set 2021.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 6ª edição. São Paulo. Saraiva, 2016. PONTES, Sérgio. **A inclusão social do idoso através do meio digital**. 2018. Disponível em: <<https://sergiopontes.jusbrasil.com.br/artigos/629303164/a-inclusao-social-do-idoso-atraves-do-meio-digital>>. Acesso em: 21 set 2021.

RAIMUNDO, Herivelto. **Surgimento e evolução da internet no Brasil**. 2017. Disponível em: <<https://www.eletronet.com/surgimento-e-evolucao-da-internet-no>>

brasil/>. Acesso em: 15 set 2021.

RIBEIRO, Thiago. SILVESTRE, João Pedro. **A democratização do acesso à internet no Brasil**. 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/bianc/Downloads/1024-Texto%20do%20artigo-3930-2-10-20180117.pdf>. Acesso em: 10 de set 2021.

SÁVIO, Marcelo. **A trajetória da internet no Brasil: do surgimento das redes de computadores à instituição dos mecanismos de governança**. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <<https://www.cos.ufrj.br/uploadfile/1430748034.pdf>>. Acesso em: 15 de set 2021.

SIMÕES, Edson. SOARES, Jocelino. DE QUEIROZ, Rogério. **Marco Civil da Internet não foi regulamentado**. São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fpabramo.org.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/161/Marco%20Civil%20da%20Internet%20N%C3%A3o%20Foi%20Regulamentado.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 set 2021.

WHITAKER, Reg. **The End of Privacy: How Total Surveillance Is Becoming a Reality**. New York: New Press, 2000.

O DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR FRENTE AOS ENTRAVES NO PODERDE ESCOLHA DA MULHER: UMA ANÁLISE ACERCA DA ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA

Tereza Carolina Araújo de Moraes Fontoura¹

Walber da Cunha Lima²

RESUMO

Faz-se uma vasta reflexão acerca dos avanços da figura da mulher na sociedade desde o século XX, bem como sua representação mediante o Código Civil de 1916, consoante a determinadas leis amparadas na Constituição Federal de 1988, com um enfoque na questão do poder de escolha da mulher no que tange aos direitos reprodutivos e de disposição relativa do próprio corpo, envolvendo questões como princípios constitucionais, direitos fundamentais, bioética e Direito. Nesta seara, necessária é a discussão sobre o direito ao planejamento familiar, garantido constitucionalmente, face às diversas dificuldades encontradas por muitas mulheres ao optarem pela realização da esterilização voluntária, trazendo uma crítica em relação as contradições existentes entre a lei que regula o direito ao planejamento familiar e o que versa a própria Constituição Federal acerca desta temática. Dessa forma, discute-se ainda a inconstitucionalidade presente na Lei do Planejamento Familiar (Lei nº 9.263/96), que explana os requisitos para a realização da esterilização voluntária, ferindo diretamente os direitos da personalidade da mulher.

Palavras-chave: Mulher. Planejamento familiar. Poder de escolha. Bioética. Direito. Princípios. Esterilização voluntária.

THE RIGHT TO FAMILY PLANNING IN FRONT OF OBSTACLES IN WOMEN'S CHOICE: AN ANALYSIS ABOUT VOLUNTARY STERILIZATION

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI RN, Brasil.

² Professor-orientador. Doutor em Ciências Sociais - UFRN. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: walber@unirn.edu.br.

ABSTRACT

There is a wide reflection about the advances of the figure of women in society since the 20th century, as well as their representation through the Civil Code of 1916, according to certain laws supported by the Federal Constitution of 1988, with a focus on the question of the power of women's choice regarding reproductive rights and the disposition of their own bodies, involving issues such as constitutional principles, fundamental rights, bioethics and law. In this area, it is necessary to discuss the right to family planning, constitutionally guaranteed, in view of the various difficulties encountered by many women when opting for voluntary sterilization, bringing a criticism regarding the contradictions existing between the law that regulates the right to family planning and what the Federal Constitution itself is about this theme. Thus, the unconstitutionality present in the Family Planning Law (Law No. 9,263 / 96), is still discussed, which explains the requirements for voluntary sterilization, directly affecting the rights of the woman's personality.

Keywords: Woman. Family planning. Power of choice. Bioethics. Right. Principles. Voluntary sterilization.

1 INTRODUÇÃO

Não é de hoje que a mulher vem conquistando diversos espaços e direitos na sociedade, com significativas mudanças e conquistas importantes para a classe desde os séculos passados até então, adquirindo direitos sociais e jurídicos de grande relevância.

Junto a tantas outras conquistas, as mulheres se viram diante de novas possibilidades ao se depararem com novos horizontes quanto a sua sexualidade. Assim, houve a apresentação dos meios contraceptivos, quebrando a imagem da função reprodutiva da mulher, sendo um grande marco na história da luta feminina. Neste momento, cresciam socialmente os chamados direitos reprodutivos e sexuais.

Acompanhando inúmeras mudanças sociais, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) trouxe em seu artigo 226, parágrafo 7º, a explanação acerca do direito

ao planejamento familiar, determinando que este é de livre escolha dos indivíduos, não podendo haver coerção por terceiros para tal questão.

Consoante a isso, a corroboração da seara do Direito de Família, que tem como um de seus princípios a não intervenção ou liberdade, em que não se permite a intervenção do Estado em decisões no âmbito particular da família, como determinado no artigo 1513 do Código Civil de 2002. (BRASIL, 2002)

Assim, vê-se que o planejamento familiar é direito constitucionalmente assegurado, cabendo apenas aos indivíduos o poder de escolher sobre a melhor forma de constituir ou não uma entidade familiar. Além disso, vê-se no dispositivo legal supramencionado que o Estado deve inclusive propiciar os recursos necessários ao exercício desse direito, sendo vedada qualquer tipo de intervenção coercitiva.

Alguns anos depois, mais precisamente em 12 de janeiro de 1996, promulgou-se a Lei 9.263/96 (BRASIL, 1996) para regular o parágrafo 7º do artigo 226 da Constituição Federal. Porém, com alguns dispositivos legais que delimitam a autonomia privada dos indivíduos em decidir a respeito da esterilização voluntária.

A partir disso, vê-se claramente a questão da contradição presente na lei criada para regulamentar o planejamento familiar em relação ao que a própria Constituição Federal determina, e isso vem se materializando nas dificuldades que as mulheres encontram ao buscar pela esterilização voluntária como método contraceptivo.

Dessa forma, mulheres vêm tendo o desejo pela realização da laqueadura tubária negado, enquanto também se faz necessário analisar que os profissionais da saúde e o próprio Estado sofrem pela insegurança jurídica que essa intervenção cirúrgica pode lhes trazer, visto que a própria lei confere penalizações a realização de um procedimento tão peculiar e decisivo na vida da mulher.

Com isso, muitos médicos deixam de realizar o procedimento, negando o que é de direito da mulher por temer possíveis consequências jurídicas futuras, sendo este uma das maiores dificuldades que as mulheres encontram ao optarem pelo procedimento: o aval do profissional da saúde. Um exemplo fático são as dificuldades que as mulheres que buscam o SUS para realização da laqueadura tubária encontram, chegando a ser desanimador o fato dos impedimentos que o Sistema Único de Saúde impõe quanto a realização da esterilização imediatamente após o parto, tendo a

mulher que escolher submeter-se à outra cirurgia posteriormente.

Junto a isso, outro empecilho bastante comum é a aprovação do cônjuge para tal feito, que também traz grandes influências negativas para as mulheres que optam pela laqueadura tubária a fim de contracepção, sendo um dos requisitos exigidos pela Lei nº 9.263/96 (BRASIL, 1996) para que se possa realizar tal procedimento.

Por fim, adentra-se na seara da bioética junto ao Direito, onde o bem-estar da mulher deve ser preservado de acordo com seu poder de escolha em dispor de seu próprio corpo, consoante a efetiva violação de direitos constitucionais presentes no art. 5º da Constituição Federal, tais como: dignidade, liberdade e à vida.

É com base nessa contradição legal e suas consequências diretas em muitas mulheres ao enfrentarem barreiras quando buscam pela realização da laqueadura tubária como método contraceptivo que a presente pesquisa acadêmica irá se pautar, afim de refletir acerca desta problemática.

Quanto a metodologia utilizada nesta pesquisa, o método de abordagem será o dedutivo, partindo da ideia geral da mulher quanto ao exercício da própria autonomia e liberdades individuais, face as dificuldades encontradas em dispor de seu próprio corpo em virtude da interferência de terceiros. Os métodos de procedimentos são o histórico, em que se analisa a trajetória de conquistas da figura feminina desde o século passado e o reflexo de suas influências e também, o método comparativo, trazendo uma comparação entre gêneros e casos relacionados a problemática. As técnicas de pesquisa se deram de forma documental, bibliográfica e qualitativa.

2 A EVOLUÇÃO DA MULHER E DE SEUS DIREITOS REPRODUTIVOS E SEXUAIS NO ÂMBITO FAMILIAR

Após um longo período vivendo em segundo plano, como figura praticamente irrelevante na sociedade, e se limitando apenas as funções básicas de lograr êxito em casar e aumentar a prole, sabendo-se que no século passado a sociedade e a família de fundamentava no pátrio poder, abarcado pelo Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), a mulher vem de forma acelerada conquistando direitos importantes, igualando-se cada vez quanto à questão de gênero.

Nesta senda, no século XX vigorava o Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), que regia uma sociedade em que a família era estruturada de forma patriarcal, sustentando princípios conservadores, em que homens e mulheres não possuíam os mesmos direitos e obrigações, situação em que a mulher restava em uma posição de inferioridade, com funções básicas de manutenção do lar, procriação e educação dos filhos, enquanto o homem se qualificava como chefe da sociedade conjugal, responsável por todas as decisões tomadas na constância da vida matrimonial (DIAS, 2010, p. 1-2.).

Diante de toda repressão, o anelo por igualdade de direitos e obrigações trouxe vários movimentos feministas voltados à liberdade da mulher, que passava gradativamente a exigir espaço e igualdade frente ao pátrio poder dominante da época. Uma dessas importantes modificações na imagem da mulher foi a criação da pílula anticoncepcional em 1960, nos Estados Unidos, chegando ao mercado brasileiro no ano de 1962 (TOSI; RABELO, 2018).

Foi um marco para a autonomia da mulher sobre seu próprio corpo, fazendo com que o poder de decisão em relação à procriação recaísse sobre si, podendo as mulheres decidirem sobre ter ou não filhos, vindo a controlar a própria fertilidade. Além disso, foi um divisor de águas ao trazer uma onda de mudanças no comportamento de muitas mulheres, visto que a imagem que a mulher tinha de procriadora foi ruindo gradativamente, estabelecendo-se cada vez mais autonomia quanto a sua vida sexual. (LAGE, 2015)

A chegada da pílula contraceptiva mudou a imagem da mulher quanto a sua função do lar e procriação, sempre subordinada ao pátrio poder, sendo o primeiro contato com o domínio pleno de questões como sexualidade e reprodução, garantindo grande autonomia à mulher, que não seria influenciada pelo matrimônio ou desejo do cônjuge para o controle da procriação, impulsionando ao máximo a garantia dos direitos reprodutivos e sexuais em sua totalidade, situação em que trouxe a possibilidade de desfrutar de sua sexualidade sem a carga da cultura da procriação.

De acordo com Buglione (2000, p. 9):

“A participação das mulheres na luta contra a ditadura dava-se igualmente na busca dos direitos civis e políticos, porém, alguns grupos de mulheres, dentro da lógica de expansão desses direitos, foram, paralelamente as lutas anti-ditadura, inserindo a discussão da sexualidade e reprodução, ou seja, o

direito de ter ou não ter filhos e a relação com os serviços de saúde. Essas reivindicações faziam com que as mulheres brasileiras, a partir dos anos 60, processassem uma ruptura com o clássico e exclusivo "papel social" que lhes era atribuído, contribuindo para uma redefinição das relações sociais como um todo".

O surgimento do termo "direitos reprodutivos" através dos escritos de Juan Guillermo Figueroa Perea (*apud* LEMOS, p.6), abrangeu o significado do exercício do direito à procriação, especificamente das mulheres, bem como correlacionou a luta do movimento feminista à busca pela independência reprodutiva, o que corrobora a ideia da autonomia privada da mulher quanto a suas escolhas.

Dias (2010, p. 1), elucida que:

"A trajetória da família está muito ligada à emancipação feminina. E, não há como falar em Direito das Famílias sem atentar o longo calvário a que foram submetidas as mulheres até conseguirem alcançar, ao menos no plano constitucional, a tão esperada igualdade".

Desta feita, com o advento do novo Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), a mulher, antes considerada incapaz e dependente da autorização da figura masculina por quaisquer motivos, passou a ser considerada totalmente capaz após os 18 anos completos, estando apta a tomar decisões sem necessariamente solicitar a aprovação de outros indivíduos, incluindo o do controle de seu próprio corpo.

Porém, na realidade prática, a autonomia dada a mulher após anos de luta não segue desta maneira de forma plena, o que nos faz perceber que ainda existe uma forte mancha do patriarcado em nossa sociedade, que direta ou indiretamente tem refletido nas questões do exercício da autonomia da mulher quanto aos seus direitos reprodutivos, mais especificamente de contracepção.

Conforme Magno Renzo Nogueira "este sentido de patriarcado caracterizado pela supremacia masculina, desvalorização da identidade feminina e atribuição funcional do ser mulher, apenas para procriação, remonta a História Antiga e Idade Média". (NOGUEIRA, 2016)

As dificuldades encontradas na busca pela esterilização voluntária é uma das provas dessa questão, posto que a mulher se vê diante de terceiros decidindo por si o que seria melhor para o seu próprio corpo, o que causa grande sentimento de

impotência diante da objeção em conseguir dispor de seu próprio corpo mediante a realização de um procedimento possivelmente irreversível.

Tais comportamentos impedem o mais perfeito exercício da autonomia da mulher relativa a busca pela realização da laqueadura tubária como método contraceptivo, como, por exemplo, a objeção do cônjuge, que entra na seara da violação de direitos individuais, ferindo de forma clara a liberdade da mulher quanto as suas próprias escolhas.

Para Marilena Chauí, a violência pode ser considerada “como toda e qualquer violação da liberdade e do direito de alguém ser sujeito constituinte de sua própria história. Liberdade aqui entendida como ausência de autonomia” (CHAUÍ, 1985).

Portanto, apesar de grandes avanços no âmbito legal e social, a autonomia da mulher segue frágil quanto à escolha da esterilização voluntária, vista negativamente pela sociedade, que não compreende os limites do respeito à possibilidade de disposição do próprio corpo, bem como ainda enxerga a mulher como figura essencial à reprodução para formação de entidades familiar.

3 DO DIREITO FUNDAMENTAL AO PLANEJAMENTO FAMILIAR FACE A LEI 9.263/96 E SUA INCONSTITUCIONALIDADE

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) inovou em seu todo quanto às disposições acerca dos direitos fundamentais e individuais, expondo também o direito ao planejamento familiar, que passou a ser estabelecido como uma garantia fundamental aos indivíduos, sustentando a ideia da autonomia do ser quanto a construção de uma entidade familiar, segundo a própria Constituição Federal de 1988 explana em seu artigo 226, parágrafo 7º, desta forma:

"Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas" (BRASIL, 1988).

Pode-se considerar o direito fundamental ao planejamento familiar, pautado também pelo princípio da dignidade da pessoa humana, como de relevância para que os indivíduos constituam entidades familiares como queiram, colaborando então para

o crescimento social em diversos âmbitos, englobando em seu todo o gozo dos direitos fundamentais à dignidade, vida e liberdade.

Posteriormente ao já narrado na Constituição Federal (BRASIL, 1988), o atual Código Civil (BRASIL, 2002) é certo quanto ao assunto, explanando da seguinte forma:

"O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas"(CC, art. 1565, §2º) (BRASIL, 2002)

Ante todas as mudanças pertinentes à figura feminina entre o Código Civil de 1916 e o de 2002, importante destacar a influência de tais conquistas de direitos pelas mulheres no decorrer do século passado até então, o direito ao planejamento familiar foi fundamental para a construção da ideia da quebra da família patriarcal, substituída pela família igualitária, em que homem e mulher se viam mais uma vez por igual ante a lei, escolhendo de forma equânime a construção da entidade familiar.

Dessa forma, a decisão acerca da constituição familiar já não mais se limitava a constituição do matrimônio, ou a vontade do marido, passando a ser uma livre decisão do indivíduo em si, prezando pela integralidade dos direitos fundamentais, como o direito à liberdade e à dignidade. Assim, pode-se entender como um direito básico à manutenção da vida humana de forma digna. (RAMOS, Fernanda de Oliveira Santana. 2015).

Conforme narra a Carta Magna (BRASIL, 1988), em seu art. 5º, *caput*, no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, discorre: "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 (...)".

Posteriormente, entre a vigência da Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, mais precisamente em 12 de janeiro de 1996, promulgou-se a Lei Ordinária 9.263/96 (BRASIL, 1996), destinada a regular o parágrafo 7º do artigo 226 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Porém, com alguns artigos que delimitam a autonomia privada dos indivíduos em decidir a respeito da esterilização voluntária,

estabelecendo requisitos necessários para que tal procedimento possa ser realizado. (RAMOS, 2015)

Urge, então, o questionamento acerca de tais manifestações desse direito fundamental, no que tange à sua natureza, que se divide entre absoluto quanto ao seu exercício, ou apenas autônomo quanto a escolha dos indivíduos de forma individual. (LEMOS, p. 6).

Ao analisarmos a Lei 9.263/96 (BRASIL, 1996), junto às reais dificuldades encontradas por muitas mulheres para conseguir a realização do procedimento de laqueadura tubária com base em tal lei, pode-se verificar a explícita contradição com o texto constitucional, que versa justamente sobre a liberdade de escolha dos indivíduos ao planejamento familiar, cabendo ao Estado o papel limitado de fornecer os meios necessários para auxiliar tais escolhas, vedando-se intervenções de instituições públicas ou privadas.

Passando então a ser regulada pela respectiva lei, o direito fundamental ao planejamento familiar veio sofrer certas limitações impostas, de acordo com um rol de artigos que balizam o exercício do direito ao planejamento familiar, impondo determinados requisitos, por exemplo, para a realização da laqueadura tubária, como podemos ver de acordo com o art. 10º da Lei 9.263/96 (BRASIL, 1996), em seus incisos I e II, bem como alguns parágrafos pertinentes:

Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional - Mensagem nº 928, de 19.8.1997)

I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;

II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro conceito, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.

§ 1º É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.

§ 2º É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianassucessivas anteriores.

(...)

§ 4º A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será

executada através da laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia.

§ 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.

Logo, resta claro a imposição de requisitos para a realização da esterilização voluntária eletiva, que se contradiz ao disposto no art. 226, parágrafo sétimo de nossa Carta Magna (BRASIL, 1988), posto que neste texto legal o direito ao planejamento familiar é livre de quaisquer intervenções de terceiros.

Salienta-se que a exigência para que a laqueadura tubária seja realizada apenas em período após o parto é demasiadamente danosa à mulher, posto que esta teria que se submeter a novo procedimento cirúrgico semelhante a cesariana, passando por um novo processo de internação, anestesia, dores e desconfortos pós-cirúrgico.

Observa-se que no inciso I do artigo supramencionado, há a exigência da idade mínima para realização da esterilização voluntária, sendo o indivíduo “com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade”. Sabe-se que em nosso ordenamento jurídico a capacidade civil vem aos 18 anos de idade, havendo clara contradição neste ponto. Percebe-se que as exigências trazidas neste ponto afrontam o princípio da liberdade, posto que o Estado passa a intervir nas decisões individuais acerca da procriação de forma a tratar os indivíduos como seres incapazes de decidir tais questões. (SILVA e LIMA, 2019).

Consoante a isto, a imposição do Estado em determinar a quantidade mínima de filhos para a realização do referido procedimento cirúrgico também interfere diretamente nos desejos individuais, ferindo os direitos da personalidade em seu todo. Ato contínuo, o direito de escolher não ter filhos também se enquadra no art. 226, parágrafo 7º de nossa Constituição (BASTOS, 2015).

Impõem-se ainda um lapso temporal entre a manifestação de vontade e a realização da cirurgia, propondo ainda que no “período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce”.

Este desígnio de tentar interferir na escolha já feita, propondo o desencorajamento da esterilização cirúrgica dentro do lapso temporal adequado para o procedimento cirúrgico é mais um ato que viola deliberadamente a liberdade

como princípio, e também como direito fundamental, pois não é lícita a imposição, pelo Estado, de condutas que desfavorecem o entendimento de uma sociedade livre, nos moldes do art. 3º da Constituição Federal de 1988. Assim, deve-se apenas respeitar à autodeterminação do indivíduo pertinentes a si mesmo, como por exemplo decisões acerca da procriação. (COUTINHO, 2018)

Ainda, contrária às conquistas de direitos das mulheres no decorrer do século XX e XXI, algumas imposições presentes no art. 10 da respectiva Lei 9.263/96 confronta a plena capacidade e igualdade conferida à mulher como qualquer outro indivíduo sob a égide da nossa Carta Magna, pairando um viés de incapacidade ante determinadas situações, como, por exemplo, a proibição da realização da laqueadura tubária contemporânea aos períodos de parto ou aborto.

Observando também o art. 12 do da Lei 9.263/96 (BRASIL, 1996), tem-se que “É vedada a indução ou incitamento individual ou coletivo à prática da esterilização cirúrgica”. Como já ocorrido no parágrafo 7º do art. 226 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), existe a vedação à coerção de terceiros na decisão individual, porém não há proibição ao aconselhamento adequado, o que tem dificultado o trabalho de conscientização sobre a procriação responsável por parte de serviços médicos públicos ou privados. (COUTINHO, 2018)

Neste âmbito, a educação direcionada à questão da reprodução consciente reflete uma falha na aplicação da lei do planejamento familiar à população, fazendo com que as mulheres de baixa renda acabem não tomando tantos cuidados no que tange à procriação responsável, sendo que a laqueadura tubária é um procedimento fornecido pelo SUS pelo governo entre outras ações desenvolvidas em prol do planejamento familiar. (SANTOS e FREITAS, 2008).

Por conseguinte, a Lei n. 9.263/96 (BRASIL, 1996) insere o Sistema Único de Saúde como um dos responsáveis pela garantia ao auxílio dos indivíduos quanto ao planejamento familiar.

Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no **caput**, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:

I - a assistência à concepção e contracepção; II - o atendimento pré-natal; III - a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato; IV - o controle das doenças sexualmente transmissíveis; V - o controle e a prevenção dos cânceres cérvico-uterino, de mama, de próstata e de pênis.

Assim, válida é a reflexão acerca da vulnerabilidade social trazida pela reprodução irresponsável por mulheres em situação de pobreza, ante a falta de instrução necessária por parte dos profissionais do SUS, por exemplo, ocorrendo sucessivas gestações em mulheres vulneráveis financeiramente, se tratando, inclusive, de uma questão de desenvolvimento e estratégia social. (SANTOS e FREITAS, 2008). Dessa forma:

“o Estado apenas pode intervir no planejamento familiar com a criação de políticas públicas, também conhecidas como programas sociais, que visem atender aos melhores interesses da família, sempre respeitando sua liberdade na tomada de decisões”. (VECCHI, 2018, p. 7).

Não o bastante, o artigo 15 da Lei 9.263/96 (BRASIL, 1996) traz a determinação de sanções caso haja a realização da esterilização cirúrgica em desconformidade ao exposto no artigo 10º do mesmo texto legal:

Lei nº 9.263 de 12 de Janeiro de 1996
 Art. 15. Realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta Lei. (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional)
 Mensagem nº 928, de 19.8.1997
 Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, se a prática não constitui crime mais grave.
 Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço se a esterilização for praticada:
 I - durante os períodos de parto ou aborto, salvo o disposto no inciso II do art. 10 desta Lei.
 II - com manifestação da vontade do esterilizado expressa durante a ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente;
 III - através de histerectomia e ooforectomia;
 IV - em pessoa absolutamente incapaz, sem autorização judicial; V - através de cesária indicada para fim exclusivo de esterilização.

Neste diapasão, observa-se ainda a existência de sanções penais a quem optare realizar a esterilização voluntária sem cumprir os requisitos disporridos no art. 10 do

mesmo diploma legal, que se mostra totalmente incoerente frente a liberdade dada pelo texto constitucional no art. 226, parágrafo 7º (BASTOS, 2015).

Importante frisar que tais penalizações não apenas ferem a liberdade conferida ao planejamento familiar, como também aos direitos fundamentais conferidos aos indivíduos constitucionalmente.

3.1 A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DO PLANEJAMENTO FAMILIAR E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ante a explícita inconstitucionalidade presente na Lei 9.263/96 (BRASIL, 1996), lei que regula o planejamento familiar, o Supremo Tribunal Federal já questionou algumas das exigências constatadas para a realização do procedimento da esterilização cirúrgica, a exemplo da anuência do cônjuge para mulheres casadas que optem por tal método contraceptivo, que acabam por ter que recorrer à justiça para conseguir realizar a laqueadura tubária. (VIEIRA; FREIRE, 2018).

Dessa forma, entende-se que o problema atinge tanto o jurídico quanto o social da vida da mulher, posto que mesmo com tantas mudanças e evoluções em prol da figura feminina, as mulheres ainda se veem diante de uma situação de fragilidade frente a uma sociedade que espera o papel da reprodução e maternidade por parte das mulheres, porém não tanto quanto dos homens, que por vezes têm poder de escolha, mesmo após a fecundação. (MOURA, Karina Gusmão de. SOUZA, Natália Esteves de. O consentimento do cônjuge na esterilização voluntária. 18 maio 2018).

Neste sentido, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5097/14 foi ajuizada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadep), com a finalidade de se questionar a necessidade da autorização do cônjuge para a realização da esterilização cirúrgica, considerando que tal imposição acarreta prejuízos aos direitos constitucionais fundamentais garantidos aos indivíduos, tais como a dignidade e liberdade. Além disso, leva-se em consideração a autonomia privada do indivíduo como primordial ao exercício da liberdade, inserindo-se nesta seara a autonomia em poder dispor do próprio corpo, em que a intervenção de terceiros, no caso o cônjuge, poderia ser considerado como ato atentatório à autonomia neste sentido. (BRASIL, 2014)

Considerando que o fato que a realização da esterilização cirúrgica sem o cumprimento dos dispositivos da Lei 9.263/96 (BRASIL, 1996) pode gerar penalizações, ou seja, é criminalizada, Rodrigo Janot, procurador-geral da República, se posicionou acerca da ADI 5097/14 expondo que a criminalização da esterilização voluntária sem a anuência do cônjuge atinge principalmente, de forma negativa, as mulheres, assim dispondo:

“Criminalizar esterilização voluntária realizada sem consentimento do cônjuge ou companheiro impõe à mulher situação de restrição extrema. Com isso, ela se vê sob a dupla ameaça da criminalização do aborto e da esterilização sem consentimento do cônjuge, na constância da sociedade conjugal” (JANOT, apud CARNEIRO, 2016).

Apesar de tal posicionamento, Rodrigo Janot veio a questionar a legitimidade ativa da ANADEP, acrescentando que não havia pertinência entre o objeto da ação e a Associação Nacional das Defensorias Públicas, o que não o obstou de pugnar pela procedência do pedido constante na referida ADI. Por fim, a ação encontra-se sem nenhum outro trâmite processual desde agosto de 2018, e concluída para apreciação desde então (PEREIRA. 2019, p. 47).

Além desta, tramita também a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5911/18, desta vez proposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB). Desta vez, argumentou-se na ação que os requisitos expostos na Lei 9.263/96 (BRASIL, 1996) ferem os direitos fundamentais, bem como contrariam alguns tratados internacionais outrora firmados pelo Brasil e divergem também de importantes ordenamentos jurídicos estrangeiros. Neste sentido, defende que há clara violação à determinados princípios constitucionais, como a liberdade, dignidade da pessoa humana, igualdade, autonomia privada, todos estes elencados no art. 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988). (BRASIL. 2018).

Como já discorrido anteriormente, também existe a violação da própria liberdade ao planejamento familiar conferida ao indivíduo através do art. 226, § 7º, bem como dos direitos sexuais e reprodutivos. Reforçando a propositura da ADI, o Partido Socialista Brasileiro (PSB) mencionou uma pesquisa feita em algumas capitais brasileiras, em que se constatou que apenas 25,8% das mulheres que buscaram pelo procedimento junto ao SUS (Sistema Único de Saúde), conseguiram realizá-lo, dentro do período de seis meses. Destacou-se, ainda, que 8% das mulheres

que aguardavam pela realização da laqueadura tubária acabaram por engravidar. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF recebe nova ação contra dispositivo da Lei do Planejamento Familiar. 16 abril 2018).

3.2 A PERTINÊNCIA CONTEMPORÂNEA ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

Em notícia divulgada no site da Câmara dos Deputados, evidenciou-se que, recentemente, o deputado Denis Bezerra (PSB-CE) apresentou o Projeto de Lei 4515/20, sugerindo alterações na Lei 9.263/96 (BRASIL, 1996). Em seu texto, propôs a redução da idade mínima para 20 anos para a escolha da esterilização voluntária, além de extinguir a exigência da quantidade mínima de dois filhos vivos para que seja possível o acesso ao referido procedimento cirúrgico. (NOBRE, 2020)

Referente ao consentimento do cônjuge, o Projeto de Lei 4515/20 também visa extinguir tal condição, posto que decisões sobre o próprio corpo não cabem ao aval de terceiros, devendo a autonomia privada prevalecer quanto as decisões pertinentes ao próprio corpo, sem nenhuma interferência de outrem, incluindo do Estado. (NOBRE, 2020)

Dessa forma observa-se que, apesar da longa vigência da Lei 9.263/96 (BRASIL, 1996), atual é o interesse em se discutir acerca de seus impactos na autonomia privada da mulher, assunto muito abarcado pelo Direito brasileiro, que confere importantes modificações em relação a se priorizar as vontades individuais, em que o cenário ideal é preservar em seu todo o direito de escolha, demonstrando que a Lei 9.263/96 não é apenas inconstitucional, mas também obsoleta por não acompanhar as mudanças possíveis graças aos significativos avanços do debate acerca dos direitos personalíssimos e seus reflexos na sociedade.

4 OBJEÇÕES AO PODER DE ESCOLHA DA MULHER AO OPTAR PELA LAQUEADURA TUBÁRIA

Entende-se até aqui que a prioridade é prezar pela dignidade da mulher, visto que apenas o próprio indivíduo poderia decidir o que é melhor para si e seu

corpo, bem como para seus próprios anseios de vida.

Dessa forma, compreende-se que o problema atinge tanto o jurídico quanto o preconceito social imposto às mulheres, posto que mesmo com tantas mudanças e evoluções em prol da figura feminina, a mulher ainda se vê diante de uma situação de fragilidade frente a uma sociedade que espera o papel da reprodução e maternidade por parte das mulheres, porém não tanto quanto dos homens, que por vezes têm poder de escolha, mesmo após a fecundação (MOURA, 2018).

O Ministério da Saúde determina que a cirurgia seja oferecida nas unidades que disponham de ginecologia, obstetrícia ou maternidade, havendo a possibilidade da mulher fazer a solicitação do procedimento na constância do pré-natal, desde que informada sobre os riscos e efeitos colaterais, como por exemplo a impossibilidade de reversão. Porém, na prática, a vontade de diversas mulheres não é respeitada em tal decisão. (FREIRE; VIEIRA, 2018)

No caso do SUS (Sistema Único de Saúde), o procedimento da laqueadura tubária apenas é realizado caso sejam cumpridos os requisitos expostos na Lei 9.263/96 (BRASIL, 1996), o que reforça a coercibilidade que os próprios agentes de saúde acabam sofrendo para que não venham a realizar tal procedimento em casos de voluntariedade. Em verdade, existem inclusive casos em que mulheres preenchem todos os requisitos, e ainda assim não conseguem o procedimento em virtude da falta de conhecimento legal das equipes de saúde. (FREIRE; VIEIRA, 2018).

Fato este já é amplamente refletido na sociedade, visto que existem inúmeros casos de mulheres que buscam pelo procedimento, sem sucesso, cumprindo ressaltar que não apenas o Sistema Único de Saúde (SUS) impõe dificuldades para fornecer o procedimento da laqueadura tubária, como também a própria assistência médica privada, em que médicos “aconselham” as pacientes de modo que as façam repensar e até mesmo desistir, ou simplesmente afirmam que não farão o procedimento por diversos fatores alheios à vontade da mulher.

Em virtude disso, muitas mulheres acabam procurando a Justiça para efetivar seu direito de realizar a laqueadura tubária, percorrendo um longo caminho para lograr êxito em algo que deveria ser simplesmente aceito e resolvido, respeitando a decisão e autonomia privada da mulher.

Assim relatou, Bianca da Cruz, que aos 25 anos conseguiu a realização da

laqueadura no momento do parto, mediante intervenção da Defensoria Pública:

“O [filho] mais velho eu tive com 18 anos, o outro, com 22 anos, o terceiro, nasceu agora, no dia do meu aniversário, quando fiz 25 anos e eles me operaram. Mas o médico não queria, disse que eu era nova, que poderia ter outro casamento, outro filho, mas eu estava firme e queria a laqueadura”.³

Salienta-se que a intervenção da Defensoria Pública do Rio de Janeiro não agiu apenas no caso supracitado, que vem solicitando para outras mulheres a autorização da realização da laqueadura tubária durante o parto cesariana, diante da facilidade que a mulher tem de realizar um único procedimento cirúrgico, vindo a correr menos riscos sendo feito tudo de uma só vez, inclusive diminuindo custos para o sistema de saúde. Conforme a lei, a é defesa a prática da esterilização cirúrgica contemporânea ao parto cesárea, ante a possibilidade de decisões precoces, por exemplo. (FREIRE, 2018; VIEIRA, 2018)

Semelhante foi a experiência de Karina Viana, 32 anos:

"Passei por uma consulta e disse para o médico que já tinha três filhos e não queria mais. Ele disse que, pela minha idade, não faria o procedimento em mim nem me encaminharia para outro médico. Eu insisti e ele afirmou que eu iria querer ser mãe novamente. Saí de mãos abanando." ⁴

Com isso, pode-se ver que a necessidade de preservação da autonomia da mulher, que deve ser preservada e protegida, recaindo apenas sobre si o poder de escolha em relação a planejar ou não uma entidade familiar, sendo corroborada essa ideia da não intervenção estatal na seara familiar através do artigo 1513 do Código Civil de 2002, que cita com clareza que “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.⁵

Assim sendo, certo é que as dificuldades encontradas pelas mulheres ao optarem pela realização do procedimento da laqueadura tubária, a fim de se evitar gestações indesejadas, ferem os princípios básicos fundamentais supramencionados, pois limitam a autonomia privada da mulher no que tange à disposição relativa de

³ Entrevista concedida por CRUZ, Bianca. Entrevistadoras: Isabela Vieira e Tâmara Freire. Mulheres recorrem à Justiça para conseguirem laqueadura de trompas. Agência Brasil. 03 fev 2018.

⁴ Entrevista concedida por VIANA, Kaline. Entrevistador: Talyta Vespa. Laqueadura: mulheres podem recorrer à Justiça se procedimento for negado. Plataforma Universa – UOL. 24 abril 2019.

⁵ Entende-se como intervenção qualquer tipo de repressão que contrarie o desejo individual ante as próprias escolhas pessoais que envolvam questões do âmbito familiar, direitos reprodutivos e sexuais.

seu próprio corpo a fim de usufruir de uma vida digna e sem percalços, pois não se trata de uma questão apenas de construção familiar, como também do gozo da vida em sua plenitude, que é o maior bem jurídico tutelado pelo nosso ordenamento jurídico.

Nesse aspecto, citou MORAES, (2005):

“O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais. A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-la em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo, e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência”. (MORAES, 2005. p.30).

Portanto, o respeito as decisões individuais das mulheres que desejam realizar a laqueadura tubária, sendo este um tipo de disposição relativa do corpo, deve ser priorizado em seu todo, baseando-se na dignidade da vida humana e pleno gozo dos direitos fundamentais individuais, posto que somente o indivíduo conhece e tem a racionalidade do que é ideal para si, havendo seu direito cerceado mediante a intervenção indevida de terceiros.

4.1 PLANEJAMENTO FAMILIAR E POLÍTICAS PÚBLICAS EFETIVAS - ESTADO GARANTISTA *VERSUS* DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como já mencionado anteriormente, é essencial analisar a problemática sobre a ótica da necessidade eminente de políticas públicas efetivas no âmbito do planejamento familiar, de modo a oferecer a população, principalmente aquela em condições vulneráveis e pouco porte econômico, através do SUS (Sistema Único de Saúde), a fim de implementar um ideal de reprodução responsável.

Neste sentido, interessante é a reflexão relativa ao Estado garantista, que impõe normas, padrões e determinados comportamentos à sociedade face aos direitos fundamentais expostos no art. 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Assim, cabe a discussão tanto acerca dos direitos de que a tem mulher de poder decidir sobre si para lograr êxito em gozar do direito à liberdade, dignidade e à vida, como também aos frutos de possíveis gestações não planejadas decorridas da falha do Estado em propiciar políticas públicas adequadas ao planejamento familiar, e em

contrapartida impor requisitos arbitrários para a realização da esterilização cirúrgica.

Desse modo, o Estado acaba por tornar a reprodução, fato biológico, em um fato político e social, num cenário em que há formas de controle, intervenção direta e regulação, impedindo o pleno exercício de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, controlando o comportamento reprodutivo. (NIELSON, 2020. p. 318-345)

Sabe-se que no Brasil existe uma notória realidade de discrepância econômica, além de diferentes contextos e nichos sociais, e que as classes média e alta acabam tendo acesso muito mais adequado aos sistemas de saúde, em sua maioria das vezes na rede privada, conseqüentemente melhor amparo nas questões de contracepção. Por outro lado, as mulheres em situação de vulnerabilidade social encontram-se, em sua maioria, sem acompanhamento correto neste sentido. O reflexo disso é a diferença na quantidade de filhos que se apresenta entre esses dois nichos sociais. (VARELLA, Drauzio. 2011)

Ocorre que, em virtude desta falha no programa do planejamento familiar, por vezes mulheres se veem grávidas de forma indesejada, não vendo alternativa senão o aborto provocado, situação em que procuram atendimento hospitalar devido as complicações provenientes do aborto inadequado. Por outro lado, outras acabam por aceitar a gravidez apenas pela premissa de estar cumprindo seu papel na sociedade. (COELHO; LUCENA; SILVA. 2000).

O art. 3º, inciso I da Lei 9.263/96 (BRASIL, 1996) é certo quanto ao assunto ao determinar que haja o auxílio por parte dos agentes de saúde no concernente a concepção e contracepção, promovendo programas que conscientizem a população acerca disto.

Também há determinações de suporte social nos artigos 4º, 5º e 6º do mesmodiploma legal, assim sendo:

Art. 4º O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

Parágrafo único - O Sistema Único de Saúde promoverá o treinamento de recursos humanos, com ênfase na capacitação do pessoal técnico, visando a promoção de ações de atendimento à saúde reprodutiva.

Art. 5º - É dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema

educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar.

Art. 6º As ações de planejamento familiar serão exercidas pelas instituições públicas e privadas, filantrópicas ou não, nos termos desta Lei e das normas de funcionamento e mecanismos de fiscalização estabelecidos pelas instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde.

Ou seja, a Lei 9.2963/96 (BRASIL, 1988), apesar de restringir o exercício pleno do planejamento familiar em relação à esterilização cirúrgica, determina que haja suporte social destinado à população no que tange ao assunto, porém a sociedade, e muitas vezes até mesmo os profissionais de saúde, desconhecem de tais direitos. Consoante a isso ao art. 226, parágrafo 7º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) também é cristalino no assunto, dispondo que o compete ao “Estado propiciar recursoseducacionais e científicos para o exercício desse direito”.

Urgente é que se estabeleça políticas públicas efetivas destinadas ao melhor exercício do direito ao planejamento familiar, oferecendo às mulheres mais pobres a possibilidade de pensarem acerca da reprodução de maneira responsável, com melhores resultados.

Afinal, as gestações indesejadas e não planejadas geram crianças em situação de vulnerabilidade social, que acabam desamparadas e propícias à má formação escolar e desenvolvimento pleno, fazendo surgir outros problemas sociais presentes numa sociedade marginalizada, como o aumento da pobreza e consequentemente da violência. (VARELLA, 2011)

A ONU (Organização das Nações Unidas) já se pronunciou sobre o assunto, explanando que o poder de escolha da mulher quanto a ter ou não filhos beneficia o desenvolvimento social e econômico dos países. Nesta senda, um relatório do Fundo de População da ONU (UNFPA) concluiu, dentre outras coisas, que mulheres com acesso e informação a meios condizentes de planejamento gestacional acaba por ter mais controle sobre sua própria saúde, progredindo em outras áreas significativas da vida, como estudos e carreira profissional. (O GLOBO, Agência. 2018)

Dessa forma, o respeito a decisão pelo planejamento familiar individual deve ser priorizado, especialmente nos casos de mulheres de baixa renda, geralmente com uma considerável quantidade de filhos face a suas condições financeiras. Em verdade, melhor seria que os próprios agentes de saúde aconselhassem de forma profissional a respeito do planejamento familiar, de acordo com o histórico particular de cada

mulher, bem como dos desejos individuais, indicando os melhores métodos a depender do caso.

5 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DE DISPOSIÇÃO RELATIVA DO PRÓPRIO CORPO

Os direitos da personalidade são aqueles intrínsecos ao ser humano, tendo maior força no âmbito extrapatrimonial, em que se abarca, por exemplo, o exercício dos direitos fundamentais na constância da vida após o advento do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), em que surgiu como tema demasiado pertinente e valorado no Direito brasileiro. São direitos de cunho subjetivo, aptos a garantirem, fundamentalmente, o direito à vida digna. (DE ANDRADE, 2013, p.2).

Grande é a importância dos direitos da personalidade nos dias atuais, em que se discute amplamente questões referentes a disposição total ou relativa do corpo, como por exemplo a eutanásia, ortotanásia, mudança de sexo, aborto e, a aqui discutida, esterilização cirúrgica. Todos esses meios referentes a ensejar uma vida, ou morte, dignas aos indivíduos que lhes optem em algum momento.

Neste diapasão, a dificuldade de realizar a laqueadura tubária como método contraceptivo é em seu todo prejudicial aos direitos personalíssimos, situação em que se deveria prevalecer ao máximo o poder de escolha do indivíduo, posto que a disposição relativa do próprio corpo é forma plena do exercício dos princípios da liberdade de escolha, autonomia privada do indivíduo e dignidade para se ter uma qualidade de vida a qual achar melhor compreender.

Dentre as características que se observam nos direitos da personalidade, pode-se destacar a intransmissibilidade, em que se impõe o caráter exclusivo do exercício desses direitos, ou seja, apenas o detentor de tal direito, enquanto pessoa viva, pode exercê-los sem maiores percalços. (DE ANDRADE, 2013, p. 10).

Assim sendo, os direitos da personalidade são inerentes ao indivíduo em virtude da própria vida, visto que o ser humano é dotado de personalidade, devendo haver ampla proteção a estes direitos e seu exercício. Neste sentido, tem-se a imprescritibilidade como outra importante característica, posto ser essencial e vitalício tais exercícios, conferindo ampla plenitude ao gozo conferido à pessoa a tais

direitos. (JABUR, 2020, p. 5).

Apesar na natureza jurídica incerta, fácil é enxergar o amparo dos direitos personalíssimos em nosso ordenamento jurídico. Desta feita, consideram-se como direitos da personalidade o direito à vida, honra, privacidade, identidade, dentre muitos outros elencados em nossa Constituição Federal (BRASIL, 1988). Portanto, sem o exercício pleno de tais direitos fundamentais não há respeito às vontades individuais intrínsecas ao ser humano, deixando de fruir integralmente de seus direitos personalíssimos, restando o próprio exercício à vida lesado. (JABUR, 2020, p. 9)

Em se tratando de direitos fundamentais, tem-se estes como direitos subjetivos públicos, sendo o Estado o agente violador de direitos, posto que impõe condições à realização da esterilização voluntária que ultrapassam a linde dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. (JABUR, 2020, p.10)

Neste sentido, as imposições presentes na Lei 9.263/96 (BRASIL, 1996) relacionadas à realização da esterilização voluntária corroboram o fato do Estado como agente violador de direitos, visto que advém destes tais requisitos inconstitucionais, interferindo diretamente nos direitos sexuais e reprodutivos da mulher.

Corrobora-se, portanto, a lesão que a mulher sofre em seus direitos da personalidade ao buscar pela esterilização voluntária e não ter o acesso facilitado, em verdade até impedido, restando numa posição de incapacidade face às objeções ao seu poder de escolha e pleno exercício de seus direitos fundamentais à vida.

Cumprе salientar, ainda, que a necessidade da autorização do cônjuge para que se possa realizar a laqueadura tubária é uma violação extrema dos direitos personalíssimos, que atenta fortemente contra a dignidade e liberdade do indivíduo, que se vê sem possibilidade de dispor relativamente do próprio corpo em virtude do desejo de outrem.

Neste sentido, o ministro Luís Roberto Barroso explanou:

“A dignidade como autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas. Decisões sobre religião, vida afetiva, trabalho, ideologia e outras opções personalíssimas não podem ser subtraídas do indivíduo sem violar

sua dignidade (BARROSO, 2010. p. 24).

Noutro pórtico, a autonomia privada é correlata ao princípio da liberdade, disposto no art. 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), de modo a ser uma tutela variável, com mais intensidade no que tange às escolhas individuais de cada pessoa, do que no âmbito patrimonial, conforme narra Daniel Sarmento (2003, p. 169, apud PEREIRA, 2019, p. 52).

Sarmiento (2003, p. 308) dispõe, ainda, que:

[...] o poder do sujeito de autogoverno de sua esfera jurídica, tendo como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas. (SARMENTO, *apud* PEREIRA, 2019, p. 52).

Certo é que o Estado age como mediador de interesses coletivos, agindo como regulador de direitos e deveres a fim de se evitar conflito de interesses, porém a disposição relativa do corpo mediante a esterilização voluntária não é ato que cause danos a outrem, muito pelo contrário, apenas reflete suas consequências a quem opta por tal procedimento cirúrgico.

Neste sentido, pode-se relacionar o direito de dispor relativamente do corpo sem intervenções de terceiros ao exercício pleno da autonomia privada do indivíduo, respeitando-se suas vontades quanto à sua existência e modo de viver. Assim sendo, impor à mulher condições que fogem de sua autonomia individual fere gravemente o direito fundamental à liberdade e autonomia privada, limitando o exercício no que diz respeito ao próprio corpo a mercê da vontade de outrem.

Portanto, para se constatar a autonomia em sua forma plena, necessária é a existência da liberdade em sua plenitude, tanto de pensamento quanto de atitude, sem qualquer meio de coação, apenas cabendo a todos o respeito desta, não cabendo nenhum tipo de limitação de modo arbitrário. (MACHADO ALECRIM, G.; PORDEUS SILVA, E.; MACENA DE ARAÚJO, J, 2014, p. 3).

6 A ESCOLHA PELA ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA À LUZ DA BIOÉTICA E BIODIREITO

Passadas as reflexões acerca do direito de dispor relativamente do próprio corpo mediante esterilização cirúrgica, em respeito aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), oportuna é também a reflexão acerca da Bioética e Biodireito, ramos importantes que interligam a atuação da medicina junto aos direitos jurídicos do indivíduo, ensejando na manutenção responsável da vida.

Neste sentido, Maria Helena Diniz elenca que a Bioética é, em sentido amplo, não apenas a preocupação com o exercício da ética na área da saúde, mas também de diversos aspectos referentes à manutenção da vida em seres humanos, como por exemplo a eutanásia, a mudança de sexo, a própria esterilização, e etc. (Diniz, 2008, p. 10-11, apud, Oliveira, 2013).

Assim, o estudo da Bioética amplia-se de modo a abarcar não somente a área médica, mas também a antropologia, a filosofia, sociologia e outras áreas das ciências humanas, ecológicas que visem a preservação da vida humana. Porém, exercício da bioética tem seus limites definidos, carecendo de regulamentação pelo direito quanto às atitudes lícitas, baseando-se sempre no princípio da dignidade humana. (LOUREIRO, 2009, p.7 apud, OLIVEIRA, 2013).

A Bioética se interpreta conforme quatro princípios, sendo estes: a não-maleficência que significa não fazer o mal, a beneficência, que é fazer o bem, a autonomia, compreendida como o direito de usar a razão de forma plena e livre, e a justiça, em que se questiona a abrangência da legalidade das condutas pertinentes à manutenção da vida. (DIAS, 2010. P. 2-3)

Relacionando a Bioética à esterilização voluntária, tem-se a autonomia como um importante princípio, em que se confere ampla independência ao indivíduo que deseja dispor do corpo, posto que sua inviolabilidade física é de direito particular, dessa forma detendo o poder de autodeterminar o que se faz com o próprio corpo. (GOGLIANO, 2000, p. 110).

Ante a necessidade de regular os limites da Bioética, nasce o Biodireito, responsável pelo equilíbrio entre o direito e as técnicas empregadas pela área médica ao corpo e à dignidade da pessoa humana. Assim, o Biodireito engloba um caráter normativo, apto a penalizar ações dentro da ética médica que desrespeitem o mínimo

necessário de dignidade corpo e da vida humana. (Sá, 2009, p. 10, apud Oliveira, 2013).

Logo, relevante é a reflexão acerca desta temática envolvendo essa nova área do conhecimento que é o Biodireito, que fomenta a priorização à vida e à dignidade humana em sua totalidade, pois como assevera Walber Lima (2012):

“[...], o Biodireito, embora ainda se consolidando em face da transição paradigmática do Direito, vem se firmando como um campo da Ciência Jurídica que tem como finalidade maior a busca incessante da proteção da vida de todos os seres existentes na biodiversidade, em especial, a do ser humano.

Por essa razão, firma-se que, ante a sua índole essencialmente protetora da vida e da dignidade humana, o Biodireito possui um viés completamente distinto da dogmática jurídica tradicional-positivista, porquanto não enxerga vida a humana linearmente, nem com aspecto reducionista, mas sob um olhar hologramático e recursivo, de forma a proteger os seres humanos contra procedimentos indignos e, portanto, antiéticos, fazendo com que o viver digno seja considerado um bem maior que deverá ser respeitado indistintamente, sob qualquer aspecto e em qualquer relação, interpessoal ou não” (LIMA, 2012, p.123).

Entende-se dessa forma que todo indivíduo faz suas escolhas com racionalidade, com consciência do próprio querer, que é justamente onde se encontra o uso da razão. Assim, deve-se preservar a liberdade de escolha, contemplando dessa forma o respeito à dignidade humana. Ou seja, possuindo total razão, possui responsabilidade sobre suas escolhas, devendo segui-las sem maiores intervenções de terceiros. (GOGLIANO, 2000, p. 112).

A partir de tantas inovações, o Biodireito se liga diretamente aos interesses da elevação da vida humana, ligado intrinsecamente à bioética a fim de se fazer pensar abertamente sobre a dignidade humana fruto da liberdade dos indivíduos, sendo esta autonomia referente à autodeterminação do exercício do indivíduo quanto a suas próprias escolhas. Ante tantos avanços sociais, imprescindível é que o Direito acompanhe tamanhas mudanças, principalmente no tocante a autonomia privada dos indivíduos, que refletem diretamente nos direitos fundamentais. (MACHADO ALECRIM;PORDEUS SILVA; MACENA DE ARAÚJO, 2014, p. 2-5).

Portanto, obstar o desejo da mulher pela esterilização voluntária através da laqueadura tubária fere a autonomia conferida por sua própria razão, pelos seus próprios ideais de vida, ferindo, por conseguinte, seus direitos da personalidade, ante a interferência de quem sequer tem poder sobre o outro. Dessa forma, a

Bioética e o Biodireito relacionam-se perfeitamente ao aqui demonstrado, posto que enquanto por um lado existe a mulher querendo dispor relativamente do próprio corpo em prol de suas expectativas de vida, do outro existe particulares e o Estado ditando que não se pode, fugindo dar razões e princípios conferidos aos direitos da personalidade.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dado o exposto, conclui-se que é de grande relevância que se reflita acerca da inconstitucionalidade presente na Lei 9.263/96 (BRASIL, 1996), bem como nas contradições presentes entre seus próprios artigos, visto que ao mesmo tempo que cria requisitos e penalizações quanto à esterilização cirúrgica, trata também de determinar que haja auxílio à população no que se refere ao planejamento familiar e meios de concepção e contracepção.

Certo é que a Constituição Federal de 1988, além de anterior a referida Lei, conferiu ainda plena liberdade aos indivíduos ao planejamento familiar, vedando qualquer tipo de coerção e intervenção de terceiros, o que corrobora o sentido de que a Lei 9.263/96, criada para regulamentar o art. 226, parágrafo 7º da Constituição de 1988, em verdade se transformou em algo negativo, cerceando os direitos da mulher quanto a liberdade no planejamento familiar.

Quanto à clara inconstitucionalidade, se percebe através do confronto entre os requisitos expressos na Lei 9.263/96 (BRASIL, 1996) para que seja possível a mulher ter acesso à laqueadura tubária, e os direitos fundamentais constitucionais, tais como a liberdade, a dignidade e a vida.

Dessa forma, entende-se que a mulher, mesmo após tantas conquistas importantes, sociais e jurídicas, no que diz respeito aos direitos sexuais e reprodutivos, bem como de sua própria autonomia, se vê diante de impedimentos referentes ao exercício da autonomia quanto ao próprio corpo, se vendo impedida de tomar livres decisões que entende lhes oferecer uma vida digna.

Torna-se uma questão de preservação à autonomia privada da mulher, que tem o direito de decidir dispor relativamente do próprio corpo através da laqueadura tubária, em concordância ainda com a Bioética e o Biodireito, aptos a conferir maior

validade e responsabilidade às escolhas racionais da pessoa humana no que tange ao próprio corpo.

Assim, preserva-se também os direitos da personalidade, ramo de extrema relevância atualmente por se tratar dos bens extrapatrimoniais, em que se preza pelos princípios constitucionais conferidos à mulher, como uma vida digna e com livres escolhas que a permitam gozar da autonomia em sua plenitude, com respeito aos direitos individuais, posto que hodiernamente a mulher possui muitas outras aspirações de vida fora da seara da reprodução.

Por fim, o que de fato se deve priorizar são as decisões individuais das mulheres que desejam poder dispor relativamente de seu próprio corpo através da esterilização voluntária, em respeito à vida digna e ao exercício dos direitos fundamentais à liberdade, à vida e à dignidade, ressaltando-se ainda a relevante autonomia privada.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Camila Ferraro. **Esterilização e planejamento familiar: uma análise à luz da possibilidade da disposição relativa sobre o corpo**. 2015. Disponível em <<http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Camila%20Ferraro%20Bastos.pdf>> Acesso em: 17 set. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI contesta consentimento do cônjuge para esterilização voluntária**. 18 março 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=262712&caixaBusca=N>>. Acesso em: 22 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF recebe nova ação contra dispositivo da Lei do Planejamento Familiar**. 16 abril 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=375595>>. Acesso em: 21 out. 2020.

BUGLIONE, Samantha. **Reprodução e sexualidade: Uma questão de Justiça**. 1997/2000. Disponível em: <https://patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2014/08/PM_reproducao_e_sexualidade.pdf> Acesso em: 15 set. 2020.

CARNEIRO, Luiz Orlando. **Criminalizar esterilização voluntária da mulher é grave violência, diz PGR**. 29 maio 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/criminalizar-esterilizacao-voluntaria-da-mulher-e-grave-violencia-diz-pgr-29092015>>. Acesso em: 22 out. 2020.

CHAUI, Marilena. **Participando do debate sobre mulher e violência**. In: *Perspectivas antropológicas da mulher*. Rio de Janeiro: Zahar; 1985. p. 15-27. Acesso em: 22 set. 2020.

COELHO, Edméia de Almeida Cardoso; LUCENA, Maria de Fátima Gomes de; SILVA, Ana Tereza de Medeiros. O planejamento familiar no Brasil no contexto das políticas públicas de saúde: determinantes históricos. **Rev. esc. enferm. USP**, São Paulo, v. 34, n. 1, p. 37-44, Mar. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0080-62342000000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 31 out. 2020.

COUTINHO, Simone Andréa Barcelos. **Opinião lei do planejamento familiar viola a liberdade como princípio e como direito**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-29/simone-coutinho-lei-planejamento-familiar-violta-liberdade>>. Acesso em: 22 set. 2020.

DE ANDRADE, Fábio Siebeneichler. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. **Rev. Derecho Privado**, Bogotá, n. 24, p. 81-111, Jan. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662013000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 25 out. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **A mulher e o Direito**. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_732\)23_a_mulher_e_o_direito.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_732)23_a_mulher_e_o_direito.pdf)>. Acesso em: 17 set. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **A mulher no Código Civil**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%C3%B3digo_civil.pdf>. Acesso em: 22 set. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Bioética e Direito**. 2010. Disponível em <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_543\)1_bioetica_e_direito.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_543)1_bioetica_e_direito.pdf)> Acesso em 20 out. 2020.

FREIRE, Tâmara. VIEIRA, Isabela. **Mulheres recorrem à Justiça para conseguir laqueadura de trompas - Profissionais de saúde desconhecem lei que autorizam mulheres a fazerem**. 3 fev. 2018. Disponível em <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-02/mulheres-tem-recorrido-justica-para-conseguir-laqueadura-de-trompas>>. Acesso em: 23 out. 2020.

GOGLIANO, D. (2000). **Autonomia, bioética e direitos da personalidade**. *Revista De Direito Sanitário*, v.1, n.1, p.107-127. Disponível em <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v1i1p107-127>. Acesso em 28 out. 2020.

JABUR, Gilberto Haddad. **OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO**. *Revista Jurídica*, [S.l.], v. 1, n. 58, p. 434 - 488, abr. 2020. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3844/371372184>>. Acesso em: 27 out. 2020.

LAGE, Amarilis. **Como a pílula anticoncepcional moldou o mundo em que vivemos hoje**. 2015. Disponível em: <<https://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2015/05/55-anos-da-pilula-anticoncepcional-como-ela-moldou-o-mundo-em-que-vivemos-hoje.html#:~:text=Para%20deixar%20a%20p%C3%ADlula%20mais,formula%C3%A7%C3%B5es%20tamb%C3%A9m%20trouxeram%20novas%20desconfian%C3%A7as.>>>. Acesso em: 22 ago. 2020.

LEI Federal Nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm>. Acesso em: 25 out. 2020.

LIMA, Walber Cunha. **Biodireito e Bioética: interfaces e confluências**. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais. Natal: UFRN, 2012. Disponível em <<https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/13682>> Acesso em: 26 de nov. de 2020.

MACHADO ALECRIM, G.; PORDEUS SILVA, E.; MACENA DE ARAÚJO, J. A. Autonomia da Mulher Sobre o Seu Corpo e Intervenção Estatal. **Gênero & Direito**, v. 3, n. 2, 19 out. 2014. Disponível em <<https://periodicos.ufpb.br/index.php/ged/article/view/20428/11799>>. Acesso em 26 de out. de 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NIELSON, Joice Graciele. Planejamento familiar e esterilização de mulheres no Brasil: a ambivalência entre a retórica dos direitos humanos e a prática do controle reprodutivo sobre o corpo das mulheres. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. v.23, n.45, p. 318-345. Disponível em <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/issue/view/1192>> Acesso em 29 out. 2020.

NOBRE, Noeli. Agência Câmara de Notícias. **Projeto flexibiliza regras para laqueadura e vasectomia**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/691550-projeto-flexibiliza-regras-para-laqueadura-e-vasectomia/>> 15 set 2020. Acesso em: 23 out. 2020.

O GLOBO, Agência. 2018. **Poder decidir ter ou não filhos traz desenvolvimento social e econômico aos países, diz ONU**. Disponível em <<https://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2018/10/poder-decidir-ter->>

ou-nao-filhos- traz-desenvolvimento-social-e-economico-aos-paises-diz-onu.html#:~:text=Poder%20escolher%20ter%20ou%20n%C3%A3o,%2C%20divulgado%20ne sta%20quarta%2Dfeira.> 2018. Acesso em 30 out. 2020.

OLIVEIRA, Júnior Moraes. **Direitos da personalidade, bioética e biodireito: umabreve introdução**. 01/04/2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-111/direitos-da-personalidade-bioetica-e-biodireito-uma-breve-introducao/#_ftn10> Acesso em: 29 out. 2020.

PEREIRA, Marília Sousa. **Restrições à esterilização voluntária sob a ótica dasadis nº 5097 e nº 5911 e possíveis violações a direitos fundamentais**. 2019. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/44527/1/2019_tcc_mspereira.pdf>. Acesso em 20 out. 2020.

RAMOS, Fernanda de Oliveira Santana. **O direito fundamental ao planejamento familiar e a Lei nº 9.263, de janeiro de 1996**. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37759/o-direito-fundamental-ao-planejamento-familiar-e-a-lei-n-9-263-de-janeiro-de-1996>>. Acesso em: 22 set. 2020.

SANTOS, J.C; FREITAS, P. M. **Planejamento familiar na perspectiva do desenvolvimento**. 2008. Disponível em <https://scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232011000300017&script=sci_arttext> . Acesso em: 17 set. 2020.

SILVA, P. C. N.; LIMA, M. V. N. **A inconstitucionalidade da Lei 9.263 de 12 de Janeiro de 1996 (Lei do Planejamento Familiar)**. 2019. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-inconstitucionalidade-do-artigo-10-inciso-i-da-lei-9-263-de-12-de-janeiro-de-1996-lei-do-planejamento-familiar/>>. Acesso em: 19 set. 2020.

TOSI, Marcela. RABELO, Bia. **Entre o estopim da revolução sexual e uma nova forma de controle**. Disponível em: < <https://medium.com/@tosi.marcela/entre-o-estopim-da-revolu%C3%A7%C3%A3o-sexual-e-uma-nova-forma-de-controle-7845b6294732>> 19 abril 2018. Acesso em 20 ago. 2020.

VARELLA, Drauzio. **Planejamento familiar**. Disponível em <<https://drauziovarella.uol.com.br/drauzio/artigos/planejamento-familiar-artigo/>> Pub.25 abril 2011. Rev. 11 ago 2020. Acesso em 30 out. 2020.

VECCHI, Sabah Fachin de. **O livre planejamento familiar e o papel do estado como agente subsidiário de recursos e suportes para o desempenho do poder familiar responsável**. 2018. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/o-livre-planejamento-familiar-e-o-papel-do-estado-como-agente-subsidiario-de-recursos-e-suportes-para-o-desempenho-do-poder-familiar-responsavel/>> Acesso em: 25 set. 2020.

VESPA, Talyta. **Laqueadura: mulheres podem recorrer à Justiça seprocedimento for negado**. 24 abr. 2019. Disponível em

<<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2019/04/24/laqueadura-mulheres-podem-recorrer-a-justica-se-procedimento-for-negado.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 22 out. 2020.

O DIREITO PREVENTIVO COMO PROPULSOR DE ESCALABILIDADE E REDUÇÃO DE LITÍGIOS EM EMPRESAS

Esther Sales Tinôco¹

Úrsula Bezerra e Silva Lira²

RESUMO

O conflito é inerente à convivência em sociedade. No entanto, observa-se um excesso de beligerância no Poder Judiciário, que finalizou o ano de 2021 com 77,3 milhões de processos em tramitação. Dessa forma, o presente trabalho investiga a importância da advocacia preventiva na gestão empresarial, por meio da gestão jurídica alinhada à estratégia da empresa, demonstrando sua relevância como instrumento de desjudicialização de conflitos e, portanto, propulsor da escalabilidade do negócio. Para isso, analisa-se o papel do advogado e a responsabilidade das instituições de ensino superior na formação profissional dos egressos frente às novas legislações que incentivam a promoção de uma cultura não litigante. Logo após, o conceito do Direito Preventivo é amplamente desmistificado sob finalidade de ser discutida a necessidade da sua inserção no ambiente empresarial. Avalia-se, também, o impacto das *lawtechs* como ferramenta de redução dos litígios na máquina estatal. Por fim, para demonstrar efetivamente os resultados obtidos por meio da advocacia preventiva, analisam-se estudos de casos de escritórios que atuam preventivamente para diversas corporações. A metodologia a ser aplicada no presente trabalho é de pesquisa exploratória, tendo como foco a abordagem qualitativa de método hipotético-dedutivo, onde será analisada a hipótese de redução de litígios e escalabilidade de empresas a partir da aplicação do Direito Preventivo.

Palavras-chave: Direito preventivo. Gestão empresarial. Advocacia corporativa. Desjudicialização.

¹ Discente do oitavo período do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: esthersalestinoco@hotmail.com

² Professora-orientadora. Mestre em Direito. Coordenadora do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: ursula@unirn.edu.br

PREVENTIVE LAW AS A DRIVER OF SCALABILITY AND LITIGATION REDUCTION IN COMPANIES

ABSTRACT

Conflict is inherent to living in society. However, an excess of belligerence is observed in the Judiciary, which ended the year 2021 with 77.3 million lawsuits in progress. Thus, this paper investigates the importance of preventive law practice in business management, through legal management aligned with the company's strategy, demonstrating its relevance as an instrument of conflict resolution and, therefore, a driver of business scalability. To this end, the role of the lawyer is analyzed, as well as the responsibility of higher education institutions in the professional training of graduates in light of the new legislation that encourages the promotion of a non-litigious culture. Soon after, the concept of Preventive Law is broadly demystified in order to discuss the need for its insertion in the business environment. The impact of lawtechs as a tool to reduce litigation in the state machine is also evaluated. Finally, in order to effectively demonstrate the results obtained through preventive lawyering, case studies of law firms that act preventively for several corporations are analyzed. The methodology to be applied in the present work is exploratory research, focusing on the qualitative approach of the hypothetical-deductive method, where the hypothesis of litigation reduction and scalability of companies from the application of Preventive Law will be analyzed.

Key-words: Preventive law. Business management. Corporate law. Dejudicialization.

1 INTRODUÇÃO

Embora muitas pessoas só lembrem da figura do advogado quando surge uma demanda judicial, a atuação desse profissional pode começar muito antes, com ações preventivas. Nos últimos tempos, têm-se debatido cada vez mais sobre a importância da advocacia preventiva em detrimento do modelo conservador e litigante, mediante

tentativa de redução de litígios no Poder Judiciário, que se encontra abarrotado de processos.

Com a promulgação da Constituição de 1988, a facilitação do acesso à justiça garantido pelo Art. 5º, inciso XXXV, tornou-se um fator determinante no modo de atuação do Judiciário e dos profissionais da área, visto que, deste preceito constitucional, deriva um dos mais básicos e fundamentais princípios processuais, o chamado “direito de ação”. Da mesma forma, com o advento da internet, a difusão dos direitos dos cidadãos tem sido ainda mais ampla, estejam eles no polo de consumidores ou trabalhadores. Seja como for, a justiça sempre procura proteger o elo mais fraco da relação, motivo pelo qual as leis são atualizadas constantemente e tornadas cada vez mais acessíveis à população, infelizmente, estas leis são sempre dotadas de um viés litigante e imperativo.

É fato que a população brasileira possui enraizado o pensamento de só procurar um advogado quando já se tem um problema, havendo assim pouca atuação preventiva com a advocacia extrajudicial, que tem como objetivo mitigar os riscos jurídicos que passam despercebidos nas organizações, reduzindo a probabilidade de judicialização futura.

A primeira evidência dessa cultura são as grades dos cursos de graduação de Direito, sempre pautadas pela didática processualista da ciência, ensinando sobre a prática jurídica litigante e sendo pouquíssimo explorada a área do Direito Preventivo. Orsini e Costa (2016) entendem que “além da inserção dos métodos dialógicos de solução de conflitos nas grades curriculares das faculdades de Direito, é necessário problematizar como tal educação se dará”. Essa reflexão corrobora para a tese de advocacia preventiva aqui apresentada, como consequência de uma mudança na formação profissional dos estudantes.

Tal modelo de acesso à justiça alavancou a quantidade de processos, de modo que a estrutura judiciária não estava preparada para assumir tamanha demanda. Por conseguinte, a litigância cresce exponencialmente, e consequentemente o número de processos em tramitação. De acordo com as informações obtidas no censo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Poder Judiciário finalizou o ano de 2021 com 77,3 milhões de processos em tramitação (CNJ, 2022).

Com isso, o judiciário tem desenvolvido nos últimos anos a chamada “terceira

fase” do acesso à justiça, promovendo mediações, conciliações, acordos e arbitragem. Embora o processo de redução da litigância já esteja em andamento, o desafio é muito maior do que editar leis e criar mecanismos de negociação extrajudicial, visto que há, no Brasil, a necessidade de modificar a cultura de agir apenas de forma reativa.

Ainda nessa linha de raciocínio, tem merecido destaque os comentários sobre a morosidade do sistema judiciário, responsabilizando os servidores e magistrados pela falta de celeridade nos julgamentos. Entretanto, uma alta demanda judicial se traduz em maior carga de trabalho, a qual induz a uma maior produtividade. Este aumento de produtividade, por sua vez, acaba impactando negativamente a qualidade dos julgamentos, que em sua maioria precisam ser apreciados novamente por instâncias superiores através de recursos.

Diante do exposto, o objetivo desta pesquisa é investigar a importância da advocacia preventiva na gestão empresarial, por meio da gestão jurídica alinhada à estratégia da empresa, demonstrando sua relevância como instrumento de desjudicialização de conflitos e, portanto, propulsor da escalabilidade do negócio. Assim, procura-se identificar a quantidade média de litígios que poderiam ser evitados em uma empresa por falta de planejamento preventivo jurídico, analisar como a presença de um setor jurídico preventivo pode impactar diretamente no Planejamento Estratégico da empresa e ser propulsor de escalabilidade da corporação.

A metodologia a ser aplicada no presente trabalho é de pesquisa exploratória, tendo como foco a abordagem qualitativa de método hipotético-dedutivo, onde será analisada a hipótese de redução de litígios e escalabilidade de empresas a partir da aplicação do Direito Preventivo. Como fontes de pesquisa, utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica e a pesquisa de campo.

No segundo capítulo, denominado “A Advocacia”, será trazida à tona a indispensabilidade do advogado e sua função como promotor da democracia em razão dos conflitos cotidianos ocasionados pela vida em sociedade. Diante disso, discute-se sobre a formação desses profissionais ainda na graduação, sendo indicado uma carência no incentivo às formas alternativas de resolução de conflitos e busca pelo diálogo. Nesse sentido, aborda-se as novas tendências do mercado e as medidas instituídas pelo Estado para conter o aumento das demandas judiciais.

No terceiro capítulo, intitulado “O Direito Preventivo” foram apontados os benefícios do trabalho preventivo em detrimento do reativo, geralmente exercido pela advocacia tradicional. Destaca-se também que as atribuições legais do advogado não estão restritas à capacidade postulatória, sendo importante que o papel do profissional seja visto como um investimento, e não como um custo para o empresário.

Já no quarto capítulo, designado como “O Impacto das Lawtechs na Redução dos Litígios”, são apresentadas iniciativas de *startups* jurídicas que buscam promover uma maior liberdade para as partes que se envolvem no conflito, evitando que essa demanda se torne uma ação judicial.

O quinto capítulo trata das pesquisas de campo realizadas durante o estudo do presente trabalho, por isso, leva o nome de “Pesquisa de Campo: A Atuação Corporativa Preventiva”. Nesse momento os entrevistados, todos sócios de escritórios que trabalham com o Direito Preventivo, relatam mais a fundo sobre suas experiências e percepções sobre o tema.

2 A ADVOCACIA

A espécie humana não consegue se ver longe de conflitos. De certa forma, eles são fundamentais para o processo de evolução da humanidade, seguindo o fluxo natural das coisas. É no conflito, inclusive, que nasce a inovação. Por esse motivo, a advocacia é uma das profissões mais antigas da história. Mesmo nas comunidades mais simples, a vida em sociedade sempre resultou numa constante disputa de interesses, que carecia de uma ferramenta de controle social. Dessa maneira, em decorrência do convívio social surgem as primeiras leis e, logo, para garantir o cumprimento delas, também nasce a figura que hoje conhecemos como advogado.

A palavra “advogado” provém do latim “*ad vocatus*” e significa defensor, patrono ou intercessor. Afirma-se por estudiosos do tema que a advocacia teve seus primeiros vestígios há cerca de três milênios antes de Cristo, na Suméria. Essa prática se deu em decorrência dos chamados “sábios em leis”, indivíduos com habilidade de argumentar e defender terceiros perante autoridades e tribunais(LÔBO, 2017).

Contudo, foi em Roma que a advocacia surge como profissão organizada. A

obrigatoriedade do comparecimento pessoal em juízo deixou de existir, abrindo espaço para o surgimento da representação processual por meio de um profissional capaz de questionar a utilização das leis. Nesse viés, a figura do “*jurisconsulto*”, aquele a quem se recorria para obter o aconselhamento quanto a melhor forma de solucionar determinado conflito, era muito comum no âmbito dessas civilizações, principalmente daquelas mais complexas em organização estrutural e hierárquica (LÔBO, 2017).

No Brasil, o papel da advocacia é tão importante que possui um artigo exclusivo na Constituição Federal versando sobre a indispensabilidade da sua atuação (BRASIL, 1988). Conforme o art. 133 da CF: “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” O operador desta ciência tem uma função importantíssima na sociedade: ser promotor da democracia e zelar pelo bom cumprimento da lei, lutando por uma sociedade justa.

Todavia, nosso país atualmente possui mais faculdades de Direito do que todos os países do mundo, juntos (GLOBO NOTÍCIAS, 2017). Estima-se que existem cerca de 1.800 cursos superiores para formação de advogados no país, números que resultam em 1 advogado a cada 164 habitantes, totalizando cerca de 1,3 milhão de profissionais ao todo (OAB, 2022). Por esse motivo, muito se fala sobre as dificuldades de ganhar autoridade dentre tantos profissionais em razão da saturação do mercado advocatício, entretanto, pode-se dizer que ele está saturado de advogados que seguem o modelo tradicional, judicializador. Deste grande número de profissionais formados, ínfima é a quantidade deles que tem saído do tradicional modelo litigante do Direito para se utilizar de técnicas extrajudiciais, tanto resolutivas quanto preventivas.

Na graduação, somos sempre conduzidos a nos tornarmos beligerantes. O curso de Direito tem como objetivo formar profissionais que serão aplicadores das leis e normas jurídicas. Para tanto, o aluno é estimulado a desenvolver seu senso crítico social, político e econômico do mundo, e, como resultado, são frequentemente tidos como “barraqueiros”, estereótipo clássico atribuído ao graduando. Logo, o próprio profissional da advocacia recebe uma formação acadêmica direcionada ao conflito e sua resolução, nunca à prevenção.

Pouco se aborda nas salas de aula sobre a figura do advogado como um conciliador de interesses que age sendo parte da solução e não do conflito, e menos

ainda, sobre a possibilidade do profissional de exercer uma posição consultiva estratégica para os negócios, orientando seus clientes a tomarem decisões mais inteligentes e geradoras de oportunidades, ao invés de apenas intermediarem uma disputa judicial que exige mais energia, tempo e dinheiro das partes. Iôni Heiderscheidt (apud RODRIGUES, 2020) define as instituições de ensino como “ainda apegadas, em boa parte, ao ensino bancário, dogmático, litigante, passivo, centrado no professor”.

É necessário, portanto, transitar entre o paradigma de formação adversarial dos estudantes para o incentivo ao modelo cooperativo. Assim entende a pesquisa realizada pelo Guia Salarial da Robert Half, uma das mais respeitáveis fontes de informação sobre remuneração e tendências de recrutamento do mundo. O estudo realizado em 2022 apresenta os setores em alta e as posições em destaque no mercado de trabalho, portanto, a gerente sênior da Robert Half, Mariana Horno, reforça a importância da atuação estratégica do advogado nas empresas. Dentre as posições mais demandadas no setor jurídico, destacam-se os advogados de societário, contratos, compliance e consultivo trabalhista. Segundo Mariana, as organizações buscam profissionais que auxiliem no crescimento da empresa como um todo:

Antes, o perfil de advogado era voltado aos riscos jurídicos que poderiam surgir e trazer impactos financeiros para a empresa. Hoje, o perfil valorizado é o de executivo, mais generalista em sua prática, e não estratificado. Para além do âmbito do direito, as organizações buscam profissionais que assumam papéis colaborativos (JORNAL JURID, 2022).

2.1 A PARTICIPAÇÃO DO ADVOGADO NOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A mudança na compreensão do acesso à justiça acarretou numa mudança no acesso à concretização dos direitos da sociedade. Por muito tempo, acreditava-se que acessar a justiça era o mesmo que acessar o Poder Judiciário, entretanto, tal concepção precisa ser mitigada. Em consonância com o assunto abordado anteriormente, os conflitos sociais são inerentes à convivência humana, o que impossibilita o Poder Judiciário de eliminar os conflitos existentes na nação. É fato que, sobretudo na realidade brasileira, as pessoas podem passar até mesmo a vida inteira aguardando uma solução para seus problemas.

Mediante contexto de sobrecarga da máquina estatal, os legisladores começaram a pensar em maneiras alternativas de descentralizar a decisão dos conflitos sociais, que até então estavam no poder exclusivo do juiz. Dessa maneira, foram instituídas medidas de incentivo às formas alternativas de resolução de conflitos, especialmente com o advento da Resolução nº 125 do CNJ, e o Código de Processo Civil de 2015. Este cenário evidencia a indispensabilidade, a nível nacional, de uma pacificação social e prevenção de demandas judiciais.

Nesse sentido, surgem então os métodos consensuais de resolução de conflitos, ou seja, técnicas que incentivam as próprias partes interessadas a encontrarem uma solução ao problema, juntas. Dentre esses métodos, podemos destacar a mediação, a conciliação e a arbitragem, abordagens mais comuns atualmente. Tais métodos têm embasamento na autonomia das partes e são procedimentos mais céleres e menos onerosos que a litigância judicial.

A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça foi criada com o objetivo de institucionalizar uma política nacional de tratamento adequado de conflitos, desse modo, visa exercer um papel educativo perante a sociedade. Em seu texto, observa-se a preocupação em reduzir a excessiva judicialização dos conflitos de interesses existentes mediante consolidação de uma cultura menos litigante e mais preventiva. Estabeleceu-se que:

O acesso à Justiça não se confunde com acesso ao Judiciário, tendo em vista que não visa apenas a levar as demandas dos necessitados àquele Poder, mas realmente incluir os jurisdicionados que estão à margem do sistema (GENRO, 2015).

Seguindo essa linha de raciocínio, ainda em 2015 foram instauradas as diretrizes legislativas que possibilitam o uso da mediação. A Lei nº 13.140 (BRASIL, 2015), mais conhecida como Lei de Mediação, surgiu com a finalidade de ampliar o uso desse método no país, corroborando para o enfraquecimento da cultura litigiosa e impulsionando um novo mercado no setor jurídico. A referida lei é um dos principais marcos legais brasileiros sobre essa temática, pois autoriza o fechamento de acordo independente de envolvimento judicial.

Em 2020, a pandemia causada pelo coronavírus acabou consolidando ainda mais a tendência da mediação, visto que, em razão do isolamento social, as soluções

trazidas pela tecnologia ganharam grande destaque. Nesse novo cenário, as mediações *online* facilitaram o diálogo entre as partes e promoveram resultados mais satisfatórios, rápidos e econômicos, sem necessidade de encontros presenciais (FREITAS, 2018).

O novo Código de Processo Civil, vigente nos dias atuais, também é propulsor da utilização de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, definindo, em seu art. 3º, § 3º, que os “métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”, logo, torna-se obrigatória também a realização de audiências prévias de mediação e conciliação no trâmite das demandas, conforme o art. 334 (BRASIL, 2015).

Ainda no mesmo Código, estão dispostos os procedimentos para a adoção destas práticas:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Com efeito, pode-se afirmar que o Estado tem se empenhado para transformar a maneira como o Poder Judiciário se apresenta. Não trata-se apenas de agir mais agilmente, mas principalmente de tornar um polo efetivo de resolução de conflitos do ponto de vista do jurisdicionado. Todavia, a mudança na legislação revela-se insuficiente caso não ocorram mudanças estruturais do sistema e de seus operadores.

Foi nesse contexto que, em 17 de dezembro de 2018, após provocação conjunta do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), disciplinas que tratam da conciliação, mediação e

arbitragem passaram a serem matérias obrigatórias nas grades curriculares dos cursos de Direito de todo o país, mediante publicação da Resolução CNE/CES nº 5. A medida, que incentiva o ensino de uma cultura da paz e do diálogo, representa progresso para a educação jurídica e consolida o propósito das leis discutidas anteriormente.

A Resolução traz em seu texto diversas menções à temática. Sobre o perfil do estudante, aborda-se:

Art. 3º O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, capacidade de argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, além do domínio das formas consensuais de composição de conflitos, aliado a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem, autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício do Direito, à prestação da justiça e ao desenvolvimento da cidadania.

No que diz respeito à formação profissional:

Art. 4º O curso de graduação em Direito deverá possibilitar a formação profissional que revele, pelo menos, as competências cognitivas, instrumentais e interpessoais, que capacitem o graduando a:

[...]

VI - desenvolver a cultura do diálogo e o uso de meios consensuais de resolução de conflitos.

Menciona-se, ainda, o papel da Prática Jurídica:

Art. 6º A Prática Jurídica é componente curricular obrigatório, indispensável à consolidação dos desempenhos profissionais desejados, inerentes ao perfil do formando, devendo cada instituição, por seus colegiados próprios, aprovar o correspondente regulamento, com suas diferentes modalidades de operacionalização.

[...]

§ 6º A regulamentação e o planejamento das atividades de prática jurídica incluirão práticas de resolução consensual de conflitos e práticas de tutela coletiva, bem como a prática do processo judicial eletrônico.

Para Daldice Santana, presidente do Comitê Gestor da Conciliação do CNJ em 2019 e atual Desembargadora Federal, as mudanças no ensino jurídico transformam a cultura da sentença em cultura da paz. “Queremos profissionais diferenciados. E o próprio Código de Processo Civil (CPC) prevê essas mudanças na

formação dos profissionais”. Na mesma linha de raciocínio, a ex-secretária Nacional de Justiça, Maria Hilda Marsiaj, afirma que essa medida vai permitir a formação de novos operadores de Direito que agora atuarão sob um novo cenário no sistema de Justiça, entendendo que a judicialização de conflitos não é o único meio de obter soluções justas (CNJ, 2019).

O conselheiro do CNJ, Valdetário Monteiro, reflete:

É importante ter uma alternativa extrajudicial de solução dos conflitos, a partir de uma mudança cultural, em que o advogado passa a se ver como parte da solução, agindo como conciliador. [...] Com a exigência do MEC, caminhamos para um novo momento, mostrando a valorização do serviço prestado pelo advogado e preparando os profissionais para atuar nesse sentido. Para colher o fruto concreto, que é a mudança de cultura, é preciso oferecer meios de solução de conflito na formação de novos alunos. Poderemos ver mudança de atitude nos próximos anos (CNJ, 2019).

Faz-se imperioso, contudo, que essas novas diretrizes não sejam apenas um conteúdo a ser incluído nos currículos, de maneira obrigatória. A fomentação dessa cultura também vai ao encontro de um dos mais significativos desafios do mundo contemporâneo, que é o combate à violência. Dessa forma, responsabilidade educacional dos cursos de Direito perante a formação integral dos seus acadêmicos pode ser entendida, inclusive, como questão de saúde pública (RODRIGUES, 2020).

3 O DIREITO PREVENTIVO

Culturalmente, a sociedade brasileira vive olhando para o presente, esquecendo do dia de amanhã. Não estamos habituados a olhar para o futuro. É com esse pensamento que se chega ao cenário de crise da prestação jurisdicional, consumado pelo imenso acervo de processos que aguardam julgamento. A insatisfação do jurisdicionado, que reclama da morosidade e do alto custo envolvido nas ações judiciais, culmina na deterioração da imagem do Judiciário e nos baixos índices de confiança da população.

Tanto aqueles que optam por não buscar o Judiciário para solucionar o seu conflito quanto os que aguardam soluções em demandas já ajuizadas tem uma percepção generalizada acerca da morosidade da prestação jurisdicional

(SORRENTINO, 2018). Este dado é comprovado por pesquisa feita pelo Conselho Nacional de Justiça para aferir o grau de satisfação dos jurisdicionados. Ao serem questionados se “o atendimento é rápido, sem filas ou espera excessiva”, a grande maioria dos interrogados, 63,6%, responderam que “nunca” ou “poucas vezes”. Sob ótica exclusiva dos empresários, a opinião converge com a pesquisa geral supracitada. De acordo com levantamento realizado pelo IDESP (PINHEIRO, 2003), 91% dos entrevistados avaliaram a agilidade da prestação jurisdicional como “ruim” ou “péssima”.

O custo esperado de recorrer ao judiciário (ou a outras formas de resolução de disputas) não depende apenas das taxas pagas à justiça, mas também das despesas incorridas durante o processo de litígio, da probabilidade de se vencer (probabilidade que pode ela própria depender do quanto é gasto) e de como os custos do litígio são distribuídos entre quem ganha e quem perde a causa. Custas Judiciais elevadas, advogados caros e um sistema judicial com problemas de corrupção tendem a encorajar as partes a usarem mecanismos alternativos de resolução de disputas ou simplesmente a não iniciarem um litígio (PINHEIRO, 2003).

Institutos como os Juizados Especiais Cíveis e o PROCON proporcionam gratuidade da justiça a partir da isenção ao autor do custo administrativo inicial da demanda, todavia, acabam incitando a judicialização. Não obstante, não basta que a jurisdição seja somente efetivada, é fundamental que esta seja concebida com qualidade e que, primordialmente, resolva o conflito de forma satisfatória para as partes. Faz-se necessário refletir, ainda, sobre o custo para o Estado das demandas sob gratuidade de justiça:

A demanda que tramita pelo juizado especial não tem custo para o autor, mas tem custo elevado para o Estado e, sobretudo, um custo social negativo que implica um incentivo ao ajuizamento de demandas frívolas ou aventureiras e à judicialização de causas corriqueiras, cuja solução poderia facilmente se dar por meio do diálogo ou de métodos autocompositivos extrajudiciais (SORRENTINO, 2018).

Rodolfo Mancuso enfatiza que na sociedade brasileira há uma propensão a transferir para as mãos do Estado a tarefa e a responsabilidade de dirimir os conflitos, sendo o Poder Judiciário utilizado como um guichê universal de reclamações que deve dirimir toda sorte de pretensões, resistências, insatisfações e intolerâncias, ainda que de pequena monta ou sequer de nenhuma complexidade ou relevância. Para ele, a

expansão do Judiciário para lidar com a demanda trazida por uma cultura judicializante não tem sido satisfatória:

Embora hoje se vá gradualmente reconhecendo o anacronismo de qualquer ideia de “monopólio estatal” na distribuição da justiça, não há negar que ainda assim a cultura demandista ou judiciarista ainda grassa entre nós, fazendo com que o serviço judiciário estatal seja ainda muito procurado, num crescente e incessante aumento da demanda, a que se tem tentado (equivocadamente) responder com o crescimento desmesurado do Judiciário, tudo ao final resultando na oferta de uma justiça de massa, prenhe de carências e deficiências diversas (MANCUSO, 2009).

Louis M. Brown, advogado e professor norte-americano, já no início da década de 1950 percebeu que o Poder Judiciário não dava conta da carga de trabalho que a ele chegava. Sendo assim, Brown alavancou os estudos existentes sobre Direito Preventivo, na tentativa de ajudar pessoas e negócios a minimizarem o risco de problemas legais e aumentarem seus benefícios (ROSSI; SILVA, 2019).

As soluções à superlotação do Judiciário trazidas previamente nesta pesquisa trabalham em cima do conflito, entretanto, estas ferramentas dificilmente refletem sobre a origem, a causa, o motivo de ter havido esse conflito. O Direito Preventivo, por sua vez, trabalha de maneira a identificar o que levou a empresa a ter se submetido a determinada situação jurídica desfavorável que gerou o litígio, analisa quais os procedimentos-chave do negócio estão recorrentemente ocasionando falhas jurídicas e propõe correções à forma dos empresários agirem frente às circunstâncias que possam lhe acarretar problemas jurídicos futuros.

Na advocacia tradicional, os escritórios trabalham de maneira reativa, ou seja, os problemas são trazidos pelos empresários. Desta forma, o advogado fica em *stand by*, aguardando o surgimento dos litígios judiciais em que a empresa figurará como autora ou ré. De maneira geral, o profissional recebe o cliente em seu escritório, estuda o caso e oferece as soluções mais vantajosas permitidas por lei, representando-o perante os tribunais. A capacidade postulatória representa um dos poderes da profissão e a importância dessa forma de atuação deve ser reconhecida, apesar disso, é importante lembrar de jamais reduzi-la à única atribuição do advogado.

Nesse viés, o Estatuto da OAB, em seu art. 1º, define como atividades privativas da advocacia a postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais e as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas. Urge, portanto,

a mudança de mentalidade que visualiza a função do advogado como um custo, e não como um investimento. O advogado que atua preventivamente será capaz de identificar problemas na corporação antes que eles se tornem irremediáveis, exercendo papel essencial no planejamento estratégico da empresa.

A devida assistência jurídica endossa a longevidade do negócio. Estar-se-á transitando em uma zona que envolve riscos, vulnerabilidades e questões meticulosas. Sem o planejamento jurídico orientado, dificilmente os horizontes do novo deixarão de ser abstratos (SANTOS, 2016).

Isto posto, o Direito Preventivo é muito mais do que aconselhamento. Consiste em um trabalho técnico que inclui, além da análise detalhada, orientação e correção de operações econômicas, financeiras e jurídicas. Esta forma de atuação é amplamente ligada a empresas de sucesso, pois é capaz de garantir eficiência e destreza na antecipação de dificuldades, obstáculos e prejuízos.

3.1 A ADVOCACIA PREVENTIVA NO AMBIENTE EMPRESARIAL

A presença do jurídico é imprescindível para o desenvolvimento saudável de uma empresa. Não apenas garante um investimento que solidifica os passivos financeiros, mas também que orienta e sabe se posicionar de forma socialmente responsável (SANTOS, 2010). As atividades empresariais cotidianas sempre esbarram na legislação, motivo pelo qual, cedo ou tarde, todas as organizações precisam de um suporte jurídico. Com a advocacia preventiva, o empreendedor deixa de funcionar como um bombeiro, que busca estar apagando incêndios recorrentemente, para funcionar como um verdadeiro gestor com tempo e energia para se dedicar ao crescimento da empresa.

Mediante pesquisas realizadas pelo SEBRAE (2013), 25% das empresas fecham suas portas em até dois anos. Sob esse prisma, a advocacia extrajudicial, ao trazer uma atuação preventiva para evitar incidentes judiciais e, principalmente, a mortalidade do empreendimento, diminui não somente a possibilidade de discussões jurídicas, como passa a ser uma espécie de ativo no balanço patrimonial, visto que suas vantagens são todas voltadas para o sucesso e a conservação do negócio.

Um setor jurídico preventivo pode representar a economia da empresa, isto porque tem capacidade de reduzir riscos e danos, presentes em diversas situações, seja na assinatura de um contrato, em financiamentos, relações de trabalho ou até mesmo relacionados a tributos. No sistema preventivo de atuação, os advogados são responsáveis por investigar os problemas. Primeiro devem buscar entender como a empresa ganha dinheiro, fazendo um diagnóstico sobre todo o seu funcionamento, para então observar em que pontos ela está mais deficitária. Dessa maneira, o setor jurídico preventivo apura o andamento do relacionamento entre os sócios, colaboradores e consumidores.

Um advogado corporativo deve garantir o *compliance*, mantendo as obrigações jurídicas da empresa em dia. Precisarão trazer o conteúdo jurídico para a realidade de cada empresa, atuando com o mínimo de “juridiquês” possível, para que as informações se tornem acessíveis aos colaboradores.

A área jurídica faz interlocução com diversos setores e seu trabalho envolve resultados, gestão de crises, planejamento estratégico e negociação. Isso significa que a área jurídica deve estar alinhada à gestão empresarial da empresa, e que o departamento de jurídico preventivo deve ser visto pelo empresário como uma unidade geradora de negócios e oportunidades, conselheira de decisões inteligentes que consegue visualizar oportunidades que a empresa pode estar perdendo.

3.2 CONSULTORIA JURÍDICA PARA *STARTUPS*

Vivemos em um mundo globalizado que está em constante evolução, movido pela conexão instantânea entre pessoas e organizações. O ecossistema da tecnologia é diferente de tudo que o mundo jurídico está acostumado, por essa razão existem poucos advogados especializados nesse segmento. É nesse local tão pouco explorado e cheio de oportunidades que se encontram as *startups*.

Com a instituição do Marco Legal das *Startups* através da Lei Complementar nº 182, surge, em 2021, uma definição jurídica para esse modelo de negócios e são elencados, em seu art. 4º, os requisitos para que uma empresa possa se enquadrar como tal.

As *startups* são empresas que possuem um modelo de negócios repetível e

escalável, com custos de manutenção muito baixos e que geram lucros rapidamente, mesmo que num cenário de extrema incerteza. Podem atuar em qualquer área ou tipo de mercado e, normalmente, utilizam a tecnologia como base, criando soluções diferentes de tudo que já existe no mercado (SANTOS, 2016).

Em um mundo onde a máxima é “antes feito que perfeito”, a legislação seca perde espaço e entra em campo o trabalho consultivo e de mensuração de risco jurídico do que fazer e não fazer, sempre entendendo os bônus e os ônus de cada decisão. Segundo Diego Barreto, VP de finanças e estratégia do iFood:

Enquanto as empresas da Velha Economia contam com recursos escassos, as da Nova Economia usam a tecnologia proprietária para criar vantagem competitiva em seu modelo de negócio, produto ou serviço, contrapondo-se às antigas empresas que recorrem, majoritariamente, à tecnologia de terceiros (BARRETO, 2021).

Entender o desenvolvimento dessas empresas é fundamental para calcular o risco jurídico que cada uma pode se submeter. A cada ciclo de vida alcançado, a *startup* sofre com as dores e adversidades decorrentes do seu crescimento, portanto, o advogado que atua nesse segmento precisa entender cada etapa de desenvolvimento, a fim de agregar valor na entrega ao cliente.

É isso que revela o levantamento efetuado em 2021 pelo escritório BVA Advogados. Conforme a pesquisa, 77,42% das *startups* estão despreparadas para lidar com rodadas de investimento, pois sequer possuem um acordo de sócios. Ainda, 61,3% descumpriram a Convenção Coletiva de Trabalho em que estão enquadradas, sob risco de irregularidade e majoração do passivo trabalhista e grande probabilidade de perda na disputa judicial. Por fim, mas não menos importante, 74,2% das empresas não possuem pacto acerca da titularidade de propriedade intelectual, mesmo num cenário onde são frequentes as demandas judiciais de trabalhadores/prestadores de serviço visando a obtenção do direito de titularidade e exploração econômica de ativos desenvolvidos durante a relação de trabalho, bem como verbas indenizatórias.

Para chegar a essa conclusão, foi realizado um estudo por amostragem em 154 *startups* aceleradas por fundos de investimentos, analisando as principais contingências jurídicas. O relatório indica que os principais problemas enfrentados por *startups* são questões burocráticas e ligadas ao dia a dia da empresa. É importante que haja a presença do setor preventivo desde sua ideação, visto que um crescimento

desenfreado sem segurança jurídica pode ser fatal para esse tipo de negócio.

De fato, são questões que demandam uma certa atenção no cotidiano das empresas e, por isso, na maioria das vezes é escanteada para que os empreendedores foquem na condução dos negócios propriamente dita. A solução pode estar na contratação de uma assessoria jurídica para a condução de tais questões, pois apesar de parecer somente mais um custo, pode ser a forma mais eficaz para a prevenção de graves problemas futuros, evitando que a empresa perca oportunidades chave para o seu crescimento (BVAADVOGADOS, 2021).

4 O IMPACTO DAS LAWTECHS NA REDUÇÃO DOS LITÍGIOS

4.1 SEM PROCESSO

O Sem Processo é uma plataforma de negociação online, exclusiva e gratuita para advogados. A iniciativa, que propõe conectar advogados e reduzir os conflitos no mundo, oferece recursos de negociação online entre as partes através de chat, abrangendo toda a cadeia de tratativas. Bruno Feigelson, CEO do negócio, conta de onde surgiu a ideia:

O Cadu, um dos cofundadores, que é casado com uma prima minha, me procurou em uma festa de família para que ingressasse com uma ação contra uma empresa de telefonia, algo muito comum no Brasil. Na época, eu advogava na área corporativa e pensei que não fazia sentido propor mais uma ação, com o Judiciário superlotado. Por coincidência, eu conhecia uma pessoa no departamento jurídico da empresa de telefonia e consegui fazer um acordo, resolvendo o caso do Cadu. Foi nesse momento que eu e o Cadu pensamos: se a gente conseguiu resolver o problema dele, quantas outras pessoas não estariam passando pela mesma situação e que seria possível resolver também? Descobrimos então que o Brasil tinha 100 milhões de processos ajuizados, sendo um dos países que mais gasta o percentual do PIB com o Judiciário, o equivalente a 2%. Além disso, temos mais de 1.400 faculdades de Direito e mais de 1,4 milhões de advogados. Enfim, fez todo sentido criar a plataforma para conectar advogados e resolver esses conflitos (FEIGELSON apud AZEVEDO, 2019).

Por meio dessa iniciativa, Bruno revela ter um desejo de reduzir o gasto do PIB com o Judiciário, reduzindo o número de processos.

Só para ilustrar: por ano entram mais ou menos 30 milhões de processos e se resolvem mais ou menos isso. E o estoque de 80 milhões de processos se mantém. Queremos reduzir o estoque de processos no Brasil. [...] Queremos fazer com que as empresas gastem menos e que os consumidores, empregados e clientes consigam ter um acesso à justiça mais rápido

(FEIGELSON apud AZEVEDO, 2019).

4.2 MOL - MEDIAÇÃO ONLINE

Como o próprio nome diz, a Mediação Online oferece uma solução 100% online no qual o mediador profissional se conecta por videoconferência ou voz com todas as partes. A *startup* foi idealizada por Melissa Gava e, durante a pandemia, disponibilizou aos Tribunais de todo o país sua plataforma de resolução de conflitos por meio da campanha “A Justiça não vai parar”.

Melissa conta que apoiar o Poder Judiciário no enfrentamento dessa crise reafirmou sua missão de democratizar o acesso a metodologias online de resolução de conflitos, trazendo maior eficiência ao sistema jurídico do Brasil.

Com mais de 250 mil casos tratados e uma taxa 80% de aceite dos acordos, a CEO expõe:

Hoje, temos entre os clientes dois dos maiores bancos do país — instituições financeiras estão entre os maiores litigantes do Brasil —, e empresas de setores de educação e saúde, que têm uma grande carteira de conflitos entre clientes e corporação. A resolução de conflitos pela mediação online pode ser cerca de 6 vezes mais barata e extremamente mais ágil para as empresas, quando comparada a processos judiciais convencionais (GAVA apud FREITAS, 2018).

5 PESQUISA DE CAMPO: A ATUAÇÃO CORPORATIVA PREVENTIVA

Em razão da complexidade do tema e inquietação da autora para buscar resultados que comprovassem a tese defendida no presente artigo, realizou-se uma pesquisa de campo com os sócios de três empresas que atuam majoritariamente no modelo preventivo. Dessa forma, entre os dias 18/11/2022 e 22/11/2022 foram conduzidas entrevistas virtuais que se deram através da plataforma Google Meet, com cerca de 1 hora de duração. Inicialmente, as perguntas seguiam um escopo taxativo com base nos resultados almejados, em sua maioria quantitativos, todavia, essas foram adaptadas para que a pesquisa adentrasse na abordagem qualitativa, que se tornou mais adequada.

5.1 FC²MLAW

Nascido de uma fusão entre os escritórios Faria, Cendão e Maia Advogados e o Campos Vieira Advogados, o FC²MLAW tem como objetivo trazer a inovação para o ambiente jurídico. Com foco em *startups*, o escritório sediado no Rio de Janeiro atua principalmente de forma extrajudicial. Dentre suas soluções, destaca-se a captação de investimento, fomento à proteção da Propriedade Intelectual e a regulação da proteção de dados.

O sócio fundador Fábio Cendão relata que a principal causa de falência das *startups* é o risco jurídico. Logo, empenham-se em estruturar o setor preventivo do zero, desde o nascimento da *startup*. Fábio salienta que as *startups* tendem a ter um crescimento muito desenfreado, o que culmina na habitualidade de litígios trabalhistas e consumeristas. Aponta também que os conflitos envolvendo Propriedade Intelectual geralmente são resolvidos extrajudicialmente, onde há forte estímulo à política de acordos.

Ao ser questionado sobre o diferencial entre empresas que possuem e não possuem advocacia preventiva, Fábio aponta a economia: “O custo de um litígio com gasto de tempo, dinheiro, energia e risco é muito maior do que o custo de um trabalho preventivo”.

5.2 FALCONI CAMARGOS

O escritório Falconi Camargos & Barbosa Wanderley foi fundado em 1993 e possui uma visão de futuro arrojada, defendendo que uma consultoria jurídica experiente e competente é fundamental para a solidificação de projetos pessoais e profissionais duradouros. Com sede em Natal/RN, foi um dos primeiros escritórios a se cadastrar na sua seccional regional da OAB.

De acordo com Rodrigo Camargos, sócio do escritório, a cultura reativa brasileira é a essência da problemática. O que começou pelo modelo tradicional de advocacia litigante passou a ser visto com novos olhos pelos sócios, principalmente depois que um de seus clientes começou a solicitar o serviço consultivo do Falconi Camargos para saber como proceder em uma demissão com justa causa.

Rodrigo entende que a estruturação de um suporte jurídico preventivo requer o estudo de uma série de medidas de governança, pois o advogado passa a ter

um papel estratégico na hora de orientar o processo de tomada de decisões de gestores e empresários. Assim, o profissional acaba se envolvendo na gestão da empresa, sugerindo mudanças nos procedimentos internos e realizando, ainda, fiscalização e treinamentos com os colaboradores.

Ao analisar uma empresa específica atuante no setor multinacional varejista, cliente do Falconi Camargos e aqui nomeada como empresa “Alfa”, foi possível observar, em dois anos de práticas preventivas, uma redução de 49 para 29 demandas judiciais por mês. Além disso, ao final do quinto ano, a somatória de processos ativos da organização caiu de 1600 para 290.

Os resultados são evidentes. Segundo Rodrigo, cerca de 60% da carteira de clientes do seu escritório não possui nenhum processo ativo, por possuírem uma consciência de prevenção. Ainda, declara que 93% das empresas que mais cresceram nos últimos anos foram aquelas que possuem um setor preventivo. Tais informações mostram o impacto da advocacia corporativa na busca pela escalabilidade da corporação.

5.3 CORPLAW

“O modelo de escritório tradicional precisa ser repensado a partir da absorção contínua das melhores práticas de gestão”, é nisso que o escritório Carvalho Moreira & Ferreira de Melo Advogados acredita. O CORPLAW possui sede em Natal/RN e atende prioritariamente pequenas e médias empresas, sendo pioneiro em falar sobre prevenção jurídica para seus clientes.

Desse modo, o sócio fundador Kim Ferreira de Melo explica a jornada do cliente e a dinâmica do escritório que atua de forma corporativa. Ao receber um novo cliente, o escritório busca realizar um diagnóstico para compreender a fase de desenvolvimento da empresa e refletir as necessidades emergentes desta, esse processo é chamado de “Raio-X”. Feito isso, realiza-se um *onboarding* que consiste em três etapas.

A primeira etapa é a análise dos riscos dos contratos e acordos vigentes firmados com sócios, investidores, fornecedores, parceiros, órgãos do poder público, consumidores/clientes, colaboradores, terceirizados e locadores. Já a segunda etapa é a análise dos processos judiciais existentes, incluindo os processos já encerrados, com

o objetivo de identificar fragilidades jurídicas da atividade. Por fim, a terceira etapa é a apresentação de um plano de ação para o saneamento dos problemas identificados.

Fora constatado pelo CORPLAW que os problemas internos que as empresas enfrentam dependem do ramo da atividade exercida, entretanto, os conflitos trabalhistas lideram o *ranking* quantitativo de litígios judicializados, principalmente por serem mais difíceis de se fazer uma negociação extrajudicial. Ainda assim, além da área trabalhista, Kim cita que são recorrentes os problemas envolvendo tributário, societário e consumerista.

Quando questionado sobre os principais resultados da implantação de uma assessoria jurídica preventiva, Kim descreve:

Nós reduzimos o custo da folha de pagamento, conseguimos recuperar alguns milhões em tributos, além de resolver conflitos no societário e melhorar a relação com os clientes e colaboradores. Aumentamos o faturamento do cliente? Não, mas protegemos o seu patrimônio, causando impacto no *valuation* da empresa.

Nessa linha de raciocínio, foi perguntado se a quantidade de litígios diminuiu com a implantação, ao que Kim prontamente responde:

A gente sente que o volume de processos no escritório tem diminuído. [...] Trabalhamos para isso. O nosso objetivo não é trabalhar no contencioso de massa, e sim atuar em empresas que não querem ter processos, que não querem ter problemas.

Ainda, fazendo o comparativo entre empresas que possuem um setor jurídico preventivo e as que não possuem, Kim afirma que as empresas com preventivo crescem de maneira mais rápida e mais segura. Para ele, o crescimento sustentável é fundamental para garantir a longevidade da empresa, pois a existência de um passivo judicial não sanado pode ser motivo de falência da organização em alguns anos.

6 CONCLUSÃO

Iniciou-se este estudo levantando a problemática de sobrecarga do Sistema Judiciário que, por estar afogado de processos, tornou-se um caminho menos vantajoso de resolução de disputas. Para reverter esse cenário, o Estado tem

promovido, ao longo dos anos, diversas iniciativas que fomentam a desjudicialização de conflitos, como por exemplo, a criação da Lei de Mediação. Ficou demonstrado que o Brasil já tem avançado no que diz respeito à inserção de novas leis que conduzam uma diferente mentalidade, inclusive com a inclusão da matéria de resolução alternativa de conflitos na grade de ensino dos cursos de Direito do país.

Apesar da responsabilidade constitucional de postulação atribuída ao advogado, restou evidente na pesquisa que sua profissão não se limita a esta forma de atuação, podendo o advogado atuar de várias formas e momentos distintos. Sob esse prisma, ratifica-se que o conhecimento legal, além de ser usado para a resolução de conflitos, deve ser utilizado também para a sua prevenção.

Nesse sentido, foi constatado que, com a constante evolução do mercado, um novo tipo de advogado vem sendo procurado pelas empresas: o gestor estratégico. Agora, ao invés de exercer uma postura reativa que aguarda o surgimento dos problemas, o advogado será uma das principais figuras no ambiente corporativo por sua função consultiva de aconselhamento nas mais diversas decisões cotidianas dos empresários.

Não foi possível mensurar a quantidade média de litígios que poderiam ser evitados com a atuação do preventivo, visto que a pesquisa afunila uma análise qualitativa, todavia é possível sentir que esse número tem diminuído consideravelmente. Ademais, foi possível certificar que as empresas que não possuem esse setor não crescem no mesmo ritmo das que possuem, logo, apesar do modelo extrajudicial não aumentar o patrimônio, foi observado que ele o protege, sendo assim propulsor da escalabilidade da corporação.

Por fim, é cristalino que a mudança mais importante a ser realizada ainda é a mudança na cultura do brasileiro, que é criado sob ótica beligerante. Felizmente, as alternativas à judicialização têm ganhado espaço e sido cada vez mais procuradas e debatidas. Merece destaque a transformação da visão do MEC, da OAB e de tantas outras instituições, que hoje se comprometem com a causa e que são movidos pelo propósito de difundir ainda mais os estudos sobre esse tema tão importante para nossa sociedade, mas ainda pouco discutido.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, M. A. D. **Advocacia Preventiva: sua importância na gestão estratégica da empresa e na prevenção de litígios.** Repositório Institucional UFC, 2016. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/25420>>. Acesso em 24 mar 2022.

BARBADO, M. T. **Um novo perfil para a advocacia: o exercício profissional do advogado no processo de mediação.** In: AZEVEDO, André Gomma (org.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação Vol 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-ol2/quarta-parte-artigo-dos-alunos/um-novo-perfil-para-a-advocacia-o-exercicio-profissional-do-advogado-no-processo-de-mediacao>>. Acesso em 21 set 2022.

AZEVEDO, B. D. **Sem Processo propõe conectar advogados para reduzir os conflitos no mundo.** Bernardo de Azevedo, 2019. Disponível em: <<https://bernardodeazevedo.com/conteudos/sem-processo-conectar-advogados-reduzir-onflitos/#:~:text=A%20iniciativa%2C%20que%20prop%C3%B5e%20conectar,e%20os%20planos%20da%20startup>>. Acesso em 27 nov 2022.

BARRETO, D. **Disrupção digital é a chave para “virada” de empresas tradicionais para a Nova Economia.** Época Negócios, 2021. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/colunas/noticia/2021/05/disrupcao-digital-e-chave-para-virada-de-empresas-tradicionais-para-nova-economia.html>>. Acesso em 28 nov 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 21 set 2022.

BRASIL. **Lei Complementar nº 182, de 1º de junho de 2021:** Institui o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp182.htm> Acesso em 28 nov 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994:** Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em 21 set 2022.

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>. Acesso em: 21 set 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015:** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em 27 nov 2022.

BVA ADVOGADOS. **Startups Legal Report - 2021**. Disponível em: <<https://bvalaw.com.br/wp-content/uploads/2022/01/BVA-Startups-Legal-Report-2021.pdf>>. Acesso em 28 nov 2022.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CONSELHO FEDERAL DA OAB. **Brasil tem 1 advogado a cada 164 habitantes; CFOAB se preocupa com qualidade dos cursos jurídicos**. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/noticia/59992/brasil-tem-1-advogado-a-cada-164-habitantes-cfoab-se-preocupa-com-qualidade-dos-cursos-juridicos>>. Acesso em 21 set 2022.

CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. **Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018**: Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/docman/dezembro-2018-pdf/104111-rces005-18/file>>. Acesso em 27 nov 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Conciliação será matéria obrigatória nos cursos de direito**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/conciliacao-sera-materia-obrigatoria-nos-cursos-de-direito/>>. Acesso em 27 nov 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**: ano-base 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf>>. Acesso em 21 set 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**: Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/resolucao_125_29112010_23042014190818.pdf>. Acesso em 27 nov 2022.

FREITAS, T. **7 startups do mundo jurídico que promovem resolução de conflitos online**. StartSe. Disponível em: <<https://www.startse.com/noticia/startups/lawtech/7-lawtechs-que-estao-promovendo-acordo-e-mediacao-de-conflito-online/>>. Acesso em 27 nov 2022.

GENRO, T. **Prefácio da primeira edição do Manual de Mediação Judicial**, Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2015.

GLOBO NOTÍCIAS. **Brasil tem mais faculdades de direito que China, EUA e Europa juntos; saiba como se destacar no mercado**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/guia-de-carreiras/noticia/brasil-tem-mais-faculdades>>

-de-direito-que-china-eua-e-europa-juntos-saiba-como-se-destacar-no-mercado.ghl>. Acesso em 21 set 2022.

JORNAL JURID. **Guia Salarial 2023 da Robert Half**: veja as profissões em alta na área Jurídica. Disponível em: <<https://www.jornaljurid.com.br/noticias/guia-salarial-2023-da-robert-half-veja-as-profissoes-em-alta-na-area-juridica>>. Acesso em 27 nov 2022.

LÔBO, P. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

MANCUSO, R. D. C. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**: Nota introdutória. *Revista dos Tribunais*, v. 888, 2009.

ORSINI, A. G. S.; COSTA, A. T. Educação para o acesso à justiça: a transformação dos paradigmas de solução de conflitos. *Revista Faculdade Direito UFMG*. n. 69. Belo Horizonte, jul/dez 2016. Disponível em: <<https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/108>>. Acesso em 25 nov 2022.

PINHEIRO, A. C. **Judiciário, Reforma e Economia**: A visão dos magistrados. Repositório do IPEA, 2003. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2900/1/TD_966.pdf>. Acesso em 27 nov 2022.

RODRIGUES, H. W. *et al.* **Educação Jurídica no Século XXI: Novas Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Direito - Limites e Possibilidades**. 2. ed. Florianópolis: Habitus, 2020.

ROSSI, J. S.; SILVA, V. R. D. **Elementos para a prática de Advocacia Preventiva no Âmbito da Advocacia-Geral da União**. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2019. Disponível em: <<https://www.torrossa.com/en/resources/an/4592639#page=154>>. Acesso em 26 nov 2022.

SANTOS, I. R. D. **O lado jurídico das startups: empreendedorismo, inovação e responsabilidade social**. Repositório Institucional UFJF, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/3339>>. Acesso em 23 nov 2022.

SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. **Sobrevivência das Empresas no Brasil**: Coleção estudos e pesquisas. Brasília, 2013. Disponível em: <https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Sobrevivencia_das_empresas_no_Brasil=2013.pdf>. Acesso em 27 nov 2022.

SOARES, S. M. W. D. S. **O Direito e a Gestão Preventiva: uma visão diferenciada para a mitigação dos riscos jurídicos**. Repositório Insper, 2019. Disponível em: <<https://repositorio.insper.edu.br/bitstream/11224/3675/4/SANDRA%20MARIA%2>>

OWANDERLEY%20DOS%20SANTOS_trabalho.pdf>. Acesso em 20 set 2022.

SORRENTINO, L. Y. F. **JUSTIÇA ALÉM DO PROCESSO:** A Política Judiciária de Tratamento de Conflitos de Interesses e a mudança paradigmática necessária à sua consolidação. Repositório IDP, 2018. Disponível em:
<<https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/2670/1/LUCIANA%20YUKI%20FUGISHITA%20SORRENTINO.pdf>>. Acesso em 27 nov 2022.

APÊNDICE A - ESCOPO DE QUESTIONÁRIO DA PESQUISA DE CAMPO

1. Existe alguma empresa que seu escritório foi pioneiro em implantar o setor jurídico preventivo?
2. Essa empresa existe há quanto tempo?
3. Qual o segmento em que a empresa atua e seus principais serviços?
4. Quais os principais problemas internos que essa empresa enfrentava? Por que ela procurou seu escritório?
5. Qual era a área mais recorrente de ser alvo de litígios?
6. Qual era a média anual de processos judiciais que a empresa estava envolvida como polo passivo? Ou, qual a quantidade de litígios que a empresa teve no ano anterior à implementação da assessoria?
7. Qual era o faturamento anual da empresa no ano anterior à implementação da assessoria?
8. O que foi feito para solucionar os problemas internos apontados anteriormente?
9. Quais foram os resultados dessa implantação?
10. A quantidade de litígios da área mais recorrente diminuiu ou aumentou?
11. Qual a média anual atual de processos judiciais que a empresa está envolvida como polo passivo?
12. Qual o faturamento anual da empresa atualmente?
13. Na sua visão, qual o diferencial entre empresas que possuem um setor jurídico preventivo para aquelas que não o possuem?
14. Quais evidências/dados do seu escritório mostram que as empresas com setor jurídico preventivo se desenvolvem mais rápido que aquelas que não possuem?

OS PRINCÍPIOS A SEREM OBSERVADOS NA DESERDAÇÃO FEITA PELO AUTOR DA HERANÇA POR MEIO DE AÇÃO JUDICIAL

Caroline Maria Vallim Barbosa¹

Rosângela Maria R. M. Mitchel de Moraes²

RESUMO

Historicamente, o direito das sucessões passou por diversas mudanças até chegar contemporaneidade. As evoluções socioeconômicas das comunidades fizeram com que os ordenamentos jurídicos precisassem se adaptar às suas realidades, de modo a prever, da melhor forma, como seriam criadas e seguidas as suas previsões legais. Foi nesse contexto que o instituto da deserdação surgiu, em meio ao desenvolvimento de princípios como a pacta corvina e o princípio de Saisine, os quais funcionam como norteadores para a sua aplicação. Por conseguinte, o trabalho em epígrafe possui o intuito de analisar o julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina o qual permitiu a propositura e o prosseguimento de ação judicial que visa a deserdação de herança. Para tanto, serão evidenciados os conceitos e os requisitos necessários para realização de uma deserdação, de modo a especificar o trâmite legal previsto originalmente pelo Código Civil de 2002. No que diz respeito aos resultados, tem-se que foi possível compreender a respeito dos princípios relativos ao instituto da deserdação e a importância da sua devida aplicação às decisões de direito, concluindo-se pela completa carência de ação e ilegitimidade da parte autora. Outrossim, no tocante ao objetivo, o estudo em epígrafe pode ser classificado como de cunho exploratório, tendo como método de procedimento a pesquisa bibliográfica e qualitativa, posto que o uso de documentos, trabalhos acadêmicos e previsões legais foi implementado para fins de descrição e delimitação do tema. Nesse sentido, o artigo científico em comento terá como escopo a apresentação dos conceitos relativos

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: vallimcaroline@yahoo.com.br

² Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: rosangela@unirn.edu.br

ao instituto da deserdação previsto pelo direito das sucessões e a sua aplicação ao caso da ação judicial proposta no TJSC.

Palavras-chave: Direito das sucessões. Instituto da deserdação. Ação judicial. Código civil de 2002. Princípios.

THE PRINCIPLES IN THE DISINHERITANCE MADE BY THE AUTHOR OF THE INHERITANCE THROUGH LEGAL ACTION

ABSTRACT

Historically, the succession law has undergone several changes until it reached contemporary times. The socioeconomic evolutions of communities have made it necessary for the legal systems to adapt to their realities, in order to better predict how their legal provisions would be created and followed. It was in this context that the institution of disinheritance arose, amid the development of principles such as pacta corvina and the principle of Saisine, which work as guidelines for its application. Therefore, this project aims to analyze the decision of the Court of Justice of Santa Catarina, which allowed the filing and continuation of the lawsuit for disinheritance. For this purpose, the concepts and requirements necessary for a disinheritance will be evidenced, in order to specify the legal procedure originally provided by the Civil Code of 2002. Regarding to the results, it was possible to understand the principles related to the institute of disinheritance and the importance of its proper application to the decisions of the law, concluding for the complete illegitimacy of the explicit action of competence of the TJSC. Moreover, with regard to its objective, the study in question can be classified as exploratory in nature, with the bibliographic and qualitative research as the method of procedure, since the use of documents, academic papers and legal provisions was implemented for the purpose of description and delimitation of the theme. In this sense, the scientific article under discussion will have as scope the presentation of concepts related to the disinheritance institute provided by the succession law and its application to the case of the lawsuit filed in the TJSC.

Keywords: Succession law. Disinheritance. judicial action. civil code of 2002. Succession's Principles.

1 INTRODUÇÃO

O instituto da deserdação por muito tempo esteve presente nas comunidades mundiais, sendo o seu desenvolvimento apenas alterado com o fim de se adaptar às previsões legais de cada país. No Brasil, o direito das sucessões tratou de regulamentar a deserdação por meio das atribuições jurídicas previstas, atualmente, pelo Código Civil de 2002.

Nele, são estabelecidos os requisitos necessários para a sua interposição bem como o procedimento que deve ser adotado para que a cláusula testamentária seja efetivamente reconhecida.

Nesse sentido, o trabalho em epígrafe, além de explanar os conceitos que permeiam o instituto analisado, verificará a ilegitimidade da propositura de ação judicial pertencente ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que permitiu o prosseguimento de um pleito no qual um pai litiga pela deserdação de um dos seus filhos baseado no fato de que este teria atentado contra a sua vida.

Para tanto, serão interpostos, de início, os preceitos históricos a respeito da deserdação, a fim de entender as inspirações legais obtidas no decorrer do tempo. Além disso, a *pacta corvina* e o princípio de *Saisine* serão abordados com o intuito de elucidar de que forma a supracitada decisão do TJSC feriu as regras estipuladas pelo Código Civil de 2002 e pelo Código de Processo Civil de 2015.

Destarte, será por meio das referidas exposições que será possível compreender de que modo a supracitada ação do TJSC feriu os princípios determinados pelo direito civil, de modo a perceber a importância de adotá-los em meio às tomadas de qualquer decisão.

Por conseguinte, tem-se que o trabalho em epígrafe foi confeccionado em meio a uma pesquisa exploratória, a qual teve como método de procedimento a pesquisa bibliográfica, posto que foi por meio do uso de documentos, trabalhos acadêmicos, legislações, jurisprudências e demais recursos que foi possível descrever e delimitar a temática proposta.

Sendo assim, a presente pesquisa se faz de extrema relevância à interpretação dos princípios atrelados ao instituto da deserção junto à necessidade da sua devida aplicação no escopo dos processos e das decisões jurídicas, posto que, consoante será demonstrado mais à frente, os princípios constituem bases importantíssimas ao direito civil brasileiro.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO DAS SUCESSÕES

É correto afirmar que, assim como a maior parte do esculpo legislativo brasileiro, o direito das sucessões adveio da evolução histórico-cultural a qual permeou os indivíduos, as comunidades e o âmbito familiar.

Trazendo em pauta uma época mais inicial, os povos primitivos não praticavam o direito sucessório no seu dia a dia, uma vez que a concepção de herança se encontrava nos limites da ideia de comunidade que eles possuíam. Quando, por exemplo, algum membro da comunidade falecia, os seus bens eram transmitidos ao restante do grupo ao qual pertencia (SILVA, 2019).

Assim, o direito sucessório apenas começou a ser compreendido – mesmo que ainda sem essa denominação – a partir do momento em que o homem deixou de ser nômade e passou a construir o seu próprio patrimônio, sendo concebida, assim, a ideia de pertencimento e de manutenção da propriedade privada. Foi a partir desse marco que as sociedades passaram a se estruturar em meio a uma concepção onde cada família possuiria o seu patrimônio de modo a seguir as determinações da religião que prevalecia à época (RICARDO, 2020).

Foi a partir do surgimento do conceito de família que surgiu a necessidade de se aplicar e entender a sucessão hereditária, saindo da ideia de “comunidade” e passando à ideia de “parentalidade”. O fundamento sublocado a esse entendimento partiu do laço sangue entre os membros de uma mesma família, os quais deveriam ser os titulares dos bens do indivíduo falecido – este, obviamente, pertencente à família (SILVA, 2019).

Na Idade Média, o direito das sucessões ocorria mediante a linhagem masculina, posto que o filho homem e de idade mais avançada era responsável pela herança dos títulos deixados pelo seu genitor. Importa ressaltar a grande influência do

direito canônico, à época, sobre a propriedade privada, uma vez que não havia a figura do Estado para mediar as relações jurídicas. Assim, a Igreja Católica era a maior beneficiada das relações, posto que, ao falecer, as heranças dos titulares eram direcionadas ao seu patrimônio (RICARDO, 2020).

Oliveira (2018) destaca que o sentido atual de individualidade não existia nesse contexto histórico, uma vez que as relações não se voltavam para o indivíduo, mas sim para a coletividade que formava a cidade. Dessa forma, era necessário que as famílias dos fundadores, detentores do poder e da autoridade fossem preservadas, importando menos as pessoas que compunham esse universo.

Importante se faz destacar também o aspecto religioso ligado à historicidade, tendo em vista que o crescimento da religiosidade foi de grande influência para essa nova visão relativa ao direito da sucessão. Na cidade de Roma, por exemplo, a Igreja pregava o ensinamento de que somente os homens poderiam receber a herança deixada pelo falecido, pois, caso não houvesse uma supervisão masculina sob as mulheres da família, esta iria entrar em uma constante decadência (SILVA, 2019).

Ademais, é correto afirmar que a origem do direito das sucessões remonta à Roma na época em que cada pater família era responsável pela constituição desta, tendo sido nesse período que surgiram os conceitos da propriedade privada romana, onde o culto e a propriedade estavam interligados, posto que, para eles, a sucessão hereditária se firmava na continuação da religião junto ao patrimônio de uma família (RICARDO, 2017).

No direito romano, a herança poderia ser atribuída apenas aos filhos concebidos na constância do casamento, tendo as manifestações acerca da precariedade desse conceito vindo a surgir somente períodos após, quando foram reconhecidos os direitos jurídicos referentes à natureza da filiação (RICARDO, 2017).

Oliveira (2018) aduz que a herança que privilegiava o primogênito era uma constante não apenas entre os hindus, mas também entre os gregos e os romanos. O fundamento basilar consistia na perpetuação da família pelo cultivo dos rituais domésticos, os quais eram favorecidos com a manutenção do patrimônio familiar nas mãos do menor número possível de descendentes.

Assim, Oliveira (2018) afirma que o que deveria ser mantido entre as gerações era o grupo familiar e a manutenção do patrimônio; não em função da riqueza, mas em

razão da garantia da continuidade do culto familiar. Em razão disso, caso o patriarca não tivesse filho, ele deveria adotar um menino para manter a família, não sendo relevante o laço de sangue desde que o ritual de entrada do novo homem na família estivesse devidamente assegurado.

Por conseguinte, o século XVIII foi de grande relevância para a constituição do direito moderno, pois foi a partir desse período que o direito sucessório sofreu alterações no sentido de adquirir preceitos os quais levassem à ideia de igualdade. Passou-se a identificar a limitação da linha hereditária bem como o fim dos privilégios outrora atribuídos ao filho primogênito, além de uma maior igualdade no tocante às filhas mulheres (SILVA, 2019).

Os avanços da Revolução Francesa e do Iluminismo marcaram uma nova etapa, posto que alteraram o entendimento e a interpretação de diversos institutos estabelecidos à época – sendo um deles o direito das sucessões. Foi nesse período que o poder da Igreja começou a decair, colocando-se à vista conceitos relacionados à racionalidade e à ciência, tendo sido deixados de lado, portanto, as ideias transcendentais disseminadas em peso (FILHO, 2013).

E, foi dentro desse contexto que a propriedade privada passou a ser valorizada. É importante ressaltar que, até o feudalismo, as propriedades eram concentradas nas mãos de poucos aristocratas, não estando disponíveis aos indivíduos de classes mais baixas e excluídas que focavam apenas em sobreviver (FILHO, 2013).

Assim, com o acontecimento das Revoluções Francesa e Inglesa, as concepções foram tomando um rumo mais racional e, em razão disso, as propriedades passaram a ser vistas como fruto do esforço individual. Destarte, o direito das sucessões que era reservado aos poucos indivíduos com mais ascensão social e financeira, passou a ser aplicado também àqueles que viam a sua propriedade como fruto do seu esforço pessoal (FILHO, 2013).

Já na legislação brasileira, o direito das sucessões diz respeito ao conjunto de normas as quais disciplinam acerca da transferência do patrimônio de determinado indivíduo após a sua morte em virtude de testamento ou da lei, sendo o fundamento do direito sucessório a propriedade (FRANKLIN, 2018).

Dessa forma, a palavra “sucessão” perpassa a ideia de que alguém irá assumir o lugar de outra pessoa no sentido de responder pelos seus bens, direitos e obrigações

anteriormente contraídos, podendo-se resumir a sucessão, portanto, pela transmissão de direitos (FRANKLIN, 2018).

Assim, no que se refere à evolução do direito sucessório no Brasil, o Código Civil de 1916 dispôs acerca dos direitos atribuídos aos filhos – ressaltando o instituto da conservação – além da manutenção dos bens de propriedade privada concernentes à preservação da família (RICARDO, 2017). O artigo 1.572³ do referido Código reconhecia que os filhos ilegítimos concebidos fora do casamento não poderiam possuir direitos sucessórios, uma vez que a família era constituída apenas mediante o casamento legal e, por conseguinte, com filhos legítimos (RICARDO, 2020).

Contudo, ao entrar em vigor em 1988, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) vedou o referido ato discriminatório concernente à filiação, posto que consagrou os herdeiros ilegítimos nas disposições do princípio da igualdade na filiação, tendo eles sido frutos de adoção ou de relação consumada fora do casamento. Dessa forma, passou-se a entender que o ato de suceder deveria ser estendido a esses indivíduos, pois eles são dignos de receber a transmissão de títulos e obrigações em decorrência da morte do antigo titular dos bens (RICARDO, 2020).

Ademais, a Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu artigo 5º, XXX⁴, determinou o direito de herança, tendo o Código Civil de 2002 passado a prever o referido instituto em seu artigo 1.784⁵, o qual aduz: aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

Por sua vez, o Código Civil de 2002 surgiu impondo como um de seus objetivos a unificação do direito privado, de modo a rever as instituições estabelecidas pelo Código anterior de que modo elas poderiam ser atualizadas para a realidade brasileira do século XXI, prevendo a consolidação das garantias dos direitos fundamentais dos indivíduos estabelecidos pela Constituição (BRASIL, 1988).

Em relação ao direito de herança, Fiúza e Caetano (2022) afirmam que, no Brasil, ele se dá ou em virtude do parentesco ou em razão de testamento, quando a pessoa exerce a sua autonomia privada ao escolher quem deseja contemplar com os

³ Art. 1.572. Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXX - é garantido o direito de herança; (...)

⁵ Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

seus bens após o falecimento – seja parente ou não – por meio da sucessão testamentária.

Todavia, mesmo na sucessão testamentária, a existência de determinados parentes impede a total liberdade do testador, o qual apenas poderá dispor de metade dos bens para outras pessoas ou entidades. Sendo assim, Fiúza e Caetano (2022) aduzem que são os herdeiros necessários quem a lei enumera e protege (descendentes, ascendentes e cônjuge – consoante o art. 1.845 do Código Civil⁶), assegurando-os a outra metade, denominada “parte legítima”.

De modo geral, a sucessão pode ser classificada como legítima, testamentária, de título universal e de título singular. A primeira advém da lei – quando o indivíduo falece e não possui testamento, transmitindo-se a sua herança aos herdeiros legítimos indicados por lei. Já a segunda ocorre por disposição da última vontade da pessoa, que se transmite por meio do testamento (FRANKLIN, 2018).

A sucessão a título universal se constitui quando o herdeiro é chamado para suceder na totalidade da herança, fração ou parte dela, de modo a assumir a responsabilidade relativamente ao passivo, podendo ocorrer tanto na sucessão testamentária como na legítima (FRANKLIN, 2018).

Por fim, a sucessão a título singular se traduz quando o testador deixa ao beneficiário da herança um bem certo e determinado (legado), não podendo o herdeiro responder pelas dívidas da herança (FRANKLIN, 2018).

3 PRINCÍPIOS ESSENCIAIS DO DIREITO DAS SUCESSÕES

O princípio de Saisine remonta o direito medieval do século XIII, quando o senhor feudal instituía a prática de se cobrar o pagamento dos herdeiros do seu servo caso este viesse a falecer, autorizando-os a imitar na posse os bens advindos por meio da sucessão (AZEVEDO, 2022).

Tempos depois, o princípio em questão adentrou no direito costumeiro parisiense, com o intuito de defender o servo da imposição do senhor feudal, de modo a traduzir o referido instituto no imediatismo da transmissão dos bens do falecido aos seus herdeiros, ocasião em que essa transferência ocorria no momento da morte do

⁶ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

seu antigo titular (AZEVEDO, 2022).

O princípio de Saisine se traduz como uma ficção jurídica, a qual autoriza a transmissão dos bens do autor falecido para os seus herdeiros legítimos ou testamentários, os quais ingressarão na posse dos bens que constituem a herança de forma direta e imediata, ainda que sem tomar conhecimento da morte do antigo autor, independentemente de qualquer ato (AZEVEDO, 2022).

A abertura da sucessão se dará no momento em que for constatada a morte do indivíduo, refletindo, por meio disso, um dos princípios basilares concernentes ao direito das sucessões, qual seja o Princípio de Saisine. Este, prevê a transmissão automática e imediata do domínio e da posse da herança aos herdeiros legítimos e testamentários, não necessitando da prática de qualquer ato (AZEVEDO, 2022).

Dessa forma, o Princípio de Saisine visa impedir que o patrimônio deixado pelo indivíduo falecido fique sem titular enquanto aguarda a transferência definitiva dos bens aos sucessores do falecido. O artigo 1.784 do Código Civil⁷, anteriormente aqui já citado, reflete justamente as proposições desse princípio, tendo em vista que há a transmissão, de imediato, da herança aos herdeiros legítimos e testamentários.

Os princípios são valores os quais balizam o ordenamento jurídico brasileiro, podendo ser observados desde os primórdios da cidade de Roma. Assim, os institutos do direito romano repercutem até os dias atuais por meio do ordenamento jurídico brasileiro, tendo fornecido aos estudos da atualidade uma gama gigantesca de princípios e aplicações das ciências sociais.

A pacta corvina remonta à época do direito romano, período no qual já se tinha uma visão mais pessimista em relação à formatação de negócios (PITUCO, FLEISCHMANN, 2022). Conforme afirma Azevedo (2022) em seus estudos, as notícias acerca da deserdação podem ser encontradas em períodos ainda mais remotos, tendo como período mais provável o surgimento desse instituto no direito romano.

Para os romanos, os pactos sucessórios realizados entre herdeiros ou terceiros poderiam representar uma ameaça ao autor da herança, uma vez que os beneficiários do pacto poderiam atentar contra a sua vida para que os efeitos do acordo que fora realizado se concretizassem em maior agilidade – o que reflete a analogia ao corvo, pois os beneficiários se colocariam à espera dos restos mortais do

⁷ Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

autor da herança (PITUCO, FLEISCHMANN, 2022).

Importante se faz conceituar o pacto de corvina ou a *pacta corvina*, a qual, traduzida do latim para o português, significa “acordo do corvo”, referindo-se aos hábitos alimentares da ave que fica aguardando a morte das suas vítimas para poder se aproveitar dos seus restos mortais (PITUCO, FLEISCHMANN, 2022).

Fazendo uma analogia com o mundo jurídico, a *pacta corvina* ocorre quando é celebrado um contrato o qual tem por objeto a herança de pessoa viva. Ou seja, nesse caso, o proprietário do patrimônio sequer faleceu, mas a futura herança já está sendo negociada por meio contratual. A prática da *pacta corvina* é completamente vedada pelo Código Civil de 2002, o qual prevê, em seu artigo 426⁸, que não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

A respeito do assunto, Pituco e Fleischmann (2022) afirmam que, embora exista nítida diferenciação entre as modalidades de pacto sucessório, a doutrina majoritária entende que qualquer ato ou negócio jurídico o qual envolva a herança de pessoa viva estaria vedada pelo que prevê o art. 426 do Código Civil, pois, nesse caso, a renúncia antecipada à herança é compreendida como nula pela maioria da doutrina brasileira, posto a vedação da *pacta corvina*.

Já em meados da Revolução Francesa, foi abarcada uma nova percepção acerca dos pactos sucessórios, de modo a entendê-los como um negócio jurídico que reflete uma sociedade desigual e hierárquica, onde a sua finalidade era a de assegurar a manutenção dos bens na própria família, sendo vedada qualquer pactuação sob esse cenário (PITUCO, FLEISCHMANN, 2022).

Isso quer dizer que, a burguesia, com o intuito de quebrar o poder o qual se encontrava concentrado na nobreza, determinou que qualquer pacto que viesse a favorecer a manutenção das riquezas nas famílias mais nobres da sociedade fosse estritamente vedado (PITUCO, FLEISCHMANN, 2022).

No Brasil, o Código Civil de 1916, o qual se inspirou bastante pelo Código Napoleônico, aderiu à regra relativa à proibição dos pactos sucessórios por meio do seu artigo 1.089⁹, tendo a norma sido repetida posteriormente, na íntegra, por meio artigo 426 do Código Civil de 2002 (PITUCO, FLEISCHMANN, 2022).

Por conseguinte, é correto afirmar que a doutrina aborda esse assunto por

⁸ Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

⁹ Art. 1.089. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

meio de um viés bastante moral, sendo tal interpretação fruto dos resquícios da influência do direito romano. O ato de negociar, nesse caso, contraria os bons costumes e a moralidade, uma vez que o acordo realizado por meio contratual surtiria os seus efeitos após o falecimento da pessoa que possui os bens, de modo a gerar expectativa de morte ou até mesmo a antecipação dela.

Ademais, faz-se importante ressaltar que o ato negocial o qual envolve herança de pessoa viva é inexistente, pois, o que existe antes do falecimento do indivíduo é o seu patrimônio e não a sua herança, sendo o contrato de herança de pessoa viva completamente nulo (AZEVEDO, 2022).

O princípio da liberdade limitada para testar, previsto pelo artigo 1.789 do Código Civil, possui como escopo a proteção de determinados sucessores legítimos - chamados de “herdeiros necessários” - com o intuito de garantir a esses o direito de recebimento da herança. Nesse sentido, quando o testador criar o direito sucessório por meio da confecção do testamento, não poderá dispor de parte superior a 50% (metade) (AZEVEDO, 2022).

O ordenamento jurídico brasileiro adota o referido princípio com o escopo de proteger os herdeiros, sendo correto afirmar, portanto, que o princípio da liberdade limitada para testar restringe, de certa forma, a vontade do testador, de modo a estabelecer limites para a produção do testamento a fim de que os herdeiros necessários tenham o seu direito garantido (FIÚZA E CAETANO, 2022).

Faz-se importante explicitar que a figura dos herdeiros necessários consiste nos ascendentes (pais, avós, bisavós, etc.), descendentes (filhos, netos, bisnetos, etc.) e cônjuge (companheiro ou companheira da pessoa falecida). Por conseguinte, o direito das sucessões estabelece que, além de herdeiros legítimos, as referidas categorias também figuram como herdeiros necessários, para os quais a lei garante o recebimento de metade do patrimônio a ser testado (FIÚZA E CAETANO, 2022).

Dessa forma, o conteúdo do testamento deverá estar dentro da metade disponível, tendo em vista que a metade indisponível é pertencentes aos herdeiros necessários. Por sua vez, previsto pelo artigo 1.850 do Código Civil, o princípio da liberdade absoluta para testar é utilizado pelo direito das sucessões em casos quando o testador não possui herdeiros necessários, passando todo o seu patrimônio a ser disponível, podendo evitar a sucessão legítima ou alterar as regras da sua sucessão

(FIÚZA E CAETANO, 2022).

Nesse sentido, não havendo herdeiros necessários (descendente, ascendente ou cônjuge), pode o testador dispor da totalidade de seu patrimônio (de forma plena) posto que não existe sucessor a ser protegido (FIÚZA E CAETANO, 2022).

4 INSTITUTO DA DESERDAÇÃO

O instituto da deserdação remonta séculos atrás, quando o Código de Hammurabi já previa, por volta de 2.000 anos a.C., que um pai poderia deserdar um filho a depender da confirmação de um juiz. Sendo assim, o Código Civil de 2002 apenas tratou de contemplar uma prática há muito tempo prevista pela sociedade, a fim de regularizá-la em seu ordenamento jurídico e torná-la uma possibilidade legalmente prevista (OLIVEIRA, 2018).

Apesar de ser legalmente estabelecido que os herdeiros legitimários possuam direito a uma porção legítima dos bens, há previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro que permite deserdá-los. Este ato configura-se por meio do instituto da deserdação, o qual possui como escopo a ideia de incapacidade sucessória em virtude da prática de atos graves cometidos de maneira direta ou indireta contra o testador (OLIVEIRA, 2018).

Nesse sentido, pode-se conceituar a deserdação como o ato unilateral por meio do qual o indivíduo exclui o herdeiro da sucessão mediante a confecção de testamento com declaração expressa da causa e do herdeiro necessário, de modo a privá-lo da sucessão em razão da prática de determinada conduta prevista em lei que se justifique como causa (OLIVEIRA, 2018).

Para tanto, a deserdação exige a ocorrência de alguns requisitos os quais serão destrinchados mais à frente, podendo-se adiantar, a título de compreensão, que estes se baseiam na existência de herdeiros necessários, de um testamento válido, da declaração expressa da causa prevista em lei e da propositura de ação ordinária. Importante se faz ressaltar que só pode haver deserdação por meio de testamento, sendo vedada a sua constituição por escritura pública, instrumento particular ou termo judicial (OLIVEIRA, 2018).

Oliveira (2018) afirma que, semelhante à indignidade, a deserdação tem a

natureza de penalidade civil ao herdeiro, o qual incide nas causas de exclusão da sucessão em virtude da prática de atos ofensivos merecedores da respectiva censura. Assim, se traduz como a mesma consequência referente à indignidade, qual seja a perda da herança.

A deserdação faz parte da sucessão testamentária e constitui ato privativo do autor da herança, o qual possui a faculdade de afastar o herdeiro necessário da sucessão. Nesse sentido, o artigo 1.845 do CC¹⁰ definiu como herdeiros necessários os ascendentes, descendentes e o cônjuge – conforme já explicitado neste trabalho – tendo estes o direito de receber a parte legítima da herança (FIÚZA E CAETANO, 2022).

O próprio legislador protege os referidos herdeiros de modo a estabelecer que somente poderá ser testada a metade disponível do patrimônio do testador para que a legítima seja garantida aos herdeiros necessários, que constitui metade do patrimônio, também chamada de “indisponível”. O único modo admitido para a realização da deserdação consiste na sua confecção por meio de testamento com expressa declaração da causa, consoante prevê o artigo 1.964 do CC¹¹ (PITUCO, FLEISCHMANN, 2022).

Noutro ponto, o legislador não incluiu os demais herdeiros (colaterais) como passíveis de serem deserdados, posto que o testador pode dispor de seus bens por testamento sem contemplá-los (artigo 1.964 do CC). O rol do artigo 1.829 do Código Civil¹² aduz que um herdeiro colateral (irmão, primo, tio, etc.) poderá participar da sucessão legítima quando não houver a figura dos herdeiros necessários e, no caso do testador não ter testado todos os seus bens, esse herdeiro colateral receberá a totalidade da legítima (PITUCO, FLEISCHMANN, 2022).

Ademais, o herdeiro necessário excluído será eliminado de toda a sucessão por meio de uma cláusula testamentária, sendo taxado como se morto fosse (artigo 1.816 do CC, *caput*¹³) ou como se nunca tivesse existido para fins de sucessão,

¹⁰ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

¹¹ Art. 1.964. Somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento.

¹² Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

¹³ Art. 1.816. São pessoais os efeitos da exclusão; os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão.

passando aos seus herdeiros o direito de participarem da legítima por meio do direito de representação (PITUCO, FLEISCHMANN, 2022).

O primeiro requisito necessário para a ocorrência da deserdação consiste na presença de herdeiros necessários (artigo 1.845 do CC). Sendo assim, caso não haja nenhum herdeiro necessário vivo no momento da morte do testador, a cláusula testamentária que previa a referida sucessão será declarada nula, assim como todas as outras que dela derivarem – se houver.

Dessa forma, não há a possibilidade de deserdar herdeiro que não seja necessário, pois caso o testador deseje que seus herdeiros colaterais não sejam beneficiados em detrimento da herança, basta que ele teste todos os seus bens a quem ele mesmo optar, não lhes atribuindo nada. Ato contínuo, a deserdação somente deverá ser ordenada em testamento, pois dessa forma o autor da herança possui a capacidade de deserdar um herdeiro necessário em razão do caráter personalíssimo do testamento.

O segundo requisito a ser estabelecido para a deserdação consiste na manifestação da vontade de deserdar, a qual deverá estar presente em uma cédula testamentária válida. Importante se faz ressaltar que a lei não dispôs como deve ser feita tal declaração, entendendo-se que a simples menção da vontade de deserdar e a declaração expressa da devida causa prevista em lei já se configuram hábeis para promover a deserdação do herdeiro necessário.

Nesse sentido, tem-se o terceiro requisito, qual seja a previsão de que somente o autor da herança é capaz de deserdar um herdeiro necessário tendo em vista que tal ato compete somente a ele, não podendo ser designado em cláusula testamentária que uma terceira pessoa escolha um de seus herdeiros para ser deserdado.

Já o quarto requisito consiste na declaração expressa da causa que se encontra prevista lei, estando as possibilidades previstas pelos artigos 1.814¹⁴, 1.962¹⁵ e

¹⁴ Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

¹⁵ Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

1.963¹⁶ do Código Civil, os quais dispõem rol taxativo de modo a não existir, até o momento, outras causas que possam ensejar a deserdação. Dessa forma, caso o autor da herança descreva em seu testamento qualquer outro motivo para a deserdação que não esteja previsto em lei, a cláusula testamentária que o contemplará de ser nula.

Na expressão de Oliveira (2018), as causas que culminam na deserdação se repetem no que diz respeito aos herdeiros necessários, consoante dispõe o texto do artigo 1.961 do Código Civil¹⁷, além das outras hipóteses as quais se alinham nos artigos seguintes, prevalecendo sempre o mesmo sentido de falta grave e de sua consequente punição patrimonial.

Soma-se aos casos que preveem a indignidade, com o intuito de justificar deserdação de herdeiro ou legatário, outras situações que consistem na prática de injúria grave, ofensa física, relações ilícitas com pessoas determinadas e desamparo de pessoa doente. Estas são condutas reprováveis dentro do aspecto familiar e social, havendo punições, inclusive, no âmbito criminal (OLIVEIRA, 2018).

Para justificar a deserdação, é essencial que as causas estejam completamente expressas no testamento, com as suas devidas descrições e particularidades. Não é suficiente, portanto, uma menção genérica de uma dita prática, uma vez que o fato será objeto de uma futura comprovação em ação própria a ser movida pelo herdeiro interessado (OLIVEIRA, 2018).

As causas da deserdação são previstas pelo artigo 1.814 do Código Civil, acrescentando-se, além das causas previstas pelo referido artigo, a deserdação dos descendentes por seus ascendentes em decorrência de ofensa física, injúria grave, relações ilícitas com madrasta ou padrasto, desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade, previstos pelo artigo 1.962 do CC.

E, ainda, a deserdação dos ascendentes pelos descendentes em razão do

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;

IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

¹⁶ Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;

IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

¹⁷ Art. 1.961 Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão

cometimento de ofensa física, injúria grave, relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou do neto com o marido ou companheiro da filha ou da neta, desamparo do filho ou do neto com deficiência mental ou grave enfermidade, previstos pelo artigo 1.963 do CC.

Ademais, há de se dizer que os efeitos da deserdação são pessoais, o que significa que atingem o herdeiro excluído como se morto ele fosse, todavia, os seus descendentes podem herdar a herança por meio de representação em decorrência do caráter personalíssimo da pena civil (ORTEGA, 2012). Oliveira (2018) afirma que, assim como acontece com relação ao herdeiro indigno, o indivíduo deserdado perderá o direito de herança, sendo essa exclusão de caráter eminentemente pessoal e não se estendendo aos seus descendentes.

Não há previsão específica que retrate isso nos artigos que legislam acerca da deserdação, todavia, há um lugar na interpretação extensiva concernente ao artigo 1.816 do CC¹⁸, o qual ressalta o direito de sucessão dos descendentes do herdeiro excluído como se morto ele fosse anteriormente à abertura da sucessão (OLIVEIRA, 2018).

Isso posto, o quinto requisito para que ocorra a deserdação é a propositura de ação ordinária, tendo em vista que de nada adiantará o testador dispor em testamento válido se, posteriormente à abertura do testamento, os herdeiros interessados não promoverem ação ordinária e provarem, em seu curso, a causa da deserdação alegada pelo testador (artigo 1.965 do CC).

Conforme dispõe Oliveira (2018), a ação de deserdação dependerá de dois pressupostos básicos, quais sejam a expressa declaração de causa no testamento (consoante dispõe o art. 1.964 do CC¹⁹) e a propositura pelo herdeiro instituído ou por quem possa se aproveitar da exclusão daquele da herança, com a devida prova da veracidade da causa alegada pelo testador.

Os referidos herdeiros interessados podem ser os demais herdeiros necessários, herdeiros testamentários e legatários, o Ministério Público e até mesmo o Município, caso os interessados citados anteriormente a este não existirem na abertura do testamento.

¹⁸ Art. 1.816. São pessoais os efeitos da exclusão; os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão.

¹⁹ Art. 1.964. Somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento.

A exigência de comprovação mediante ação por herdeiros, legatários ou demais interessados pela declaração da deserdação se encontra presente no cuidado tomado pelo legislador para evitar que abusos por parte do testador ocorram quando este manifestar a sua vontade de deserdar um herdeiro necessário.

No que tocante à sua efetividade, faz-se importante comentar que cumpre aos herdeiros promover, no prazo de quatro anos contados a partir da abertura do testamento, ação de deserdação a fim de confirmar a vontade do falecido. Nesse caso, o deserdado terá direito de defesa e, caso não se comprove o motivo da deserdação, o testamento produzirá efeitos em tudo o que não for prejudicar a legítima do herdeiro necessário (OLIVEIRA, 2018).

Além disso, poderá o testador voltar atrás na sua decisão e não considerar mais o indivíduo como deserdado, necessitando realizar, para tanto, a revogação formal da ação por meio de testamento, configurando-se, por meio disso, o instituto do perdão (OLIVEIRA, 2018).

5 DESERDAÇÃO POR MEIO DA AÇÃO JUDICIAL PROMOVIDA PELO AUTOR DA HERANÇA

Recentemente, a 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) determinou o prosseguimento de ação judicial na qual um pai pleiteia a deserdação de um dos seus filhos baseado no fato de que este teria atentado contra a sua vida. Ocorre que, consoante toda a matéria de direito e os princípios aqui citados, percebe-se o confronto da referida decisão em meio às previsões legais do ordenamento jurídico brasileiro (MEDEIROS, 2022).

O julgado inédito vai de encontro às previsões legais acerca do assunto estabelecidas pelo Código Civil de 2002, posto que o magistrado que julgou a referida ação se baseou no artigo 75 do Código Civil de 1916, o qual proclamava que a todo direito corresponde uma ação que o assegura (MEDEIROS, 2022).

A legitimidade para a propositura dessa ação conclui-se como inexistente, posto que, consoante preveem o CC de 2002 e o CPC de 2015, não subsiste amparo legal para a sua existência. Sendo assim, em meio à falta de legitimidade, à ação não cabe seguimento para avaliação do pleito, sendo incabível que os pedidos formulados do

autor sejam analisados pelo magistrado.

A partir disso, reflete-se: qual a soberania legislativa atribuída aos ordenamentos jurídicos mais recentes quando nem a sua própria classe o respeita? De que servem as adaptações realizadas ao longo dos anos com o intuito de sempre se alcançar o melhor cenário e a atualização frenética da comunidade, se a sua aplicação poderá ser deixada de lado quando alguém entender que o deve fazer?

Os princípios aqui citados são frutos de tamanha evolução histórica e jurídica, sendo segui-los conforme as suas disposições o mínimo a se fazer. A determinação da realização do instituto da deserdação ser realizado por meio de testamento não adveio de reflexões ínfimas, mas sim de grandes análises as quais concluíram por este seguimento da formalidade.

A previsão de se iniciar uma ação ordinária com o intuito de reconhecer o testamento para fins de sucessão constitui procedimento base para a admissão da deserdação, tendo isto sido estabelecido pelo legislador em razão da possibilidade de “abuso de poder” e injustiça por parte do autor da herança para com o seu herdeiro.

Nesse passo, qual fora o sentido da decisão tomada por esse magistrado? Por qual razão ele optou por obliterar todas as previsões jurídicas existentes – as quais são estabelecidas após demasiado esforço e estudo – a fim de promover uma exceção jamais concebida pelo ordenamento jurídico brasileiro?

Tal ato foi contrário às previsões delimitadas pelo Código Civil de 2002, tendo em vista a utilização do Código Civil de 1916 como justificativa principal para o proferimento da referida decisão, ao passo que o instituto da repristinação, o qual se caracteriza pelo estabelecimento da vigência de uma lei a qual já fora revogada, não fora estabelecido em momento algum, sendo tal ato, portanto, escasso de qualquer base jurídica.

Ora, a criação de um novo Código Civil fora vislumbrada por inúmeros motivos, dentre eles o intuito de promover a atualização das previsões legais em detrimento dos avanços socioeconômicos da população brasileira. Por conseguinte, caso o legislador – dotado de poder e capacitação em sua área de atuação – entendesse por manter as previsões do artigo 75 do CC de 1916, assim o teria feito, devendo toda a classe jurídica respeitar as determinações por ele previstas.

O princípio de Saisine, por exemplo, constitui um elemento histórico o qual

esteve presente desde muito tempo na sociedade, tendo o legislador entendido pela sua formalização perante o ordenamento jurídico brasileiro. A sua aplicação constitui demasiada importância ao direito das sucessões, posto que determina a transmissão imediata a partir do falecimento do autor da herança. Sendo assim, o legislador optou pela sua aplicação ao instituo em comento após diversas ponderações, tendo esse sido aplicado aos casos de sucessão desde então.

Por sua vez, a pacta corvina segue a mesma linha de raciocínio ao ser vedada pela legislação brasileira, tendo em vista a previsão de celebração de contrato o qual tem por objeto a herança de pessoa viva. Ora, é de entendimento pacífico que a aplicação desse instituto é proibida, não cabendo a qualquer magistrado uma possível interpretação subjetiva acerca do assunto.

Apesar dos casos concretos variarem entre si, há uma linha objetiva e séria a ser seguida pela classe jurídica, não sendo cabível que determinado juiz siga um caminho completamente divergente dos trilhados até o momento por simples capricho. É importante ressaltar que tal atitude abre precedentes para que outros indivíduos se sintam na liberdade de realizar o mesmo ato ou atos parecidos, os quais podem vir a prejudicar toda a pacificidade procedimental e material construída até o presente.

Sendo assim, é possível entender que, apesar dos desenvolvimentos socioeconômicos e as evoluções concernentes às mais variadas pautas da comunidade, o ordenamento jurídico há de se ater à determinada disciplina, de modo a honrar o legislador, a legislação e os seus entendimentos normatizados.

Destarte, a ação supracitada foi extinta em 1º grau sem o julgamento do mérito em razão de não se encontrar amparo do pedido na legislação vigente, tendo esta decisão seguido os conformes legais previstos pelo Código Civil de 2002. Por sua vez, o desembargador o qual proferiu a decisão do recurso aduziu que não há vedação legal tácita para a propositura daquela ação (MEDEIROS, 2022). Ora, qual a maior vedação tácita senão as disposições trazidas pelos artigos 1.961 a 1.695 do Código Civil?²⁰

²⁰ Art. 1.961. Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todosos casos em que podem ser excluídos da sucessão.

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentespor seus ascendentes:

I - ofensa física;

II - injúria

grave;

III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;

IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Os princípios aqui apreciados foram completamente ignorados pelo magistrado da 1ª Câmara Civil do TJSC ao proferir a supracitada decisão, posto que lesou a matéria jurídica estipulada pelo ordenamento jurídico brasileiro em seu Código Civil de 2002.

Faz-se importante refletir também a respeito dos efeitos advindos pela coisa julgada dessa ação, posto que a repercussão do caso traria precedentes inéditos ao direito das sucessões. De início, vislumbra-se que, após formada a coisa julgada, o juiz não poderá mais modificar a sua decisão, mesmo que se convença de posição contrária à anteriormente adotada (ALMEIDA, 2020).

Nesse passo, a coisa julgada ocorrerá quando a sentença judicial se tornar irrecurável – ou seja, ao passo que não admitir mais a interposição de qualquer recurso. Esse instituto tem por objetivo conferir segurança jurídica às decisões judiciais e evitar que os conflitos se perpetuem no tempo, o que reflete, por conseguinte, no tempo de duração ideal do processo (ALMEIDA, 2020).

O artigo 502 do Código de Processo Civil²¹ prevê a existência e a aplicação da coisa julgada, sendo correto interpretar que o legislador se utilizou do termo “imutabilidade” com o intuito de definir a impossibilidade da coisa julgada ser desfeita ou alterada. Assim, o supracitado instituto se traduz como a situação jurídica caracterizada pela proibição de repetição do exercício da mesma atividade jurisdicional – interposta pelas mesmas partes e que verse acerca do mesmo objeto – em processos futuros (ALMEIDA, 2020).

Destarte, como outros diversos institutos do direito, a coisa julgada possui os seus limites de interpretações objetiva e subjetiva, sendo relevante delimitá-los a título de compreensão. Os limites objetivos consistem na verificação da matéria que transitou em julgado, ou seja, quais as partes da sentença que estão protegidas pela

Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserção dos ascendentes pelos descendentes:

I - ofensa física;

II - injúria

grave;

III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;

IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

Art. 1.964. Somente com expressa declaração de causa pode a deserção ser ordenada em testamento.

Art. 1.965. Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserção, incumbe provar averacidade da causa alegada pelo testador.

Parágrafo único. O direito de provar a causa da deserção extingue-se no prazo de quatro anos, a contar da data da abertura do testamento.

²¹ Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

imutabilidade da matéria. Já os limites subjetivos refletem nas pessoas que, em razão da coisa julgada, não detêm mais a possibilidade de discutir a respeito do direito que fora apreciado na sentença proferida (ALMEIDA, 2020).

À vista disso, reflete-se: quais os efeitos advindos da coisa julgada em um caso como o da 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina? Quais precedentes seriam criados a partir da possibilidade prevista de maneira legal pelo colendo Tribunal? Como já aqui discutido, a previsão de interposição à referida ação, por si só, já vai de encontro às previsões legais estabelecidas pelo Código Civil de 2002.

Como é sabido, as divergências doutrinárias presentes no direito brasileiro são inúmeras, posto a célere evolução da comunidade. E, para tentar resolver e assimilar tudo isso, são realizadas diversas análises e proposituras de leis as quais possam unificar, minimamente, determinados entendimentos, com o intuito de se chegar cada vez mais perto das uniformizações jurisprudenciais.

Portanto, a ação proposta na 1ª Câmara Civil do TJSC apenas traria divergências a um assunto já unificado pelo ordenamento jurídico, sendo incabível a facilidade com a qual determinados operadores do direito se sentem na liberdade de usar interpretações de caráter completamente subjetivo para proferir de entendimentos, posto que de nada adianta utilizar da subjetividade se ela vai de encontro às previsões legais objetivas.

O juiz da primeira instância julgou muito bem ao determinar a extinção do processo sem o julgamento do mérito, uma vez que a propositura da ação não encontra respaldo legal na jurisprudência. Todavia, o entendimento do colendo Tribunal ignorou todas essas prerrogativas ao determinar o andamento e o devido do julgamento do mérito.

Ora, mas que mérito? Consoante o que já fora exhaustivamente aqui discutido, o procedimento legal para que um herdeiro legítimo seja deserdado se baseia em cláusula prevista e expressamente justificada no testamento do autor da herança, devendo a sua validação ocorrer – somente neste momento – por meio de ação judicial interposta pelos interessados na deserdação.

Esse é o rito o qual deveria ter sido seguido tanto pelo autor que interpôs indevidamente a ação, como pelo magistrado que julgou pela sua continuidade. Os efeitos desse caso são passíveis de repercussão na seara jurídica, tendo em vista que se

configura como um procedimento não antes realizado. Os seus desdobramentos servirão de respaldo para que outras pessoas justifiquem os mesmos atos. Atos estes que, ressaltando, promoverão uma onda negativa de processos judiciais e morosidade da ação.

Sendo assim, conclui-se pela ponderação do uso do poder e da interpretação legislativa, uma vez que as normas jurídicas existem em nosso ordenamento com um fim, qual seja a sua utilização primeiramente objetiva de modo a seguir as determinações legais.

6 CONCLUSÃO

Por meio das explicações realizadas no presente artigo, foi possível compreender acerca da historicidade que permeia o direito das sucessões juntamente à criação do instituto da deserdação, o qual possuía aplicação nas comunidades mais antigas do globo e ainda reflete a sua importância no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo.

Ademais, a exposição acerca dos princípios norteadores acerca do tema possibilitou a compreensão da formação das previsões legais, tendo sido demonstrado que cada legislação escrita advém de análises devidamente fundamentadas. Assim, os legisladores brasileiros fundamentam as suas provisões com base em diversos estudos, sendo as pesquisas realizadas com o intuito de estabelecer, da melhor forma, os preceitos jurídicos a serem seguidos por toda a sociedade.

Noutro ponto, foi entendido que o instituto da deserdação se configura ato privativo do autor da herança, que possui a faculdade de afastar o herdeiro necessário da sucessão por meio de cláusula devidamente prevista e justificada em testamento, não sendo admitido – ou previsto – pelo Código Civil de 2002 e/ou pelo Código de Processo Civil de 2015 que o seu procedimento seja realizado de qualquer outra forma.

Assim, em relação à ação judicial proposta no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a qual fora erroneamente interposta pelo autor que pleiteia a deserdação de um dos seus filhos, tem-se que ela não há razão de ser mediante as previsões estabelecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Isto porque, consoante o exposto, o

Código Civil de 2002 apenas estabelece a sua propositura mediante cláusula testamentária, sendo qualquer outra forma escassa de validação legal.

Destarte, foi possível concluir que, apesar de ser importante a análise subjetiva de caso para caso, faz-se necessário que, antes de tudo, sejam analisadas e devidamente interpretadas as previsões legais, uma vez que estas não poderão ser deixadas de lado por qualquer magistrado que assim o entenda. Como indivíduo investido de autoridade, esse deve proceder ao estudo da ação consoante – no caso em comento – o Código Civil de 2002, e não o de 1916, posto que se faz inexistente a repristinação.

Sendo assim, o desenvolvimento do presente artigo foi de extrema relevância para a compreensão dos princípios norteadores acerca do tema, de modo a verificar os seus aspectos históricos e legais mediante a interpretação do caso concreto analisado.

REFERÊNCIA

AZEVEDO, Úrsula Eustórgio Oliveira de. Assenso, ferramenta de aperfeiçoamento pela ótica do princípio de saisine no inventário Extrajudicial. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação - Rease**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 824-839, jan. 2022. Disponível em: <https://www.periodicorease.pro.br/rease/article/view/3877/1507>. Acesso em: 07 ago.2022.

BRASIL, **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03ago. 2022.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 08 ago. 2022.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 09 nov. 2022.

CARDOSO, Regis de Andrade; MACHI, Andreza Cristina; SILVA, Danilo Ferraz Nunes da. A HERANÇA DO DIREITO ROMANO NO DIREITO BRASILEIRO. **Revista Científic@**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 36-44, nov. 2014. Disponível em: <http://periodicos.unievangelica.edu.br/index.php/cientifica/article/view/860/806>.

Acesso em: 03 ago. 2022.

FILHO, João Biazso. **Histórico do Direito das Sucessões**. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24714/historico-do-direito-das-sucessoes>. Acesso em: 15ago. 2022.

FRANKLIN, Samuel. **Resumo Completo de Direito das Sucessões**. 2018. Disponível em: <https://samuelfranklin.jusbrasil.com.br/artigos/588658998/resumo-completo-de-direito-das-sucessoes>. Acesso em: 15 ago. 2022.

IBDFAM. **Pai pode deserdar filho por meio de ação judicial, decide TJSC**. 2022. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/9765/Pai+pode+deserdar+filho+por+meio+de+a%C3%A7%C3%A3o+judicial%2C+decide+TJSC>. Acesso em: 11 jul. 2022.
 LOBO, Paulo. **Saisine e Liberdade de Testar**: a experiência brasileira. A Experiência Brasileira. 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/03/09/saisine-e-liberdade-de-testar-experiencia-brasileira/>. Acesso em: 15 ago. 2022.

MEDEIROS, Ângelo. **TJSC admite que pai busque deserdar filho através da proposição de ação judicial**. 2022. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/tjsc-admite-que-pai-busque-deserdar-filho-atraves-da-proposicao-de-acao-judicial?redirect=%2F#:~:text=Ofensa%20f%C3%ADsica%20e%20inj%C3%BAria%20grave,tramita%20em%20segredo%20de%20justi%C3%A7a>. Acesso em: 11 jul. 2022.

MOSMANN, Gabriela. **Herdeiro necessário**: o que é e quem são os possíveis. 2021. Disponível em: <https://www.suno.com.br/artigos/herdeiro-necessario/>. Acesso em: 15 ago. 2022.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Indignidade e deserdação**: perfil dogmático e aspectos atuais relevantes. Perfil dogmático e aspectos atuais relevantes. 2018. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc48.pdf?d=636808166395003082>. Acesso em: 17 ago. 2022.

ORTEGA, Anderson Vinícius de Moraes. Deserdação. **Revista Jurisfib**, Bauru, v. 03, n. 03, p. 185-221, dez. 2012. Disponível em: <https://revistas.fibbauru.br/jurisfib/article/view/147/130>. Acesso em: 05 jul. 2022.

PITUCO, Alice Pagnoncelli; FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso. A renúncia ao direito concorrencial e a vedação à “pacta corvina”: uma reflexão acerca do disposto no artigo 426 do código civil. **Civilistica.Com**, v. 11, n. 1, p. 01-25, maio 2022. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/676/607>. Acesso em: 03 ago. 2022.

SILVA, Matheus Bione Martins da. **Flexibilização do direito das sucessões à luz dos princípios constitucionais**. 2019. 60 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Federal doPernambuco, Recife, 2019. Disponível em: <https://attena.ufpe.br/bitstream/123456789/36958/1/Monografia%20TCC%203%20-%20Matheus%20Bione%20-%202019.1.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2022.

SILVA, Rodrigo Alves da. A fórmula da saisine no direito sucessório. **Ciência Jurídica**, Belo Horizonte, v. 26, n. 168, p. 417-431, dez. 2012. Disponível em: <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/rodrigo-alves-da-silva-a-formula-da-saisine.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2022.

RICARDO, Bruna Karoline Resende. **A evolução histórica do direito das sucessões**. 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-evolucao-historica-do-direito-das-sucessoes/>. Acesso em: 13 ago. 2022.

POSSIBILIDADE DE INVENTÁRIO NA MODALIDADE EXTRAJUDICIAL MESMO HAVENDO HERDEIRO INCAPAZ

Milton Solci Junior¹

Rosângela Maria R. M. Mitchell de Moraes²

RESUMO

Esse artigo busca avaliar se o cenário jurídico brasileiro tende a superar a vedação expressa na legislação de feitura do inventário extrajudicial quando há herdeiros incapazes. O objetivo principal é investigar a possibilidade de unir a celeridade proporcionada pelo inventário extrajudicial à segurança necessária ao melhor interesse do incapaz. Com método dedutivo, a pesquisa buscou amparo em dados estatísticos e foi desenvolvida de forma exploratória, com pesquisa bibliográfica jurisprudencial, análise de normas legais, obras científicas sobre o tema (livros, artigos, informativos e notícias), decisões judiciais e investigação da legislação atual. O artigo expressa particularidades do direito sucessório, no Brasil, as características do inventário extrajudicial, a vocação e atuação do parquet como protetor do incapaz, bem como a figura notário como fiscal da lei. Além da, já efetiva, permissão do inventário extrajudicial, havendo testamento, em consonância com a necessária tendência de desjudicialização, no país, o estudo permitiu concluir que é eminente a positivação da permissão do inventário extrajudicial com herdeiro incapaz, uma vez que o procedimento tem sido permitido por recentes decisões judiciais, recebe forte apoio doutrinário, já conta com projetos de lei e se assemelha a outros procedimentos extrajudiciais consagrados.

Palavras-chave: Herdeiro Incapaz. Desjudicialização. Inventário Extrajudicial.

ABSTRACT

¹ Aluno do Curso de Graduação em Direito no Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNIRN). Contato: solcijr@hotmail.com

² Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNIRN). Contato: rosangela@unirn.edu.br

This article aims to evaluate whether there is the possibility to allow extrajudicial inventory in situations that have a legally incapable heir. Its main objective is to assess the possibility to unite the agility of the extrajudicial inventory with protective and best interest requirements of the incapable. The research was compiled using deductive and statistical methods through bibliographic research, juridical books, governmental documents, and relevant legislation. The article explains the Brazilian Law of Succession particularities and also the extrajudicial inventory and its features, the use of the attorney general and the notary as a law supervisor. Furthermore, the already effective permission off the extrajudicial inventory when there is a testament, regarding the necessary out of court procedure tendencies in Brazil, the research was sufficient to conclude that the legal possibility of having a extrajudicial inventory where there is a incapable heir is eminent; the *procudere* have recently being authorized in court decisions, has the support of the legal doctrine, has law projects in the Brazilian senate and demands applicabilities already found in another extrajudicial procedures.

Keywords: Incapable heir, Out of court procedure ,Extrajudicial Inventory

1 INTRODUÇÃO

Desde o ano de 2007, está presente - no ordenamento jurídico brasileiro - a possibilidade de se fazer o inventário pela via extrajudicial. Esse tipo de partilha, por meio de escritura pública, tem um procedimento bastante simplificado se comparado ao inventário judicial.

A via cartorial proporciona maior celeridade, menor custo e total flexibilidade, quanto ao local do tabelionato; tais vantagens demonstram como o inventário extrajudicial é uma solução jurídica muito eficaz, no sentido de proporcionar menos transtornos às famílias concordes. A possibilidade de se evitar a judicialização em casos de inventário é um ganho para todo o aparelho jurídico e, em especial, para os diretamente envolvidos.

Acontece que há dispositivos legais que vedam – expressamente - a possibilidade de inventário extrajudicial, quando há herdeiros incapazes. Assim, famílias que têm menores de idade ou pessoas com deficiência mental entre os herdeiros, estão fadadas a

fazer o processo de inventário pela via judicial.

É nítido que o legislador buscou proteger o incapaz, pela sua inerente condição de vulnerabilidade, ao elaborar as leis que determinam que será judicial o inventário quando houver interessado incapaz. Nesse sentido, a legislação objetiva a correta distribuição dos bens herdados pelo incapaz e resguardar todos os seus direitos, que supostamente estariam em perigo se realizado o inventário para além da égide do judiciário.

Por outro lado, o judiciário brasileiro encontra-se abarrotado e, muitas vezes, sem condições de respeitar os princípios da celeridade processual, da duração razoável do processo e da efetividade da tutela jurisdicional. É muito provável que a burocracia, as custas e o grande lapso temporal, entre a abertura do inventário judicial e a sua conclusão, sejam potenciais fatores de desproteção do herdeiro incapaz; esse resultado prático acaba por se tornar um problema e vai de encontro a preocupação positivada pelo legislador de restringir o acesso ao inventário extrajudicial quando há herdeiros incapazes.

Nesse sentido, investigou-se a potencialidade dentro da realidade jurídica brasileira de que o incapaz também possa, quando herdeiro, ter a praticidade do inventário por meio de escritura pública, com a segurança necessária ao melhor interesse do incapaz.

O estudo foi feito pelo método dedutivo com amparo em dados estatísticos e pesquisa exploratória, estudo bibliográfico jurisprudencial, análise de normas legais, obras científicas sobre o tema (livros, artigos, informativos e notícias) e decisões judiciais, nas mais diversas instâncias. Para estudar essa real possibilidade de ser possível o inventário extrajudicial para o incapaz, o artigo teve seu desenvolvimento dividido em três capítulos.

Inicialmente, foram exploradas algumas características do direito sucessório - no país - tais como o Princípio de Saisine e seus efeitos e um paralelo entre a transmissão de bens e o inventário. Nesse capítulo, também foram destacadas as características do inventário extrajudicial, as suas vantagens em comparação ao inventário judicial, a legislação que possibilitou esse tipo de procedimento, bem como o seu histórico e vedações.

No segundo capítulo, com o objetivo de averiguar a segurança protetiva

necessária ao incapaz no inventário extrajudicial, foi analisada, inclusive em processos extrajudiciais, a atuação do Ministério Público (MP) enquanto protetor do incapaz. Além do MP, foi avaliada a função do tabelião de notas, a neutralidade que deve estar presente em suas atividades, o difícil acesso à vaga notarial e as sanções possíveis em caso de erro no exercício da função.

Ainda um pouco mais profundamente, foi feito um mergulho em bem-sucedidos institutos jurídicos que têm similaridades com o inventário extrajudicial, na tendência de desjudicialização, no Brasil, em especial, para as demandas não contenciosas. Também foi detalhado o caminho percorrido para superação da literalidade da lei quanto à vedação para o procedimento cartorial, quando há testamento. Nesse capítulo foram estudados ainda, projetos de lei como expressão do pensamento doutrinário e do clamor da sociedade por soluções mais céleres e, finalmente, recentes decisões judiciais que autorizaram o inventário extrajudicial mesmo havendo herdeiro incapaz.

2. A ABERTURA DA SUCESSÃO E O INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL

A parte da ciência jurídica, e seu conjunto de normas, que se dedica aos trâmites necessários para a transmissão dos bens de um falecido é um ramo do direito civil conhecido por Direito Sucessório (ou das sucessões). O sentido da palavra sucessão traz consigo a ideia de continuidade, sequência e substituição. Aqui, pela pertinência ao tema proposto, refere-se a sucessão hereditária e não a ideia de sucessão também presente no direito das obrigações, em que encontramos instituto como a cessão, a sub-rogação, ou no direito das coisas em que o termo se liga ao significado de tradição; e até mesmo no direito de família, quando o poder familiar sobre os filhos se transmite entre um dos genitores (RIZZARDO, 2019).

O direito de herança é um direito fundamental dos cidadãos brasileiros. Esse direito é corolário do direito à propriedade e sua função social e estão todos garantidos no artigo 5º, incisos XXII, XXIII e XXX da Constituição Federal de 1988³ (Tartuce, 2020).

³ Art. 5o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(EC no 45/2004).

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV - é garantido o direito de herança;

Por definição, o direito a herança garante que os bens de alguém que veio a óbito serão transmitidos para os herdeiros legítimos ou testamentários, também respectivamente conhecidos como necessários ou facultativos.

De acordo com o que determina a legislação brasileira, a sucessão é aberta imediatamente com o falecimento; com ele, se exaurem relações tais como o casamento, o poder familiar, a punibilidade e todos os direitos considerados personalíssimos. Por outro lado, mesmo com a morte, tem continuidade outros vínculos jurídicos transferidos –automaticamente – para os sucessores.

Tanto os direitos como as obrigações do falecido são sub-rogados aos herdeiros legítimos ou testamentários. Assim, os sucessores inserem-se na titularidade das relações jurídicas de natureza econômica daquele que se foi, que não se extinguem completamente, havendo apenas uma alteração nos sujeitos dessas relações (MADALENO, 2020).

Esse efeito sucessório tem base no Princípio de Saisini e estabelece que a morte da pessoa de cuja sucessão se trata, opera a imediata transferência da herança aos seus sucessores legítimos e testamentários. Esse importante princípio, surgiu na França no século XIII e teve origem no feudalismo quando os senhores feudais cobravam os mais diversos tributos e taxas aos herdeiros continuamente, mesmo após a morte do servo falecido. O nome Saisine tem origem na expressão "*le mort saisit le vif*", isto é, o morto é substituído pelo vivo (MADALENO, 2020). Na prática, essa transmissão imediata permite a continuidade das relações contraídas pelo falecido, prover assistência aos membros do grupo familiar e evitar prejuízos aos herdeiros e, conforme o caso, até mesmo a terceiros.

Assim como positivado nos artigos 1784⁴, 1785⁵ e 1787⁶ do Código Civil, lei 10.406 (Brasil, 2002), o Princípio de Saisini, além de determinar que a sucessão se abre imediatamente com a morte, também serve para definição de que a legislação a ser aplicada nos tramites do processo de inventário, será aquela vigente, na data do falecimento. Marco temporal esse utilizado, igualmente, para definir quem são os herdeiros legítimos à sucessão e o local em que ela deverá ser aberta, qual seja, geralmente, o domicílio do falecido.

Em especial, a transmissão imediata tem como objetivo impedir que o patrimônio

⁴ Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

⁵ Art. 1.785. A sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido.

⁶ Art. 1.787. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela.

deixado pelo de cujus⁷, fique sem titular no período compreendido entre o óbito e a transferência definitiva dos bens a quem de direito. Os sucessores recebem o patrimônio tal como se encontrava e transmitem-se, também, além do ativo, todas as dívidas, ações e pretensões⁸.

Conforme o artigo 1.791⁹ do C.C., esse conjunto de bens, direitos e obrigações até a partilha formam uma massa unitária e indivisível, que obedece às características administrativas e legais de um condomínio. Essa massa constitui um ente despersonalizado ou despersonificado e não de uma pessoa jurídica, havendo uma universalidade jurídica, criada por ficção legal (TARTUCCE, 2020).

A herança, com todas as suas peculiaridades creditícias ou onerosas é denominada de espólio; esse, inicialmente, será administrado por um dos elencados no artigo 1797¹⁰ do Código Civil, Lei 10.406 (BRASIL, 2002). e, a partir do início do processo de inventário, será determinado um inventariante que terá a responsabilidade de representar todos os coerdeiros nas atividades pertinentes à administração da massa patrimonial. Por sua vez, o inventário é a ação destinada a fracionar, entre os herdeiros, os bens do falecido (BRITO, 2018).

O dicionário Michaelis (2021) atribui ao inventário três definições jurídicas. A primeira é “catálogo, registro, rol dos bens deixados por alguém que morreu ou dos bens de pessoa viva, em caso de sequestro etc.”. A segunda: “documento em que se acham inscritos e descritos esses bens”. E por fim, descreve o dicionário o inventário como um “processo no qual são enumerados os herdeiros e relacionados os bens de pessoa falecida, a fim de se apurarem os encargos e proceder-se à avaliação e partilha da herança.” Ainda mais profundamente, o sentido etimológico da palavra *venire* é “vir”, “encontrar”, “chegar”. O prefixo *in* exprime “em”, que unido ao verbo, resulta *invenire*, traduzindo-se como “achar-se em”, “encontrar-se em”, então “inventário” compreende o resultado da

⁷ Termo que abreviativo da expressão: “pessoa de cuja transmissão se trata”.

⁸ Art. 1.206. A posse transmite-se aos herdeiros ou legatários do possuidor com os mesmos caracteres.

⁹ Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros
Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos coerdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.

¹⁰ Art. 1.797 Até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente: I – ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão;

II – ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, e, se houver mais de um nessas condições, ao mais velho;

III – ao testamenteiro;

IV – a pessoa de confiança do juiz, na falta ou escusa das indicadas nos incisos antecedentes, ou quando tiverem de ser afastadas por motivo grave levado ao conhecimento do juiz.

ação de “encontrar-se”, ou “achar-se”, ou “chegar em” uma realidade e trazê-la à tona. No sentido próprio, é chegar em um bem e descrevê-lo, arrolá-lo e revelá-lo.

Como se vê, há uma diferença entre sucessão e inventário. As características do inventário não se confundem com a transmissão uma vez que essa é imediata a partir do falecimento do de cujus e representa a transferência imediata da titularidade da posse do falecido para os herdeiros formando eles um condomínio ou uma comunhão de propriedade hereditária. Já o inventário, é o procedimento que visa à entrega do patrimônio aos herdeiros, através da partilha. Assim, pode-se conceber o inventário como uma etapa jurídica necessária para se chegar à partilha, que concretiza a transferência referente à propriedade dos bens do falecido aos herdeiros (RIZZARDO, 2019).

Há dois tipos de inventário que são os judiciais e os extrajudiciais. O inventário judicial, como o próprio nome diz, é feito através de um processo judicial, com o acompanhamento de um juiz e obedecendo aos trâmites, custas e a burocracia pertinentes ao judiciário. As formas de inventário judicial dividem-se em três: que são a tradicional ou solene, arrolamento comum e arrolamento sumário (RIZZARDO, 2019).

Essas duas últimas têm procedimentos potencialmente mais céleres, mas é importante ressaltar que, em muitas comarcas, a sucessão por inventário ou por arrolamento é tratada da mesma maneira da tradicional, isto é, na prática, não existe diferenciação no tratamento das ações de inventário solene ou por arrolamento (BRITO, 2018). Já a modalidade extrajudicial é muito mais rápida, podendo demorar apenas um ou dois meses.

O inventário cartorial é feito por um tabelião de notas com a obrigatoria participação de um advogado e tem como resultado uma escritura pública com força legal para transferência de propriedade dos bens, direitos e ações deixados pela pessoa falecida (MADALENO, 2020).

Esse tipo de inventário foi possível a partir da lei 11.441 (BRASIL, 2007) que também regulamentou a separação e o divórcio por escritura pública. A alteração repercutiu no antigo texto do artigo 982¹¹ do código de processo civil de 73, Lei 5.869 (Brasil, 1973), que até então já permitia o inventário extrajudicial caso todos os

¹¹ Art. 982 Proceder-se-á ao inventário judicial, ainda que todas as partes sejam capazes.

§ 1º - Se capazes todos os herdeiros, podem, porém, fazer o inventário e a partilha por acordo judicial.

§ 2º O acordo pode constar de instrumento público ou ser feito por instrumento particular, qualquer que seja a sua forma, deverão os herdeiros requerer a homologação por sentença, depois de ratificado por termo nosautos.

herdeiros fossem capazes e concordes e não houvesse testamento, mas, em consonância com o art. 2015¹² do Código Civil, exigia a homologação desse inventário pelo judiciário. Após a vigência da lei 11.441, o novo artigo 982¹³ do CPC deixou de exigir a homologação judicial, possibilitando o inventário e a partilha através de escritura pública que, por sua vez, era bastante suficiente para alteração do registro de imóveis, apenas. Importante citar, que essa nova lei demandou a resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que trouxe maior clareza e disciplinou os procedimentos cartoriais permitidos; dentre essas orientações está a possibilidade de transformar um inventário judicial em extrajudicial, a sobrepartilha, valores cartoriais a serem praticados etc.

Em 2015, o NCPC, lei 13.405 (Brasil, 2015) em seu artigo 610¹⁴ manteve a essência do contido na lei 11.441, facultando o inventário extrajudicial para capazes e concordes desde que inexistente o testamento, mas com alterações textuais que deram maior abrangência e eficácia da partilha por escritura pública, citando seus poderes para alteração de qualquer ato de registro e incluindo ainda valores constantes em instituições financeiras. Discriminações de bens essas corroboradas pelo artigo 3º da resolução 35¹⁵ do CNJ. O CPC manteve as vedações de inventário extrajudicial para os casos de testamento e quando há herdeiros incapazes.

As etapas do inventário extrajudicial são bem mais simples do que aquelas praticadas no judicial. O processo judicial é burocrático, tramita por longos anos, e envolve, em alguns casos, além da demora, altas custas judiciais até a partilha dos bens. A abreviação nos trâmites proporcionada pelo inventário extrajudicial, reflete-se na duração imensamente mais célere, em valores mais acessíveis para sua realização e em um desgaste muito menor por parte dos herdeiros (THEODORO JUNIOR, 2017).

Outra vantagem importante do procedimento cartorial é que não há regras

¹² Art. 2.015. Se os herdeiros forem capazes, poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz.

¹³ Art. 982. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário. (Redação dada pela Lei nº 11.441, de 2007).

¹⁴ Art. 610. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial. § 1º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras. § 2º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

¹⁵ Art. 3º As escrituras públicas de inventário e partilha, separação e divórcio consensuais não dependem de homologação judicial e são títulos hábeis para o registro civil e o registro imobiliário, para a transferência de bens e direitos, bem como para promoção de todos os atos necessários à materialização das transferências de bens e levantamento de valores (DETRAN, Junta Comercial, Registro Civil de Pessoas Jurídicas, instituições financeiras, companhias telefônicas etc.)

quanto à competência, ou seja, o lugar onde deve ser feito o inventário fica a escolha de melhor conveniência dos interessados conforme preceitua o artigo 1º da resolução 35¹⁶.

Todas essas vantagens do inventário por escritura não podem se estender também quando há herdeiros incapazes. Conforme já visto, há vedação expressa no *caput* do art. 610 do CPC, para que se pratique a modalidade administrativa de inventário, quando há algum incapaz entre os herdeiros. É possível constatar que essa proibição tem como objetivo preservar o melhor interesse do incapaz. Concebeu o legislador que os procedimentos judiciais seriam uma garantia de que os direitos do incapaz estariam observados. Na vida real, porém, a demora do judiciário pode representar um fator complicador do provimento aos cuidados necessários para aquele que não tem capacidade civil.

No próximo capítulo, será apresentada uma análise da atuação do Ministério Público para proteção do incapaz e um exame da figura do tabelião de notas no que tange ao acesso a sua função, seus deveres e as penalidades disciplinares as quais ele se sujeita em caso de erros no exercício de sua função.

3 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO TABELIÃO DE NOTAS NO INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL

Dentre as várias funções que lhe são pertinentes, pode-se essencialmente afirmar que o Ministério Público (MP) tem a função de buscar a justiça através da fiscalização da correta aplicação do direito em consonância com o arcabouço jurídico vigente. Em última instância, não há dúvidas de que as atribuições constitucionalmente conferidas ao MP estão conexas sempre a fiscalização da aplicação da lei no sentido de preservar a democracia, os direitos fundamentais indisponíveis e a ordem social (Garcia 2016).

Mais especificamente, pode-se elencar que, dentre outras, o *Parquet* tem as funções de promover privativamente ações penais públicas, defender os direitos sociais, assim como fiscalizar e defender o ordenamento jurídico, o regime democrático, os interesses individuais indisponíveis e os direitos transindividuais coletivos, difusos ou

¹⁶ Art. 1º Para a lavratura dos atos notariais relacionados a inventário, partilha, separação consensual, divórcio consensual e extinção consensual de união estável por via administrativa, é livre a escolha do tabelião de notas, não se aplicando as regras de competência do Código de Processo Civil. (Redação dada pela Resolução nº 326, de 6.6.2020)

individuais homogêneos. A lei maior, em seu artigo 127¹⁷, dispõe que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Para melhor entendimento desse dispositivo constitucional e como se aplica para o tema em questão, à expressão “interesses sociais e individuais indisponíveis” o MP do Amazonas em seu sítio eletrônico, destaca que os direitos sociais são aqueles que recebem a proteção coletiva com o propósito de facilitar o acesso à justiça e os individuais indisponíveis são aqueles relativos a um interesse público, como por exemplo o direito à vida; são direitos sobre os quais não se tem o direito de disponibilizá-los, independente da vontade dos seus titulares ou até mesmo de sua inconsciência sobre eles (MPAM, 2021).

Em especial, para o tema aqui proposto, o ordenamento jurídico brasileiro já consagra e aplica em várias situações a vocação natural do MP para defesa do incapaz. A possibilidade de haver uma desigualdade de forças na relação jurídica em questões que envolvam o incapaz, pela própria característica limitadora dele na defesa de seus direitos, confere legitimidade sobremaneira ao chamamento do MP para mitigar essa natural desproporção.

Pode-se presumir que ao determinar a necessidade de participação do *parquet* nesses casos, a intenção do legislador sempre foi a preservação dos interesses do incapaz. Nessa seara, percebe-se que o MP é convocado a zelar pelo direito daqueles que tem uma limitação que os impossibilite de agir autonomamente para defesa de seu próprio direito e que, possivelmente, tenham os seus interesses subjugados pela ausência de ética e respeito por parte daqueles que deveriam, por lei, ou por um dever moral, defendê-los (BARBI, 1981).

Como forma de melhor ilustração vale elencar, por óbvio não exaustivamente, vários dispositivos legais que determinam a defesa dos interesses do incapaz por parte do Ministério público. Essa participação é tão necessária que, para todos os casos, a não convocação do MP acarreta a nulidade processual¹⁸. O Art. 178¹⁹ do código de

¹⁷ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (EC no 19/98 e EC no 45/2004).

¹⁸ Art. 279. É nulo o processo quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.

processo civil, em seu inciso II, determina que o MP deve intervir quando houver interesses de incapazes. Ao complementar o dever de abertura do inventário pelo administrador do espólio contido no art. 615²⁰ do CPC, o legislador no art. 616²¹, mais especificamente, em seu Inciso VII, contempla o MP como legitimado para requerer o inventário na existência de herdeiros incapazes.

Já o art. 626²² do mesmo diploma, exige a presença do MP, quando há herdeiros incapazes, e, o art. 665²³ que o convoca para participar do arrolamento, desde que dentro do limite de imposto no Art. 664²⁴ de 1.000 (um mil) salários-mínimos; valor esse passível de impugnação de estimativa também por parte do *Parquet*. Ainda, o Art. 698²⁵ do CPC determina sua anuência para homologação de acordos em ações de família.

Sobre o tema, há correntes doutrinárias que sugerem uma análise mais profunda para determinação da necessidade de participação do MP em ações que envolvam incapazes, já que o MP deve atuar apenas na proporção da incapacidade (MAZILLI, 2014).

Tal ideia parte da premissa de que o incapaz já está devidamente protegido em casos em que há um legítimo representante legal, seja tutor ou curador, ou pela necessária capacidade postulatória investida a um advogado, que, por sua vez, também serviria como supervisor do interesse do incapaz. Além de alegar já haver proteção suficiente, afirma-se que o Ministério Público já tem muitas demandas e limitações orçamentárias e de pessoal e que o uso desses recursos deve ser racionalizado evitando atuações ministeriais em casos sem relevância social (VILAS BOAS, 2015).

Os argumentos supracitados podem parecer razoáveis, mas é necessário

¹⁹ Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:

II – Interesse de incapaz;

²⁰ Art. 615. O requerimento de inventário e de partilha incumbe a quem estiver na posse e na administração do espólio, no prazo estabelecido no art. 611.

Parágrafo único. O requerimento será instruído com a certidão de óbito do autor da herança.

²¹ Art. 616. Têm, contudo, legitimidade concorrente:

VII – o Ministério Público, havendo herdeiros incapazes;

²² Art. 626. Feitas as primeiras declarações, o juiz mandará citar, para os termos do inventário e da partilha, o cônjuge, o companheiro, os herdeiros e os legatários e intimar a Fazenda Pública, o Ministério Público, se houver herdeiro incapaz ou ausente, e o testamenteiro, se houver testamento.

²³ Art. 665. O inventário processar-se-á também na forma do art. 664, ainda que haja interessado incapaz, desde que concordem todas as partes e o Ministério Público.

²⁴ Art. 664. Quando o valor dos bens do espólio for igual ou inferior a 1.000 (mil) salários-mínimos, o inventário processar-se-á na forma de arrolamento, cabendo ao inventariante nomeado, independentemente de assinatura de termo de compromisso, apresentar, com suas 118 declarações, a atribuição de valor aos bens do espólio e o plano da partilha.

²⁵ Art. 698. Nas ações de família, o Ministério Público somente intervirá quando houver interesse de incapaz e deverá ser ouvido previamente à homologação de acordo.

considerar que para o caso do inventário extrajudicial, com a existência de herdeiro incapaz, a chancela de um integrante do Ministério Público é fundamental para garantia de que os interesses do incapaz serão devidamente preservados. Não fosse necessária a intervenção do MP, em casos em que já existe um responsável legal, poder-se-ia então não ser ela demandada em casos de dissolução conjugal em que, havendo incapazes, o *Parquet* é fiscal das condições de guarda, visitas e alimentos. Com relação ao argumento das limitações de recursos, sendo o MP uma instituição genuinamente pública, conseqüentemente mantida com verbas do erário coletivo, não seria, ainda que de forma generalista, a mesma fonte que custeia – majoritariamente - o sobrecarregado aparelho jurídico? O judiciário, por sua vez, teria uma natural redução de demanda caso a legislação venha a permitir o inventário extrajudicial mesmo com herdeiro incapaz.

Poder-se-ia ainda afirmar que o MP não teria legitimidade para atuar em processos extrajudiciais, uma vez que estes têm um caráter mais privativo de negócio processual ou de acordo privado em que a jurisdição não é do Estado. Para essa leitura, é importante se observar que para atuação do MP, pouco importa qual a origem das ameaças ao direito que se pretende preservar, uma vez que a aplicação da justiça e a vigilância quanto à preservação dos direitos fundamentais é a razão que norteia a ação e a legitimidade do MP.

Afirmou Garcia (2016) que é necessária a constatação de que os interesses tutelados pelo Ministério Público podem ser ameaçados tanto pelo estado como por particulares. Mesmo se observando que os direitos fundamentais têm a característica de serem oponíveis contra o estado (eficácia vertical), também podem necessitar de defesa contra particulares (eficácia horizontal).

Assim, o negativismo da necessidade de manutenção da garantia dos direitos fundamentais, mesmo nas relações privadas, é apenas uma referência histórica, uma vez que há alusão da sua necessidade inclusive em modernas constituições, tal como a Suíça de 1999 que em seu artigo 35 prevê que “As autoridades públicas devem cuidar para que os direitos fundamentais, na medida em que sejam aptos para tanto, tenham eficácia também nas relações entre privados” (GARCIA, 2016, p. 124).

Atualmente, já há respaldo jurídico e a possibilidade operacional do Ministério Público defender o interesse de incapazes - mesmo na esfera extrajudicial. A atualização oriunda do provimento do Conselho Nacional de Justiça de nº 83, que aperfeiçoou o

contido no provimento nº 63. Naquele, o *Parquet* atua como fiscal do reconhecimento da filiação socioafetiva em cartório. No artigo 11²⁶ do referido provimento, o Ministério Público é convocado a anuir nesse reconhecimento de filiação para crianças entre 12 e 18 anos. A participação do Parquet é decisiva tanto para homologação quanto o parecer desfavorável impede que o reconhecimento seja efetivado, conforme o inciso II do § 9º do referido artigo.

Importante observar que a atuação do MP para defender os interesses dos incapazes, quando herdeiros - no âmbito extrajudicial - é perfeitamente possível, e, conforme dito, já há efetivamente um procedimento, uma situação prática, em que se utiliza o MP, para fiscalizar a atuação cartorial, quando existem incapazes envolvidos.

Se é possível a operacionalização dessa participação para o caso de fiscalização da correção e legitimidade do reconhecimento da filiação socioafetiva, é também possível a fiscalização do procedimento administrativo por parte do MP também em inventários extrajudiciais nos quais há herdeiros incapazes.

Assim, não só pela determinação constitucional de fiscal da lei e a grande quantidade de dispositivos infraconstitucionais sobre o tema, mas também pela própria efetividade conferida nas mais diversas práticas jurisdicionais, é nítida a vocação protetiva do Ministério Público para defender o interesse do Incapaz pouco importando se na esfera judicial ou extrajudicial.

Por outro lado, é importante destacar que nos procedimentos extrajudiciais, há a atuação do titular de serviço notarial. Essa figura *sui generis* do ordenamento jurídico brasileiro, está prevista no artigo 236²⁷ da Constituição de 1988 e tem poderes

²⁶ Art. 11. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva será processado perante o oficial de registro civil das pessoas naturais, ainda que diverso daquele em que foi lavrado o assento, mediante a exibição de documento oficial de identificação com foto do requerente e da certidão de nascimento do filho, ambos em original e cópia, sem constar do traslado menção à origem da filiação.

§ 9º Atendidos os requisitos para o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva, o registrador encaminhará o expediente ao representante do Ministério Público para parecer. (Incluído pelo Provimento n.83, de 14.8.19)

I - O registro da paternidade ou maternidade socioafetiva será realizado pelo registrador após o parecer favorável do Ministério Público. (Incluído pelo Provimento n. 83, de 14.8.19)

II - Se o parecer for desfavorável, o registrador não procederá o registro da paternidade ou maternidade socioafetiva e comunicará o ocorrido ao requerente, arquivando-se o expediente.

²⁷ Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

fiscalizatórios em todos os procedimentos extrajudiciais dos quais participa. O tabelião de notas é delegatário de função pública, ou seja, age como um instrumento público prestando serviços como se particular fosse (CENEVIVA, 2010). Os tabelionatos, tradicionalmente conhecidos como cartórios, não pertencem à administração pública direta ou indireta, mas são investidos de um poder de fé pública notarial certificada por uma pessoa física.

Disciplinada pela Lei 8.935 (Brasil, 1994), que regulamenta o artigo 236 da CF, a função do titular de serviço notarial não se limita a autenticar e instrumentalizar documentos, mas sim, em especial, no processo de desjudicialização necessário, no Brasil, atuar como orientador, assessor e conselheiro daqueles que demandam a formalização de determinado negócio jurídico. É papel do tabelião ajustar a vontade das partes ao que determina a legislação, ou seja, aplicar ao caso concreto a possibilidade prevista no ordenamento jurídico de acordo com a demanda proposta pelos interessados (CENEVIVA, 2010).

Nesse sentido, a atividade notarial deve ser pautada pela atuação jurídica imparcial, preventiva, pública e destinada a garantir a publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos. Não é exagero dizer que trabalho realizado nos tabelionatos de notas são um importante instrumento de segurança jurídica já que a fé pública notarial pressupõe, em sua própria essência, a garantia de correção nas informações e no procedimento ali desempenhado.

Ao se observar um pouco mais atentamente a função do tabelião de notas, é possível perceber que tal atividade só poderia ser desenvolvida por um bacharel em direito ou alguém com vasta experiência na prática notarial (RIBEIRO NETO, 2010). Ao contrário da prática de indicação política para o cargo de tabelião que perdurou por muito tempo, no Brasil, atualmente a vaga para função notarial é preenchida exclusivamente através de concurso público. Além de apontada no texto constitucional, tal forma de acesso está prevista também na lei 8.935²⁸ e com ainda mais regramentos na resolução 81²⁹ de 2009 do CNJ, que, dentre outras providências, determinou que a realização dos concursos públicos para vagas de provimento ou

²⁸ Art. 14. A delegação para o exercício da atividade notarial e de registro depende dos seguintes requisitos: I - habilitação em concurso público de provas e títulos;

²⁹ Art. 1º O ingresso, por provimento ou remoção, na titularidade dos serviços notariais e de registros declarados vagos, se dará por meio de concurso de provas e títulos realizado pelo Poder Judiciário, nos termos do §3º do artigo 236 da Constituição Federal.

remoção, na titularidade dos serviços notariais e de registros declarados vagos, deve ser realizada pelo judiciário.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça³⁰, apenas no primeiro semestre de 2021, a arrecadação bruta das serventias extrajudiciais - no território brasileiro - somam a importância de R\$ 8.775.807.791,41 (oito bilhões, setecentos e setenta e cinco milhões, oitocentos e sete mil, setecentos e noventa e um reais e quarenta e um centavos).

É bem verdade que há locais de serviços registrais com valores anuais muito expressivos e, por outro lado, muitos com pequeno faturamento; além disso as despesas do cartório como aluguel, funcionários e outras, são de responsabilidade do tabelião. Mesmo com esses gastos, essa atividade, geralmente, é financeiramente atrativa para os profissionais do direito e tal característica tem consequência direta no alto nível de preparo e conhecimento dos profissionais que logram êxito no certame para preenchimento das vagas de responsável de uma unidade de serviços notariais.

Além de concorrido, o concurso tem várias etapas que compreendem provas objetivas, discursivas com teoria e prática, prova oral e avaliação de títulos. Nesses certames, o conteúdo vai desde Direito Penal até o notarial e registral passando pelo direito do judiciário, constitucional, administrativo, tributário, civil, empresarial, processual etc.

Além de todo esse preparo necessário para ter aprovação em concurso para ser o titular de uma serventia, a legislação é bastante rígida quanto a punibilidade desses profissionais. O controle da atividade é feito pelo poder judiciário, com base em lei estadual, e a responsabilização por erros vai além do dolo e pode ter consequências nos ramos civil e penal.

O delegatário é considerado um funcionário público para os efeitos penais conforme o art. 327³¹ do código penal e pode incidir em crimes contra a administração pública. Como ilustração, o artigo 300³² do CP prevê pena de reclusão de 1 a 5 anos em casos de falso reconhecimento de firma em documentos públicos. Além da penalidade, a sentença pode determinar efeitos extrapenais secundários como a perda do cargo ou

³⁰ Disponível em https://www.cnj.jus.br/corregedoria/justica_aberta/. Acesso 12/11/2021

³¹ Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

³² Art. 300. Reconhecer, como verdadeira, no exercício de função pública, firma ou letra que o não seja: Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público; e de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

função pública.

Assim, pela própria natureza da função, por todo o preparo envolvido, na formação e no acesso a vaga, ou, até mesmo, pela exemplar punibilidade a que estão submetidos os agentes públicos, o tabelião representa uma importante barreira contra ações que visem prejudicar o melhor interesse de incapazes. Se o ordenamento jurídico brasileiro vier a facultar também nos casos em que há herdeiros incapazes, o inventário extrajudicial, sem dúvidas o tabelião de notas é mais um aliado na proteção ao incapaz nesses procedimentos.

4 O FENÔMENO DA DESJUDICIALIZAÇÃO E A TENDÊNCIA DE POSSIBILIDADE DO INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL COM HERDEIRO INCAPAZ

O sistema judiciário brasileiro encontra-se abarrotado e sem condições de respeitar garantias fundamentais como as contidas no artigo 5º, incisos XXXV³³ e LXXVIII³⁴, da Constituição Federal de 1988, tais como a duração razoável do processo, a celeridade processual e a efetividade da tutela jurisdicional; mais ainda, é grande o número de situações e de setores da sociedade que são muito prejudicados pela demora na solução das mais variadas demandas judiciais, já que não tem resposta em prazo razoável, ao se pleitear em busca de determinado bem da vida (CINTRA, 2013).

No que tange ao inventário, os prejuízos psicoemocionais e materiais - gerados pela lentidão do judiciário - toma contornos ainda mais perversos. O processo de inventário tem como fato gerador a perda de um ente querido, o que, por si só, já corrobora para uma situação de fragilidade. Em muitos casos, o falecido era também arrimo de família ou o seu principal provedor e a falta dele tem como consequência a perda total ou parcial do poder aquisitivo do núcleo familiar.

É muito comum que os herdeiros sofram privações, enquanto aguardam decisões judiciais. Uma vez que as famílias com herdeiros incapazes estão fadadas ao procedimento judicial, será que é possível afirmar que há um bom prognóstico para uma melhor resposta do judiciário nos casos de inventário e as mais diversas demandas?

Na justiça estadual, em média, o prazo até a emissão da sentença é de 2 anos. Essa demora e demais números contidos no anuário do Conselho Nacional de Justiça 2020

³³ XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

³⁴ LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

(Ano Base 2019) são estarrecedores. Apesar dos esforços do próprio CNJ, de magistrados e servidores, entre 2011 e 2019, a quantidade de processos em acervo - no judiciário brasileiro - cresceu anualmente 2,5% (dois virgula cinco por cento) em seu volume. Apenas em instância de primeiro grau, para casos de direito civil, na justiça comum dos estados, havia, no Brasil, 15.045.830 (quinze milhões, quatrocentos e noventa e dois mil e noventa e oito) processos pendentes. Também no ano de 2019, foram, apenas nesse mesmo ramo civil da justiça comum estadual, 5.837.356 (cinco milhões, oitocentos e trinta e sete mil e trezentos e cinquenta e seis) novos pedidos.

As cifras para manutenção do judiciário são bilionárias. Também no período de 2011 a 2019, os gastos tiveram um incremento anual médio de 3,4% (três virgula quatro por cento), chegando em 2019, apenas na justiça estadual, a R\$ 57.330.927.222 (cinquenta e sete bilhões, trezentos e trinta milhões, novecentos e vinte e sete mil e duzentos e vinte e dois reais). Ainda, o judiciário tende a ser ainda pressionado por demandas que têm crescido, devido a uma tendência de incremento no número de processos judiciais, em áreas tais como a saúde (seja pública, na exigência da universalidade prevista constitucionalmente ou privada, na relação de consumo com os planos de saúde), prestação de serviços, questões de família dentre outras.

Esses dados estatísticos elucidam que, mesmo a um custo financeiro altíssimo, o judiciário não tem tido a possibilidade entregar para a sociedade um serviço de boa qualidade, quer seja pelos procedimentos burocráticos ou pelo número insuficiente de magistrados e servidores.

Muitas têm sido as iniciativas no sentido de mitigar esse problema, seja na esfera de jurisdição voluntária ou contenciosa, mesmo ainda dentro do processo judicial, está presente o estímulo à conciliação e à mediação, contempladas no novo Código de Processo Civil (HILL, 2021). Há também uma tendência crescente de se valorizar o negócio processual, como por exemplo nos artigos 190³⁵ e 191³⁶ do mesmo diploma, que possibilita que as partes tenham autonomia para fixar determinadas regras dos tramites processuais. Nessa seara, a fim de combater a hipertrofia do aparelho jurídico, também aparece muito fortemente o fenômeno da desjudicialização. Esse termo indica o

³⁵ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

³⁶ Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

deslocamento de algumas atividades que eram atribuídas como de exclusiva competência do poder Judiciário, à esfera extrajudicial. É muito importante entender o potencial inovador do procedimento extrajudicial como meio simplificado de resolver questões de grande relevância para a sociedade em geral (HILL, 2021).

Tal tendência está presente em várias situações tais como as câmaras de arbitragem, conciliação e mediação e o advento de algumas leis como a 10.931 (Brasil, 2006), que introduziu o processo extrajudicial de retificação registral imobiliária, a Lei 11.101 (Brasil, 2006), que atualizou o processo falimentar, dentre inúmeras outras. Para a usucapião, por exemplo, possível pelas vias administrativas devido a inovações do Código de Processo Civil (Lei 13.405, Brasil 2015) aliadas à Lei 3.045 (Brasil, 2017), há o envolvimento, além do próprio tabelião e do advogado, de profissionais tais como o engenheiro (ou agrimensor), além de uma gama de documentos instrutórios. Pode-se considerar esse procedimento também um marco legal importante na tendência de desjudicialização de demandas não contenciosas. A usucapião - em sua forma administrativa - é um caminho muito mais simples para a regularização registral de propriedades já em posse de seus donos e, portanto, uma ferramenta com relevante papel social.

É grande o número de dispositivos legais que demonstram essa crescente solução de demandas pelo uso da via cartorial, mas para fins de melhor ilustração, serão apresentados novos procedimentos que, por alguma característica específica, permeiam a possibilidade de se fazer o inventário extrajudicial mesmo havendo herdeiro incapaz.

No ano de 2017, o Conselho Nacional de Justiça emanou o provimento 63³⁷ que facultou, dentre outras providências, o reconhecimento de filiação socioafetiva voluntária em cartório. Processos judiciais que demoravam anos a fio para determinar a adoção, se preenchidos os pré-requisitos, podem ser substituídos pelo reconhecimento socioafetivo pela via extrajudicial. Esse é, sem dúvida, um procedimento bastante inovador, também pelo fato de que a própria concepção de filiação para além da biológica ser recente na ordem legal do Brasil.

Como não poderia deixar de ser, a Constituição de 1988 é o pilar legal para o reconhecimento socioafetivo da filiação ao consagrar o princípio da dignidade da pessoa

³⁷ Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.

humana³⁸ e da proteção da família pelo estado³⁹, alicerçando fundamentalmente a ideia de um novo conceito de família e com ela, a complexidade de todas as suas relações (DINIZ, 2020). A lei maior, em seu artigo 227⁴⁰ § 6º, ressalta a igualdade entre os filhos quanto a direitos e qualificações.

Em consonância com esses dispositivos constitucionais, que visam sempre à proteção e ao melhor direito para os menores, o primeiro diploma infraconstitucional, que abriu as portas para a possibilidade de reconhecimento de filiação socioafetiva, foi o Código Civil de 2002. Em seu artigo 1593⁴¹, o C.C. aponta que é possível se reconhecer o parentesco natural ou civil como resultado, não só da consanguinidade, mas também por outra origem.

Essa expressão “outra origem” representa o reconhecimento do sentimento fraterno que pode unir pais e filhos mesmo que não pelos fatores biológicos e embasou a tutela jurisdicional da socio afetividade. Como ensina Diniz (2020), o afeto não é necessariamente fruto da biologia e não é o sangue, mas sim, os laços de afeto e solidariedade, que provém da convivência familiar que determinam o estado de posse de filho, que é, por si só, o reconhecimento jurídico do afeto com o objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado.

Nesse sentido, o termo “posse do estado de filho”, se remete a uma situação familiar de afetividade parental não limitada pela herança genética e serviu de referência para o enunciado 103⁴² da I jornada de direito civil em 2003. Os dispositivos legais citados serviram de base para o reconhecimento socioafetivo da paternidade/maternidade e refletem o conceito de afetividade e a pluralidade, na concepção do significado das diferentes relações afetivas que formam aquilo que se conceitua como família.

As regras para esse reconhecimento estão no provimento 63 (2017), atualizado pelo 83 (2019), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que possibilitou que o

³⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) – a dignidade da pessoa humana; (...).

³⁹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (EC no 66/2010).

⁴⁰ § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁴¹ Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

⁴² O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

reconhecimento socioafetivo pudesse ser feito pela via extrajudicial com alteração na certidão de nascimento. Por regra, essa alteração é possível extrajudicialmente para crianças acima de 12 anos e elas tem opinião ativa no processo, manifestamente confirmando as relações de afeto com o registrador.

Esse tipo de procedimento também demanda o reconhecimento social da relação existente entre pais e filhos e é necessária uma diferença etária de 16 anos entre o reconhecido e o reconhecedor, ou a justificativa caso a diferença de idade seja inferior a essa. Ainda, é permitido que sejam reconhecidos até 8 avós na nova certidão de nascimento. É, na prática, impossível de se imaginar quanta proteção, apoio psicológico e garantia de direitos já foram proporcionados às crianças através desse instituto. Desde o provimento 63, em novembro de 2017, até março de 2019, foram 44.942 (quarenta e quatro mil, novecentos e quarenta e dois) reconhecimentos de filiação socioafetiva realizados, no Brasil (BRASIL, 2020).

O procedimento simplificado, sem as tradicionais burocracia e lentidão inerentes aos trâmites judiciais, garante ao menor envolvido, praticamente, os mesmos direitos que o processo de adoção, que só pode ser feito pela via judicial. Ambas as formas são irrevogáveis e pressupõem a declaração e o reconhecimento do estado de filho, o registro desse fato na certidão de nascimento e asseguram o estabelecimento formal da relação de parentesco e a adoção do sobrenome do reconhecedor, pelo reconhecido.

Para os efeitos jurídicos, o reconhecimento da filiação socioafetiva, em cartório, gera efeitos de ordem sucessória e familiar como os deveres de guarda, de sustento, de visitas e sucessórios. Todas essas garantias são proporcionadas aos menores envolvidos assim como na adoção e reverberam o espírito da C.F. de 1988, em especial, o contido no Art. 227⁴³, no que tange ao melhor direito para crianças e adolescentes.

Em consonância com as alterações legais que possibilitam procedimentos extrajudiciais, está a sequência de enunciados e decisões judiciais que efetivam a possibilidade de se fazer o inventário administrativo, mesmo com a existência de testamento. Nesse caso, mais uma situação em que a doutrina e decisões judiciais superam

⁴³ 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

a literalidade das vedações ao inventário extrajudicial contidas no artigo 610⁴⁴ do CPC. Em 2015 a VII jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho de Justiça Federal, aprovou o enunciado 600⁴⁵ que afirma ser possível se fazer o inventário extrajudicial, mesmo quando há testamento, desde que ele seja registrado judicialmente. Em outubro do mesmo ano, com conteúdo bastante semelhante, o Congresso Brasileiro do Instituto Brasileiro de Direito de Família emanou o Enunciado 16 que supõe o inventário extrajudicial mesmo havendo testamento desde que todos os interessados sejam capazes e concordes com seus termos. O enunciado 16 não fez qualquer menção ao registro judicial do testamento.

No ano seguinte, 2016, o Tribunal de Justiça de São Paulo, através do provimento 37, passou a aplicar exatamente o contido no enunciado 600 do Conselho de Justiça Federal permitindo o inventário extrajudicial mesmo com testamento, desde que diante da expressa autorização do juízo concessório competente e se satisfeitos os demais pré- requisitos desse tipo de inventário. Essa decisão do desembargador-corregedor Manoel Queiroz de Pereira Calças contemplou também a permissão extrajudicial para casos de testamento revogado ou caduco, ou de decisão judicial declarando sua invalidade.

Na sequência, no ano de 2017, em uníssono, a I Jornada de Direito Processual Civil promovida pelo CJF, publicou o enunciado 51⁴⁶ também confirmando a possibilidade do inventário extrajudicial após apreciação do testamento pelo poder judiciário. Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro passou a admitir que, se todos os interessados forem maiores de idade, lúcidos e não discordarem entre si, o inventário e a partilha de bens poderão ser feitos por escritura pública, mediante acordo, se isso for autorizado pelo juiz da Vara de Órfãos e Sucessões em que o testamento foi aberto.

Com base em todos os enunciados aqui levantados, houve alteração no art. 297

⁴⁴ Art. 610. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial.

§ 1º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

⁴⁵ Enunciado 600 da VII Jornada de Direito Civil do CJF: Após registrado judicialmente o testamento e sendo todos os interessados capazes e concordes com os seus termos, não havendo conflito de interesses, é possível que se faça o inventário extrajudicial.

⁴⁶ STJ. 4ª Turma. REsp 1.808.767-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 15/10/2019. É possível o inventário extrajudicial, ainda que exista testamento, se os interessados forem capazes e concordes e estiverem assistidos por advogado, desde que o testamento tenha sido previamente registrado judicialmente ou haja a expressa autorização do juízo competente.

da consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça da Corte. Finalmente, em 2019, a quarta turma do Superior Tribunal de Justiça admitiu a realização de inventário extrajudicial, mesmo havendo testamento público, desde que a sua abertura seja feita anteriormente, no âmbito judicial; conteúdo esse reproduzido no Rio Grande do Norte pelo provimento 197/20 do Tribunal de Justiça.

Um evento jurisprudencial que se relaciona diretamente ao tema aqui proposto, é a recente decisão judicial que permitiu um inventário extrajudicial com a existência de menores herdeiros. O texto do caput do art. 610¹⁶ do CPC (Brasil, 2015) determina que havendo herdeiro incapaz, o inventário será judicial. No § 1º do mesmo dispositivo, há a permissão para que o inventário e a partilha sejam feitos por escritura pública nos casos em que todos sejam capazes e concordes. Como se vê, o art. 610¹⁶ - em seu caput - determina o procedimento judicial quando há incapazes e reforça, já no parágrafo 1º, que a escritura pública oriunda do procedimento administrativo só será possível caso todos os envolvidos na herança forem capazes. No entanto, uma recente decisão judicial no interior do estado de São Paulo, supera a impossibilidade do inventário extrajudicial havendo incapazes.

O advogado da família em parceria com o tabelião de notas do distrito de Cachoeira da Emas, Pirassununga/SP, conseguiu na justiça, a autorização para o inventário extrajudicial com menores envolvidos. Ressalta o notário que foi proposta ao juiz de primeira instância, uma partilha ideal, de acordo com a lei, que não tinha como prejudicar em nada o menor de idade ou o absolutamente incapaz. Nesse caso específico, por ser a partilha exatamente igual entre todos os herdeiros, uma fração ideal sobre todo o patrimônio, já em primeira instância, o magistrado entendeu que o inventário administrativo não apresentava qualquer risco ao melhor interesse das crianças e expediu alvará para que uma escritura de partilha fosse feita no próprio tabelionato de notas.

Essa decisão tem o potencial de se tornar histórica por abrir precedentes para futuras mudanças na legislação e reverberar em sentenças de outros magistrados. Ela confirma a tendência de tornar administrativos os procedimentos que não são controversos e que, portanto, dispensam o aparato judicial.

Conforme já exaustivamente explicitado nesse artigo, a demora é a principal mácula do judiciário brasileiro. Nesse caso, devido à autorização judicial, a família vai ter

a possibilidade de resolver a questão sucessória de forma célere, diretamente pelas vias cartoriais. É bem verdade que ainda foi necessário recorrer ao juízo da comarca de Leme/SP para pleitear e garantir essa possibilidade, mas, mesmo assim, a economia de tempo e recursos financeiros já é bastante significativa.

A decisão judicial serviu de base, juntamente com dispositivos legais, tais como os artigos 2015⁴⁷ e 2016⁴⁸ do CC, dentre outros, para que, em setembro de 2021, o Juiz de Direito Edinaldo Muniz dos Santos, titular da Vara de Registros Públicos, Órfãos e Sucessões e de Cartas Precatórias Cíveis da Comarca de Rio Branco, emanasse a portaria 5914-12⁴⁹. Ela autoriza o inventário extrajudicial mesmo com herdeiro incapaz, nas regiões de competência da referida vara. Foi definido que a escritura pública da partilha feita em cartório deverá ter a análise pelo Ministério Público e depois será enviada para homologação judicial na qual terá o tratamento processual simplificado do arrolamento contido nos artigos 664⁵⁰ e 665⁵¹ do CPC e não gerará custas processuais, uma vez que se mantêm as despesas cartorárias.

Importante observar que são casos concretos, em que foi, e está sendo permitido, que se faça o inventário extrajudicial mesmo havendo herdeiro incapaz, superando a determinação expressa no art. 610 do CPC.

A sociedade almeja essa solução administrativa e tal demanda reverbera no legislativo. Em tramitação no Senado Federal, o projeto de lei 217/2018⁵² acrescenta os parágrafos 3º e 4º no artigo 610 do CPC para estabelecer que havendo interessado incapaz, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, caso em que o

⁴⁷ Art. 2.015. Se os herdeiros forem capazes, poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz.

⁴⁸ Art. 2.016. Será sempre judicial a partilha, se os herdeiros divergirem, assim como se algum deles for incapaz.

⁴⁹ Art. 1º. Os tabelionatos de notas do estado do Acre poderão, no âmbito da competência sucessória deste juízo (CPC, art. 48, caput), lavrar escrituras públicas de inventários extrajudiciais, mesmo havendo herdeiros interessados incapazes, desde que a minuta final da escritura (acompanhada da documentação pertinente) seja previamente submetida à aprovação desta vara, antecedida, evidentemente, de manifestação do Ministério Público, tudo isso visando a devida proteção dos interesses dos herdeiros incapazes.

Parágrafo único. Para todos os efeitos legais, os inventários lavrados na forma do caput deste artigo serão considerados como inventários judiciais (na modalidade de arrolamentos), uma vez que as minutas de escritura serão previamente aprovadas e homologadas por esta vara.

⁵⁰ Art. 664. Quando o valor dos bens do espólio for igual ou inferior a 1.000 (mil) salários-mínimos, o inventário processar-se-á na forma de arrolamento, cabendo ao inventariante nomeado, independentemente de assinatura de termo de compromisso, apresentar, com suas declarações, a atribuição de valor aos bens do espólio e o plano da partilha.

⁵¹ Art. 665. O inventário processar-se-á também na forma do art. 664, ainda que haja interessado incapaz, desde que concordem todas as partes e o Ministério Público.

⁵² § 3º. Havendo interessado incapaz, o Ministério Público deverá se manifestar no procedimento, para fiscalizar a conformidade com a ordem jurídica do inventário e da partilha feitos por escritura pública. § 4º. Na hipótese do § 3º, caso o tabelião se recuse a lavrar a escritura nos termos propostos pelas partes, ou caso o Ministério Público ou terceiro a impugnem, o procedimento deverá ser submetido à apreciação do juiz". Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133124>

Ministério Público deverá fiscalizar a conformidade com a ordem jurídica. O procedimento deverá ser submetido à apreciação do juiz caso o tabelião, o Ministério Público ou terceiro se manifestem contrariamente aos termos propostos. A mesma redação proposta no PL 217/2018 faz parte do PL 3.799/2019, também no senado, que propõe a reforma do direito das sucessões.

Assim, é possível se constatar que há uma tendência jurisprudencial - no sentido de permitir o inventário extrajudicial - mesmo havendo herdeiro incapaz. Seja pela semelhança em procedimentos já eficazes, por decisões emanadas das mais variadas instâncias judiciais ou pela opinião de estudiosos do direito, é bastante lucida a afirmação de que é só uma questão de tempo para que tal faculdade seja implantada no ordenamento jurídico brasileiro.

5 CONCLUSÃO

No decorrer da presente pesquisa, foi possível constatar que há, no arcabouço jurídico brasileiro - em detrimento à vedação contida no Código de Processo Civil - mecanismos que possibilitam segurança ao melhor interesse do incapaz no inventário extrajudicial. Fechar os olhos a essa potencialidade, implica trazer complicações desnecessárias às famílias com incapazes em um momento de luto e de natural fragilidade. Ainda, tal vedação acaba por estimular a prática de irregularidades na documentação dos bens herdados, já que em muitos casos a família prefere fazer um “acerto doméstico” a ter que se enfrentar o burocrático e dispendioso procedimento judicial.

Também foi constatada a conexão entre a possibilidade de inventário extrajudicial com herdeiro incapaz em situações específicas nas quais a solução extrajudicial é eficaz para solução mais célere e menos onerosa de problemas que, até pouco tempo atrás, eram solucionados apenas pela via judicial.

A vedação - contida no Código de Processo Civil ao inventário extrajudicial com testamento - já foi há muito superada, inicialmente pela doutrina e depois pela jurisprudência. Nesse caso, após a apreciação judicial das questões testamentárias, o inventário não tem qualquer óbice em ser feito pela modalidade extrajudicial. O reconhecimento de filiação socioafetiva, em cartório, é um procedimento que dá

celeridade e economia de recursos com os mesmos efeitos jurídicos da adoção que, por sua vez, só pode ser feita judicialmente.

Nesse caso, o Ministério Público participa ativamente como protetor do menor que tem sua filiação reconhecida. Essa participação do MP é exatamente o que se propõe para os casos de inventário extrajudicial com incapaz e, por toda variedade de institutos jurídicos apresentados no segundo capítulo, não há dúvidas de que o *Parquet* tem legitimidade e expertise de sobra para compor, em parceria com os tabeliões de notas, uma barreira de proteção para o incapaz, no inventário extrajudicial.

A doutrina e os profissionais do direito de família amparam – majoritariamente - a ideia da possibilidade do inventário administrativo mesmo havendo herdeiro incapaz. Uma grande prova disso é o projeto de lei que propõe uma reforma no direito de família e sucessório pensada pelos operadores e estudiosos do direito que lideram o sólido Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Esse projeto contempla exatamente o tema aqui proposto, ou seja, a possibilidade do inventário extrajudicial mesmo com incapaz; nesse caso, o PL também propõe a participação protetiva do MP.

Ainda, estão surgindo, pelo país, decisões judiciais permitindo tal modalidade de inventário, mesmo quando há incapazes. No interior de São Paulo, durante um processo já em andamento de inventário extrajudicial, houve o falecimento de um dos herdeiros. Pelo direito de representação, os filhos menores desse falecido passaram a ser herdeiros necessários. Esse fato, levaria a necessidade do inventário judicial, porém, o Juízo da comarca de Leme/SP emitiu alvará possibilitando o término do procedimento extrajudicial para o inventário mesmo havendo incapazes herdeiros.

Nessa mesma toada, o juízo do estado do Acre, em setembro de 2021, determinou que é possível o inventário extrajudicial para os processos de sua competência, mesmo havendo incapazes e que a escritura pública contendo a partilha será homologada judicialmente, sem custas, e em rito sumário.

Por toda pesquisa realizada, ficou claro que a tendência é de se possibilitar a modalidade extrajudicial para os herdeiros incapazes e que há caminhos para proteger o melhor interesse do incapaz. Seja pelo posicionamento doutrinário, pelos procedimentos extrajudiciais semelhantes, seja pelo movimento jurisprudencial dos últimos meses, e, também, pelo projeto de lei em tramitação no Senado Federal, é possível se afirmar que a possibilidade de se fazer o inventário judicial mesmo havendo

herdeiro incapaz é eminente, e que essas famílias em breve não terão mais que se sujeitar as consequências oriundas da demora pertinente ao inventário judicial.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**. Diário Oficial da União n 191-A, de 5 out. 1988 - “CF/1988”;

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. - “CC/ 2002”;

_____. **Lei 13.105**, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 152 - 17/3/2015; “CPC/2015”.

_____. **Lei nº 11.441**, de 04 de janeiro de 2007. Diário Oficial da União: 05/01/07, P.1 ,Brasília, DF, ano 186.

_____. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Diário Oficial da União: 17/01/1973, P. 1,Brasília, DF, ano 152.

_____. **Lei nº 8.935**, de 18 de novembro de 1994; Diário Oficial da União: 21/11/1994, P.17.500, Brasília, DF, Ano 173.

_____. **Lei nº 10.931**, de 02 de agosto de 2004; Diário Oficial da União: 03/08/2004, P. 17,Brasília, DF, Ano 183.

_____. **Lei nº 11.101**, de 09 de fevereiro de 2005; Diário Oficial da União: 09/-2/2005, P. 1,Brasília, DF, Ano 184.

_____. **Lei nº 3.045**, de 12 de fevereiro de 1941; Diário Oficial da União: 12/02/1941, Riode Janeiro, RJ, Ano 120.

_____. **Lei nº 2.848**, de 27 de dezembro de 1940; Diário Oficial da União: 31/12/1940, P.2.391, Rio de Janeiro, RJ, Ano 119.

_____. Superior Tribunal de Justiça STJ – **Recurso Especial REsp - Acórdão 1808767** da 4ª Turma em 15/10/2019. BRASIL.

_____. **Resolução nº 35 CNJ**, de 24 de abril de 2007; DJ-e nº 184/2010, em 06/10/2010, p. 2. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/179>. Acesso em: nov,2021.

_____. **Provimento nº 63 CNJ**, de 14 de novembro de 2017; DJe/CNJ nº 191, de 17 de novembro de 2017. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>

_____. **Provimento nº 83 CNJ**, de 14 de agosto de 2019; DJe/CNJ nº 165/2019,

de 14/08/2019, p. 8 e 9. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2975>

_____. **Portaria 5914-12**, de 8 de setembro de 2021; D.O. de 09/09/2021. Ano LIV, nº 13.123.

_____. **Cartório em Números**. 2 ed. 2020. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/wp-content/uploads/2020/11/Cart%C3%B3rios-em-N%C3%B3meros-2-edi%C3%A7%C3%A3o-2020.pdf>. Acesso em 25/10/21.

_____. **Justiça em Números** 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/rel-justica-em-numeros2020.pdf>. Acesso em 17/08/2021.

BARBI, CELSO AGRÍCOLA. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Forense, 2ª edição, 1º vol., 1981, n. 456.

BRITO, Anne Lacerda de. **Repensando o inventário judicial**: do quadro legal à realidade. Vitória, 2018. 234 f. Monografia (Pós Graduação em Direito Processual Civil) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2018. Em https://repositorio.ufes.br/bitstream/10/8853/1/tese_12321_Anne%20Brito.pdf Acesso em: agosto, 2021.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos Notários e Registradores comentada**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 6. ed. Salvador: Juspodium, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Manual de Direito Civil**. São Paulo, Saraiva jur, 2020.

GARCIA, E. **Ministério Público**, 6 ed.. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547217051/>. Acesso em: set., 2021.

MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2020.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MPAM. **Portal do Ministério Público do Amazonas**. 02 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.mpam.mp.br/atividade-fim/respostas%C3%A0s-perguntas-mais-frequentes-da-sociedade>. Acessado em: agosto, 2021.

MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos. Disponível em: Acesso em: 22 nov., 2021.

RIO DE JANEIRO. **Revista Eletrônica de Direito Processual** – REDP Rio de Janeiro. Ano

15. v.22. n.1. Janeiro a Abril de 2021 Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (in mem.). ISSN 1982-7636. p. 379-408 www.redp.uerj.br

RIBEIRO NETO, Anna Christina. **O Alcance Social da Função Notarial no Brasil**. 1.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

RIO GRANDE DO NORTE. **Provimento n.º 197 TJ/RN**, de 10 de fevereiro de 2020; DJe Ano 14 - Edição 2947. Disponível em: <http://corregedoria.tjrn.jus.br/index.php/normas/atos-normativos/provimentos/provimentos-2020/18160-provimento-1972019/file>. Acesso em: nov., 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**, 11ª edição. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2019.

SÃO PAULO. **Provimento nº 37 TJ/SP**, de 04 de julho de 2016; Diário da Justiça Eletrônico - Caderno Administrativo São Paulo, Ano IX - Edição 2149. Disponível em: [https://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/Deex/Comunicados/ComunicadoCG997.2016-Encaminhamento documentosprocessosdigitais.pdf](https://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/Deex/Comunicados/ComunicadoCG997.2016-Encaminhamento%20documentos%20processos%20digitais.pdf).

TARTUCCE, Flavio. **Manual de Direito Civil**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Procedimentos especiais. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VILAS BOAS, Marco Antônio. **Estatuto do idoso comentado**. 5. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RESPONSABILIDADE DOS CLUBES DESPORTIVOS POR ATOS DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS POR SEUS TORCEDORES

Daniel Ginani Freire¹

Rosângela Maria R. M. M. de Moraes²

RESUMO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou como fundamentais uma série de direitos, dentre os quais a igualdade e o direito a práticas desportivas, incluindo neste caso o direito de torcida. Todavia, conforme relatórios divulgados pelo Observatório da Discriminação Racial no Futebol, foi possível observar um crescimento nos registros de incidentes relacionados a atos discriminatórios, mapeados no desporto brasileiro no período compreendido entre os anos de 2014 a 2021. Nesse sentido, a pesquisa objetiva identificar fundamentos jurídicos que autorizem responsabilizar clubes desportivos por atos de discriminação praticados por seus torcedores em seus estádios. Foi utilizada metodologia dedutiva e pesquisa de natureza exploratória, com estudo de ampla legislação pátria, especialmente Código de Defesa do Consumidor e Estatuto de Defesa do Torcedor. Pode-se ao final inferir pela responsabilidade objetiva e solidária dos clubes perante atos ilícitos perpetrados pela torcida em seus recintos, e tal fundamento possui sua gênese no risco da atividade negocial. Ressalta-se ainda a importância da correta aplicação dos dispositivos legais vigentes aos fatos tipificados e de se investir no monitoramento das torcidas para identificação de eventuais agressores.

Palavras-chaves: Desporto. Discriminação. Clubes. Torcida. Responsabilização.

LIABILITY OF SPORTS CLUBS FOR ACTS OF DISCRIMINATION PRACTICED BY THEIR FANS

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: d.ginani@gmail.com

² Professora Orientadora do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: rosangela.mrm@hotmail.com

ABSTRACT

The Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 enshrined a series of rights as fundamental, including equality and the right to sports, including in this case the right to supporters. However, according to reports released by the Observatory of Racial Discrimination in Football, it was possible to observe a growth in the records of incidents related to the discriminatory acts, mapped in Brazilian sport in the period between 2014 and 2021. In this sense, the research aims to identify legal grounds that authorize holding sports clubs accountable for acts of discrimination committed by their fans in their stadiums. An exploratory research methodology was used, with a study of broad national legislation, especially the Consumer Defense Code and the Fan Defense Statute, in addition to the aforementioned reports. It is concluded, therefore, by the need to correctly apply the legal provisions in force to the typified facts and to invest in monitoring the supportersto identify possible aggressors.

Keywords: Sport. Discrimination. Clubs. Twisted. Accountability.

1 INTRODUÇÃO

É dever do Estado fomentar as práticas desportivas. Nesse sentido, compreendemos o esporte como um direito de cada cidadão e sua participação dentro da política social e educacional da nossa sociedade, está estruturada de tal forma, que quis o legislador constituinte consigná-lo em nossa Carta Maior. Entretanto, o esporte tem servido de palco para a disseminação de atos de discriminação perpetrados por alguns expectadores, dentro dos locais de realização dos espetáculos esportivos, sendo essa prática condenável em todas as suas formas. Esse cenário, indiscutivelmente, enfraquece o exercício de direitos constitucionalmente previstos conforme delineado, uma vez que converte o ambiente desportivo em palco para propagação de desigualdades e desrespeitos entre os seus participantes e frequentadores, diversamente da desejável promoção da saúde e do lazer. Diante disso, e tendo como base o Estatuto do Torcedor e as demais leis civis brasileiras, discute-se qual a base legal para a responsabilização solidária dos clubes desportivos

dentro desse contexto, uma vez que auferem renda a partir da venda de ingressos e devem, portanto, zelar pela integridade física e moral dos seus participantes.

O estudo em tela apresenta como objetivo geral identificar quais os fundamentos jurídicos capazes de estabelecer uma responsabilização aos clubes desportivos em razão dos atos de discriminação praticados por torcedores dentro dos locais de espetáculo. Outrossim, possui como objetivo específico determinar qual a natureza da responsabilização em cada caso, quais sejam, as de ordem administrativa e civil, com seus respectivos desdobramentos a serem verificados a partir das instâncias de aplicação das penalidades e tomando-se como base os dispositivos da Lei nº 10.671/2003 ou Estatuto do Torcedor e do Código Civil. Busca ainda avaliar, especificamente, quais os bens jurídicos tutelados em questão e indicar os princípios constitucionais transgredidos.

Cuida-se de pesquisa de natureza exploratória, na medida em que se propõe examinar as teorias e analisar os conceitos existentes acerca do assunto. Tem o propósito de buscar uma visão ampla acerca do tema. O método de abordagem é do tipo qualitativo, dando maior importância à compreensão do contexto do objeto pesquisado e na interpretação dos fatores subjetivos inerentes a esse objeto.

Os resultados esperados para o estudo em questão, desenvolvem-se dentro do contexto da necessidade de apresentar à sociedade uma resposta eficaz de combate ao crime de discriminação dentro do esporte. Verifica-se a importância da identificação dos dispositivos legais adequados para a correta subsunção do fato ilícito. Dentro do ordenamento jurídico pátrio, apresenta-se como possibilidade de fundamento jurídico a Lei 10.671/2003 ou Estatuto do Torcedor; a Lei 8.078/1990, ou Código de Defesa do Consumidor; o Código Civil e o Código Brasileiro de Justiça Desportiva, sem prejuízo de outras normas vigentes e previstas dentro do arcabouço legislativo brasileiro.

O desenvolvimento do presente estudo está estruturado a partir da abordagem ao histórico da legislação relacionada ao esporte, do enfrentamento do tema da discriminação a partir da leitura das leis nacionais correlatas e das convenções de direitos humanos com as quais o Brasil seja signatário, e por fim, de uma ampla pesquisa acerca da doutrina especializada e jurisprudência pátria com vistas a estabelecer as premissas necessárias ao esclarecimento da problemática.

2 LEGISLAÇÃO DESPORTIVA

2.1 BREVE HISTÓRICO DAS NORMAS QUE REGULAM O ESPORTE NO BRASIL

O desporto brasileiro passou a ser dispositivo constitucional através da Carta Magna de 1988³, a qual dispõe que é dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, observados a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento; a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para o desporto de alto rendimento; o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não profissional; e a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional (BRASIL, 1988).

O dispositivo constitucional aduzido reflete o compromisso do Estado Brasileiro com a promoção do desporto, estabelecendo a forma de fazê-lo, ou seja, como direito social de cada um, deixando explícito o dever do Ente público na sua democratização, isto é, no acesso da população às práticas desportivas. Neste sentido, é imperioso considerar os aspectos a serem observados no comando constitucional em tela.

O tratamento diferenciado entre o desporto profissional e o não profissional não poderia ser mais procedente, porquanto o primeiro proporciona espetáculo e, por conseguinte, a obtenção de renda, enquanto que o segundo necessita fundamentalmente de recursos públicos para a sua promoção (BRASIL, 1988).

Será conferido às entidades de administração do desporto bem como às entidades de prática do desporto, autonomia para deliberar quanto a sua organização e funcionamento, dentro de um todo regulamentado por leis específicas, que fixarão os limites de suas atuações e competências.

As manifestações desportivas de criação nacional encontram-se, também, protegidas pelo dispositivo constitucional que dispõe sobre o seu incentivo, como objetivo de desenvolver e divulgar as práticas desportivas genuinamente brasileiras.

³ Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: I – a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento; II – a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento; III – o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional; IV – a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

O referido preceito constitucional estabelece ainda, as relações entre o Poder Judiciário e a Justiça Desportiva, estabelecendo a admissão, pelo primeiro, de ações relativas à disciplina e às competições desportivas, desde que esgotadas as instâncias da segunda. Por sua vez, a Justiça Desportiva disporá do prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final. Desta forma, quis o legislador legitimar a Justiça Desportiva, livrando-a da ingerência do Poder Judiciário e habilitando-a a judicar sobre casos disciplinares relacionados às competições desportivas. Todavia, resguarda o direito de recurso à Justiça Comum, esgotadas as instâncias desportivas ou no caso de postergação, por parte daquelas, dos prazos previstos em lei.

Subordinada à Constituição Federal, encontram-se as leis e demais dispositivos jurídicos complementares, citando-se como um dos mais importantes a Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998 (Lei Pelé), a qual regulamenta a Justiça Desportiva, definindo a composição de seus órgãos judicantes, suas atribuições e funcionamento. Tal comando legal cria também o Conselho Nacional do Esporte, com competência para cuidar da prática desportiva de rendimento e, por conseguinte, aprovar o Código de Justiça Desportiva (BRASIL, 1988).

Cabe, portanto, à Justiça Desportiva cuidar para que as regras impostas pelo respectivo Código sejam bem observadas e cumpridas pelos atletas, árbitros, dirigentes, clubes desportivos e por todas as pessoas físicas e jurídicas sob sua jurisdição.

As normas desportivas complementares regulamentam a prática e a administração do desporto, firmando parâmetros que assegurem o cumprimento do artigo 217 da Constituição e dando outras providências.

Dentre as principais normas desportivas, destacam-se a Lei Zico – Lei nº. 8.672/1993; a Lei Pelé, ou Lei do Passe Livre – Lei nº. 9.615/1998; o Estatuto de Defesa do Torcedor – Lei nº. 10.671/2003; e o Código Brasileiro de Justiça Desportiva – Res. CNE nº. 29/2009.

2.1.1. Lei Zico – Lei nº. 8.672/93.

No Brasil, a previsão do desporto dentro de uma Carta Constitucional teve sua primeira aparição na Constituição Federal de 1988, a partir do artigo 217 já citado

anteriormente. Surge então a necessidade de uma norma regulamentadora desse dispositivo, tendo em vista sua eficácia limitada à ação de um complemento legislativo a ser aprovado pelo congresso nacional.

Nessa esteira, foi aprovada a Lei nº 8.672, de 6 de julho de 1993, a chamada Lei Zico, a partir de um projeto que visava a modernização do desporto no Brasil no tocante à sua legislação, dando maior liberdade de atuação aos clubes e possibilitando a gestão destes de maneira mais profissional e empresarial.

Esta lei também faz com que o Estado tenha uma redução drástica de interferência no esporte, passando para a iniciativa privada uma grande parte deste poder. Foi um dos avanços mais importantes da legislação esportiva, como também o gerenciamento do esporte através de empresas, conforme disciplinava o artigo 11. Facultou às entidades de prática e às entidades federais de administração de modalidade profissional, manter a gestão de suas atividades sob a responsabilidade de sociedade com fins lucrativos, desde que adotada uma das seguintes formas: Transformar-se em sociedade comercial com finalidade desportiva; Constituir sociedade comercial com finalidade desportiva, controlando a maioria de seu capital com direito a voto; Contratar sociedade comercial para gerir suas atividades desportivas. Em seu parágrafo único, previu que as entidades a que se referia este artigo não poderiam utilizar seus bens patrimoniais, desportivos ou sociais para integralizar sua parcela de capital ou oferecê-los como garantia, salvo com a concordância da maioria absoluta na assembleia geral dos associados e na conformidade dos respectivos estatutos (BRASIL, 1993).

Silva (2008 *apud* Tubino, 2002) coloca que esta perspectiva leva o Brasil a um novo modelo de gerência esportiva em todos os níveis de atuação.

2.1.2. Lei Pelé – Lei nº. 9.615/98.

Revogando a Lei Zico, a Lei Pelé foi publicada em 24 de março de 1998, fruto da iniciativa do então ministro dos esportes, Edson Arantes do Nascimento, diante das necessidades que exigiam, na época, algumas modificações que viessem aperfeiçoar alguns caminhos no esporte. Uma das maiores novidades desta lei foi a extinção do passe do jogador de futebol, que passou a dar uma maior autonomia a esses atletas, os quais passaram a ter uma maior liberdade de trabalho perante os clubes que atuam.

O estatuto jurídico em epígrafe, em seu artigo primeiro, dispõe que o desporto brasileiro abrange práticas formais e não formais e obedece às normas gerais desta lei, inspirado nos fundamentos constitucionais do Estado democrático de direito (BRASIL, 1998).

Acerca do enquadramento do termo desporto, especificamente segundo sua natureza e finalidades, este poderá ser identificado em qualquer uma das práticas inseridas no artigo 3º⁴ da Lei em comento, quais sejam, o desporto educacional, desporto de participação, desporto de rendimento, e desporto de formação (BRASIL, 1998).

2.1.3. Código de Defesa do Consumidor – Lei nº. 8.078/90.

A Lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990, surge no arcabouço legislativo brasileiro com o objetivo de dispor sobre a proteção do consumidor como parte mais vulnerável, regulamentando as relações de consumo (BRASIL, 1990).

De acordo com o artigo primeiro, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Segundo o mesmo dispositivo, em seu parágrafo único, equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (BRASIL, 1990).

Acerca do conceito de fornecedor, fundamental para que haja uma melhor compreensão da atuação dos clubes desportivos na organização de eventos desportivos, o diploma legal estabelece em seu artigo terceiro que fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou

⁴ Art. 3º O desporto pode ser reconhecido em qualquer das seguintes manifestações: I – desporto educacional, praticado nos sistemas de ensino e em formas assistemáticas de educação, evitando-se a seletividade, a hipercompetitividade de seus praticantes, com a finalidade de alcançar o desenvolvimento integral do indivíduo e a sua formação para o exercício da cidadania e a prática do lazer; II – desporto de participação, de modo voluntário, compreendendo as modalidades desportivas praticadas com a finalidade de contribuir para a integração dos praticantes na plenitude da vida social, na promoção da saúde e educação e na preservação do meio ambiente; III – desporto de rendimento, praticado segundo normas gerais desta Lei e regras de prática desportiva, nacionais e internacionais, com a finalidade de obter resultados e integrar pessoas e comunidades do País e estas com as de outras nações; IV – desporto de formação, caracterizado pelo fomento e aquisição inicial dos conhecimentos desportivos que garantam competência técnica na intervenção desportiva, com o objetivo de promover o aperfeiçoamento qualitativo e quantitativo da prática desportiva em termos recreativos, competitivos ou de alta competição.

comercialização de produtos ou prestação de serviços. Em seu parágrafo primeiro complementa estabelecendo conceitualmente que produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. Bem como em seu parágrafo segundo termina ao dizer que serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (BRASIL, 1990).

Considerando os conceitos trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor, é possível estabelecer conexões com a relação entre os espetáculos desportivos fornecidos pelas entidades desportivas e os expectadores pagantes, tratando-se dessa forma de uma relação consumerista, e como tal, sujeita às determinações dos dispositivos da lei em tela. Tal relação será melhor detalhada nos comentários acerca do Estatuto de Defesa do Torcedor, que veremos adiante, uma vez que, em seu artigo terceiro, equipara como fornecedor os clubes responsáveis pela organização dos eventos desportivos (BRASIL, 2003).

2.1.4. Estatuto de Defesa do Torcedor – Lei nº. 10.671/03.

A Lei conhecida como estatuto de defesa do torcedor foi sancionada em 15 de maio de 2003, contendo entre suas disposições diversas regras de proteção ao torcedor nos eventos de práticas esportivas. O estatuto confere ampla normatização acerca dos espetáculos esportivos, buscando preservar os direitos e a segurança dos torcedores dentro dos locais de práticas e abrange toda a logística desses eventos, servindo como espécie de código de defesa do consumidor, específico para os torcedores. Apesar da norma em referência instituir regras acerca dos eventos desportivos de modo geral, confere um especial foco no futebol, em razão de ser considerada a modalidade mais popular no país, com alcance de milhões de torcedores em todas as regiões do Brasil.

Conforme o artigo segundo da lei em comento, é caracterizado como torcedor a pessoa que aprecia, apoia ou se associa a qualquer entidade brasileira de prática desportiva. Desse modo, qualquer cidadão individualmente, e desde que se enquadre nessas características mencionadas, será considerado como um torcedor, e isso independe de qualquer participação e/ou registro nas chamadas torcidas organizadas do mesmo clube a que manifeste apoio (BRASIL, 2003).

Nesse diapasão, ponto relevante para que possamos compreender todas as questões que envolvam o torcedor e suas relações com o clube ou até mesmo com a própria lei e sua eventual aplicação, é o conceito de torcida organizada que traz o Estatuto de Defesa do Torcedor. Em seu artigo 2º-A, a lei define as torcidas organizadas como pessoas jurídicas de direito privado, e como tal, também é considerada torcedor dentro do mesmo conceito geral retratado. Inobstante ser a torcida organizada pessoa jurídica, esta não tem relação de vínculo jurídico com o clube a que manifeste apoio, sendo personalidade individual e respondendo também individualmente por eventuais ilícitos que venha a cometer enquanto torcedor pessoa jurídica dentro e fora das praças de esporte (BRASIL, 2003).

Em que pese as inúmeras regras de defesa e proteção dos torcedores, a Lei 10.671/03 traz igualmente regras de comportamento para o seu público-alvo. São normas que zelam pela manutenção da segurança dentro dos locais onde são praticados os eventos. Tais normas constituem verdadeiros deveres para o torcedor.

Considerando o objeto do presente estudo, será conferido destaque específico à análise dos incisos IV e V do artigo 13-A⁵ do referido Estatuto, na medida em que trazem resposta do Estado aos atos discriminatórios perpetrados pelas torcidas organizadas ou torcedores individualmente. Tais atos geralmente são tornados públicos pela mídia esportiva e imprensa em geral com certa frequência, onde quase sempre vê-se atletas sendo vítimas, mas são igualmente hostilizados membros de comissões de arbitragem e até os próprios torcedores quando ocupam o lado oposto do recinto esportivo, por apoiarem o clube adversário.

O trecho normativo inserto no inciso quarto, aduz acerca da proibição do porte ou ostentação de cartazes, bandeiras, símbolos ou outros sinais com mensagens ofensivas, inclusive de caráter racista ou xenófobo. Com certa frequência se registra imagens de agressores imitando gestual de primatas ou lançando cascas de banana. No inciso quinto, a norma disciplina a proibição dos cânticos discriminatórios, racistas ou xenófobos. Nesse último caso, tratam-se de mensagens que comumente são proferidas pelas torcidas organizadas e que tem sido frequentemente registradas

⁵ Art. 13-A. São condições de acesso e permanência do torcedor no recinto esportivo, sem prejuízo de outras condições previstas em lei: (...) IV – não portar ou ostentar cartazes, bandeiras, símbolos ou outros sinais com mensagens ofensivas, inclusive de caráter racista ou xenófobo; V – não entoar cânticos discriminatórios, racistas ou xenófobos. (...) Parágrafo único. O não cumprimento das condições estabelecidas neste artigo implicará a impossibilidade de ingresso do torcedor ao recinto esportivo, ou, se for o caso, o seu afastamento imediato do recinto, sem prejuízo de outras sanções administrativas, civis ou penais eventualmente cabíveis.

com uma ênfase homofóbica.

Em todos esses casos, o Estatuto do torcedor prevê punições para os que cometem atos de discriminação, conforme parágrafo único do artigo 13-A. Estabelece que o não cumprimento dessas disposições implicará na impossibilidade de ingresso do torcedor no recinto esportivo, ou conforme o caso, em sua imediata retirada, sem prejuízo de eventuais sanções administrativas, civis e penais cabíveis.

Não se traduz, a Lei em questão, na única norma que prevê penalidades aos que promovem a discriminação dentro dos espetáculos desportivos, mas como veremos adiante, o Código Brasileiro de Justiça Desportiva traz igualmente a previsão da ilicitude dessas práticas com suas respectivas penalidades.

2.1.5. Código Brasileiro de Justiça Desportiva – Res. CNE nº. 29/2009.

Aprovado pelo Conselho Nacional do Esporte, através da Resolução CNE Nº 1, de 23 de dezembro de 2003⁶, se situa o Código Brasileiro de Justiça Desportiva, ao qual se submetem todas as competições desportivas promovidas por entidades integrantes do Sistema Nacional do Esporte (BRASIL, 2009).

Com a criação de tal conjunto de regras, em acordo com a Lei Pelé, qualquer evento esportivo deverá estar sob seus parâmetros de atuação e subjugados às suas determinações. Tudo isso vêm dar ao esporte e aos seus praticantes uma nova fase, mais organizada e com mais estrutura e poder de administração e justiça, que serão de significativa importância em seu crescimento e aperfeiçoamento dentro da sociedade organizada, que resultarão ao final em um objetivo de melhora alcançado.

O Código Brasileiro de Justiça Desportiva dispõe, em sua constituição, de diretrizes que servem de parâmetros para a atuação da Justiça Desportiva em suas atribuições. Inclusive, prevê dentre suas normas a aplicação de penalidade para ilícitos relacionados com atitudes discriminatórias, detalhadamente analisada em outro capítulo.

2.2. JUSTIÇA DESPORTIVA: CRIAÇÃO, ORGANIZAÇÃO E COMPETÊNCIA

Cuida-se de um ramo qualificado de jurisdição concernente ao desporto

⁶ Reformado pela Resolução CNE nº 29, de 10.12.2009.

brasileiro, previsto na Constituição da República e regulamentado por Leis especiais relacionadas ao desporto.

De acordo com o artigo 217 de nossa Carta Magna, em seu parágrafo primeiro, o Poder Judiciário somente deve admitir ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva (BRASIL, 1988).

A Lei Pelé determina que a Justiça Desportiva regular-se-á atendendo as disposições previstas neste diploma legal, sendo sua estruturação, funcionamento e respectivas atribuições restritas ao processo e julgamento das infrações disciplinares e às competições desportivas, que serão definidas em códigos desportivos, conferindo faculdade às ligas, como entes administrativos, para constituírem seus próprios órgãos judicantes desportivos, com atuação limitada às suas competições. Já deliberando sobre os órgãos de justiça desportiva, preceitua que caberá às entidades de administração do desporto promover o custeio do funcionamento dos órgãos judicantes que funcionem junto a si (BRASIL, 1998).

Diante dos textos expressos na Lei Pelé, vemos que a Justiça Desportiva, já anteriormente citada nas linhas da Constituição da República, recebe ampla regulamentação, sendo definida suas atribuições e funcionamento pelo Código Brasileiro de Justiça Desportiva. A partir desse contexto, encontra-se fundamentada a Justiça dentro do desporto nacional.

Os órgãos que compõem as diferentes instâncias da Justiça Desportiva são autônomos e independentes dos entes que administram o desporto dentro de cada federação ou confederação, apesar de serem custeados por estes. Constituem-se do Superior Tribunal de Justiça Desportiva, funcionando junto às entidades nacionais de administração do desporto; dos Tribunais de Justiça Desportiva, funcionando junto às entidades regionais da administração do desporto; e das Comissões Disciplinares, com competência para processar e julgar as questões previstas nos Códigos de Justiça Desportiva, sempre assegurados a ampla defesa e o contraditório (BRASIL, 1998).

Os diferentes órgãos da Justiça Desportiva, definidos pelas suas diversas instâncias, são completamente independentes para julgar decisões sobre qualquer pessoa física e jurídica como já citado anteriormente. Embora a Justiça Desportiva seja provida pelos órgãos de administração do desporto, nada tem de subjugação ou

dependência em suas atribuições. Até porque a Justiça Desportiva, em cumprimento às suas já citadas atribuições, poderá vir a julgar e apenar o próprio órgão de administração ou qualquer de seus componentes em mandato (SCHMITT, 2006).

O Superior Tribunal de Justiça Desportiva – STJD e os Tribunais de Justiça Desportiva – TJD, compõem-se de nove membros, denominados auditores, sendo: dois indicados pela Entidade Nacional de Administração de desporto; dois indicados pelas entidades de prática desportiva que participem de competições oficiais da divisão principal; dois advogados, indicados pela Ordem dos Advogados do Brasil; um representante dos árbitros, indicado pelo seu órgão de classe; dois representantes dos atletas, indicados pelos seus órgãos de classe (BRASIL, 1998).

Conforme ainda estabelece a Lei 9.615/98, em seu art. 55, § 4º, os membros indicados para a composição dos retromencionados tribunais de justiça desportiva, poderão ser bacharéis em direito ou pessoas de notório saber jurídico, e de conduta ilibada (BRASIL, 1998).

Junto ao Superior Tribunal de Justiça Desportiva, para apreciação de questões envolvendo competições interestaduais ou nacionais, e junto aos Tribunais de Justiça Desportiva, funcionarão tantas Comissões Disciplinares quantas se fizerem necessárias, compostas cada qual de cinco auditores que não pertençam aos referidos órgãos judicantes mas que por estes sejam indicados (BRASIL, 1998).

A Comissão Disciplinar de Justiça Desportiva poderá ser caracterizada como sendo a primeira instância da Justiça Desportiva, cabendo-lhe o julgamento em procedimento sumário. Não sendo satisfatória a decisão para as partes envolvidas, estas poderão recorrer ao respectivo Tribunal de Justiça Desportiva, observando-se que o Superior Tribunal de Justiça Desportiva se constitui na última instância da Justiça Desportiva. Convém ainda ressaltar que os tribunais plenos, além do julgamento de recursos, julgam também, de forma ordinária, os processos especiais, tais quais, os mandados de garantia, os inquéritos, as impugnações de partida, os casos de doping, as eliminações e outros da mesma espécie (SION, 2004).

Os órgãos da Justiça Desportiva, nos limites da jurisdição territorial de cada entidade de administração do desporto e da respectiva modalidade, têm competência para processar e julgar matérias referentes a infrações disciplinares e competições desportivas, praticadas por pessoas físicas ou jurídicas (BRASIL, 2009).

Perry (*apud* Maldonado, 2004, p.35), ao comentar artigo análogo, preleciona:

O simples associado de uma entidade de prática desportiva (Clube ou Associação) pode ser julgado e apenado por órgãos da Justiça Desportiva, desde que, a punição seja prevista no Código Desportivo e não o prive de seus direitos.

Ainda cabe à Justiça Desportiva, além do que já foi citado, cuidar para que as regras impostas pelo Código de Justiça Desportiva sejam bem observadas e cumpridas pelos atletas, árbitros, dirigentes e clubes desportivos.

3. DISCRIMINAÇÃO NO DESPORTO BRASILEIRO

Discriminação é a capacidade de discriminar ou distinguir; É o ato de segregar ou de não aceitar uma pessoa ou um grupo de pessoas por conta da cor da pele, do sexo, da idade, credo religioso, trabalho, convicção política etc; Possui definição jurídica de ato contrário ao princípio de igualdade (DISCRIMINAÇÃO,2022).

No ordenamento jurídico pátrio o tema da discriminação recebe tratamento através do Diploma Constitucional de 1988, tornando crime a prática de comportamento discriminatório em razão da cor da pele, entre outras formas. A partir do exame dos princípios e regras constitucionais e das normas legais regulamentadoras pertinentes, pode-se extrair uma análise jurídica acurada acerca da matéria no direito brasileiro, realçando, sobretudo, o grau de importância que o legislador constituinte quis conferir ao objeto do estudo em questão, deixando assente em nosso instrumento normativo uma materialidade, como um atributo da relação jurídica, formada a partir desse direito material. Faz, por conseguinte, prova de uma realidade ontológica fática, consumada no plano das relações sociais.

Preliminarmente, considerando o exposto no regramento constitucional, a República Federativa do Brasil conserva como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Esse importante princípio, esculpido no artigo primeiro, significa, segundo esclarece Rabenhorst (2001), que em si encerra, sobretudo, uma natureza moral, pois se caracteriza por valorar o ser humano em função de sua posição superior, ocupada na escala de valores dos seres vivos. Destarte, dizer que o ser humano possui uma dignidade significa, em uma última instância, atribuí-lo com a qualidade do que é insubstituível, sendo portanto possuidor de um valor absoluto no mundo. Essa posição, deve colocar o ser humano numa posição de protagonista da própria vida e de modo especial partícipe ativo da sociedade em que seja

contemporâneo.

De acordo com Sarlet (2012, p. 73):

(...) temos por dignidade da pessoa humana a qualidade própria e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da sociedade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos (o homem tem direito a ter direitos) e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de modo degradante e desumano, como venham a lhe garantir uma existência digna – de humanidade – das mínimas condições existenciais para uma vida saudável (saúde, previdência, assistência, moradia, educação, etc.), além de lhe propiciar e promover a sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (sócios sociais), mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Dando continuidade ao estabelecido pelo constituinte no tocante a matéria objeto desse estudo, observamos o regramento assentado no artigo terceiro⁷ da Lei Fundamental, que determina entre os objetivos da República Federativa do Brasil, a diligência em promover o bem de todos, primando por uma sociedade livre de preconceitos de origem étnica, de raça, gênero, cor, religião, orientação afetiva ou qualquer outro modo de discriminação (BRASIL, 1988). Ao cumprimento dessa observância, esculpida como um dos objetivos fundamentais da República, significaria dizer que o Estado Brasileiro não promoverá ações em sentido de dissonância com o que está submetido, que possam sujeitar a sociedade a alguma forma de tratamento sem a devida isonomia entre seus concidadãos. Mas, pelo contrário, se pautará pela liberdade de seu povo e fomentará a promoção da igualdade no tratamento das atribuições constitucionais dos diferentes entes federativos, livre de qualquer forma de distinção, a não ser daquelas previstas no próprio corpo normativo constitucional.

Em suas relações com a comunidade internacional, o Brasil, conforme determina o art. 4º da Constituição Brasileira, norteia-se pelo princípio do repúdio ao racismo. Deixando assente que o país não se coadunará com qualquer forma de discriminação de raça ainda que seja protagonizado por outros Estados soberanos. Essa postura do Estado Brasileiro, tendo como fundamento a regra constitucional ora em análise, advém de uma compreensão internacional acerca dos Direitos Humanos, que ganhou contornos a partir do pós segunda guerra mundial, dentro do contexto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que delineou a proteção universal dos

⁷ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

direitos humanos básicos e foi adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. O Brasil é igualmente signatário do Pacto de São José da Costa Rica, conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos, publicado em 22 de novembro de 1969. É apresentado como um marco político e normativo na proteção, no respeito e na promoção dos Direitos Humanos, especialmente, nas Américas. Dentre os inúmeros direitos humanos assentes no texto, a convenção proíbe a escravidão e a servidão humana, trata das garantias judiciais, da liberdade de consciência e religião, de pensamento e expressão, bem como da liberdade de associação e da proteção a família. Especialmente, em virtude do objeto do presente estudo, destacamos o conteúdo do artigo 24, que trata da igualdade perante a lei, deixando assente que todas as pessoas são iguais, tendo direito à proteção do Estado, sem qualquer distinção ou discriminação. Em seu preâmbulo, reconhece que os direitos fundamentais do ser humano não são corolários do direito de um Estado em específico, mas decorrem dos atributos da pessoa humana. Fundamenta, portanto, a necessidade de uma proteção internacional, complementar ao direito nacional dos Estados soberanos (BRASIL, 1992).

Nessa esteira, assevera Comparato (2015, p. 269):

Os direitos humanos não existem, no plano internacional, apenas e tão somente quando os Estados resolvem reconhecê-los por meio de tratados ou convenções. Pela sua própria natureza, nunca é demais repetir, trata-se de direitos inerentes à própria condição humana, e que, por isso mesmo, não dependem do assentimento estatal para ser exigidos. Todos os homens, proclama o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Não são os Estados que lhes conferem esses atributos.

Considerando o direito interno pátrio, ainda como um princípio fundamental deste, esculpido no artigo 5º da Carta Maior, também encontra assento o direito à igualdade, deixando cristalino o fato de que todos são iguais perante a lei nacional sem distinção de qualquer natureza. Em seu inciso XLII, o mencionado texto constitucional reza que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (BRASIL, 1988). Com o objetivo de regulamentar o disposto no trecho normativo constitucional aludido, de eficácia limitada, foi sancionada a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, definindo os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor e determinando a respectiva cominação legal para os casos de transgressão da norma. A Lei prevê penas que podem chegar até cinco anos

de reclusão. Dentre os crimes tipificados pela lei, mencionamos aquele inserto no artigo 9º, qual seja, o ato de impedir o acesso ou recusar atendimento em estabelecimentos esportivos, casas de diversões, ou clubes sociais abertos ao público. Para este tipo penal, está prevista uma penalidade de reclusão que varia de um a três anos. Em seu artigo 20, a norma ainda traz a mesma previsão de pena de reclusão de um a três anos e multa, desta vez para a prática, indução ou incitação à discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (BRASIL, 1989).

O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, conhecido como Código Penal, trouxe, igualmente ao diploma legal comentado anteriormente, previsão para o crime de racismo, destacando-se o artigo 140, onde determina que o ato de injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, decorrerá em um processo de penalidade de detenção, de um a seis meses, ou multa. Em seu parágrafo terceiro, o artigo em comento, traz uma qualificadora para os casos em que a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, sofrendo o transgressor, nessas circunstâncias, uma pena de reclusão, que vai de um a três anos e multa (BRASIL, 1940).

Foi publicada ainda a Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997, trazendo uma atualização aos citados artigos da Lei 7.716/1989 e acrescentando parágrafo ao artigo 140 do Código Penal.

Conforme dados dos Relatórios Anuais da Discriminação Racial no Futebol, compreendidos entre os anos de 2014 a 2021, ao menos 708 casos de discriminação racial, LGBTfobia, machismo e xenofobia foram monitorados no Brasil e no exterior. Esses registros envolvem atletas, árbitros, funcionários de clubes, membros da imprensa e torcedores de diferentes modalidades desportivas, vitimados por alguma forma de discriminação.

Esses dados constam de pesquisa realizada pelo Observatório da Discriminação Racial no Futebol em parceria com a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sendo esse o esporte com o maior índice de incidentes que envolvem alguma forma de discriminação, participando com 610 ocorrências, quase noventa por cento dos casos denunciados no Brasil e exterior.

Os dados dos Relatórios Anuais da Discriminação Racial no Futebol ainda

revelam que 533 casos de discriminação foram detectados no futebol brasileiro, sendo a maior parte deles, 341 ocorrências, relativas à discriminação racial. Destas, cerca de 232 foram cometidas por torcedores dentro dos espaços reservados ao esporte, como estádios e praças de futebol.

Quanto ao processamento e julgamento desses casos na Justiça Desportiva, envolvendo torcedores acusados de discriminação dentro dos estádios, foi observado uma responsabilização solidária do clube, com resultado de punição em conjunto com o torcedor, em somente 4 processos.

Com relação a participação da Justiça Comum, o Relatório de 2021 aponta que em 18 casos foram encontradas informações acerca de registro de Boletim de Ocorrência. Acerca desses números apresentados pelo mencionado relatório de discriminação racial, não foi possível verificar os desdobramentos dos casos.

Diante desse desfavorável cenário para o esporte e em particular para o mundo do futebol, que foram idealizados pelo legislador constituinte para servir como política de inclusão e de participação cidadã, necessário se faz adotar medidas de prevenção dessas manifestações e outras de caráter repressivo, conforme o caso, para coibir esses comportamentos inaceitáveis, contrários aos objetivos do esporte.

4. FUNDAMENTOS QUE AUTORIZAM A PUNIÇÃO DE UM CLUBE DESPORTIVO POR ATOS DISCRIMINATÓRIOS PRATICADOS POR SEUS TORCEDORES

4.1. DA RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

Reformado através da Resolução CNE nº 29 de 10 de dezembro de 2009, pelo Conselho Nacional do Esporte sob o comando do Ministério do Esporte, o Código Brasileiro de Justiça Desportiva – CBJD traz importantes regramentos no sentido de dar o devido respaldo às diferentes instâncias da Justiça Desportiva no julgamento dos episódios que envolvem os atos de discriminação dentro dos espetáculos desportivos. Intenciona viabilizar os meios de prevenção e em casos mais graves a repressão desses comportamentos nefastos para a sociedade e para o esporte.

Importante questão levantada pelo criador do Observatório da Discriminação Racial, em entrevista concedida à Agência Brasil, consiste no fato de que há registros de casos em que o infrator é devidamente penalizado, entretanto o clube ao qual tem

ligação é absolvido, quando deveria responder solidariamente, segundo inteligência do artigo 243-G⁸ do CBJD e parágrafos (BOND, 2018).

O referido código, tipifica no caput do artigo 243-G, que a prática de ato discriminatório, desdenhoso ou ultrajante, que tenha relação com atos e comportamentos, tendo como pano de fundo um preconceito contra pessoas de determinada origem étnica, raça, sexo, cor, idade, condição de pessoa idosa ou mesmo pessoas com necessidades especiais, uma vez julgada e comprovada a ocorrência da infração contemplada neste dispositivo, será submetida a uma penalidade de suspensão de cinco a dez partidas, se praticada por atleta, ainda que suplente, treinador, médico ou qualquer outro membro da respectiva comissão técnica. Paralelamente, traz previsão, para qualquer outra pessoa natural submetida ao mesmo código, uma suspensão pelo prazo de cento e vinte a trezentos e sessenta dias além da aplicação de uma multa, cujos valores detalharemos nos comentários seguintes, relativos ao parágrafo segundo do citado artigo, por trazer menção direta aos torcedores.

No tocante aos atos de discriminação perpetrados por torcedor individualmente ou pela chamada torcida organizada, o clube desportivo deve ser responsabilizado solidariamente quando esses atos são praticados por seus apoiadores, à luz do que determina o artigo 243-G, § 2º⁹, do CBJD. A entidade de prática desportiva cuja torcida praticar os atos discriminatórios sofrerá multa, e os torcedores identificados ficarão proibidos de ingressar na respectiva praça esportiva pelo prazo mínimo de setecentos e vinte dias (BRASIL, 2003).

Com relação às penas aplicadas solidariamente aos clubes desportivos, o dispositivo 243-G do CBJD, em seu parágrafo segundo, faz menção à punição com a pena de multa nos moldes estabelecidos no caput, que vai de R\$ 100,00 (cem reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Estabelece ainda o supracitado artigo, de acordo com seu parágrafo terceiro, que quando a infração for considerada de extrema gravidade, o órgão judicante

⁸ Art. 243-G. Praticar ato discriminatório, desdenhoso ou ultrajante, relacionado a preconceito em razão de origem étnica, raça, sexo, cor, idade, condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: PENA: suspensão de cinco a dez partidas, se praticada por atleta, mesmo se suplente, treinador, médico ou membro da comissão técnica, e suspensão pelo prazo de cento e vinte a trezentos e sessenta dias, se praticada por qualquer outra pessoa natural submetida a este Código, além de multa, de R\$ 100,00 (cem reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

⁹ § 2º A pena de multa prevista neste artigo poderá ser aplicada à entidade de prática desportiva cuja torcida praticar os atos discriminatórios nele tipificados, e os torcedores identificados ficarão proibidos de ingressar na respectiva praça esportiva pelo prazo mínimo de setecentos e vinte dias.

poderá aplicar as penas dos incisos V, VII e XI do art. 170 (BRASIL, 2003).

Quanto ao artigo 170, este prevê que nos casos de infrações gravíssimas a Justiça Desportiva poderá aplicar seus referenciados incisos, inobstante as penas dos parágrafos anteriores. Tais penalidades inseridas nesses dispositivos tratam respectivamente da perda de pontos, perda de mando de campo e a mais gravosa delas, a eliminação do clube desportivo do campeonato (BRASIL, 2003).

Dessa forma, considerando os dispositivos estudados, estamos diante dos fundamentos jurídicos para o correto enquadramento e punição solidária das entidades desportivas no âmbito administrativo, como exemplo os clubes de futebol, por atos de discriminação praticados por torcedores individualmente ou mesmo por torcidas organizadas, onde o alcance dos ilícitos tomam maiores proporções.

No intuito de dar dinamismo ao estudo das penalidades inseridas no Código Brasileiro de Justiça Desportiva no tocante aos atos de discriminação eventualmente praticados e observar quais as medidas a serem corretamente aplicadas pelo órgão judicante da Justiça Desportiva, nos valem de um caso já devidamente julgado e de grande repercussão dentro do universo do futebol mas também com grande veiculação por parte da grande mídia esportiva e imprensa nacional e internacional. Trata-se do episódio envolvendo a exclusão do clube de futebol gaúcho, Grêmio Football Porto Alegrense, da Copa do Brasil do ano de 2014.

O caso em análise refere-se a uma partida de futebol realizada na data de 28 de agosto de 2014 em Porto Alegre, estando os clubes disputando a fase de oitavas de final da competição. A partida se realizou no estádio denominado Arena do Grêmio. Conforme divulgação de material jornalístico publicado em 03 de setembro de 2014, pela assessoria de imprensa do Superior Tribunal de Justiça Desportiva – STJD, o clube gaúcho foi excluído da Copa do Brasil por causa de injúrias raciais proferidas por seus torcedores contra o goleiro do time adversário, o Santos Futebol Clube. No contexto em análise, cinco torcedores do Grêmio foram flagrados pelas câmeras que transmitiam as imagens do jogo, proferindo insultos racistas contra o atleta.

Para o representante da Procuradoria, ficou evidente que houve infração. As injúrias foram proferidas em flagrante por uma quantidade considerável de torcedores do Grêmio. A acusação fundou-se no artigo 243-G e o Promotor sustentou que o ato racista foi perpetrado não somente por um torcedor individualmente, mas, simultaneamente por uma quantidade considerável de torcedores, conforme

disciplina o parágrafo primeiro do artigo referenciado, sujeitando o clube denunciado às penalidades deste. Ademais, mostrou imagens de vídeo da partida posterior entre Grêmio e Bahia, onde a torcida realiza cantos de cunho racista. Assim, entende que o clube Gaúcho deve ser punido.

Na ocasião foi aplicada a penalidade de eliminação (art. 243-G, §§ 2º e 3º c/ c art. 170, XI do CBJD), tendo em vista a compreensão dos julgadores acerca da existência de fato considerado extremamente grave, conforme prevê o artigo em referência. Além dessa pena e cumulativamente a ela, foi imposta ao clube uma penalidade de multa no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a título de punição quanto a infração de discriminação.

Esse fato foi noticiado como sendo o que gerou maior punição a um clube de futebol, com a penalidade de exclusão. Embora haja registros de outros casos posteriores a esse que envolvem prática de discriminação por torcedores, não há notícias de outros julgamentos que tenham aplicado aos clubes apoiados pela torcida infratora a penalidade correspondente ao inciso XI do artigo 170 do Código Brasileiro de Justiça Desportiva, qual seja, a pena de eliminação do campeonato.

Em artigo publicado por Medeiros (2020, p. 15) acerca do caso em questão, o estudo aponta para a conclusão de que:

(...) após a decisão em relação ao Grêmio Foot-Ball Porto Alegrense, ocorreram outros episódios envolvendo racismo em estádio de futebol. O Observatório da Discriminação Racial no Futebol possui dados sobre casos envolvendo racismo e injúria racial e, no ano de 2014, o caso envolvendo o goleiro do Santos na Arena do Grêmio foi o 17º registrado a um atleta brasileiro, porém nenhum dos outros clubes de futebol sofreu uma punição como o Grêmio Foot-Ball Porto Alegrense, de ser expulso da competição.

Dessa forma, diante das informações acerca do famigerado episódio que envolveu o clube gaúcho, pode-se então determinar que a entidade de prática desportiva foi denunciada, julgada e condenada de acordo com as diretrizes das normas insertas no código de justiça desportiva, traduzindo-se em verdadeira responsabilização administrativa.

Importa ainda destacar que os julgamentos que ocorrem no âmbito da Justiça Desportiva, portanto dentro da esfera administrativa do esporte, não afastam a necessária observância dos princípios constitucionais do devido processo legal, desde a sua denúncia, respeitando-se a ampla defesa e o contraditório. Estes princípios devem ser observados independentemente de ser uma instância administrativa, pois

sua abrangência ultrapassa a esfera judicial. No caso em discussão, a assessoria de imprensa do STJD, faz menção à participação efetiva dos procuradores do clube, patrocinando a defesa da entidade frente ao representante da procuradoria e sob a presidência do órgão judicante máximo da Justiça Desportiva. Tal julgamento, vale dizer, não afastará eventual apreciação do Poder Judiciário.

4.2. DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

De acordo com Venosa (2021), O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar.

“A responsabilidade civil se assenta, segundo a teoria clássica, em três pressupostos: um dano, a culpa do autor do dano e a relação de causalidade entre o fato culposos e o mesmo dano” (GONÇALVES, 2022, p. 26).

Considerando ainda os termos acerca do significado e utilização prelecionados pela doutrina, a responsabilidade civil é um instituto jurídico, de direito civil, que objetiva a recuperação de um estado anterior ao dano causado, buscando em última instância compensar o indivíduo prejudicado.

Nesse diapasão, se faz necessário, em consequência, analisar os elementos institutivos da responsabilidade civil, a partir da relação entre torcedor, pessoa física ou jurídica, esta última nos casos que envolvam a participação das torcidas organizadas, com a entidade responsável pela organização do evento desportivo.

Conforme já buscamos dar os contornos gerais acerca da relação supramencionada, fundamental estabelecer de imediato, para uma melhor compreensão do estudo, que tal relação se caracteriza como sendo do tipo consumerista, tendo em vista que esta se desenvolve dentro de um contexto que envolve um contrato de consumo entre o torcedor pagante e o clube organizador de um evento desportivo aberto ao público.

Em consonância com esse argumento supra e sendo, origem e fonte deste, o artigo 3º¹⁰ do Estatuto de Defesa do Torcedor estabelece que a entidade responsável

¹⁰ Art. 3º. Para todos os efeitos legais, equiparam-se a fornecedor, nos termos da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, a entidade responsável pela organização da competição, bem como a entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo.

pela organização da competição, bem como a entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo, equiparam-se a fornecedor, nos termos do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2003).

Nessa esteira, temos uma definição que nos leva a uma conclusão acerca do tipo de responsabilidade que se enquadraria ao contexto que se estabelece para os clubes, qual seja, uma responsabilidade do tipo objetiva, conceito que igualmente decorre dos fundamentos trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor, responsável por disciplinar as relações de consumo dentro da sociedade brasileira.

Em compasso com o conceito de responsabilidade civil desenvolvido por Carlos Roberto Gonçalves (2022), passemos a analisar os três pressupostos no qual se assenta esse instituto, conforme a teoria clássica.

Acerca do primeiro pressuposto mencionado, no caso o dano, importa destacar que este se traduz num resultado desfavorável que decorre de uma ação ou omissão e desta forma, persegue-se sua reparação. Considerando esse pressuposto em estudo, nos episódios em que se cometer ilícitos, por parte de torcedores individualmente ou no seu coletivo, deve-se, além de buscar uma imediata identificação dos responsáveis pelas ações contrárias às normas, apurar os eventuais casos de omissão por parte dos organizadores e mantenedores do espetáculo esportivo.

Sobre a reparação do dano, conforme ensina Tartuze (2022, p. 461):

(...) o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor consagra como regra a responsabilidade objetiva e solidária dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços, perante os consumidores. Tal opção visa a facilitar a tutela dos direitos do consumidor em prol da reparação integral dos danos, constituindo um aspecto material do acesso à justiça. Desse modo, não tem o consumidor o ônus de comprovar a culpa dos réus nas hipóteses de vícios ou defeitos dos produtos ou serviços. Trata-se de hipótese de responsabilidade independentemente de culpa, prevista expressamente em lei, nos moldes do que preceitua a primeira parte do art. 927, parágrafo único, do Código Civil (...)

Portanto, em conformidade com o prelecionado pelo jurista, e considerando a objetividade da responsabilidade a ser apurada, torna-se estabelecida uma inequívoca prescindibilidade do instituto da culpa dentro de um processo que envolve a relação jurídico-consumerista entre torcedor e clube. Essa regra, por conseguinte, tem o condão de proteger a parte mais vulnerável, o consumidor,

desobrigando-o do ônus da prova.

Reveladora a posição da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (2008)¹¹, em julgado proferido em sede de recurso especial, onde aponta para o fato de que a atribuição da responsabilidade civil objetiva admite a existência de apenas dois elementos de fato, quais sejam, o dano e o devido nexo causal. Não suportando, conforme já esclarecido, a presença do pressuposto culpa.

Relativamente ao pressuposto do nexo causal, destacamos a lição do professor Cavalieri (2011), na qual declara que o conceito de nexo causal não pertence, de modo exclusivo, à ordem jurídica. Mas, sobretudo, é corolário das leis naturais. Representa o liame ou a relação de causa e efeito entre uma ação e o seu desfecho. Essa relação, pois, é meio para que se possa concluir se o dano foi decorrente de uma ação ou omissão por parte de um agente, determinando se o resultado é fruto do seu proceder.

Diante dos termos e conceitos trazidos à baila para fundamentar os estudos acerca da responsabilidade civil, no intuito de buscar aprofundar a compreensão das relações consumeristas que se estabelecem entre a torcida física ou jurídica e as entidades responsáveis pela prática e organização das atividades desportivas, estabelece-se portanto, como supedâneo, a primazia da responsabilidade civil do tipo objetiva, em razão do caráter de fornecedor conferido às mencionadas entidades no contrato com o público pagante que adentra suas praças de eventos.

Acerca do risco que envolve as atividades dos clubes, assevera a doutrina: “na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade de risco que lhe sirva de fundamento, risco profissional, risco proveito, risco criado, etc., o risco constitui o seu elemento preponderante” (DIREITO; FILHO, 2011, p. 91).

Importante destacar a posição do Superior Tribunal de Justiça (2021)¹², em

¹¹ **PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A NEGLIGÊNCIA DO ESTADO E O ATO ILÍCITO PRATICADO POR FORAGIDO DE INSTITUIÇÃO PRISIONAL. AUSÊNCIA.** 1. A imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito). (...).

¹² **CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. ESTATUTO DE DEFESA DO TORCEDOR. PREQUESTIONAMENTO PARCIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. OBRIGAÇÃO DA AGREMIAÇÃO MANDANTE DE ASSEGURAR A SEGURANÇA DO TORCEDOR ANTES, DURANTE E APÓS A PARTIDA. DESCUMPRIMENTO. REDUZIDO NÚMERO DE SEGURANÇAS NO LOCAL. FATO EXCLUSIVO DE TERCEIRO. INEXISTÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. JULGAMENTO: CPC/2015. (...) 5.** Em caso de falha de segurança nos estádios, as entidades responsáveis pela organização da competição, bem como seus dirigentes responderão solidariamente, independentemente da existência de culpa, pelos prejuízos causados ao torcedor (art. 19 do EDT). O art. 14 do EDT é enfático ao atribuir à entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo e a seus dirigentes a responsabilidade pela segurança do

julgado realizado em sede de Recurso Especial acerca da matéria, assentando entendimento no sentido de que em função da teoria do risco, as entidades responsáveis pela organização da competição responderão, independentemente da existência de culpa, pelos prejuízos causados ao torcedor. Contudo, é de bom alvitre esclarecer que não se trata de aplicar a teoria do risco integral aos clubes desportivos. Fundamental que se proceda uma análise casuística, considerando as peculiaridades do caso concreto e verificando se há uma correlação com a atividade prestada pelo clube.

Da exposição do Colendo Tribunal, depreende-se que não serão os clubes responsáveis por todo e qualquer ato ilícito que venha a ocorrer em função do evento esportivo, como aquelas que eventualmente ocorram fora dos estádios. Entretanto, impende destacar que em decorrência da teoria do risco-proveito da atividade comercial, o clube de esporte responderá por eventuais danos, independentemente da comprovação de dolo ou culpa. Cuida-se de teoria segundo a qual aquele que auferir lucro com a atividade causadora do dano, deverá ressarcir eventuais prejuízos que essa atividade causar (TJDFT, 2020)¹³.

O Código Civil, por intermédio dos arts. 264¹⁴ e 265¹⁵, respectivamente, dispõe, com relação ao instituto da responsabilidade solidária, que este evidencia-se pela concorrência entre credores ou devedores na mesma obrigação, sendo esta solidariedade não presumível, mas resultante do preceito legal ou decorrente da autonomia da vontade das partes (BRASIL, 2002).

Em cumprimento ao disposto no trecho normativo acima referenciado, inserto no Código Civil, que discorre não ser o instituto da solidariedade presumível

torcedor em evento esportivo. Assim, para despontar a responsabilidade da agremiação, é suficiente a comprovação do dano, da falha de segurança e do nexo de causalidade. (...) 56. Por fim, é pertinente esclarecer que não se está admitindo a aplicação da teoria do risco integral às agremiações partidárias. Vale dizer, as entidades esportivas não responderão por todo e qualquer dano ocorrido no entorno do local da partida. Será sempre necessário proceder à análise casuística, de acordo com as particularidades do caso concreto, a fim de averiguar se houve defeito de segurança e se a situação guarda relação com a atividade desempenhada pelo clube.

13 JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. CONSUMIDOR. ENVIO DE CARTÃO DE CRÉDITO NÃO SOLICITADO. ENDEREÇO DIVERSO DO CONSUMIDOR. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DA CONTRATAÇÃO. FRAUDE. FORTUITO INTERNO. NOVOS DOCUMENTOS JUNTADOS FASE RECURSAL SEM COMPROVAÇÃO DA CONTRATAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RISCO DA ATIVIDADE. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. INCLUSÃO INDEVIDA. DANO MORAL. IN RE IPSA. VALOR PROPORCIONAL E RAZOÁVEL. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (...) 8. A fraude perpetrada por terceiro não configura a culpa exclusiva para fins da exclusão da responsabilidade das prestadoras de serviço, nos termos do que dispõe o § 3.º do artigo 14 da Lei n.º 8.078/90, já que descuidaram do seu dever de zelar pela segurança de suas operações. Trata-se da aplicação da teoria do risco proveito, segundo a qual aquele que afere lucro com a atividade causadora do dano, deve, de igual forma, ressarcir eventuais prejuízos que sua atividade causar.

¹⁴ Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.

¹⁵ Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

mas resultante da lei, o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 7º, parágrafo único¹⁶, traz essa previsão para as matérias de natureza consumerista. Indica que haverá responsabilidade solidária na reparação dos danos quando a ofensa reunir mais de um agente (BRASIL, 1990).

Em vista do disposto nas normas supramencionadas, dar-se-á a solidariedade entre devedores quando concorrerem na mesma obrigação. Ora, a vítima de ato discriminatório poderá em consonância com a legislação, chamar ao processo todos os atores que deram causa ao dano, por ação ou omissão, com vistas a pleitear respectiva indenização por lesão a direito. Neste caso, a totalidade de eventual dívida, será responsabilidade de cada um individualmente em decorrência da solidariedade, independentemente dos demais litisconsortes. Essa previsão legal coloca os clubes como responsáveis na manutenção da paz e da ordem dentro dos seus estabelecimentos esportivos. Podendo, inclusive, ser eventualmente responsabilizados por omissão nos casos em que ocorrer atos ilícitos por parte de torcedores. Nesse sentido, leciona Filho (2019 *apud* MOTA, 2022, p.10): “toda ação ou omissão que gerar uma violação de norma jurídica legal ou contratual, decorrerá em uma obrigação de reparar o ato danoso.”

A Responsabilidade Solidária, portanto, poderá ser arguida nas relações que envolvam o clube e os seus torcedores. Outrossim, as torcidas organizadas poderão igualmente ser responsabilizadas em consequência de eventuais atos ilícitos praticados por seus sócios. Relativamente a essa última previsão, temos como norma de regência, o disposto no artigo 39-B¹⁷ do Estatuto de Defesa do Torcedor, preceituando que a torcida organizada responderá civilmente, de forma objetiva e solidária, pelos ilícitos que seus associados vierem a causar, na praça de esportes, em seu entorno ou mesmo nos trajetos para o evento esportivo (BRASIL, 2003).

O Estatuto de Defesa do Torcedor, tendo em vista a necessidade de imprimir maior proteção à torcida, uma vez que são considerados consumidores nos ditames da Lei 8.028/1990, confere um tratamento especial que facilita a arguição de seus direitos e os coloca em situação de igualdade com relação aos clubes desportivos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

¹⁶ Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

¹⁷ Art. 39-B. A torcida organizada responde civilmente, de forma objetiva e solidária, pelos danos causados por qualquer dos seus associados ou membros no local do evento esportivo, em suas imediações ou no trajeto de ida e volta para o evento.

Considerando os estudos realizados em torno do escopo do presente trabalho de pesquisa, pode-se constatar uma inequívoca realidade de impunidade no tocante aos atos de discriminação perpetrados no âmbito do desporto profissional brasileiro. Essa ausência de resposta do Estado e das instituições administrativas do esporte advém do fato de que as formas de controle ainda são demasiadamente precárias, deixando por vezes de identificar os torcedores praticantes dos atos ilícitos e por fim, deixando de aplicar as devidas penalidades, inclusive aos clubes.

Diante de todo o exposto acerca do instituto da responsabilidade civil e seus elementos, pode-se determinar com certa clareza os fundamentos jurídicos para o enquadramento da responsabilidade solidária dos clubes de futebol, não somente no âmbito administrativo de justiça desportiva, mas através da Justiça Comum mediante o correspondente processo a ensejar responsabilização da entidade desportiva e a devida reparação de natureza indenizatória.

No entanto, um fator preocupante conforme relato do Observatório Racial no Futebol, são as atitudes das agremiações esportivas que buscam proteger-se quando as denúncias recaem sobre sua responsabilidade, dando o devido apoio às investigações apenas se tais denúncias se referirem à torcida e ao clube adversário.

A participação dos clubes no combate ao racismo é primordial e deve ir além das homenagens ao Dia da Abolição da Escravatura e o Dia Nacional da Consciência Negra, mas devem se pautar por medidas mais eficazes, como o investimento em prevenção, através de sistemas de monitoramento que possibilitem a imediata identificação dos agressores e na parceria com as torcidas organizadas no intuito de conscientizar os torcedores. Mas, paralelamente às medidas sugeridas, devem promover ações em parceria com o poder público que reprimam os criminosos contumazes, como o banimento dos estádios e a proibição de participação nos eventos do clube e de suas torcidas organizadas.

Outrossim, impende destacar que há diversos registros onde as denúncias promovidas pelos procuradores junto aos Tribunais Desportivos, na maioria das vezes fundamentadas no teor das súmulas preenchidas pelos árbitros das partidas, não alcançam o objetivo pleno de promover a justiça de forma abrangente. Em diversos casos que chegam à fase de julgamento os processados não são punidos de forma a dar à sociedade uma resposta eficaz, tendo em vista que a condenação por vezes recai

em apenas um dos denunciados. Nesses casos, ou se pune somente o torcedor e absolve-se o clube ou de modo contrário, promove-se a punição da entidade mas deixa-se de aplicar a penalidade ao torcedor.

Diante de todo o exposto, revela-se fundamental a garantia dos direitos dos cidadãos a uma prática esportiva livre de preconceitos e propagadora de saúde física e mental. Desse modo, as ações discriminatórias e as omissões dos responsáveis devem ser disciplinadas com a maior urgência em razão dos direitos fundamentais atingidos.

REFERÊNCIAS

BOND, Letycia. Futebol concentra 90% dos casos de discriminação no esporte.

Agência Brasil, Brasília, 29 de nov. 2018. Disponível em:

<<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-11/futebol-concentra-90-dos-casos-de-discriminacao-no-esporte>>. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Portal da Legislação, Brasília, jan. 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 9 out. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Portal da Legislação, Brasília, set. 1990. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 22 set. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 10.671**, de 15 de maio de 2003. Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências. Portal da Legislação, Brasília, maio 2003.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.671.htm>. Acesso em: 17 set. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 7.716**, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Portal da Legislação, Brasília, jan. 1989. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 4 nov. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 9.459**, de 13 de maio de 1997. Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de

janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Portal da Legislação, Brasília, maio 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19459.htm>. Acesso em: 6 nov. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Portal da Legislação, Brasília, dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 5 nov. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 678**, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Portal da Legislação, Brasília, nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 8 nov. 2022.

BRASIL. **Código Brasileiro de Justiça Desportiva**. IBDD Instituto Brasileiro de Direito Desportivo. São Paulo: IOB, 2010. Disponível em: <<https://www.cbat.org.br/stjd/CBJD.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial** nº. 719.738-RS, Rel. Min. Teori Zavaski. Brasília, 16 de setembro de 2008. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/810165/inteiro-teor-12779223>>. Acesso em 11 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo nº 701**. Brasília, 21 jun. 2021. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=018218>>. Acesso em 12 out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão** 1234509, Rel. Fabrício Fontoura Bezerra. Brasília, 5 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/cdc-na-visao-do-tjdft-1/principios-do-cdc/teoria-do-risco-proveito-da-atividade>>. Acesso em: 19 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Desportiva. **Grêmio é excluído da Copa do Brasil por injúrias raciais**. Disponível em: <<https://www.stjd.org.br/noticias/gremio-e-excluido-da-copa-do-brasil-por-injurias-raciais>>. Acesso em: 11 out. 2022.

COMPARATO, Fábio. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIREITO, Carlos Alberto M.; FILHO, Sergio C. **Comentários ao Novo Código Civil** - v. XIII, 3 ed. Grupo GEN, 2011. E-book. ISBN 978-85-309-3878-9. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3878-9/>>. Acesso em: 21 out. 2022.

DISCRIMINAÇÃO. In: DICIONÁRIO online Michaelis. 23 out. 2022. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/>>

discriminação/>. Acesso em: 18 out. 2022.

GONÇALVES, Carlos R. **Responsabilidade civil**. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620056. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620056/>>. Acesso em: 24 out. 2022.

MALDONADO, R. J. **Código Brasileiro de Justiça e Disciplina Desportivas**. De acordo com a Lei Pelé. Curitiba: Juruá, 2004.

MEDEIROS, Franciely Prado. **Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade aplicados na justiça desportiva**: uma análise da exclusão do Grêmio na Copa do Brasil de 2014. Recanto Maestro: 2020. 25 f. Artigo (Graduação em Direito) – Faculdade Antonio Meneguetti, Recanto Maestro, 2020. Disponível em: <http://repositorio.faculdadeam.edu.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/680/TCC_DIR_Franciely_Medeiros_AMF_2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 13 set. 2022.

MOTA, Lucas Henrique Dantas. **A Responsabilidade dos Clubes de Futebol por atos discriminatórios praticados por seus torcedores**. Goiânia: 2022. 17 f. Artigo (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2022. Disponível em: <<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/3898/1/Lucas%20Henrique%20Dantas%20Mota.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2022.

OBSERVATÓRIO DA DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO FUTEBOL. **Relatório Anual da Discriminação Racial no Futebol**: (2014 a 2021). Disponível em: <<https://observatorioracialfutebol.com.br/observatorio/relatorios-anuais-da-discriminacao/>>. Acesso em: 15 out. 2022.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Tomo Direitos Humanos**. 1 ed. 2022. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/507/edicao-1/dignidade-humana>>. Acesso em: 1 nov. 2022.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade da pessoa humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCHMITT, P. M. **Código Brasileiro de Justiça Desportiva – Comentado**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SILVA, Diego Augusto Santos. **Evolução histórica da legislação esportiva brasileira: do Estado Novo ao século XXI**. Revista Brasileira de Educação Física,

Esporte, Lazer e Dança. Disponível em:
<http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/artigos_teses/EDUCACAO_FISICA/artigos/legislacao_esportiva.pdf>. Acesso em: 12 out. 2022.

SION, M. F. D. **Comentários sobre o Código Brasileiro de Justiça Desportiva**: com enfoque no futebol. Rio de Janeiro: Ed. Mauad, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645251. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645251/>>. Acesso em: 24out. 2022.

TUBINO, M. J. G. **500 Anos de legislação Desportiva no Brasil**: do Período Colonial aos nossos dias. São Paulo: IBRASA, 2002.

VENOSA, Sílvio de S. Direito Civil - **Obrigações e Responsabilidade Civil** - Vol. 2. Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559771523. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771523/>>. Acesso em: 24out. 2022.

**ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE SUPLEMENTAR:
UMA ANÁLISE ACERCA DOS IMPACTOS SOFRIDOS PELAS OPERADORAS
DE PLANOS DE SAÚDE E SEUS BENEFICIÁRIOS FRENTE A
PROMULGAÇÃO DA LEI Nº 14.454/22 E O JULGAMENTO DO STJ (RESP
1886929 e RESP 1889704)**

Luiza Freire Lima¹

Walber Cunha Lima²

RESUMO

O presente trabalho possui como objetivo principal desenvolver uma análise frente às divergentes interpretações dentro do poder judiciário brasileiro acerca da aplicabilidade do rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde (ANS). Nesse viés, busca-se demonstrar pelo método comparativo e pela análise de caso, os impactos sofridos por todo o setor de saúde suplementar frente ao alto índice de ações judicializadas contra essas instituições, bem como destrinchar as mais recentes posições jurisprudenciais adotadas sobre a temática pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1886929 e REsp 1889704) e a publicação da Lei nº 14.454/22. Assim, os primeiros capítulos são responsáveis por destrinchar a evolução histórica da saúde no Brasil, desde os primeiros recursos até a trajetória para a consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS) e posteriormente, os primeiros planos de assistência privada do mercado. Logo em seguida, há a delimitação dos aspectos característicos da Agência Nacional da Saúde (ANS), principalmente com relação ao referido rol de procedimentos e eventos pertinentes a ele. Por fim, a pesquisa expõe o recente entendimento do STJ sobre a problemática, além da reflexão acerca da manutenção do equilíbrio contratual entre as partes em face a nova promulgação da Lei 14.454/22 e como o setor de saúde suplementar pode vir a reagir perante as modificações trazidas.

¹ Acadêmica do 4º ano do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN. E-mail: luiza.freirel17@gmail.com

² Professor-orientador. Doutor em Ciências Sociais - UFRN. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN. E-mail: walber@unirn.edu.br.

Palavras-chave: Plano de saúde. Rol da ANS. Judiciário. Saúde.

ROL OF PROCEDURES AND EVENTS IN SUPPLEMENTARY HEALTH CARE: ANANALYSIS OF THE IMPACTS SUFFERED BY HEALTH PLAN OPERATORS AND THEIR BENEFICIARIES REGARDING THE PROMULGATION OF LAW No. 14454/22 AND THE JUDGMENT OF THE STJ (RESP 1886929 and RESP 1889704)

ABSTRACT

This paper has as its main objective to develop an analysis of the divergent interpretations within the Brazilian judiciary about the applicability of the procedure list of the National Health Agency (ANS). In this vein, we seek to demonstrate, through the comparative method and case analysis, the impacts suffered by the entire supplementary health sector due to the high rate of lawsuits filed against these institutions, as well as the most recent jurisprudential positions adopted on the theme by the Superior Court of Justice (REsp 1886929 and REsp 1889704) and the publication of Law 14454/22. Thus, the first chapters are responsible for unraveling the historical evolution of health care in Brazil, from the first resources to the trajectory for the consolidation of the Unified Health System (SUS) and later the first private assistance plans in the market. Next, there is the delimitation of the characteristic aspects of the National Health Agency (ANS), mainly in relation to the aforementioned list of procedures and events pertinent to it. Finally, the research exposes the recent understanding of the STJ on the problematic, besides the reflection on the maintenance of the contractual balance between the parties in face of the new promulgation of Law 14.454/22 and how the supplementary health sector may react in face of the modifications brought.

Keywords: Health plan. ANS role. Judiciary. Health.

1. INTRODUÇÃO

A palavra saúde deriva do latim *salus (salutis)*, que significa bem-estar, cura,

conservação da vida. Nessa perspectiva, a Organização Mundial da Saúde (OMS) entende que é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças. Não só isso, pelo ordenamento jurídico brasileiro, a saúde também se insere como um direito essencial à vida.

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) resguarda em seu artigo 6º o direito à saúde a todos os cidadãos, arrolando-o como um direito fundamental social. Atesta, ainda, em seu artigo 196, que a saúde é direito de todos, a ser garantido mediante políticas sociais e econômicas. Logo, com o advento da promulgação da carta constitucional a saúde elevou-se ao status de um direito estruturalmente assistido pelo Estado.

No cenário brasileiro, esse direito é exercido pelo Sistema Único de Saúde (SUS), que tem como propósito principal a universalização da saúde no país. Portanto, diante o elevado número de pessoas necessitadas desse serviço, o poder público passa a não comportar de forma eficiente a quantidade de demandas dos hospitais públicos, tornando o acesso a esse direito algo complexo e tardio. É nesse cenário que o mercado da Saúde Suplementar começa a crescer, quando na década de 50, as empresas passaram a usar recursos próprios para financiar seu alcance, porém desprendidos de qualquer regulamentação.

Nessa perspectiva, com o intuito de normalizar e fiscalizar a atividade prática da assistência privada, criou-se em 3 de junho de 1998 a Lei 9.656³ (BRASIL, 1998), estabelecendo normas e valores a serem seguidos por ambas as partes da relação contratual.

Por consequência, não muito tempo depois, em 28 de janeiro de 2000 criou-se a ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) através da Lei 9.961⁴ (BRASIL, 2000), com o objetivo principal de organizar e regular a atuação dessas instituições. A partir desse marco, as empresas passam a se submeter unicamente às normas reguladoras dessa instituição e dentro dessa conjuntura, o mercado de saúde privada começa a se arquitetar e ganhar maiores rumos.

Vale salientar que o crescimento desse ramo não desvirtuou o funcionamento do acesso à saúde pública do país, uma vez que a própria Carta Magna dispõe em seu artigo 199 que “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada” (BRASIL, 1988), ou

³ Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

⁴ Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências.

seja, apesar de ser competência do Estado a garantia ao seu acesso, é permitido também que as instituições privadas contribuam para tal aquisição.

Com o passar dos anos, a judicialização da saúde suplementar se tornou evidente no cenário nacional em razão principalmente do elevado número de ações ajuizadas em face dos planos de saúde. Ocorre que tanto a Lei nº 9.656/98 (BRASIL, 1998) quanto a nº 9961/00 (BRASIL, 2000) estabelecem os procedimentos obrigatórios de cobertura aos planos privados de assistência à saúde, ou seja, as cooperativas médicas devem oferecer, minimamente, cobertura para os eventos descritos no rol da ANS.

Contudo, hoje os beneficiários enfrentam dificuldades em ter seus procedimentos e tratamentos autorizados pelas operadoras, que negam seu pleito sob a justificativa de que o evento solicitado não consta no referido rol. Diante da negativa, milhares de pessoas recorrem ao judiciário visando obter a autorização do procedimento negado.

Tal fenômeno traz como consequência uma ênfase ao poder judiciário tendo em vista que atualmente levanta-se a discussão acerca da autorização ou não desses tratamentos. De um lado, há as operadoras de plano de saúde que invocam o argumento da literalidade contratual e de que o rol não contempla o pleito do usuário, enquanto do outro lado há a aplicação do direito à saúde e do princípio da dignidade da pessoa humana em face da necessidade (muitas vezes urgente e crucial) do beneficiário.

Como resultado, criou-se um cenário de forte insegurança jurídica no mercado da saúde suplementar, que busca seguir criteriosamente as normas delimitadas pela ANS, porém precisa lidar constantemente com a divergência de entendimentos do judiciário a respeito do tema, com decisões ora pró-consumidor, ora pró-beneficiário.

Dessa forma, perante o antagonismo de juízos, busca-se o equilíbrio de valores e a sustentabilidade no mercado dos planos de saúde, a fim de desenvolver a harmonia contratual e o direito a todos os agentes envolvidos na relação, respeitando o limite de suas ações.

2. O ITINERÁRIO HISTÓRICO DA SAÚDE NO BRASIL E O SURGIMENTO DOS PLANOS DE SAÚDE.

2.1. O NASCIMENTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

Tudo que existe hoje, deriva de algo que aconteceu anteriormente na história, e a saúde passou por uma série de transformações sócio-políticas enfrentadas pelo país ao longo dos anos.

Primordialmente, faz-se relevante iniciar aduzindo que de acordo com Polignano (2005, p.3) até o ano de 1500 o Brasil era carente de qualquer medida de enfoque à saúde e prevenção de enfermidades, uma vez que nossos antepassados indígenas utilizavam exclusivamente de recursos naturais como ervas e plantas para cura de doenças.

Foi somente por volta de 1800, com a vinda da Família Real que medidas mínimas de saneamento foram adotadas e desenvolvidas com o decorrer dos anos, principalmente em virtude das epidemias que atingiam a população. Foram criadas campanhas sanitárias contra tuberculose, lepra e doenças venéreas, além da criação do Departamento Nacional de Saúde em 1920. (POLIGNANO, 2005)

A promulgação da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) foi um marco na história da saúde no país uma vez que a proclamou como direito fundamental a todos juntamente com o surgimento do Sistema Único de Saúde (SUS), definido no artigo 198 da seguinte forma:

Art. 198: As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I. Descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II. Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III. Participação da comunidade

Parágrafo único - o sistema único de saúde será financiado, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Apesar de definido no corpo do texto constitucional, somente foi regulamentado na década de 90 com a Lei nº 8.080⁵ (BRASIL, 1990), criada com o intuito de propor seu modelo de organização e funcionamento.

De acordo com o professor Marcos Vinícius Polignano (2001, p.22), a

⁵ Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

concepção do SUS estava baseado na formulação de um modelo de saúde voltado para as necessidades da população, procurando resgatar o compromisso do estado para com o bem-estar social, especialmente no que refere a saúde coletiva, consolidando-o como um dos direitos da cidadania.

Entretanto, apesar do SUS ser composto por uma série de órgãos e instituições do Poder Público e ser regido por princípios como o da universalidade, equidade e participação popular, seu funcionamento ainda carece de qualidade e sua estrutura é instável, não sendo condizente com os recursos investidos nele.

Cechin (2008, p. 68) aduz que ao comparar com outros países da América Latina ou do mesmo nível de renda, o Brasil gasta mais e os indicadores de saúde ficam abaixo da média.

Ou seja, apesar de bem fundamentado e com acesso a recursos financeiros para se desenvolver, o Sistema Único de Saúde (SUS) ainda não consegue exercer com qualidade a sua atividade-fim de garantir o acesso à saúde de forma efetiva a toda população, contribuindo, portanto, para que outras alternativas fossem criadas com o objetivo atingir tal feito.

2.2. O NASCIMENTO DOS PLANOS DE ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE E O INÍCIO DA RELAÇÃO CONSUMERISTA.

Conforme exposto anteriormente, a Constituição Federal garante o acesso à saúde de forma gratuita, mas também deixa o caminho livre à iniciativa privada. Nesse sentido, a saúde suplementar começou a ser introduzida no Brasil em passos pequenos e hoje atende a milhares de usuários, ganhando força suficiente para se tornar um serviço cautelar essencial.

No Brasil, o início dos planos de saúde se deu justamente no período de instalações de indústrias automobilísticas no governo de Juscelino Kubitschek, onde empresários e trabalhadores custearam a assistência médica por intermediação dos serviços próprios de saúde das firmas a qual os empregavam.

A partir daí o mercado de saúde suplementar só cresceu, principalmente após a criação das primeiras cooperativas de saúde do país, uma vez que mostrou às grandes seguradoras que esse mercado era uma boa oportunidade de investimento.

Portanto, a relação de consumo na época se deu até os primeiros 60 anos de atuação sem grandes intervenções do poder estatal e carente de qualquer propagação de informação aos pacientes. Diante disso, os planos de saúde operavam em cima de técnicas falhas onde o beneficiário que o contratava se encontrava entregue a cláusulas abusivas que poderiam ir desde a exclusão de procedimentos complexos, limite da quantidade de internações hospitalares e até a proibição de assistência àqueles que já buscavam ingressar com uma doença prévia. (SALVATORI; VENTURA, 2011).

Com a consolidação da Lei 9.656/98 (BRASIL, 1998), regulamentou-se a relação de consumo entre cooperativa e beneficiário e mais ainda, no ano de 2000, com a consolidação da Agência Nacional de Saúde (ANS). Assim dizendo, hoje a prestação de serviço dos planos de saúde dá-se de forma regular para os beneficiários mediante a celebração de um contrato de adesão delimitado pela ANS, que possui competência não só de fiscalizar o mercado, mas também determinar a cobertura assistencial das obrigações a serem prestadas. Logo, o Superior Tribunal de Justiça se manifesta, pela Súmula nº 608, que diz: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.” (STJ, 2018).

Por consequência, a atuação do mercado privado não se dá mais de forma ampla como antigamente, mas de forma igualitária para todos aqueles que buscam o serviço. Ou seja, guiados pelo estabelecido no Código de Defesa do Consumidor, os planos oferecem e aquele que se sentir contemplado possui liberdade para celebrar o contrato, nos limites estabelecidos pela cooperativa.

3. O SURGIMENTO DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE (ANS) E SUA CONTRIBUIÇÃO NA ATIVIDADE DA SAÚDE SUPLEMENTAR.

Diante um cenário atribulado e desprotegido, a Lei nº 9.656/98 (BRASIL, 1998) criou a necessidade de uma efetiva fiscalização com o objetivo de averiguar o cumprimento das normas estabelecidas legalmente. Pensando em atingir tal feito, criou-se a Agência Nacional de Saúde (ANS), que veio com o objetivo muito maior do que a simples regulamentação e ampliação dos procedimentos ofertados pelos planos

de saúde, mas sim uma contribuição necessária para o saneamento do mercado, trazendo mudanças no paradigma de atenção à saúde e representando um marco decisivo no processo de modernização das atividades das instituições privadas.

Finkelman (2002, p. 284) entende que a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), vinculada ao Ministério da Saúde, representou a inserção definitiva da autoridade ministerial na regulamentação do mercado de medicina suplementar, até então de competência exclusiva da área econômica do governo, que limitava esse controle à supervisão do desempenho econômico-financeiro das empresas.

Afirma, ainda, que:

[...] “a Lei 9656, publicada no Diário Oficial da União de 4 de junho de 2000, trouxe garantias legais e benefícios evidentes no atendimento aos clientes dos planos de saúde:

- 1) exigência de atendimento a todos os agravos previstos no Código Internacional de Doenças (CID);
- 2) fixação de limites aos valores dos prêmios em função da faixa etária;
- 3) proibição da recusa de clientes com idade avançada;
- 4) proibição da exclusão de cobertura em função de doenças preexistentes, passados 24 meses da assinatura dos contratos;
- 5) ressarcimento pelas operadoras dos procedimentos prestados a seus clientes em hospitais vinculados ao SUS;
- 6) autorização à participação de empresas estrangeiras no mercado da assistência à saúde.” (FINKELMAN, 2002, p. 285)

Portanto, foi somente a partir do ano de 2000 que passou a ser exigido o cumprimento de diversas exigências que aos poucos foram servindo para reparar o mercado. A elaboração de condições e premissas para a prestação dos serviços de saúde serviu para filtrar a entrada de novas cooperativas não tão bem estruturadas ainda e consolidar aquelas mais sólidas e com melhores condições de arcar com os custos para a atuação.

Não há dúvidas de que o marco mais importante com a criação da ANS foi o rol de procedimentos da agência. Apesar de polêmico e fruto de uma longa e intensa discussão, ele possibilitou uma mudança significativa na atuação das redes de saúde suplementar. Mais do que a ampliação das coberturas oferecidas pelas operadoras de planos de saúde, abarcou alternativas terapêuticas, como o trabalho multidisciplinar, o desenvolvimento de ações de promoção da saúde e prevenção de doenças (SANTOS; MALTA; MERHY, 2008).

Com isso, houve uma melhoria no funcionamento do setor de saúde além de um mercado menor conflituoso e desorganizado, tendo em vista que a regulamentação contribuiu para o acompanhamento de autorizações e fornecimento de medicamentos de uma forma muito mais eficiente.

Outrossim, através das pesquisas realizadas por Santos, Malta e Merhy (2008) foi observado um aumento de 30% no número de beneficiários de planos de saúde entre os anos 2000 e 2006, ou seja, período que as cooperativas passaram a apresentar maior solidez e segurança no mercado.

Atualmente, essa instituição é regida pela Lei nº 14.307/22⁶ (BRASIL, 1988), validada recentemente (março de 2022) pelo Poder Executivo, que buscou alterar dispositivos da Lei nº 9.656/98 até então vigente, e trazer novas diretrizes para o funcionamento da saúde suplementar. À vista disso, a nova lei proporcionou mais celeridade no processo de inclusão de novos medicamentos e procedimentos ao rol, que é submetido a atualizações periódicas tendo em vista que novas tecnologias em saúde são continuamente incorporadas à prática assistencial.

Nesse sentido, a atualização da norma diminuiu de 18 meses para 180 dias (podendo ser prorrogável por mais 90 dias) o prazo para análise da elegibilidade para inclusão de novos procedimentos a serem contemplados pela instituição, garantindo com isso maior acurácia e prontidão ao processo.

Entretanto, apesar dos diversos pontos positivos que o regimento trouxe, faz-se relevante destacar que o rol da ANS também é fruto de uma onda significativa de críticas e insatisfações. Apesar da lista de procedimentos consagrar uma série de tratamentos, materiais e terapias que antes não existiam, os planos de saúde se limitam exclusivamente ao fornecimento dos casos que vislumbram ao estabelecido nesta diretriz, logo, impõe limites de sua utilização. Acontece que uma série de beneficiários necessitados de tratamentos específicos que muitas vezes não constam nos moldes da lista Agência Nacional de Saúde se veem impossibilitados de ter seu acesso. Tal fato acarreta em prejuízos financeiros significativos aos usuários, pois os obriga a buscar o recurso pleiteado na modalidade particular, mesmo arcando mensalmente com o sistema de saúde suplementar.

⁶ § 7º A atualização do rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar pela ANS será realizada por meio da instauração de processo administrativo, a ser concluído no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, prorrogável por 90 (noventa) dias corridos quando as circunstâncias o exigirem.

Esse circunstância, a longo prazo, resultou em uma onda de ajuizamentos contra as operadoras de plano de saúde e uma intensa divergência de entendimentos acerca da atuação do rol, onde de um lado, há o setor de saúde suplementar que relutam em cima do argumento pró beneficiário que afirma a mera exemplificação da lista de procedimentos atrelado ao direito à saúde e o princípio da dignidade humana garantido na Constituição Federal, enquanto outra parte do judiciário defende a taxatividade do rol e o respeito à relação consumerista fechada inicialmente entre as partes.

4. OS IMPACTOS DO ANTAGONISMO DE ENTENDIMENTOS NO PODER JUDICIÁRIO QUANTO AO ROL DE PROCEDIMENTOS DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE.

Defender direitos é sempre um processo contínuo e incessante em todas as categorias, sobretudo àquelas que concorrem para a conservação de direitos que envolvem a dignidade humana. Em razão do incessante número de ajuizamento de ações pleiteando tratamentos muitas vezes urgentes e fora da previsão contratual, o poder judiciário se viu diante uma intensa discussão acerca do limite de abrangência das atividades do plano de saúde.

Em conformidade com exposto anteriormente, via de regra essas instituições delimitam seus valores e condições para o oferecimento de determinado serviço, e essas condições encontram-se delimitadas no rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde. Esse rol, atualmente regulamentado pela Resolução Normativa nº 465/2021⁷, constitui a referência básica para cobertura mínima obrigatória nos planos contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e naqueles adaptados conforme previsto no artigo 35 da Lei n.º 9.656/98⁸. (BRASIL, 1998).

Cechin (2008, p. 178) explica que a ANS é uma autarquia em regime especial, com autonomia nas gestões administrativa, financeira e de recursos humanos, bem como em suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes.

⁷ Disponível em:

<<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NDaZMw>> Acesso em: 27 de nov. 2022.

⁸ Art. 35. Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, assegurada aos consumidores com contratos anteriores, bem como àqueles com contratos celebrados entre 2 de setembro de 1998 e 1º de janeiro de 1999, a possibilidade de optar pela adaptação ao sistema previsto nesta Lei.

Em resumo, com base na lei que os regulamenta, cabe aos planos, via de regra, atuarem no limite da cobertura mínima obrigatória imposta.

Portanto, a delimitação dessa atuação provoca um desequilíbrio de natureza grave entre as partes tendo em vista que ainda atualmente há uma disparidade de opiniões envolvendo a sua aplicabilidade, o que resulta em consequências diretas a todos os lados da relação de consumo.

4.1 O POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) ACERCADA APLICABILIDADE DO ROL

O Superior Tribunal de Justiça possuía até o início de 2022 uma forte divergência de entendimentos entre a 3ª e a 4ª Turma. Enquanto a Terceira Turma, presidida pelo Ministro Moura Ribeiro, defendia a tese de que o rol é meramente exemplificativo (Recurso Especial nº 1829583/SP), devendo englobar procedimentos fora daqueles definidos pela Agência Nacional de Saúde, a Quarta Turma, presidida pelo Ministro Marco Buzzi, estava em conformidade ao Acórdão de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão no Recurso Especial nº 1.733.013/PR que alegava a taxatividade do rol e a limitação na atividade dos planos de saúde.

Diante dessa oposição de interpretações, o número de ações ajuizadas contra as empresas de planos de saúde aumentou fortemente, considerando que os beneficiários, diante da negativa de seus tratamentos, não viam outra opção senão recorrer ao Poder Judiciário. Como consequência, além de lidar com um forte fluxo de demandas envolvendo a mesma matéria, o judiciário passou a sentenciar causas muitas vezes de natureza semelhante de forma distinta, onde a procedência ou não do tratamento pleiteado pelo requerente encontrava-se totalmente às mãos da sorte no momento da distribuição eletrônica do processo, podendo levar a resultados diversos a depender do entendimento adotado pelo Tribunal de determinada região.

Um forte exemplo é que ao passo que a lei de planos de saúde determina os limites para cobertura de procedimentos com base no estabelecido pela ANS, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com base na Súmula 102 considera a aplicação do rol como mera referência para cobertura de procedimentos, configurando-o como exemplificativo e valendo-se disso como argumento base para

suas decisões.

102. Havendo expressa indicação médica, **é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento** sob o argumento de sua natureza experimental ou **por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.** (grifou-se)

Partindo desse viés, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte destaca:

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. CIVIL (CPC/2015). CIVIL. PLANO DE SAÚDE NA MODALIDADE AUTOGESTÃO. RECUSA DE COBERTURA DE CIRURGIA PARA TRATAMENTO DE DEGENERAÇÃO DA ARTICULAÇÃO TEMPOROMANDIBULAR (ATM). DIVERGÊNCIA QUANTO À ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO. INGERÊNCIA NA RELAÇÃO CIRURGIÃO-PACIENTE. DESCABIMENTO. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DESTA TURMA. APLICABILIDADE ÀS OPERADORAS DE AUTOGESTÃO. PRECEDENTE EM SENTIDO CONTRÁRIO NA QUARTA TURMA. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DESTA TURMA.1.

Controvérsia acerca da recusa de cobertura de cirurgia para tratamento de degeneração da articulação temporomandibular (ATM), pelo método proposto pelo cirurgião assistente, em paciente que já se submeteu a cirurgia anteriormente, por outro método, sem obter êxito definitivo.2. Nos termos da jurisprudência pacífica desta Turma, **o rol de procedimentos mínimos da ANS é meramente exemplificativo**, não obstante a que o médico assistente prescreva, fundamentadamente, procedimento ali não previsto, desde que seja necessário ao tratamento de doença coberta pelo plano de saúde. Aplicação do princípio da função social do contrato.3. **Caso concreto em que a necessidade de se adotar procedimento não previsto no rol da ANS encontra-se justificada**, devido ao fato de o paciente já ter se submetido a tratamento por outro método e não ter alcançado êxito.4. Aplicação do entendimento descrito no item 2, supra, às entidades de autogestão, uma vez que estas, embora não sujeitas ao Código de Defesa do Consumidor, não escapam ao dever de atender à função social do contrato.5. Existência de precedente recente da QUARTA TURMA no sentido de que seria legítima a recusa de cobertura com base no rol de procedimentos mínimos da ANS.6. Reafirmação da jurisprudência desta TURMA no sentido do caráter exemplificativo do referido rol de procedimentos.

(APELAÇÃO CÍVEL nº 0830128-38.2021.8.20.5001. Competência: Tribunal Pleno. Relator: Maria Zeneide Bezerra. TJRN, 2022).

Em contrapartida, nota-se pelo julgamento da Corte Catarinense argumentos voltados diretamente à literalidade contratual, seguindo o caminho contrário ao expresso pelo TJRN.

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA DE CIRURGIA DA MODALIDADE BUCOMAXILOFACIAL E DOS MATERIAIS UTILIZADOS NO PROCEDIMENTO. DANO MORAL. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. APELO DA RÉ. CONTRATO FIRMADO ANTES DA LEI N. 9.656/98. COMPROVAÇÃO DA OFERTA DE MIGRAÇÃO PARA O PLANO REGULAMENTADO AO SINDICATO DOS REPRESENTANTES COMERCIAIS DE

BLUMENAU, AO QUAL A AUTORA É SINDICALIZADA. RESOLUÇÃO NORMATIVA N. 254/2011 DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE QUE DESIGNA A PESSOA JURÍDICA CONTRATANTE PARA REALIZAR A MIGRAÇÃO. RECUSA DA TITULAR. IRRETROATIVIDADE DA LEI N. 9.656/98. INAPLICABILIDADE DO REGULAMENTO À RELAÇÃO JURÍDICA EM ANÁLISE. **exclusão de cobertura expressa no contrato para tratamento odontológico e na carteirinha da beneficiária para material de órtese e prótese. inexistência de responsabilidade da operadora de plano de saúde em custear tratamento taxativamente excluído do contrato.** dano moral. insubsistência. ausência de ato ilícito. redistribuição dos ônus sucumbenciais e honorários advcatícios. recurso conhecido e provido. (TJSC, Apelação Cível n. 0504677-95.2013.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Osmar Nunes Júnior, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 12-09-2019). (Grifou-se). (TJSC, 2019).

Portanto, com o intuito de consolidar um só entendimento perante as duas temáticas distintas, ocorreu em 06 de junho de 2022 o julgamento dos Recursos Especiais nº 1.886.929 e 1.889.704, onde a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu pela taxatividade do rol, prevalecendo o voto do Relator Luis Felipe Salomão e, via de regra, desvirtuando das redes de plano de saúde a responsabilidade perante ao custeio de materiais e procedimentos não descritos na lista.

Com isso, tendo como base o argumento da maior segurança econômica financeira para as partes, concluiu-se por maioria de voto que caso já exista previsibilidade pela ANS em cima de tratamentos específicos para a cura do paciente, não fica necessariamente determinado ao plano de saúde custear um tratamento paralelo, se não aquele já incluído no rol⁹.

Entretanto, é de extrema relevância ressaltar que o julgamento não tratou a taxatividade de forma absoluta, ou seja, nesse caso o STJ determinou circunstâncias e pré-requisitos os quais uma vez atendidos, podem ser acolhidos e custeados pelos planos de saúde, porém devendo ser tratados como excepcionalidades.

Ainda no bojo de tal julgado, vislumbra-se que apesar de não possuir força vinculante, a decisão final do Superior Tribunal de Justiça carrega uma forte relevância social, uma vez que serviria como referência para o julgamento de todas as ações relacionadas à cobertura dos planos de saúde. O ministro Luís Felipe Salomão possuía como premissa a segurança financeira não só da iniciativa privada mas

⁹ [...] HARMONIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA E SEGUNDA SEÇÕES NO SENTIDO DE VELAR AS ATRIBUIÇÕES LEGAIS E A DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA DA AUTARQUIA ESPECIALIZADA. FIXAÇÃO DA TESE DA TAXATIVIDADE, EM REGRA, DA RELAÇÃO EDITADA PELA AGÊNCIA, COM ESTABELECIMENTO DE PARÂMETROS OBJETIVOS PARA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AO JUDICIÁRIO.

também dos beneficiários, uma vez que seguindo a lógica de que a exemplificação do rol acarretaria no custeio de uma série de tratamentos e procedimentos de alto custo sem qualquer limitação a milhares de pessoas, a longo prazo isso provocaria forte prejuízo financeiro às instituições a ponto que muitas não teriam condições de se manter no mercado, sendo obrigadas a fechar as portas e com isso deixar muitos beneficiários desassistidos.

Outro ponto relevante acrescido a discussão é a forte tendência ao aumento considerável dos custos dos planos de saúde, que na tentativa de cobrir os gastos em virtude do custeio de eventos não previstos na lista, não veriam outra opção senão o encarecimento de seus serviços, visando dessa forma reequilibrar a relação contratual. Nessa esteira, levando em consideração que boa parte dos beneficiários de plano de saúde já possuem dificuldade em custear os valores atuais, o aumento deles desencadearia na criação de um produto inacessível à renda da maioria dos brasileiros.

[...] “não se pode deixar de observar que o rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para assegurar direito à saúde, a preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população. Por conseguinte, considerar esse mesmo rol meramente exemplificativo representaria, na verdade, negar a própria existência do “rol mínimo” e, reflexamente, negar acesso à saúde suplementar à mais extensa faixa da população.”

(STJ, REsp 1.889.704/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 03/08/2022)

Todavia, por se tratar de uma discussão fortemente contestável, vem à tona reflexões ligadas principalmente ao resguardo dos direitos ligados à vida e à saúde. A Ministra Nancy Andrighi, por exemplo, defendeu em julgamento argumentos que iam além dos princípios constitucionais, trazendo também questões consumeristas, uma vez que discorreu em cima da hipossuficiência do consumidor na relação e indagou acerca da irrazoabilidade em pôr em cima do aderente a responsabilidade de avaliar e entender no momento da contratação do plano, todos os procedimentos elencados na Resolução Normativa.

“Nessa linha de intelecção, o rol de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para assegurar direito à saúde, enquanto importante instrumento de orientação quanto ao que lhe deve ser

oferecido pelas operadoras de plano de saúde, mas não pode representar a delimitação taxativa da cobertura assistencial, alijando previamente o consumidor/aderente do direito de se beneficiar de todos os possíveis procedimentos ou eventos em saúde que se façam necessários para o seu tratamento.”

(STJ, REsp 1.886.929/SP, Min. Nancy Andrighi, julgado em 03/08/2022)

Basicamente, por se tratar de uma problemática diretamente ligada à manutenção da saúde e conseqüentemente da vida, chegar a uma conclusão final se tornou algo de carregada complexidade e responsabilidade, especialmente por se tratar de um julgamento realizado ainda em um período sensível e vulnerável devido o colapso da pandemia da COVID-19. Ocorre que, de fato, a decisão pró interesse privado recai em cima de muitos brasileiros beneficiários de plano de saúde e por consequência trouxe uma indignação social quase que generalizada. Portanto, apesar de a tendência natural ser a busca e proteção do interesse econômico social do coletivo, é preciso analisar que, conforme apresentado, a decisão foi tomada com base em fundamentos válidos e necessários para que a prestação jurisdicional ocorra de forma mais equânime e menos discricionária.

Ter uma decisão fundamentada por um Tribunal Superior, embora à primeira vista tenha sido interpretada como onerosa ao consumidor, na realidade, abre caminhos para que o volume excedente de demandas envolvendo o mesmo mérito seja julgado com base em um único entendimento majoritário, trazendo assim a garantia de segurança financeira às instituições privada de assistência à saúde e afastando a ideologia de que em detrimento do pagamento de um valor mensal, resta ao plano de saúde o custeio de todo e qualquer tratamento, medicamento ou cirurgia, inclusive aqueles não previstos inicialmente no momento da contratação.

Em síntese, dentro do contexto geral é possível constatar que a decisão final do STJ não buscou limitar aos beneficiários o acesso aos serviços prestados pelos planos de saúde na intenção de garantir a segurança apenas do interesse privado, mas sim proteger a função regulatória da Agência Nacional de Saúde, que é precisamente definir, para todos os envolvidos, a cobertura mínima necessária.

A demarcação de critérios técnicos para as situações excepcionais, inevitavelmente tornaria o caminho para o alcance de serviços não assegurados no rol mais restrito, fazendo com que aos poucos fosse sendo reconhecida a imprescindibilidade do caráter taxativo do rol como pilar do sistema de saúde

suplementar. Por conseguinte, não bastaria apenas o mero ajuizamento da ação para conseguir a cobertura pleiteada (como frequentemente ocorre), já que pelo entendimento do Tribunal, as exceções devem ser tratadas como exceções para que assim seja possível o acesso aos beneficiários, porém com garantia de sustentabilidade a longo prazo.

5. OS DESAFIOS ENFRENTADOS PELO MERCADO DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO PERÍODO DE PANDEMIA DA COVID-19 E OS IMPACTOS PERANTE A CRIAÇÃO DA LEI Nº 14.454/22.

A rápida dissolução do vírus causador da COVID-19 produziu efeitos em escala global jamais vistos em diversos setores, sendo o mais impactado deles, sem dúvidas, os sistemas de saúde. Eventos inesperados como a pandemia abalaram a resiliência do sistema público e privado, os quais tiveram que enfrentar múltiplos desafios diante a alta transmissibilidade da doença e o estudo acelerado do novo vírus, além de problemas envolvendo infraestrutura hospitalar e falta de recursos.

Nessa perspectiva, o novo coronavírus levou uma série de brasileiros a buscarem uma cobertura privada de saúde, que por sua vez em março de 2021 atingiu o maior volume de beneficiários desde 2016, totalizando em média 47,9 milhões¹⁰.

Contudo, mesmo com o aumento significativo de usuários, a pandemia trouxe fortes impactos financeiros no ramo, de modo que em setembro de 2022 a Agência Nacional de Saúde registrou seu pior resultado operacional da série histórica: um prejuízo de R\$ 4,4 bilhões no segundo semestre do referido ano¹¹. Ocorre que durante o período pandêmico, a prestação de serviço aos diversos pacientes com covid exigiu dos planos de saúde assistência em uma quantidade jamais vista, e atualmente, passado esse período, o setor sofre com os efeitos desse processo. Depois de mais de 2 anos estacionados, muitos beneficiários prosseguiram com o uso de seus planos buscando principalmente retomar procedimentos eletivos não realizados antes,

¹⁰ Disponível em:

<https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/noticias/numeros-do-setor/novembro-planos-de-assistencia-medica-totalizam-48-7-milhoes-novos-beneficiarios> Acesso em: 01 de out. 2022.

¹¹ Disponível em:

[https://veja.abril.com.br/coluna/radar-economico/o-pessimo-resultado-de-planos-de-saude-no-segundo-trimestre/#:~:text=Empresas%20registraram%20preju%C3%AAdo%20de%20R\\$20,4%20bilh%C3%B5es%20de%20reais%20de%20segunda%20feira%20passada%20depois%20de%20um%20ano%20de%20crise%20p%C3%B3s%20COVID-19,de%20R\\$20,4%20bilh%C3%B5es%20de%20reais%20de%20segunda%20feira%20passada%20depois%20de%20um%20ano%20de%20crise%20p%C3%B3s%20COVID-19](https://veja.abril.com.br/coluna/radar-economico/o-pessimo-resultado-de-planos-de-saude-no-segundo-trimestre/#:~:text=Empresas%20registraram%20preju%C3%AAdo%20de%20R$20,4%20bilh%C3%B5es%20de%20reais%20de%20segunda%20feira%20passada%20depois%20de%20um%20ano%20de%20crise%20p%C3%B3s%20COVID-19,de%20R$20,4%20bilh%C3%B5es%20de%20reais%20de%20segunda%20feira%20passada%20depois%20de%20um%20ano%20de%20crise%20p%C3%B3s%20COVID-19). Acesso em: 01 de out. 2022.

aumentando assim o número de internações, exames e tratamentos.

A questão é que acrescido de todas as consequências expostas, a alta procura por insumos, medicamentos e produtos farmacêuticos durante a pandemia gerou também a valorização e o aumento de seus valores, tornando a atuação dos planos de saúde ainda mais complexa para prestação de assistência médica perante a nova realidade na compra de materiais básicos.

Ademais, a alta judicialização contra planos de saúde nesse intervalo de tempo contribuiu para a instauração do cenário de incertezas e inseguranças financeiras, gerando assim um maior enfoque em cima da discussão a respeito da amplitude do rol da ANS, principalmente quando o tópico chegou aos tribunais superiores.

Nesse contexto, em 21 de setembro de 2022, cerca de 2 meses após o julgamento do Superior Tribunal de Justiça, foi sancionado pelo Estado-executivo o Projeto de Lei 2.033/2022, que possuía a proposta principal de trazer alterações em cima da lei dos planos de saúde, sancionada no ano de 1988 e responsável por reger a atuação e funcionamento dessas instituições.

Como resultado, criou-se a Lei 14.454/22 (BRASIL, 2022) a qual restou determinada a extinção dos limites ao acesso a exames, terapias e medicamentos não previstos inicialmente na lista de referência básica da Agência Nacional de Saúde, indo em contramão ao entendimento sedimentado no Superior Tribunal de Justiça e entendendo o rol como sendo, então, exemplificativo.

§ 13. Em caso de tratamento ou procedimento prescrito por médico ou odontólogo assistente que não estejam previstos no rol referido no § 12 deste artigo, a cobertura deverá ser autorizada pela operadora de planos de assistência à saúde, desde que:

I - exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou

II - existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais." (NR)

De acordo com o parágrafo 13º, a referida lei expõe a plena possibilidade de inclusão de novos procedimentos, desde que preenchidos os requisitos delimitados, podendo vir a ser desde a comprovação científica da eficácia do tratamento, a recomendação da Comissão Nacional de Incorporação e Tecnologia no Sistema Único

de Saúde (conitec) ou de um órgão de renome internacional.

Assim, constata-se que em razão dessa nova extensão, poderia ser possível vislumbrar a possível instalação de um sistema intermediário capaz de solucionar ou ao menos amenizar a problemática envolvendo a disparidade de entendimentos até então existente e assim indicar soluções possíveis para reequilibrar a relação entre plano de saúde e paciente.

Verifica-se que a lei foi sancionada em conformidade com a avaliação preponderante nos tribunais até meados de 2019 bem como com a posição de boa parte da sociedade civil, dada a forte reação popular em defesa aos interesses do consumidor mediante decisão da Corte em agosto de 2022. Todavia, o que anteriormente já configurava uma situação delicada às instituições de saúde suplementar, no momento atual a realidade ligada a autonomia de uma “lista aberta” de procedimentos se torna ainda mais crítico a longo prazo.

Em se tratando de aplicabilidade, os critérios estabelecidos pela norma incluem a comprovação da eficácia do tratamento, mas não necessariamente da comprovação da segurança de sua utilização. Além disso, é possível constatar que esses critérios não se dão de forma cumulativa, mas sim alternativa, bastando apenas um tipo de validação para que o pleito do beneficiário seja atendido.

Entretanto, faz-se relevante levar em consideração que para que uma medicação ou procedimento seja incluído no rol, a reguladora leva em consideração uma série de critérios como eficácia, acurácia, efetividade, impactos orçamentários, disponibilidade, além de uma rigorosa análise quanto aos riscos que o método pode vir a trazer ao paciente. À vista disso, a falta de uma delimitação mais rigorosa corrobora para que haja a redução na exigência de uma apresentação mais consolidada voltada a evidência científica do tratamento pleiteado, tornando o caminho mais livre para a cobertura de terapias, medicamentos e procedimentos diversos àqueles que já possuem um maior embasamento para sua aplicação, podendo vir a expor os pacientes a uma série de riscos de segurança social.

Um forte exemplo frente ao apresentado, é que a nova disposição da lei trouxe em seu parágrafo 13º, inciso II, a necessidade apenas da recomendação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec) para a garantia de acesso a intervenção requisitada, enquanto Lei 9.656/98 (BRASIL, 1998)

determinava não só a sua recomendação, mas também a incorporação do tratamento ao Sistema Único de Saúde.

§ 10. As tecnologias avaliadas e recomendadas positivamente pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), instituída pela Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, cuja decisão de incorporação ao SUS já tenha sido publicada, serão incluídas no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar no prazo de até 60 (sessenta) dias.

Nesta perspectiva, a liberdade delimitada por força de lei para a cobertura de procedimentos fora do rol traz a tona as mesmas reflexões levantadas pelo Ministro Luis Felipe Salomão durante o julgamento do Superior Tribunal de Justiça: a interpretação mais ampliativa resulta no esgotamento da competência atribuída à ANS para adoção de medidas regulatórias voltadas ao equilíbrio do setor de saúde suplementar, afetando, como consequência, toda a coletividade envolvida nesse processo.

“Segundo entendo, como foi verificado pelas instâncias ordinárias que o tratamento prescrito desborda da cobertura contratual – o que é incontroverso nos autos, conforme a própria causa de pedir da ação –, as operadoras não são obrigadas a prestá-lo, sob pena de ruptura do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, podendo ocasionar despesa indevida para a coletividade do fundo mutual, prejudicando o universo de beneficiários do plano e até mesmo a manutenção de todos na Saúde Suplementar. É preciso também atentar para o fato de que considerar o rol da ANS meramente exemplificativo, à luz do CDC, penso, é negar vigência às regras especiais que integram o microssistema da saúde suplementar, ferindo a unidade harmônica do ordenamento jurídico (que não é um conjunto caótico de regras e princípios).”

(STJ, REsp 1.889.704/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 03/08/2022)

Em resumo, o desequilíbrio atuarial da saúde suplementar afeta diretamente na eficácia do direito constitucional à saúde. O Brasil, pelo artigo 197 da Constituição Federal¹² (BRASIL, 1998) dispõe do Poder Público juntamente às iniciativas privadas para garantia desse direito a todos os cidadãos. Entretanto, a ampliação da garantia dos serviços pelas instituições de saúde suplementar afeta diretamente a capacidade das operadoras, o que leva, como efeito, ao desequilíbrio no mercado de planos de

¹² Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

saúde.

Em decorrência a esse fato, não só as operadoras são atingidas pelos ônus trazidos em face a exemplificatividade total do rol, mas principalmente os consumidores. A interferência no equilíbrio atuarial dos planos de saúde privados contribui para o encarecimento de mensalidades, e consequentemente torna mais difícil seu acesso por parte dos consumidores. Logo, a confiabilidade assegurada nos procedimentos elencados na lista torna-se prejudicial a longo prazo, contribuindo dessa forma para o aumento significativo de demandas envolvendo o Sistema Único de Saúde (SUS), instituição naturalmente superlotada.

Além disso, é necessário compreender que a discussão envolve direitos e obrigações delimitadas na relação contratual entre as partes. O rol mínimo ofertado inicialmente pelo plano de saúde constitui a plena garantia ao consumidor no que diz respeito à diversidade de atendimento mediante um preço acessível, contemplando dessa forma até mesmo parcelas mais vulneráveis da população.

A Lei nº 13.784/2019 (BRASIL, 2019) estabelece que a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato, complementando que nas relações contratuais privadas prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. Nesse sentido, é forçoso reconhecer que apesar de os contratos de plano de saúde estarem sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, não significa que deve necessariamente haver abertura para ultrapassar os limites acordados e desatender aos dispositivos legais do plano básico de referência.

Logo, cabe ao Poder Judiciário a prudência em suas decisões visando coibir o acesso a ampla, indiscriminada e completa cobertura a produtos e procedimentos carentes de evidência científica ou fora do limite contratual, respeitando a manutenção da saúde dos pacientes bem como a estruturação administrativa da iniciativa privada.

6. CONCLUSÃO

É inegável a relevância da temática aqui discutida, assim como a vasta responsabilidade que há nas mãos dos julgadores ao tratar de uma matéria que

envolve a proteção do direito principal, garantido constitucionalmente a todos os cidadãos sem extinção: a vida.

A discussão referente ao caráter do rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde, na realidade, vai muito além da imposição de um limite de aplicabilidade na utilização dos planos, uma vez que em consonância ao exposto vastamente, findam por ter consequências diretas na gerência do Poder Público e a quebra econômico-financeiro das operadoras.

Todavia, é extremamente importante reconhecer que apesar da relevância de todos os argumentos explanados em favor da taxatividade da lista de procedimentos, a divergência de entendimentos do Poder Judiciário em torno da temática resta cristalino a grande complexidade que a envolve, principalmente pelos valores rodeados. Com efeito, assim como as consequências e ameaças aos interesses privados das instituições de saúde merecem ser consideradas, os argumentos apresentados frente a defesa da "lista aberta" de tratamentos, exames e terapias também se fazem dignos à medida em que expõem também os interesses públicos e a responsabilidade civil que envolvem a relação.

Partindo dessa premissa, entende-se que o intuito para criação do rol foi mitigar as assimetrias informacionais quanto a cobertura dos planos de saúde, e principalmente garantir a eficácia na prestação de seus serviços. Em seguimento, o alto nível de judicialização deu margem para julgamentos mais técnicos, mantendo a equidistância entre as partes e dando assim a oportunidade de visualização do macro sistema e suas necessidades essenciais, e não somente a versão do usuário de modo unilateral e como a posição mais fragilizada da relação contratual.

Por se tratar de um mercado com milhões de beneficiários com necessidades distintas e com diversas questões a serem discutidas envolvendo desde princípios constitucionais até a forte pressão ao Sistema Único de Saúde, como esperado, mesmo com o entendimento sedimentado pelo STJ e a Lei nº 14.454/22, ainda há muito que evoluir e discutir acerca da temática aqui exposta.

Pautados na legislação e doutrina analisadas, reconhece-se que a taxatividade e aplicabilidade da lista de procedimentos ainda é uma questão em pauta perante o judiciário brasileiro visto que possui lacunas e questionamentos em aberto, além de estar suscetível a uma série de modificações à medida que as discussões tomam

maiores rumos.

Contudo, até o momento, é de encargo dos tribunais, de modo devidamente fundamentado e técnico, estabelecer as premissas frente ao caso a fim de atender minimamente aos interesses dos envolvidos de forma coesa, a ponto de que seja provável encontrar um caminho capaz de perceber a relevância do serviço prestado pelo plano de saúde e o reconhecimento aos seus interesses na relação contratual e dessa forma, impedir consequências futuras ao mercado de saúde suplementar.

REFERÊNCIAS

Agência Nacional de Saúde. Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde. Disponível em:

<https://www.ans.gov.br/images/stories/Plano_de_saude_e_Operadoras/Area_do_consumidor/rol/2021/anexo_i_rol_2021rn_4652021.pd> Acesso em: 27 de nov. 2022

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 de out. De 1988. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 01 mai. 2022.

BRASIL. Lei n. 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm> Acesso em: 05 mai. 2022

BRASIL. Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm> Acesso em: 05 mai. 2022

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm> Acesso em: 16 de nov. 2022.

BRASIL. Lei n. 14.307, de 03 de março de 2022. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, para dispor sobre o processo de atualização das coberturas no âmbito da saúde suplementar. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14307.htm> Acesso em: 01 de nov. de 2022.

BRASIL. Lei n. 14.545, de 21 de setembro de 2022. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de

junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, para estabelecer critérios que permitam a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14454.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2014.454%2C%20DE%2021,e%20eventos%20em%20sa%C3%B Ade%20suplementar.> Acesso em: 01 out. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.784, de 20 de setembro de 2019.** Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm> Acesso em: 03 de nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.886.929/SP. Rel. Min. Luis Felipe Salomão.** Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=EResp%201886929>> Acesso em: 02 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.889.704/SP. Rel. Min. Luis Felipe Salomão.** Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=EResp%201889704>> Acesso em: 02 set. 2022.

CECHIN, José. **A História e os desafios da saúde suplementar - 10 anos de regulação.** São Paulo: editora saraiva, 2008.

FINKELMAN, Jacobo. **Caminhos da saúde pública no Brasil.** Disponível em: <<https://static.scielo.org/scielobooks/sd/pdf/finkelman-9788575412848.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2022.

POLIGNANO, Marcus Vinicius. **História das políticas de saúde no Brasil.** Uma pequena revisão. Disponível em: <[file:///C:/Users/55849/Downloads/historia-das-politicas-de-saude-no-brasil-uma-pequena-revisao-marcus-vinicius-polignano-\[16-200511-SES-MT\]%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/55849/Downloads/historia-das-politicas-de-saude-no-brasil-uma-pequena-revisao-marcus-vinicius-polignano-[16-200511-SES-MT]%20(1).pdf)> Acesso em: 21 ago. 2022.

SALVATORI, Rachel Torres; VENTURA, Carla A. Arena. **Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS: Onze anos de regulamentação dos planos de saúde.** Disponível em:

<<https://www.scielo.br/j/osoc/a/YZRSftDwyZRjBnwK8LpKJsn/?lang=pt#:~:text=A%20Ag%C3%Aancia%20Nacional%20de%20Sa%C3%BAde%20Suplementar%20%C3%A9%20uma%20ag%C3%Aancia%20reguladora,ser%C3%A1%20assunto%20do%20pr%C3%B3ximo%20t%C3%B3pico.>> Acesso em: 27 de nov. 2022.

SANTOS, Fausto Pereira dos; MALTA, Deborah Carvalho.; MERHY, Emerson Elias. **A regulação na saúde suplementar: uma análise dos principais resultados alcançados.** *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/csc/a/n4wgfWsp6Z8Gs6sLcfwcz4F/?lang=pt>> Acesso em: 20ago. 2022.

TESTAMENTO VITAL E MORTE DIGNA: ASPECTOS BIOÉTICOS E JURÍDICOS

Beatriz Veras de Vasconcelos¹

Walber Cunha Lima²

RESUMO

O presente artigo tem como tema a análise da morte digna sob o enfoque bioético. Nesse sentido, analisa-se os limites da autonomia de escolha da morte, ofertando o direito à morte digna aos pacientes terminais, bem como distinguir as categorias bioéticas acerca da finitude da vida. Discute-se os meios para alcançar a autonomia de escolha do paciente terminal, através de diretivas antecipadas de vontade, dentre elas, o testamento vital, regulamentado no Brasil através da Resolução nº 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina. Dessa forma, o trabalho tem como objetivo geral analisar o instituto do Testamento Vital, sua formalização e procedimento no Brasil, demonstrando que todo cidadão merece ter uma morte digna, em contrapartida com o direito à vida, previsto na Constituição Federal. De maneira específica, a pesquisa visa fazer uma análise acerca dos limites da escolha de morte que os pacientes terminais podem ter, levando em consideração o Princípio da Dignidade Humana em conjunto com a possibilidade de alcançar-se uma morte digna. O trabalho abordará ainda, a bioética enquanto área de conhecimento transdisciplinar que reflete a morte e o morrer, entendendo-se este como um processo e aquele como um resultado. Utiliza-se o método dialético e o método de procedimento histórico, buscando fazer uma análise do surgimento da bioética e ortotanásia, a fim de diminuir o sofrimento de pacientes terminais que buscam morrer de forma digna, além de ter como técnica de pesquisa a busca bibliográfica, para se fazer uma pesquisa de tipo exploratória e qualitativa.

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: biaveras@hotmail.com.

² Professor Orientador. Doutor em Ciências Sociais – UFRN. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: walber@unirn.edu.br.

Palavras-Chave: Morte digna. Testamento vital. Bioética. Ortotanásia. Dignidade humana.

LIVING WILL AND WORTHY DEATH: BIOETHICAL AND LEGAL ASPECTS

ABSTRACT

This article has as its theme the the dignified death analysis in a bioethical approach. In this regard, the limits of the autonomy to choose death are analyzed, offering the right to a dignified death for terminal patients, as well as distinguishing the bioethical categories about the finitude of life. It argues the ways to achieve the autonomy of choice for terminal patients, through advance directives of willingness, among them, the living will, regulated in Brazil through Resolution number 1.995 / 2012, of the Federal Council of Medicine. Therefore, the work has as general objective the analyzation of the Living Will institute, its formalization and procedure in Brazil, demonstrating that every citizen deserves to have a dignified death, conversely to the right to life, due the Federal Constitution. In a specific manner, the present research aims to analyze the boundaries of the choice of death that terminal patients can have, taking into consideration the Principle of Human Dignity in combination with the possibility to reach a dignified death. This research will also cover bioethics as an area of transdisciplinary knowledge that reflects death and dying, understanding the first one as a process and the last as a result. The dialectical and of historical procedure methods are used, seeking to do an emergence of bioethics and orthothanasia analysis, in order to reduce terminally ill patients suffer who seek to die in a dignified manner, in addition, this exploration has the bibliographic search as a technique to do an exploratory and qualitative research.

Keywords: Dignified death. Living Will. Bioethics. Orthothanasia. Human dignity.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como principal foco a análise acerca do sofrimento

vivido pelos pacientes terminais, bem como a possibilidade de quem se encontra nessa situação, poder exercer sua autonomia de escolha na seara do tratamento ou procedimento médico a qual passará, a fim de que o mesmo possa escolher entre prolongar sua vida em decorrência de tratamentos que não trará a cura, e muitas vezes trará mais sofrimento e momentos de torturas ao enfermo, ou optar por permitir o curso natural da morte, através da ortotanásia, mas recebendo cuidados paliativos para controle de sintomas, proporcionando ao mesmo um direito à morte digna.

Dessa forma, o artigo abordará a questão do direito à vida, previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), o qual deriva de todos os outros que todo e qualquer cidadão possui, como a liberdade, igualdade, segurança e direito à propriedade, em contrapartida com o direito à morte digna, direito este que não se encontra consagrado expressamente no Ordenamento Jurídico Brasileiro, à luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Ademais, insta salientar que, ao relacionarmos a vida e a morte, a patologias degenerativas ou qualquer outra que impossibilite uma qualidade de vida para o ser humano, ocorre uma mudança naquilo que seria taxado de vida digna, consagrado constitucionalmente, a pessoas nessas condições. Na esfera do direito, a argumentação sobre o direito à morte com dignidade relaciona-se com quais requisitos seriam necessários para que existisse o alegado direito.

Assim, com o intuito de solucionar o conflito sobre viver ou morrer, iniciou-se o estudo da bioética que nada mais é do que o estudo ético sobre a vida, analisado sob a égide da área médica bem como no que se diz respeito a vontade do paciente, sendo um subsídio que servirá como ponte para a escolha do indivíduo. Dessa forma, a bioética reuni em seu estudo, várias áreas de conhecimento como a filosofia, psicologia, biologia, devido a sua agregação de disciplinas, sendo assim interessante para diversos segmentos.

Portanto, durante o decorrer do trabalho, tem-se como primeiro capítulo o responsável por definir o que é a morte, fazendo um estudo através de entendimentos de outras histórias e culturas, bem como haverá uma análise em cima da finitude da vida, através da bioética. Buscará, ainda, explicar e distinguir as diferentes categorias da finitude da vida estudadas pela bioética, quais sejam: eutanásia, distanásia, ortotanásia e suicídio assistido, fazendo um retrato histórico desse ramo de estudo e

uma análise principiológica.

No capítulo segundo será abordado o direito à vida em contrapartida com o direito à morte digna, sob a luz e aplicação da dignidade humana, analisando inclusive que o primeiro direito não é absoluto, e que em determinadas situações o direito à vida poderá ser relativizado, com o objetivo de consagrar ao indivíduo a plena dignidade de se viver e morrer. Tal capítulo também trará consigo uma abordagem do que se trata a dignidade da pessoa humana.

O terceiro e último capítulo, tratará da aplicação da ortotanásia no Brasil, bem como as resoluções do Conselho Federal de Medicina, que passaram a regulamentar tal prática médica, observando sempre o Código de Ética de Medicina. Vale ressaltar que tais resoluções têm força de lei apenas para os profissionais da saúde, não significando que tal prática é permitida pela legislação brasileira.

Por fim, o presente artigo irá fornecer a conclusão, respondendo o questionamento se o direito à morte digna, apesar de não consagrada no ordenamento, é ou não um direito fundamental, tendo em vista que, nos casos de pacientes terminais, há a grande presença de sofrimento na vida dos enfermos, que muitas vezes passam por tratamentos degradantes e não obtém a cura que tanto almejam, fato que levam a ter uma possível morte desumana. Além disso, analisará e responderá também a problemática apresentada, se há ou não limites para a escolha do morrer.

2 O MORRER E A BIOÉTICA: UMA ANÁLISE ACERCA DA FINITUDE DA VIDA

Ao falar do momento morte, é necessário discorrer acerca da vida, visto que a morte é sua consequência, passando a ser algo esperado, mesmo que temido por muitos. Para o direito, considera-se pessoa com vida, aquela que nasce e tem consigo a personalidade civil, sendo esta, portanto, o marco inicial da vida de uma pessoa, que passa a exercer obrigações e constituir direitos durante toda a sua formação, até o momento morte. A Lei de Registros Públicos (BRASIL, 1973), em seu art. 53, §2º³ aduz que é considerado nascimento com vida o bebê que respira, não necessitando o

³ Art. 53. No caso de ter a criança nascido morta ou no de ter morrido na ocasião do parto, será, não obstante, feito o assento com os elementos que couberem e com remissão ao do óbito.

§ 2º No caso de a criança morrer na ocasião do parto, tendo, entretanto, respirado, serão feitos os dois assentos, o de nascimento e o de óbito, com os elementos cabíveis e com remissões recíprocas.

corte do cordão umbilical.

Com isso, a morte, trazida pelo ordenamento jurídico brasileiro, no art. 6º do Código Civil⁴ (BRASIL, 2002), não tem sua conceituação nítida, clara, tratando-se de um conceito aberto, cabendo a cada jurista, buscar tal definição na ciência médica. Para a medicina, a morte se dá no momento da perda das funções vitais, sendo dividida, portanto, em morte clínica, biológica, encefálica, entre outras definições.

Outrossim, é sabido que a morte, para a sociedade contemporânea, é tida como um tabu, ou seja, o diálogo sobre ela é quase inexistente, tendo em vista que a contínua extensão da vida é o que prevalece no pensamento da maioria da sociedade, tornando-se a imortalidade o maior dos seus desejos. Entretanto, é possível notar que as civilizações mais antigas observavam a morte de forma comum e rotineira, nas quais aqueles membros julgados como obstáculo para a coletividade – enfermos – acabavam por ser eliminados, aumentando a ideia de que o debate acerca da eutanásia não é algo recente (PESSOA, 2013).

Tal fato, em sociedades mais antigas, prova que a moral do povo era utilitária, nas quais muitos tinham suas vidas ceifadas por não serem considerados “normais” para viver coletivamente, sendo, portanto, um atraso social. Exemplo disso, são os celtas, que permitiam que os filhos tirassem a vida dos seus pais quando estes não fossem mais úteis para servir ao povo (PESSOA, 2013).

Dessa forma, com o passar dos anos e o avanço da tecnologia e da medicina, o conceito de vida tomou outro sentido, no qual as pessoas passaram a ter mais cuidados, algumas doenças passaram a ter cura, e com isso, a expectativa de vida aumentou e a morte foi, muitas vezes, adiada.

Assim, diante de uma fala pertinente referente a uma qualidade de vida humana, as Ciências Biomédicas vêm progredido na área da tecnociência diante de uma alegação pela perquisição da cura e prudência de doenças irreversíveis. A Bioética surge, então, como uma área do conhecimento transdisciplinar que possui o designo de inquirir e indagar os surgimentos científicos atrelados as tecnologias biológicas que são concernentes a vida (LIMA, 2012, p.43).

Dessarte, com o surgimento de novas tecnologias e avanços medicinais, veio o estudo acerca da Bioética, ramo da ética que estuda as questões relativas à vida e à

⁴ Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

morte, trazendo consigo discussões acerca da eutanásia, distanásia, ortotanásia e suicídio assistido. Essa área é considerada o estudo da moral, das condutas humanas no âmbito da ciência biológica e analisa a licitude de determinados procedimentos feitos com o fim de prolongar a vida, ou seja, se tais procedimentos são considerados aceitos pelo parâmetro da dignidade humana.

Vale ressaltar, ainda, que o pioneiro a utilizar o termo Bioética, em meados de 1970, foi o médico oncologista Van Rensselaer Potter, no qual citou o termo em seu artigo que carrega o título de *Bioethcs: Bridge to the future*. Potter usa a Bioética como topo para correlacionar culturas diferentes, que ao seu ver são incongruentes, a ciência e a raça humana. A Bioética, para Potter, seria o caminho para ligar a ciência e o homem, assim a humanidade poderia atingir um futuro e não um calamitoso fim (LIMA, 2012, p.43-44). Dessa forma, a Bioética passa a ser um estudo essencial na luta por uma vida digna e por uma liberdade de viver.

Potter sugere, portanto, que existiria uma necessidade de ligação entre o termo ciência biológica e a ética, no qual essa ligação poderia erguer uma “ponte para o futuro”. Isso serviria de alegação para demonstrar que a humanidade é atormentada com supervivência, frente a duas culturas, clássica e científica, pois ambas possuem divergências de desenvolvimento, no qual não se infringem, sendo urgentemente necessária uma comunicação entre ambas (LIMA, 2012, p.44).

A Bioética, então, surgiu depois do grande desenvolvimento das ciências e da medicina, que vinham avançando cada vez mais na modificação da vida humana, em que promoviam um prolongamento dessas vidas, trazendo, muitas vezes, mais desconforto.

Ademais, com o avanço da ciência, as vidas das pessoas passaram a ser influenciadas diretamente, o que mostrou a necessidade de regular, juridicamente, os limites das atuações dos profissionais e suas interferências na vida humana, além de proporcionar à pessoa que está interessada no procedimento todos os riscos, vantagens e consequências pela qual irá ser exposta. Dessa forma, o ordenamento jurídico resguarda o bem que o direito mais zela, a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, entende-se a Bioética como um estudo que passa a enxergar o homem em sua dignidade, garantindo-lhe uma vida digna, conforme trata o ordenamento jurídico. Maria Helena Diniz (2006, p. 6), preceitua que:

A bioética é personalista, por analisar o homem como pessoa como um 'eu', dando valor fundamental à vida e à dignidade humana, não admitindo qualquer intervenção ao corpo que não redunde no bem da pessoa, que sempre será um fim, nunca um meio para obtenção de outras finalidades.

Tomando como base o pensamento de Maria Helena Diniz (2006, p.6), a bioética busca transcender o tecnicismo das ciências e firmar a vida do ser humano como um fim em si mesma, reunindo como um de seus pilares, a dignidade da pessoa humana. Ademais vale salientar que existem princípios que norteiam essa ciência, que é regida pelos princípios da autonomia, beneficência, não maleficência e justiça.

O primeiro, princípio da autonomia, afirma que deve respeitar, acima de tudo, a vontade e possibilidade de decisão do ser humano – paciente em questão ou do seu representante – bem como respeitar suas crenças e intimidades, não podendo ninguém impor nenhuma vontade, senão a própria pessoa ou seu representante legal (SANTORO, 2010, p. 99). Para contribuir com tal princípio, por exemplo, o Código de Ética Médica⁵ prevê o direito do médico em indicar o procedimento necessário, mas dando a possibilidade do paciente exercer a sua autonomia em suas decisões⁶; e, claro, sem desrespeitar a livre decisão do paciente acerca da execução de práticas diagnósticas e/ou terapêuticas, salvo nos casos de iminente perigo a vida⁷.

Já o princípio da beneficência aduz que o profissional da saúde ou médico devem utilizar seus conhecimentos a fim de evitar danos e ofertar o bem para o seu paciente, aumentando os benefícios a ele ofertados, estando tal princípio, presente nos incisos II e VI dos princípios fundamentais do Código de Ética Médica⁸.

O princípio da não maleficência decorre do anterior, tendo em vista que afirma que o médico não poderá submeter o paciente, intencionalmente, a um dano e nem o expor a riscos desnecessários por condutas invasivas, sem que haja qualquer tipo de benefício ao paciente em atendimento (SANTORO, 2010, p. 104). Assim, o médico não poderá, em hipótese alguma, submeter o paciente a tratamentos fúteis, visando apenas a manutenção da vida, devendo observar sempre a dignidade humana do referido paciente. Maria Elisa Villas-Bôas (2005, p. 118) retrata esse assunto da seguinte forma

⁵ Capítulo II – (...) II - Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente.

⁶ Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

⁷ Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte

⁸ II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional

(*apud*, Santoro, 2010, p.104):

Observa-se aqui a sutil distinção entre ‘fazer o bem’ e ‘não fazer o mal’; afinal, no cotidiano da vivência médica, pode ocorrer que, em dado momento no curso da patologia, não seja mais possível oferecer qualquer tratamento benéfico ao paciente, nada mais havendo no artesanal médico que o conduza ao restabelecimento da saúde, restando, então, ao menos, não se lhe fazer mal, não lhe agravando os sofrimentos mediante o uso exagerado e desnecessário de recursos tecnológicos. Combate-se, com isso, a obstinação terapêutica e a distanásia, em que o médico, conhecendo a inutilidade da adoção de certa medida, insiste em aplicá-la, gerando, assim, mais dores do que vantagens.

Como explanado por Maria Elisa Villas-Bôas, existe uma linha tênue que deve ser observada pela autoridade médica ao causar qualquer interferência na vida humana, para que não seja ultrapassado o limite da dignidade.

Por fim, o princípio da justiça afirma que a justiça deve ser distributiva, havendo uma obrigação de repartição entre os benefícios, riscos e encargos, de forma igualitária. Lembrando que, os quatros princípios explicitados acima devem ser levados em consideração conjuntamente, em toda situação médica, de forma a garantir a dignidade da pessoa humana, bem como, vida digna, direitos estes fundamentais e retratados na Constituição Federal do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988).

Dessa forma, após a breve explicação, há que se falar sobre as categorias acerca da finitude da vida, estudadas dentro do ramo da bioética, de forma a distingui-las e explicá-las:

2.1 EUTANÁSIA

A eutanásia é o ato de privar a vida de uma pessoa que está acometida por uma enfermidade incurável, puramente por piedade e/ou compaixão, a fim de retirar, daquela pessoa todo o seu sofrimento e dor, trazidos exclusivamente pela doença.

Tal procedimento pode ser dividido em eutanásia ativa e passiva, sendo aquela a que o resultado morte é provocado exclusivamente pelo médico ou uma terceira pessoa, como por exemplo, aplicando doses maiores de remédios letais. Já a eutanásia passiva é a que decorre de uma omissão, onde há uma interrupção dos tratamentos e cuidados necessários para a manutenção da vida do paciente (SANTORO, 2010, p. 118).

Há ainda uma subdivisão dentro da eutanásia ativa, podendo ser eutanásia ativa direta ou indireta (SANTORO, 2010, p. 118-119), na qual a ativa direta busca o encurtamento da vida mediante atos positivos, ou seja, abreviar a vida de alguém para lhe oferecer o término do sofrimento por meio de fármacos letais, enquanto a indireta terá como efeito primário aliviar o sofrimento e a dor por meio de analgésicos, não aplicando remédios para abreviar a vida do paciente.

Vale salientar que, no ordenamento jurídico brasileiro, não se considera crime a prática da eutanásia ativa indireta, tendo em vista que o médico deverá sempre prestar seu tratamento aos seus pacientes, não podendo ficar inerte em situações degradantes de dor e sofrimento, indo em conformidade com o princípio da beneficência (SANTORO, 2010, p. 122).

Por fim, lembra-se que o elemento primordial para configuração da eutanásia é a compaixão, não sendo permitido comportamentos que vão em desacordo com a dignidade da pessoa humana.

2.1.1 SUICÍDIO ASSISTIDO

Conhecido como uma auto eutanásia e conforme aduz o autor Luciano Santoro (2010, p. 123) o suicídio assistido nada mais é do que o procedimento em que o próprio paciente dá fim a sua vida, sem intervenção de terceiros, tendo a participação deste apenas como um apoio moral e material, fornecendo os meios necessários para a realização do ato de finitude da vida, ou até mesmo instigando-o ou induzindo-o.

No entendimento de Luís Roberto Barroso, a definição de suicídio assistido é a seguinte:

Por fim, suicídio assistido designa a retirada da própria vida com auxílio ou assistência de terceiro. O ato causador da morte é e autoria daquele que põe termo à própria vida. O terceiro colabora com o ato, quer prestando informações, quer colocando à disposição do paciente os meios e condições necessários à prática. O auxílio e a assistência diferem do induzimento ao suicídio. No primeiro, a vontade advém do paciente, ao passo que no outro o terceiro age sobre a vontade do sujeito passivo, de modo a interferir com a sua liberdade de ação (In:GOZZO, et.al., 2014, p. 27).

Dessa forma, tal procedimento difere da eutanásia em relação a quem põe fim a

vida do paciente, tendo em vista que naquela, o médico ou terceiro utiliza-se da compaixão para ele mesmo pôr um fim no sofrimento e dor do enfermo, enquanto que no suicídio assistido o enfermo é assistido apenas em sua hora final, sendo ele mesmo quem ministra os procedimentos para adiantar sua morte (SANTORO, 2010, p. 125).

Porém, vale salientar que, a prática do terceiro que participa do suicídio assistido, ainda que por compaixão, no Brasil, será enquadrado pelo crime de Instigação ao Suicídio, no art. 122 do Código Penal⁹.

2.2 ORTOTANÁSIA

Epistemologicamente, a ortotanásia está relacionada a escolha de uma morte melhor para o paciente, ou seja, uma maneira de evitar um tratamento inútil e sofrimento desnecessário. Assim, essa prática seria uma conduta que os médicos realizam ao ver que o estado clínico do paciente se mostra irreversível e ele possui uma certeza de morte, passando a prestar-lhe apenas cuidados paliativos para que venha a falecer com dignidade (SANTORO, 2010, p. 132-133)

Hodiernamente, é importante ressaltar que essa prática é permitida no Brasil. Entretanto, embora permitida, ainda é tratada com enorme preconceito pela falta de informações da população, sendo de suma necessidade um esclarecimento da entre as diferenças básicas sobre o que ortotanásia, distanásia e eutanásia.

O processo de ortotanásia acredita veementemente na autonomia individual como forma de dignidade humana, visto que algumas formas de medicalização da vida podem tornar a morte como um processo longo e doloroso. Dessa forma, pensar em ortotanásia significa pensar em um processo de escolha do paciente, é pensar em uma redução da dor e permitir que o desfecho da vida não seja inutilmente prorrogado.

2.3 DISTANÁSIA

Por fim, trata-se de distanásia a luta excessiva do médico pela vida do

⁹ Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça:
Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

paciente, acabando por retardar inutilmente a morte natural do enfermo, ou seja, há um excesso de tratamento, medidas terapêuticas, para a manutenção da vida (SANTORO, 2010, p. 128-129).

Nesse aspecto, o Ministro Luís Roberto Barroso preceitua que:

Por distanásia compreende-se a tentativa de retardar a morte o máximo possível, empregando, para isso, todos os meios médicos disponíveis, ordinários e extraordinários ao alcance, proporcionais ou não, mesmo que isso signifique causar dores e padecimentos a uma pessoa cuja morte é iminente e inevitável (In: GOZZO, et.al., 2014, p. 25)

Insta salientar, portanto, que a dignidade da pessoa humana não permite que o paciente seja submetido a tratamento degradante e desumano, sendo proibido pelo nosso ordenamento jurídico a prática da tortura, onde se encaixa o excesso de tratamento que cause desconforto desnecessário ao enfermo. Sendo assim, o médico deve sempre se atentar ao princípio da não maleficência, a fim de evitar uma má morte do seu paciente.

3 O DIREITO À VIDA *VERSUS* DIREITO À MORTE DIGNA: UMA ANÁLISE SOB A ÉGIDE DA DIGNIDADE HUMANA

Discorrer sobre a dignidade humana é pensar nos direitos que o ser humano tem para assegurar uma vida digna, com o mínimo existencial, tendo em vista que, por viver em sociedade, o homem passa por constantes situações em que o seu bem maior, a vida, deve ser tutelado e protegido pelo Estado, como um direito fundamental. Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 60) aduz que:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Dessa forma, conforme a fala de Sarlet, podemos concluir que a dignidade humana advém do nascimento da pessoa, bem como com a sua personalidade,

tornando-o merecedor de direitos e deveres, para consigo e com os outros ao seu redor, garantindo-lhes o mínimo para a existência e sobrevivência.

Porém, há que se inferir que o conceito de dignidade humana ainda passa por muitas discussões, sendo elaborado durante toda a história, passando a ser incluída, inclusive, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, logo em seu primeiro artigo, que afirma que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direito¹⁰.

No Brasil, a Dignidade da Pessoa Humana é tida como um direito fundamental da democracia brasileira, disposto na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), em seu artigo 1º, inc. III¹¹, bem como em seu art. 5, incisos seguintes, denotam a dignidade da pessoa humana, com base na não submissão de nenhuma pena de tortura, a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, respeitando as decisões e não limitando direitos de nenhum cidadão com base em sua crença, bem como a inviolabilidade da honra e imagem, do domicílio, etc.

Ademais, a Constituição Federal também garante o Direito à Vida, em seu art. 5º, *caput*¹², sendo, pois, um dos direitos mais importantes trazidos pela Carta Magna, tendo em vista que o bem mais importante, como dito anteriormente, é a vida, devendo ser tutelado pelo Estado.

Isto posto, através dessa afirmação de que a vida está intrinsicamente ligada à dignidade humana, podemos concluir que o direito à vida diz respeito a viver com dignidade, tendo em vista que ambos surgem a partir do nascimento do cidadão, levando consigo pelo resto de sua vida. Assim, tutela-se, portanto, o mínimo existencial para que alguém possa viver dignamente, sem sofrer nenhum dano ou condutas degradantes.

Outrossim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 25, afirma que:

Todos os seres humanos têm direito a um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e bem-estar de si mesmo e da sua família, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e

¹⁰ Artigo 1º - Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

¹¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...) III - a dignidade da pessoa humana.

¹² 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 (...)

direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora do seu controlo. (Assembleia Geral da ONU, 1948)

Portanto, com base nessa disposição, deve-se lembrar que situações de indignidade acarretam na indignidade de outras pessoas que vivem em comunidade, levando um ao outro não dar o devido valor e cuidado a vida do próximo, tendo em vista que dignidade e vida andam juntas.

Além do mais, falar em vida digna também abre espaço para discussão acerca da morte digna, tendo em vista que no ordenamento jurídico brasileiro, não se encontra uma tutela sobre a finitude da vida. Dessa forma, apesar da Carta Magna e a democracia brasileira ser pautada no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, encontramos uma lacuna normativa no que se refere ao fim da vida, devendo esta ser tão digna quanto a vida em si.

Nesse sentido, é sabido que a morte é inevitável, sendo, muitas vezes, iminente, onde o tratamento se torna inviável e a doença não tem cura, o que já leva o indivíduo a uma certa indignidade, tendo em vista que ninguém vive dignamente passando por situações de dor e sofrimento, como é o caso, por exemplo, do paciente terminal.

No embate para manter a vida a qualquer custo, seja passando por tratamentos degradantes, havendo um confronto entre a dignidade humana e o direito à vida, deverá, sempre, prevalecer a dignidade humana, pois este é o princípio fundamental que rege a democracia brasileira, devendo estar presente até mesmo ao final da existência humana.

Sendo assim, conforme demonstrado, pode-se inferir que, no choque entre a dignidade humana e o direito à vida de alguém, tem-se que analisar as hipóteses em que a manutenção desse bem maior, a vida, não trará mais nada de digno ao homem, onde a morte é verdadeiramente iminente, devendo o profissional da saúde encontrar meios de garantir um fim digno, não submetendo seu paciente a nenhum tratamento que apenas postergará a morte. Mas, se o caso trouxer a possibilidade da manutenção da vida, deve sim continuar com o tratamento, tendo em vista que a vida é tutelada pelo Estado (SANTORO, 2010, p. 84).

Assim, conclui-se que o direito à vida não é absoluto, haja vista que em muitas situações, viver não é mais a forma digna, tendo o paciente que passar por inúmeras

fases de tortura, ato totalmente vedado pela Carta Magna.

Insta salientar, ainda, que o entendimento de morte digna não diz respeito ao indivíduo suprimir a própria vida, também vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas sim no sentido de a morte ser tratada de maneira menos sofrida, fazendo jus à dignidade humana, respeitando a morte da mesma forma que respeita-se a vida digna. Em respeito a esse entendimento, o Conselho Federal de Medicina, na Resolução nº 1.805/06, art. 2º¹³ (BRASIL, 2006), afirma que o paciente em estado iminente de morte, terá seu tratamento focado apenas em remédio paliativos, aliviando a dor e sofrimento.

Assim, levando em consideração a dignidade humana, conclui-se que o profissional deve ofertar ao seu paciente um ambiente adequado para a sua hora final, propiciando-lhe bem-estar físico, mental, social e espiritual (SANTORO, 2010, p. 92), sendo, portanto, a forma mais digna de morrer, devendo ser adotado e tutelado pelo Estado.

4 PACIENTE TERMINAL E O DIREITO À POSSIBILIDADE DA AUTONOMIA DE ESCOLHA

Que as Ciências Médicas inicialmente objetivam salvar vidas, é um fato. Porém, há inúmeras situações em que os procedimentos, diagnósticos e tratamentos não alcançam esse escopo inicial de sobrevivência e o que seria um benefício para o paciente, acaba virando uma sessão maior de dores, torturas e, muitas vezes, tratamentos que prolongam apenas o sofrimento, não oportunizando uma vida digna e saudável, como é o caso de pacientes em estado terminal.

Ocorre que, ainda com os avanços tecnológicos que proporcionam progressos também na área da saúde, a finitude da vida sempre será uma verdade incontestável, ou seja, chegará o momento em que a vida humana terá um fim, mesmo que tal discurso permaneça como um tabu ainda nos tempos atuais. Podemos notar tal verdade em leitos de hospitais ocupados por pacientes terminais, os quais, em primeira análise, são vistos como pacientes que estão se encaminhando para o fim da vida, ou seja,

¹³ Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar

passando pelo processo da morte, onde a sua sobrevivência depende unicamente do manejo de drogas e meios artificiais (MENEZES, 2015, p. 47).

Dessa forma, pode-se inferir que existe uma cultura predominante focada na cura do enfermo, onde a vida, independentemente de como está sendo vivida pelo paciente, é tida como um bem maior, resultando, portanto, em uma corrida entre investigações, procedimentos e tratamentos invasivos, que causam muito mais desconforto (apud MENEZES, 2015, p. 48).

Porém, há que se entender que o conceito de paciente terminal ainda é muito amplo, não podendo se ater apenas ao caso de um enfermo muito grave, tendo em vista que existem casos de pacientes muito graves mas não em estado terminal. Nesse sentido, Pilar R. Gutierrez, na Revista da Associação Médica Brasileira, em seu texto intitulado “À beira do leito” (2012, v. 47, n. 2), buscou tal conceito, afirmando que:

A conceituação de paciente terminal não é algo simples de ser estabelecido, embora freqüentemente nos deparemos com avaliações consensuais de diferentes profissionais. Talvez, a dificuldade maior esteja em objetivar este momento, não em reconhecê-lo.

A terminalidade parece ser o eixo central do conceito em torno da qual se situam as consequências. É quando se esgotam as possibilidades de resgate das condições de saúde do paciente e a possibilidade de morte próxima parece inevitável e previsível. O paciente se torna “irrecuperável” e caminha para morte, sem que consiga reverter este caminhar.

Portanto, com base nessa perspectiva, pode-se compreender que o paciente terminal seria aquele enfermo em que, na situação a qual se encontra, teria as possibilidades de recuperação esgotadas, não havendo mais nenhum caminho a ser seguido a fim de que restabelecesse sua saúde, indo, portanto, ao encontro da finitude de sua vida.

Nessa perspectiva, Renata Menezes (2010, p. 49) trouxe em sua obra, o entendimento técnico do neurocirurgião mexicano Francisco Escobedo (*apud* HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2010, p. 131-132), o qual classifica pacientes terminais em três grupos, sendo eles:

Paciente terminal tipo 1: é aquele que sofreu embolia, enfarto, hemorragia, traumatismos; encontra-se em estado de choque ou faz quadro de intoxicação grave. Nestes casos há esperança de sobrevida e (...) devem ser empregados todos os recursos ordinários e extraordinários para manter o paciente com vida.

Paciente terminal tipo 2: é aquele que se encontra em estado grave, resultante de um episódio agudo ou crônico, com perda de consciência, das

faculdades cerebrais, das funções mentais e ficou incapacitado para uma vida de relação. Para este tipo de paciente não há esperanças de recuperação e a expectativa de sobrevida está diretamente ligado ao uso de recursos extraordinários.

Paciente terminal tipo 3: é o paciente que, apesar de acometido de uma doença considerada incurável e submetido a sofrimentos físicos ou morais, mantém consciência parcial ou total. É o caso do paciente em fase final do câncer ou da AIDS.

Dessarte, conforme demonstrado acima, pode-se notar que a conceituação de paciente terminal é em sentido amplo, partindo de um entendimento de cada caso concreto e de acordo com a enfermidade em análise.

Assim, tais pacientes terminais devem ser definidos através de um contexto pessoal e real, com base no entendimento do seu médico, família e suas próprias convicções, indo além de um conceito biológico, passando principalmente por uma ordem jurídica, ética, e sobretudo, humana, precisando sobressair do tecnicismo conceitual.

Ademais, após a análise acerca da conceituação de pacientes terminais, devemos discorrer sobre a autonomia da escolha de morte do paciente que se encontra em estado terminal, tendo em vista que, em muitos casos o enfermo tem consigo suas plenas faculdades mentais e psicológicas, entendendo, inclusive, todos os procedimentos nos quais passará e que, em decorrência da sua lucidez almeja por escolher a finitude de sua vida, dando fim, principalmente, ao sofrimento que passa.

Tal direito à autonomia deve ser visto à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Carta Magna, tendo em vista que, morrer com dignidade, sem maiores sofrimentos, dores e até mesmo sem tortura, vai totalmente ao encontro do que aduz tal princípio. Outrossim, vale ressaltar que a autonomia de escolha do paciente não dispensará a capacidade deste em expressá-la, como veremos a seguir.

Ainda, há que se ater à compreensão do que se trata a dignidade da pessoa humana, tendo em vista ser um preceito fundamental de respeito aos direitos fundamentais inerente à todo cidadão, conforme demonstrado na fala de José Afonso da Silva (2005):

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os outros direitos fundamentais do homem, desde o seu direito à vida. 'Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-

constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-las para construir 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana. (SILVA, 2005, p. 105)

Portanto, conforme colocado acima, a dignidade da pessoa humana abrange o respeito aos direitos fundamentais consagrados pela Carta Magna, como no caso em análise, o direito à vida e, caso seja desrespeitado, o Estado estará ferindo tal preceito fundamental. Porém, apesar de haver o direito à vida, há que se apontar que esta não é antagônica ao direito à morte digna, ainda que este não seja consagrado expressamente na legislação brasileira.

Nesse sentido, há que se observar uma linha tênue entre prolongar a vida de um paciente terminal e ferir a dignidade do seu viver. Por isso, é necessário entender que reprimir a autonomia daqueles que não desejam instrumentos e tratamentos que prologuem a vida, macula a própria imagem do princípio da dignidade humana.

4.1 TESTAMENTO VITAL E A RESOLUÇÃO 1.995/12-CFM

Trata-se de testamento vital, um documento no qual a pessoa, plenamente capaz, indica seus desejos os quais serão aplicados nos possíveis tratamentos que venham a ser-lhes aplicados em caso de enfermidade terminal, no futuro, exercendo seu direito de pura autonomia de escolha. Tal documento deriva do gênero conhecido como Diretivas Antecipadas da Vontade, sendo portanto uma espécie desta.

Vale ressaltar, primeiramente, que o testamento vital teve sua origem em meados de 1969, nos Estados Unidos da América, quando Luis Kutner, ativista e advogado dos Direitos Humanos, propôs que fosse adotado no sistema americano o *living will*, traduzido no Brasil como testamento vital, para que assim fosse protegido o direito individual do paciente que quisesse permitir sua própria morte, quando seu estado médico fosse considerado irreversível. Com base nisso, buscou-se permitir que o enfermo obtivesse o direito à escolha de recusar-se a receber tratamento médico que tenha como objetivo apenas o prolongamento da vida, não observando a qualidade da mesma, tendo em vista que, como analisado anteriormente, muitas vezes o paciente é submetido a tratamentos degradantes que não almejam a cura (KUTNER *apud* DADALTO, *et al*, 2013, p. 464).

Insta salientar, ainda, que tal testamento virá a ser utilizado somente quando o paciente não mais puder exercer sua capacidade, ou seja, estiver em estado tal que não permite mais tomar decisões.

No Brasil, tal documento passou a ser regulamentado pela Resolução nº 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina, publicada dia 31 de agosto de 2012, sendo de suma importância lembrar que as resoluções feitas pelo CFM tem força de lei apenas entre a classe médica, não significando que é legalizado no Brasil. Tal resolução em análise foi criada com fulcro na necessidade de regulamentar a conduta dos médicos que venham a ter pacientes em estado terminal, bem como a relevância da autonomia do paciente em escolher quais os procedimentos que gostaria ou não de ser submetido, tendo em vista que, com o surgimento de avanços tecnológicos, foram criados tratamentos considerados desproporcionais que apenas prolongam a vida do enfermo em estado terminal, prolongando também o sofrimento do mesmo, sem trazer consigo uma possibilidade de cura.

Dessa forma, a resolução buscou autorizar o profissional da saúde, ou seja, médico daquele determinado caso, a agir com franqueza e humanidade com seus pacientes, fazendo com que estes estejam cientes acerca do estado de saúde em que vivem, possibilitando que o mesmo possa exercer sua autonomia de escolha.

Além disso, a resolução trouxe em seu artigo primeiro¹⁴ que as diretivas antecipadas são um conjunto de desejos, onde o paciente irá manifestar previamente e de maneira expressa, demonstrando quais os cuidados e tratamentos que quer ou não receber no momento em que não puder mais expressar suas vontades, existindo, portanto, limites na escolha da morte por parte do paciente, devendo ser feito em suas plenas capacidades, anteriormente ao momento que não puder mais expressar vontades.

Ademais, importante ressaltar que, existindo uma diretiva antecipada da vontade, manifestada pelo paciente no momento em que o mesmo ainda era considerado capaz de exercer e expressar suas vontades, o médico e sua equipe deverá segui-la, colocando em prática a última vontade e autonomia de escolha do enfermo em questão, salvo se for em desconformidade com algum preceito ético da

¹⁴ Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

classe médica¹⁵, conforme aduz o artigo segundo¹⁶ da referida resolução.

Portanto, vê-se claramente que a oportunidade de autonomia do paciente em estado terminal é a forma mais digna de se viver, bem como de morrer, proporcionando ao mesmo uma oportunidade de ter seu fim conforme a dignidade humana.

4.2 ORTOTANÁSIA NO BRASIL E A RESOLUÇÃO 1.805/06-CFM

Como visto anteriormente, trata-se de ortotanásia o processo pelo qual a morte se dará em seu tempo certo, não havendo combate à finitude da vida através de métodos extraordinários e desproporcionais, tendo, portanto, uma certa aceitação da morte, permitindo que esta siga seu curso natural. Entretanto, há que se observar que a ortotanásia não permite ainda que o enfermo sofra, tendo em vista que, indissociável a ela, há a presença de cuidados paliativos, ou seja, o enfermo terá todo apoio possível para diminuir o sofrimento físico e psíquico o qual vem passando, sendo tratado os sintomas e objetivando aliviar o padecimento do doente terminal.

No Brasil, como demonstrado no início deste trabalho, por muito tempo vigorou o direito à vida como um direito absoluto, onde não se discutia o direito à morte digna, tendo em vista que a vida era tida como um bem maior e, por muitas vezes, o discurso acerca da morte é ainda colocado como um tabu, procurando manter-se distante da ideia do fim. Dessa forma, a medicina passou a ter grandes avanços, fazendo com que fosse ofertada a alguns enfermos, o prolongamento da vida, retardando, portanto, a morte do paciente (PESSOA, 2013, p. 16-17).

Porém, a morte é entendida soberanamente como um evento inevitável, ou seja, todo ser vivo está passível de enfrentar a finitude da vida a qualquer momento e, principalmente nos casos de pacientes terminais, tem-se o fim da vida em uma maior certeza, sendo, por muitas vezes, mais doloroso ao enfermo, haja vista que o mesmo tem a certeza da morte cada vez mais intrínseca e presente, passando por uma série de tratamentos que levam o mesmo a sessões de tortura psicológica e até mesmo física.

¹⁵ Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

¹⁶ § 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina, autarquia brasileira que possui atribuições legais de normatização e, acima de tudo, fiscalização da prática médica, à luz da dignidade da pessoa humana, aprovou a Resolução nº 1.805/06 (BRASIL, 2006), possibilitando e dando um grande avanço na seara da ortotanásia no Brasil, abrindo espaço para um enorme debate acerca do instituto. Dessa forma, tal resolução, em sua ementa, entendeu que:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou seu representante legal.

Assim, a partir de tal entendimento, os profissionais da saúde, principalmente médicos, passaram a ter respaldo ético para a prática da ortotanásia, proporcionando aos seus pacientes que se encontram em estado terminal, maior conforto em sua caminhada para a morte, sem passar por tratamentos degradantes e desnecessários, garantindo-lhe a dignidade humana.

Dentre as decisões e respaldos da resolução em análise, o destaque principal se dá pelo consentimento esclarecido do paciente ou de seu representante legal, bem como a prática de cuidados paliativos, para que assim o enfermo possa ter uma morte digna sem sofrimentos, seguindo seu curso natural e sem demais prolongamentos, e o direito do paciente em obter uma segunda opinião médica (MENEZES, 2015, p. 88).

No entanto, tal resolução chegou a ser debatida pelo Ministério Público do Distrito Federal, em uma ação civil pública nº 2007.34.00.014809-3, que objetivava a nulidade da mesma, justificando que a competência para regulamentar acerca do direito à vida é exclusiva do Congresso Nacional, não podendo uma autarquia dispor sobre. Além disso, foi alegado que o princípio da autonomia do paciente esbarra na indisponibilidade do direito à vida, devendo, portanto, ser preterido (MENEZES, 2015, p. 88).

Ocorre que, à luz da dignidade humana, e conforme demonstrado por Renata Menezes (2015, p. 89), em sua obra, tal ação civil pública foi julgada, posteriormente, improcedente, com base na possibilidade do profissional da saúde, o médico, limitar ou até mesmo suspender os procedimentos e tratamentos do paciente terminal, tendo em vista que o fulcro de tais procedimentos estaria apenas no prolongamento da vida e

não na cura, o que não feriria o Ordenamento Jurídico Brasileiro, nem mesmo o direito à vida, tutelado pelo Estado. Tal limitação, inclusive, é permitido no art. 1º¹⁷ da resolução em análise.

Isso se explica perfeitamente no sentido de que tal direito à vida não é absoluto, o que faz com que, nos casos de pacientes de doenças incuráveis, em estado terminal, o mesmo possa escolher abrir mão do prolongamento de sua vida, a fim de ter a sua finitude de forma digna e menos dolorosa, seguindo o caminho natural da vida e da morte.

Contudo, há que se concordar que a ortotanásia é um procedimento pelo qual assegura o indivíduo, assim como é assegurado a vida digna, uma morte digna. Dessa forma, há que se observar que o direito à vida, trazido pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, apesar de inviolável, não se torna absoluto, tendo em vista que o cidadão tem o direito à vida, mas não o dever de vive-la, como é o caso de um paciente terminal que passa por inúmeros tratamentos dolorosos, que o fazem sofrer mais do que querer viver a sua vida daquela maneira.

Portanto, o direito à autonomia de escolha do paciente, em confronto com o direito à vida, deve ser colocada em primeiro lugar, garantindo ao paciente a aplicação integral da dignidade da pessoa humana.

5 CONCLUSÃO

Com o fulcro de analisar a problemática acerca dos limites da autonomia de escolha da morte por pacientes terminais, bem como os temas relacionados à vida e morte digna, sofrimento de enfermos terminais e sua autonomia, o objetivo do trabalho encontrou-se alcançado quando pôde discutir conceitos acerca da bioética, apresentando sua história de surgimento e apresentar suas categorias, distinguindo-as e adentrando mais profundamente no universo da ortotanásia.

Assim, para uma melhor compreensão acerca do tema, fez-se necessário também um estudo e análise da dignidade da pessoa humana, consagrada pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), com base no direito à vida e o possível

¹⁷ Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.
§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

direito à morte digna. Durante o decorrer da pesquisa, restou-se clara a importância de uma análise em cada caso concreto para que assim possa haver uma relativização e ponderação em hipóteses de choque entre o preceito fundamental e o direito à vida, considerada inviolável.

Ademais, conclui-se no decorrer do texto que a morte sempre ocorrerá, independentemente da vontade do indivíduo, não sendo, portanto, uma escolha. Porém, com o surgimento de avanços tecnológicos, a área da saúde vem sofrendo inúmeras alterações, proporcionando á muitos, um prolongamento da vida, através de procedimentos modernos e que permitem que uma vida seja mantida por meios artificiais.

Ocorre que, com esse avanço, os pacientes que se encontram em estado terminal passaram a ter suas vidas prolongadas, sem perspectivas de cura, ocasionando um maior desconforto, uma jornada de dor e sofrimento, tanto física quanto psicologicamente. Dessa forma, olhando para os casos de pacientes terminais, principalmente do tipo 3, separado na categoria do neurocirurgião mexicano Francisco Escobedo, os quais não terão a cura para sua enfermidade, teriam eles o direito à liberdade de escolha em se submeter ou não a tais procedimentos? Tal resposta tem respaldo no estudo da bioética, que surgiu com o objetivo de auxiliar os indivíduos quando esses dilemas vierem a ocorrer, proporcionando, principalmente nos casos em análise, o direito à uma morte digna.

Contudo, há que se inferir que apesar da vida ser um bem por excelência, tendo um imenso respaldo pela Carta Magna, e sendo fundamental à existência humana, havendo um choque entre o direito à vida, e uma morte sem a mínima dignidade, deve-se prevalecer o direito à uma morte considerada digna, sem que o paciente venha a ter a finitude de sua vida calcada na dor e no sofrimento.

Dessa forma, percebe-se que o direito à vida não vem a ser absoluto, e a indisponibilidade desse direito em contrapartida com a aplicação da dignidade da pessoa humana, obriga que o indivíduo seja tratado, em toda sua jornada, inclusive em seu momento final, com a devida dignidade. Então, em hipóteses de choque entre o direito à vida e o preceito fundamental da dignidade da pessoa humana, o aplicador do direito e o profissional da saúde devem, por excelência, se valer da ponderação, onde, em casos de pacientes terminais, em que a morte do indivíduo é um evento iminente e

inevitável, deverá ser oportunizado ao enfermo o direito à autonomia de escolha, cabendo ao mesmo decidir como gostaria de ser ou não tratado.

Por conseguinte, pode-se inferir que o direito à vida digna é corolário ao direito à morte digna. Por isso, conclui-se a ideia de que a prática da ortotanásia e autorização de utilização das diretivas antecipadas de escolha, com base no testamento vital, são as formas mais dignas que se podem ofertar ao indivíduo que se encontra em estado terminal. Porém, há que se lembrar que a prática da ortotanásia se refere a “morte no seu tempo certo”, onde o médico não irá deixar de ofertar cuidados paliativos, deixando apenas de seguir com tratamentos considerados degradantes e inúteis ao seu paciente.

Isto posto, entende-se que a utilização do testamento vital é, também, a forma mais eficaz de cumprimento à vontade do enfermo, tendo em vista que uma vez colocado seus desejos em tais documentos, no momento em que não mais conseguir expressar suas vontades, os desejos colocados anteriormente terão de ser seguidos, havendo limites apenas no momento de confecção do testamento, onde o enfermo tem que estar em suas plenas faculdades, se mostrando capaz de tomar tal decisão, e, caso venha a ser considerado ferimento a algum preceito ético do Código de Ética Médica, passará a não ser respeitada. Com isso, demonstra-se que é possível morrer com dignidade, bem como viver dignamente, devendo o Estado respaldar tais direitos, cumprindo com o principal preceito fundamental, o da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A Morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida**. In: GOZZO, Débora, et. al., Bioética e Direitos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Brasília: Senado Federal, 2002 b.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). Código de ética médica. **Resolução nº 1.995/2012**. Brasília-DF, 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). Código de ética médica. **Resolução nº 1.805/2006**. Brasília-DF, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 6.

LIMA, Walber Cunha. **BIOÉTICA E BIODIREITO: Interfaces e Confluências**. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes. Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais. Natal, 2012, p. 43-83.

MENEZES, Renata Oliveira Almeida. **ORTOTANÁSIA: O Direito à Morte Digna**. 1.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2015. p. 15-125.

PESSOA, Laura Scalldaferri. **PENSAR O FINAL E HONRAR A VIDA: DIREITO À MORTE DIGNA**. 1. ed. [S.l.]: Saraiva, 2013. p. 11-157.

REVISTA BIOÉTICA. **Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro**. Disponível em:

https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/855/926. Acesso em: 15 nov. 2020.

SANTORO, Luciano de Freitas. **MORTE DIGNA: O Direito do Paciente Terminal**. 1.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010. p. 17-184.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCIELO. **À beira do leito**. Disponível em:

https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302001000200010#:~:text=%C3%89%20quando%20se%20esgotam%20as,se%20consiga%20reverter%20este%20caminhar. Acesso em: 11 nov. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Da defesa do estado e das instituições democráticas**. 2005. 893 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005. Cap. 1.

UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Aprovada pela UNESCO, 19 outubro 2005.

TRIBUTAÇÃO DE BENS NA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL: UMA ANÁLISE LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL ACERCA DA INCIDÊNCIA DO IR, ITCDE ITBI

Carlos Alberto Gomes Junior¹

Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de Moraes²

RESUMO

Este artigo objetiva analisar as obrigações tributárias dos ex-cônjuges, decorrentes da dissolução da sociedade conjugal, no ordenamento jurídico brasileiro. Discorre-se sobre a origem do regime de bens da sociedade conjugal e sendo esse a base para aos efeitos patrimoniais e tributários, no fatídico momento da dissolução dessa sociedade. Esse fato será analisado - no âmbito do Direito de civil -, tanto na parte do Direito de família, quanto do Direito a sucessões, como também, do Direito Tributário. Tem-se como objetivo geral demonstrar a importância da escolha do regime de bens pelos nubentes, e, sua uma relação intrínseca com as obrigações tributárias dos 3 (três) Entes Federados. Como objetivo específico, será demonstrado que os entendimentos tributários ultrapassam os limites da legalidade e da unicidade do ordenamento jurídico, bem como possuem efeitos nefastos, nas obrigações tributárias dos ex-cônjuges. Estuda-se, a partir do método hipotético-dedutivo, o qual se baseia na compreensão da regra geral, para em análises de situações específicas hipotéticas, para chegar à conclusão da incompatibilidade das imposições tributárias, com o ordenamento jurídico. Por fim, conclui-se que se faz necessária a análise pormenorizada e contextualizada das normas tributárias, tendo essa análise a capacidade de mitigação, o custo tributário na partilha de bens na dissolução da sociedade conjugal

Palavras-chave: Dissolução da sociedade conjugal. Efeitos tributário da partilha de

¹ Aluno do Curso de Direito da UNI-RN. E-mail: calbertojr1@hotmail.com

² Docente do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN. E-mail: rosangela.mrm@hotmail.com

bens. Divergência e bitributação entre normas.

TAXATION OF ASSETS IN THE DISSOLUTION OF THE MARRIAGE SOCIETY

ABSTRACT

This article aims to analyze the tax obligations of ex-spouses resulting from the dissolution of the conjugal society in the Brazilian legal system. The origin of the property regime of the conjugal society is discussed and this is the basis for the patrimonial and tax effects at the fateful moment of dissolution of that society. This fact will be analyzed in the scope of civil law, both in terms of family law and inheritance law, as well as tax law. The general objective is to demonstrate the importance of the choice of the property regime by the betrothed and its intrinsic relationship with the tax obligations of the 3 (three) Federated Entities. As a specific objective, it will be demonstrated that tax understandings go beyond the limits of legality and the uniqueness of the legal system, as well as having harmful effects on the tax obligations of ex-spouses. It is studied from the hypothetical-deductive method, which is based on the understanding of the general rule to analyze specific hypothetical situations, to reach the conclusion of the incompatibility of tax impositions with the legal system. Finally, it is concluded that a detailed and contextualized analysis of the tax rules is necessary, with this analysis having the capacity to mitigate the tax cost of sharing goods in the dissolution of the marital society.

Keywords: Dissolution of the Marriage Society. Tax effects of property sharing. Divergence and double taxation between standards.

1 INTRODUÇÃO

Com a evolução da sociedade, especialmente das relações conjugais, as sociedades conjugais - que outrora só possuíam como único regime o de comunhão total, e, eram objetivadas na longevidade, conforme o brocardo “até a morte nos separe” — já não possuem essa unicidade de regime e seus objetivos não permanecem - a dissolução destas, pela livre vontade das partes, se tornou um

fenômeno social "natural", o divórcio.

Infelizmente, tanto a início da sociedade como na sua dissolução, todos são totalmente envolvidos pela emoção, aquele na esperança e na felicidade eterna, está na desesperança e no litígio. Por essa comum situação, os nubentes e cônjuges desviam a atenção necessária e fundamental para o prévio entendimento quanto aos efeitos tributários da dissolução sociedade, especialmente, quanto à divisão dos bens de forma desproporcional, fato este pouco, esclarecido e de pouco conhecimento dos operadores do Direito.

Uma das causas é que os conceitos tributários e o emaranhado de normas tributárias - no ordenamento brasileiro - tornam as tratativas, junto aos órgãos de fiscalização, um esforço hercúleo, e, muitas vezes, nebuloso, especialmente, quanto aos "entendimentos" do fisco federal.

Nesse sentido, o artigo tem como objetivo geral analisar o arcabouço normativo das possíveis tributações das consequências patrimoniais do ato de dissolução de sociedade conjugal, entendendo que, apesar da existência de 4 (quatro) hipóteses legais, no Código Civil de 2002³, focalizando nos eventos de morte de um dos cônjuges e no de divórcio - considerando que a separação judicial não mais persiste no ordenamento - e a nulidade ou anulação do casamento retorna ao estado original de relação patrimonial dos ex-cônjuges.

Outrossim, de modo mais específico, analisar as divergências quanto à tributação pelos entes federados, baseados em instruções ou decretos que não respeitam e excedem a norma geral, em sua base constitucional, Sistema Tributário Nacional e na base supralegal regulamentadora de âmbito nacional, Código Tributário Nacional.

Usaremos nesta pesquisa o método hipotético-dedutivo, baseado em proposição de hipóteses de que seja perfeitamente legal a aplicação da tributação dos bens na dissolução da sociedade conjugal.

Partindo dessa hipótese, teremos uma análise da legalidade e compatibilidade com o ordenamento jurídicos das exigências tributárias dos entes

³ Art. 1.571. A sociedade conjugal termina: I - pela morte de um dos cônjuges;
II - pela nulidade ou anulação do casamento;
III - pela separação judicial;
IV - pelo divórcio.

federados.

Essa compatibilidade dos ditames processuais será confrontada, adicionalmente, com os princípios do Direito Tributário, em busca de concluir que os é em que hipótese é cabível a tributação na situação objeto desse trabalho.

Essa análise possibilitará gerar as conclusões quanto à legalidade e perfeita aplicação da tributação, em sua análise, quanto à hipótese de incidência e seu contribuinte.

Desse modo, o trabalho está estruturado em três tópicos. O primeiro aborda a instituição da sociedade conjugal e a seus consequentes efeitos patrimoniais, relacionados à escolha do regime de bens selecionado, na sociedade conjugal, os quais são cruciais para compreender a importância que possui o instituto, no ordenamento jurídico. Assim, busca-se demonstrar a livre opção dos nubentes - na escolha do seu regime de bens - e que esse será fundamental, no momento da dissolução da sociedade.

O segundo tópico introduz o estudo das obrigações tributárias relacionada à dissolução da sociedade conjugal. Nesse capítulo, analisaremos os fundamentos constitucionais e a normas gerais tributárias codificadas no Código Tributário Nacional. Adentraremos também nas normas federais, estaduais e municipais que podem, eventualmente, constituir obrigações tributárias na partilha de bens da dissolução.

Por fim, no terceiro tópico apresenta-se a problemática deste artigo. O afastamento do entendimento quanto à existência de bitributação da transferência de bens, na dissolução da sociedade conjugal, na qual os entes — hipoteticamente - estariam exigindo tributos, em função do mesmo fato gerador.

Esse estudo é de extrema importância possibilitando um objetiva uma visão tributarista de um fenômeno eminente do Direito de Família, ou do Direito de Sucessões.

Por tais motivos, se justifica a análise minuciosa da legislação tributária, esclarecendo e demonstrando opções aos operadores do direito para que esses atuem junto aos seus clientes para que, de forma lícita, possam propor alternativas para reduzir o custo tributário na partilha de bens, decorrente da dissolução da sociedade conjugal.

2 REGIME DE BENS ESCOLHIDOS NAS SOCIEDADES CONJUGAIS

Inicialmente, antes de adentrar nas questões tributárias, cabem algumas considerações, sem pretensão de esgotar o tema, sobre o instituto da sociedade conjugal e sua origem intrínsecas à constituição da família.

De acordo com Jones Figueiredo Alves (2014 apud DIAS, 2014, p.28), “ a família é o primeiro agente socializador do ser humano. Somente com a passagem do homem do estado da natureza para o estado da cultura foi possível a estruturação da família”

A Declaração Universal dos Direitos do Humanos define que a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.⁴

No ordenamento jurídico brasileiro, em sua base Constitucional de 1988, define que o instituto da família, como “a base da sociedade, tem especial proteção do Estado”⁵ (BRASIL, 1988).

Sendo a família um instituto que deve ser protegido pelo Estado, cabe a esse realizar esforço nesse sentido, contudo, o próprio texto constitucional, ao nossa entender, reduz a atuação do Estado como apenas um garantidor da proteção da dignidade humana, assim, incentivando e reconhecendo os efeitos civis em casamentos religiosos⁶, mas nunca impondo a sua formação.

Assim, o Estado não possui o direito de intervenção na decisão dos consortes, nos termos do § 7º do artigo 226⁷ do mandamento constitucional, sendo livre decisão do casal a sua constituição, bem com a sua dissolução⁸.

Não apenas o planejamento familiar, mas a manutenção da comunhão de vida conjugal é de livre escolha dos consortes, como dispõe o art. 1.513 do Código Civil de 2002 que “ é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado,

⁴ Artigo 163. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

⁵ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

⁶ § 1º O casamento é civil e gratuito a celebração.

⁷ § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

⁸ § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

⁷ § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

⁸ § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

interferir na comunhão de vida instituída pela família” (BRASIL, 2002).

Fundamenta-se assim, que apesar da família ter a proteção do Estado, compete aos indivíduos, em regra, a liberdade tanto instituí-la, mantê-la, restabelecer, como também, a escolha do regime de bens que será adotado pela sociedade conjugal.

Nada obstante a essa autonomia, essa não possui natureza absoluta, pois, conforme demonstrado, a sociedade conjugal é um instituto tutelado pelo Estado e desse modo está sujeito a requisito de validade (art. 1548 e 1.550 do CC/02)⁹ com também impedimentos de natureza subjetiva (art. 1.521 do CC/02)¹⁰.

A sociedade conjugal, apesar de ser eminentemente fundada na afetividade e o *animus* de dois indivíduos de constituírem um núcleo familiar, se trata de uma sociedade, e essa, regulada pelo nosso CC/2012. Nessa senda, o doutrinador Tartuce (2020, p.1229), define que “didaticamente, afirma-se que a sociedade conjugal é o miolo do casamento”.

Conforme afirmado por Diniz (2005)

Uma vez realizado o matrimônio, surgem direitos e obrigações em relação à pessoa e aos bens patrimoniais dos cônjuges. A essência das relações econômicas entres os consortes reside, indubitavelmente, no regime matrimonial de bens, que está submetido a normas especiais disciplinadas de seus efeitos (DINIZ, 2005.p. 152).

Na perspectiva do Direito Civil (art. 981, CC), uma sociedade nasce de um contrato entre pessoas “que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou

⁹ Art. 1.548. É nulo o casamento contraído:

II - por infringência de impedimento.

Art. 1.549. A decretação de nulidade de casamento, pelos motivos previstos no artigo antecedente, pode ser promovida mediante ação direta, por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público.

Art. 1.550. É anulável o casamento:

I - de quem não completou a idade mínima para casar;

II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal;

III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558;

IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;

V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges;

VI - por incompetência da autoridade celebrante.

¹⁰ 10 Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV -

os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do

adotante; VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

serviços, para o exercício de atividade econômica e partilha, entre si, dos resultados.”¹¹ personalidade jurídica de uma sociedade é uma das formas de constituição de um novo ente, com direitos e obrigações, que não se confundem com seus instituidores, como também, possui bens.

Na perspectiva do direito de família, utiliza-se o instituto da sociedade de forma *sui generis*, utilizando essa como instituto para estabelecer direito e obrigações instituídas por um contrato, negócio jurídico, com também, a independência patrimonial dos bens da sociedade, comuns, em relação aos bens pessoas, particulares. Nesse diapasão, a sociedade conjugal nasce do reconhecimento do seu contrato.

Ao constituírem essa sociedade, os indivíduos trazem consigo os seus bens, como também, a possibilidade de constituição desses no interstício dessa união, e coube ao ordenamento jurídico definir, de que forma se estabeleceria essa nova relação entre indivíduos, não mais analisando o seu lado humano e social, mas na perspectiva Civil de direitos e obrigações em uma sociedade conjugal, o que se denomina regime de bens da sociedade conjugal.

Esse regime de bens, corolário da autonomia dos cônjuges de regulamentar as questões patrimoniais, pode ser estabelecido previamente a celebração do casamento, conforme está posto no art. 1639, caput, do Código Civil¹²

Conforme os ensinamentos de Tartuce (2020, p.1194), “é plenamente possível que os nubentes, previamente, acordem o regime de bens sujeitos nos conforme as normas cíveis de um contrato”.¹³

Nesse diapasão, o art.1.640 do CC define: “poderão os nubentes no processo de habilitação, optar por quaisquer regimes que este código regula.”

Ou seja, o regime bens é uma faculdade que previamente a constituição do matrimônio, pacto antenupcial ou na habilitação, pode ser definida, e esse regime definirá o estatuto patrimonial do casal, sendo esse, de forma limitada.

A doutrina também discorre sobre esse direito, sendo plenamente possível

¹¹ Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

¹² Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

¹³ “a natureza contratual do instituto é afirmada por juristas com Silvio Rodrigues, Paulo Lôbo e Maria Helena Diniz. Sendo um contrato, é perfeitamente possível aplicar ao pacto antenupcial os princípios da função social do contrato (art.421, do CC) e da boa-fé objetiva (art. 422, do CC)

a escolha da relação de propriedade que será utilizada na sociedade conjugal¹⁴

A partir do casamento começa a vigorar o regime de bens, podendo os cônjuges alterar este regime durante a comunhão, pelo princípio da mutabilidade justificada posto no

§ 2 do art. 1.639 do CC¹⁵, contudo, se faz necessária a autorização judicial para a mudança.

Tal a sua importância, o CC/2012, que a mutabilidade do regime de bens além da sujeição a autorização judicial deve ser pedida e motivada por ambos os cônjuges, apurado a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros¹⁶

Sobre o princípio da mutabilidade justificada, a doutrina civil já pacificou, no Enunciado nº 113 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal¹⁷. No Código Civil estão postos 4 (quatro) tipos de regimes de bens: o Regime de Comunhão Parcial; o Regime Comunhão Universal; o Regime de Participação Final do Aquestos e o Regime de Separação de Bens.

A doutrina entende que os regimes posto não podem ser considerados *numerus clausus*. Defende essa que, pelo Princípio da autonomia privada, a liberdade de escolha pelos nubentes da relação de propriedade que será utilizada na sociedade conjugal, conforme aclarado no enunciado nº 353 da IV Jornada de Direito Civil¹⁸.

Pontuado esse entendimento, constata-se que esta liberdade como também as mutabilidades no interstício do casamento são pouco exercidas.

Diversamente, os regimes “tradicionais” de comunhão parcial e total de bens representam a grande parte dos regimes conjugais em vigência

Para efeitos desses artigos, focalizaremos nesses dois regimes, parcial e total, para discorrer dos efeitos tributários na dissolução da sociedade conjugal fundadas

¹⁴ O estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil (art. 1.639 e parágrafo único do art. 1.640.14 (...)) (IV Jornada de Direito Civil)

¹⁵ § 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros. (Código Civil/02)

¹⁶ Art. 1.639, § 2º do Código Civil/02

¹⁷ Enunciado nº 113

"é admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de vício de qualquer natureza, exigida ampla publicidade".

¹⁸ "O estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil (art. 1.639 e parágrafo único do art. 1.640. (...)")

nesses regimes de bens.

A sociedade conjugal termina¹⁹ por específico fatos jurídicos : pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial ou pelo divórcio.

Apesar de este posto na codificação civil, com advento da Emenda Constitucional Nº 66/2010, a separação judicial, não persiste no ordenamento contemporâneo. Atualmente, o instituto do divórcio é o meio legal da dissolução da válida sociedade conjugal.

Seguindo a doutrina, em importante novação jurisprudencial, a terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem decidindo no mesmo sentido, que as hipóteses do art. 1. 571 do CC não são taxativas e que comprovado que encerraram os vínculos de confiança e coabitação, separação de fato, estarão presentes os requisitos para o fim ao regime de bens”.²⁰

Pontuamos que a existência de outras hipóteses de dissolução da sociedade válida, entre vivos, no caso de separação de fato não tem efeitos sobre a limitação da análise deste artigo, divórcio, pois, a situação de fato reportará na mesma análise, quanto ao regime de bens do casal, quando do início da sociedade.

Aclarando a relação entre dissolução do casamento e dissolução da sociedade conjugal, o nobre doutrinador Flavio Tartuce segue o seguinte raciocínio (Tartuce, 2020, p.1180)

É notório que o divórcio põe fim ao casamento e também à sociedade conjugal, sendo certo que uma vez extinto o primeiro também estará finda a segunda categoria. Desse modo, onde se lê nos dispositivos *dissolução da sociedade conjugal*, pode-se entender dissolução do casamento e da sociedade conjugal pôr fim ao casamento, e também, a sociedade conjugal.

O regime patrimonial da sociedade conjugal - escolhido livremente pelo

¹⁹ Art. 1.571

I - pela morte de um dos cônjuges;
II - pela nulidade ou anulação do casamento; III - pela separação judicial;
IV - pelo divórcio.

§ 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

§ 2º Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial.

²⁰ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no bojo do AgRg nos EDcl no REsp n. 1.333.425/SP.

nubente ou imposto pela norma - será também de grande importância na dissolução da sociedade seja pelo divórcio, seja pela morte de um dos cônjuges. Esse regime é a base para as regras jurídicas que serão aplicadas quanto à tributação dos bens, na extinção da sociedade conjugal.

Assim como uma sociedade mercantil, os sócios são coproprietários dos bens da sociedade. Na sua dissolução, cada sócio terá direito ao quinhão do patrimônio da sociedade dissolvida, no caso das sociedades comerciais, terão direito a parte do Patrimônio Líquido, instituto das Ciências Contábeis que é aritmeticamente a diferença entre a ativos (bens e direitos) e o passivo (obrigações com terceiros).

Com a dissolução da sociedade conjugal também será fundamentado, na mesma repartição de bens de uma sociedade mercantil, apuração de ativo e passivo e cada cônjuge terá direito a uma parte dos bens, como também, seus ascendentes possuem também parte desse patrimônio. O regime de bens será a norma, convenção privada e emregra, sendo válida, não sujeita a interferência do Estado.

Cabe ressaltar que a partilha de bens na dissolução conjugal não é requisito intransponível para a efetivação do divórcio, ou seja, a partilha de bens não é empecilho para a efetivação do divórcio, existirá apenas efeitos patrimoniais futuros, esse tema, inclusive, é objeto da Súmula 197 do STJ *in verbis*, “o divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens”.

Apesar dessa possibilidade, a o ordenamento civil impõe restrições, no caso de não ocorrer a prévia partilha de bens, e o divorciado busca constituir uma nova relação conjugal(CC, 1.523, I)²¹.

Na dissolução da sociedade conjugal, em todas suas formas, o Estado retorna tanto como tutor - em relação a garantir a dignidade com no início da união - como também, será o Estado Fiscal que tem o poder cobrar dos ex-cônjuges as obrigações tributárias decorrentes dos tributos.

Assim, a intervenção do Estado é imperiosa, pois cabe a este, não apenas como Estado-Juiz, homologar do acordo de dissolução, em algumas situações de dissolução, com também tem a competência de observar se durante a dissolução ou durante esta, surgirão, hipótese de enquadramento em fatos tributados, com a doação ou alienação entreos ex-cônjuges. Fatos estes que foram

²¹ Art. 1.523. Não devem casar: III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

constitucionalmente elencados como hipóteses de incidência tributária.

3 OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS CONSTITUCIONAIS

Na organização federativa da República Federativa do Brasil, CF/88, a escolha pela forma de Estado federado pressupõe a repartição da competência administrativa, legislativa e tributária.

Essa repartição tem como consequência o regime autônomo de organização política-administrativa do Entes Federados, posto no texto constitucional de 1988²²,

Conforme os autores Vicente de Paulo e Alexandre de Moraes (2016, p. 134), a República Federativa do Brasil enquadra-se no tipo de federação de equilíbrio, o que significa que está fundada no equilíbrio entre as competências e a autonomia conferidas aos entes federados pela Constituição Federal. Esse equilíbrio está consubstanciado, entre outros fundamentos, na repartição de receitas tributárias (CF, art. 157 a 159).

Essa repartição das receitas tributárias como também a competência tributária autônoma, será o âmago da independência financeira e orçamentária, pois não independência sem fonte de recursos.

Na seção constitucional do Sistema Financeiro Nacional (art. 153 - 156), a competência tributária é definida taxativamente, relacionando quais os tributos que cada Ente Estatal (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) deve instituir e arrecadar, como também, eventualmente, repartir as receitas tributárias.

Nesse modelo constitucional, os Estados Federados possuem suas fontes de recursos autônomas, não são subordinados ao ente nacional, a União, como também, os municípios também não possuem fontes autônomas de recursos, e essas não estão sujeitas a quaisquer repartições tributárias.

A competência tributária, além de ser uma competência constitucional, não é apenas poder, mas excessivamente, um dever, e assim, o Ente Público tem a obrigação de instituir²³ e arrecadar o tributo, não existindo, qualquer

²² Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

²³ Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
I - Impostos;

discricionariedade nesses dois atos.

Na outra vertente, pelas prerrogativas do regime jurídico público, e, em especial, conforme a supremacia do interesse público sobre o particular, cabe ao particular a sujeição ao cumprimento das obrigações tributária, e, especialmente, da obrigação principal, o pagamento do tributo decorrente da lei.

Dos tributos de competência do Entes Estatais, especial atenção daremos aos impostos, pois esse estão relacionadas diretamente às obrigações tributárias, geradas na partilha de bens na dissolução da sociedade conjugal, e conforme demonstrado, as hipóteses tributárias são únicas e constitucionalmente definidas e não podem ser alteradas por normas infraconstitucionais.

3.1 OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS FEDERAIS E SUAS RELAÇÃO COM OS BENS PARTILHADOS

Sendo os impostos a principal fonte de recursos tributários dos entes federados, e dentre as diversas hipóteses de incidência que legitimam a sua cobrança²⁴, teremos o Imposto de Renda e Proventos de qualquer natureza (IR).

Para definição do tributo sobre a renda, se faz importante é a definição e a delimitação do objeto tributado, nesse caso, a renda. De acordo com Balleiro (2008, p.291), “a renda é o produto, fluxo ou acréscimo patrimonial, inconfundível com o patrimônio de onde promana, assim entendido o capital, o trabalho ou a sua combinação”.

Esse conceito é aclarado por Balleiro (Cf. Bulhões Pedrosa, apud, cit. ,2019) que apresenta, em apertada síntese, que o conceito de renda está - necessariamente atrelado - ao período de tempo, não se relacionando ao patrimônio acumulado²⁵.

II - Taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

²⁴ Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

I - Importação de produtos estrangeiros;

II - Exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; III - renda e proventos de qualquer natureza;

IV - Produtos industrializados;

V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

VI - propriedade territorial rural;

VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

²⁵ “a noção de renda está integrada, necessariamente, pela ideia do período. A soma dos rendimentos pessoais, por certo lapso de tempo, é que configura a renda. A renda já realizada no passado e já acumulada é capital e patrimônio. Esse capital possuído em determinado momento por ser titular não é passível de tributação do imposto de renda,

A Renda, “soma de rendimento por certo período de tempo”, é gênero no qual teremos as seguintes espécies conforme sua origem: o produto do capital (rendimentos recebidos em aplicações financeiras); o lucro (lucro em operações comerciais) e o os proventos (objeto do labor ou instituto com origem romana *salarium*, salário).

O produto do capital é a percepção pecuniária de um particular que não estaria relacionado ao labor, mas a outras fontes de geração de “riqueza” pessoal, ou mesmo o fluxo de recursos entre este, no qual o “recebedor” estaria auferindo ganho patrimonial. O lucro é conforme primariamente entendido, o fruto de uma operação comercial.

Proventos é colocado, na norma constitucional, como qualquer fonte de renda relacionado à retribuição ao particular pelo seu labor, seja esta pessoa física ou jurídica. Diversamente, o autor Ricardo Alexandre (2011 p.572) entende que o conceito de proventos não estaria relacionado ao labor, mas, por exclusão, “compreendendo todos os acréscimos patrimoniais não enquadrados no conceito legal de renda. A título de exemplo, podem-se citar os acréscimos patrimoniais decorrentes de atividade criminosa”.

Entendendo que a divergência doutrinária, quanto à classificação da renda, em espécies, não prejudica a definição do objeto da tributação, que é auferir e ter disponível um ganho em período certo.

A renda decorrente do ganho patrimonial não seria decorrente apenas da atualização dos bens próprios à valor de mercado (expectativa de ganho), mas necessariamente deve ser apurado um lucro, aritmeticamente, entre o valor de custo e de transmissão (realização) do bem, teremos um ganho patrimonial disponível, o ganho de capital tributado pelo IRPF.

Assim, o ganho de Capital é a relação entre o valor do bem alienando, doado ou transferido e o valor pago ao adquirir deste bem, assim o lucro “percebido”, na operação de mudança de propriedade do bem, mas não a valorização do patrimônio acumulado não transmitido.

nem como pagamento, nem como uma transferência. Configuram pagamentos de capital os meros fluxos de moeda, bens ou serviços que correspondem a simples trocas onerosa entre patrimônios distintos, de forma equivalente, de modo que não advenha daí nenhum acréscimo[...]. Reduz-se o estoque de bens em um patrimônio, de forma unilateral, havendo o equivalente acréscimo em patrimônio alheio, com nas transmissões gratuitas, ocorridas em herança e doação”

Baleeiro (2008, p.304) conceitua que renda patrimonial somente se constitui com a disponibilidade econômica ou jurídica, não existindo, existirá apenas expectativa de ganho²⁶

Segundo a CF/88, a hipótese de incidência do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza é determinado pela aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica: de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou de combinação de ambos²⁷.

O primeiro “requisito” constitucional para auferir renda é a aquisição. Na dissolução da sociedade e a partilha do patrimônio comum, essa partilha não representa em si uma aquisição, o cônjuge adquirente apenas recebe um patrimônio que já era seu com coproprietário.

Outro “requisito” para a tributação da renda é a disponibilidade de renda pelo produto desse patrimônio. A partilha dos bens por si só, não representa a disponibilidade econômica. Mesmo considerando a avaliação por valor mercado o e a partilha desse bem a valor superior ao adquirido, essa expectativa de ganho, não pressupor *per si* a disponibilidade de renda, e esse entendimento seria expandir as hipóteses de incidência constitucional *in malam partem*.

Na análise da própria norma do Imposto de Renda, a Lei nº 7.713/88, teremos que é tributado o rendimento bruto da pessoa física²⁸, e no caso de transferência de bens, esse rendimento será por meio de ganho de capital, decorre do “resultado da soma dos ganhos auferidos no mês”, sendo esses ganhos “ a diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente”²⁹.

²⁶ “ a realização do excedente, na pessoa física, ou a realização do lucro, na pessoa jurídica, que se defina o fenômeno de fluxo, ou como acréscimo patrimonial, é requisito essencial e necessário do conceito renda. A realização, enfim, é pressuposto essencial da disponibilidade econômica ou jurídica. Sem a realização, haverá mera expectativa, sem realização, impossível a disponibilidade”

²⁷ Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior. (CTN)

²⁸ Art. 2º O imposto de renda das pessoas físicas será devido, mensalmente, à medida em que os rendimentos e ganhos de capital forem percebidos.

²⁹ Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei.

§ 1º Constituem rendimento bruto todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, e ainda os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados.

§ 2º Integrará o rendimento bruto, como ganho de capital, o resultado da soma dos ganhos auferidos no mês, decorrentes de alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, considerando-se como ganho a diferença positiva

Em análise da tributação na partilha de bens, teremos duas situações: a partilha de bens conforme a meação dos bens comuns e a partilha de bens que excede a meação.

Conforme apresentado, na partilha de bens comuns, não se apresenta a transferência de bens, apenas a mudança do status de coproprietário para a propriedade particular e, destarte, não configurado a transferência de bens que gerem ganho patrimonial.

Quanto à segunda situação, o ganho referente à parte que exceder a meação, cabem algumas considerações.

Se a transferência do excedente à meação se der a título gratuito, doação, não representa um ganho patrimonial ao doador, mas uma perda patrimonial, assim, não existe nenhum ganho, rechaça-se qualquer aferição de renda, incidência da tributação do impostorenda.

Observemos que na partilha de bens da dissolução da união, existem dois sujeitos, o cônjuge ou *de cujus* que “perde” o patrimônio, transmitente, seja por doação ou causa *mortis*, e o que recebe a benesse, donatário ou adquirente.

Apesar de que a norma federal estabelece que a doação se equipara a compra e venda, sendo hipótese de incidência tributária do Imposto de Renda, observando o requisito da disponibilidade econômica ou jurídica, mesmo para o ex-cônjuge que recebe o excedente à meação, não visualizamos que *per si* que a transferência possa representar esse ganho por disponibilidade econômica.

Ademais, o art. 6º da lei nº 7.713/88, determina que para o donatário/ex-cônjuges é excluída a tributação da doação, ficam isentos do IRPF os rendimentos percebidos por pessoas físicas do valor dos bens adquiridos por doação ou herança.³⁰.

De forma residual, a transferência do excedente à meação for de forma onerosa, entendemos, que pode existir ganho de capital para o cônjuge transmitente, pois essa se revestiria em uma alienação e disponibilidade econômica de renda.

entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente, observado o disposto nos arts. 15 a 22 desta Lei.

³⁰ Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas: XVI - o valor dos bens adquiridos por doação ou herança;

3.2 OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS ESTADUAIS E SUAS RELAÇÃO COM OS BENS REPARTIDOS

O ordenamento constitucional contemporâneo ampliou a competência dos Estados e do Distrito Federal de instituir impostos sobre a transmissão do *de cujus*, a qualquer título, de bens imóveis adicionando também os bens móveis. A Constituição Federal de 1988 alterou a competência de tributação da transmissão de bens imóveis *inter vivos*, para a competência dos municípios, como também ampliou o escopo material, incidindo tanto na transmissão de bens móveis quanto de imóveis.

Segundo Ivens Gandra (1997), “na constituição de 1988, ao invés da partilha do produto de arrecadação, houve a partilha da própria competência”. Nessa senda, a doutrina reafirma que “âmbito do tributo ficou, assim, ampliado quanto ao objeto da transmissão, que é agora qualquer bem ou direito. Ficaram, todavia, excluídos as transmissões a título oneroso” (MACHADO, 2002, pg.310).

Desse modo, contemporaneamente, ao ser constatado que existiu qualquer ato de transmissão de bens, exceto a título oneroso, nasce a competência dos entes estaduais e distritais de tributar esse fato, o Imposto Sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCD.

Outra hipótese de incidência, é a transferência decorrente de causa *mortis*, nessa o tributo estadual é soberano, seja essa transferência a título oneroso ou gratuito, considerando a situação fática da morte e, assim, transferência entre a pessoa ficta do espólio e os herdeiros.

Na dissolução da sociedade e a partilha de bens do casal, essa incidência tributária do ITCD, como a sua nomenclatura antecipa, é representada por duas “vertentes” quanto à essa partilha de bens. É apresentada na dissolução da sociedade conjugal, por *causa mortis*, como também, na dissolução da sociedade por divórcio, que, existindo a desproporcional, na divisão dos bens e não existindo contrapartida financeira do outro cônjuge, o Fisco Estadual configura esse ato de liberalidade se tratando de uma simples doação entre os ex-cônjuges. Sendo doação, o Imposto de Causa Mortes e Doação é plenamente aplicado.

Essa situação é apresentada pela doutrinadora Dias (2013, p.333):

A desigualdade na partilha configura transferência patrimonial. Gerando a

incidência de imposto de transmissão, que sempre foi chamado de imposto de reposição. Como o desequilíbrio na divisão do patrimônio configura doação de um cônjuge ao outro, diverso é o tributo que incide.

A jurisprudência consolida esse entendimento quanto a qual será o tributo que deve incidir sobre a partilha de bens que exceda a meação na separação judicial.

Apresenta-se importante jurisprudência no qual o STJ discorre sobre o tema, que, apesar de se relacionar a dissolução da sociedade por separação judicial (revogada pela EC Nº 66), pode ser plenamente aplicada atualmente, pois, no entendimento doutrinário, não foi superada, que reafirma a incidência apenas de ITCD nas transmissões decorrente de separação judicial “sem indícios de compensação financeira”³¹

No âmbito local, a legislação do Estado do Rio Grande do Norte determina que, por meio lei Nº 5.887, de 15/02/89³², doação é conceituada como “qualquer ato de liberalidade, *“causa mortis”* ou *“Inter vivos”*, com ou sem ônus, denominado doação pura ou simples e sem encargos”, desse modo, se existir na partilha transferência de bens superiores a meação, estará configurado a doação e a sujeição a tributação do ITCD.

Como também, na dissolução da sociedade conjugal, por *causa mortis*, o patrimônio particular do *de cujus* sofrerá a incidência tributária desse tributo Estadual. Assim, instituída a partilha dos bens, no âmbito da dissolução da sociedade por morte de um dos cônjuges, está constituído o momento para a transmissão de propriedade.

Deve-se observar, que nos termos supracitada irretocável jurisprudência do STJ, sendo plenamente aplicada à dissolução da sociedade por divórcio, a parte do patrimônio relacionado à meação deve ser excluída da base de cálculo do ITCD.

Dessa maneira, dos bens do patrimônio comum somente parte desses sofreram a incidência do ITCD na partilha *causa mortis*, assim, como, apenas os bens que excederem a meação, no divórcio, serão tributados por esse imposto.

³¹ Imposto de transmissão por doação – Separação Judicial – Meação.

1.. Na separação judicial, a legalização dos bens da meação não está sujeita a tributação.

2.. Em havendo a entrega a um dos cônjuges de bens de valores superiores à meação, sem indícios de compensação pecuniária, entende-se que ocorreu doação, passando a incidir, sobre o que ultrapassar a meação, o Imposto de Transmissão por Doação, de competência dos Estados (art. 155, I, da CF). 3. Recurso especial conhecido e provido (RECURSO ESPECIAL Nº 723.587 - RJ (2005/0021355-9))

³² Institui o Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens e Direitos - ITCD e dá outras providências.

Importante pontuarmos, e esse será o objeto de divergência com a norma federal, que o ITCD tem como base de cálculo federalmente definida. Sendo a norma geral tributária federal, o Código Tributário Nacional, CTN, definiu que a base de cálculo do imposto ITCS será o valor venal dos bens ou direitos transmitidos (Brasil, 1996)³³.

Desse modo, o cônjuge doador ou o inventariante, deve, por obrigação legal, atualizar o valor dos bens e realizar o pagamento dos tributos estaduais conforme o valor de mercado do bem, não sendo aceito o valor constante na última declaração de renda do IRPF do ex-cônjuge, individualmente, ou do casal conjuntamente. Essa atualização tem importante impacto no valor devido ao Fisco Estadual, pois em consequência da valorização imobiliária dos bens, durante a constituição da união matrimonial, o *quantum* a ser monetariamente pago pelo contribuinte.

Situação paradigma é essa atualização à valor de mercado e os seus efeitos tributários sobre os ex-cônjuges, que a apesar de não ter um ganho patrimonial, deve declarar ao Fisco federal essa atualização a valor venal em suas declarações de IRPF.

Nessa mesma situação se encontrará o cônjuge sobrevivente que recebe sua parte na meação, como também, pode receber uma parte que excede a meação ou, sendo o regime de separação total, a parte dos bens particulares do *de cujus* que devem ser declarados pelo valor recebido.

3.3 OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS MUNICIPAIS E SUAS RELAÇÃO COM OS BENS REPARTIDOS

A Constituição Federal de 1988 define que compete aos Municípios a instituição de algumas espécies tributária e um delas é o Imposto de Transmissão *inter vivos*, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, denominado em algumas legislações municipais como imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) ou, diversamente, no caso do município de Natal, Imposto de Transmissão *Inter Vivos* de Bens Imóveis - ITIV³⁴, diferença de nomenclatura que não

³³ Art. 38. A base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos. (CTN).

³⁴ Da Competência Tributária

Art. 2º - São tributos de competência do Município do Natal: I - impostos sobre: a) a propriedade predial e

representa maior importância em termos de amplitude tributária.

Essa norma local define que, existindo operação de transferência entre vivos e estando a título oneroso, nasce a hipótese de incidência municipal do ITBI.

Imaginemos a seguinte situação, na dissolução de uma sociedade conjugal por divórcio, na divisão desproporcional do patrimônio, existindo no acordado a compensação financeira em decorrência da transferência da propriedade comum imóvel para um dos cônjuges, estaria configurada uma transferência de propriedade de imóveis entre vivos.

Desse modo, cabe ao recebedor da propriedade o pagamento do tributo municipal, ITBI, como também ao que transmitente, por responsabilidade tributária de natureza solidária³⁵.

A norma municipal, ao ser definir como hipótese de incidência do ITBI, se dá quando da transferência *inter vivos* - a título oneroso - qualquer título, essa última expressa apresenta que é plenamente configurada a tributação do imposto municipal, na partilha de bens, na dissolução da sociedade - quando essa é realizada por meio de contrapartida onerosa.

Temos que ressaltar que, quando a partilha de bens for realizada por meio de permuta, esta, apesar não se configura hipóteses de incidência de Imposto de Renda³⁶, diversamente configurará uma hipótese de incidência do ITBI. Ademais, cabendo a responsabilidade solidária sobre o imposto municipal os dois lados da relação, permutantes³⁷.

O instituto da permuta, que está elencado no art. 533 do CC, é conceituado por Tartuce (2020, p.680)³⁸ como, sinteticamente, tratar-se de “duas vendas”.

territorial urbana; b) a transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; ... (Lei nº 3.882, DE 11 DE dezembro DE 1989)

³⁵ Nos termos do Art. 124, I do CTN são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

³⁶ “Na determinação do ganho de capital, serão excluídas (Lei nº 7.713, de 1988, art. 22, inciso III): I - as transferências causa *mortis* e as doações em adiantamento da legítima, observado o disposto no art. 119; II - a permuta exclusivamente de unidades imobiliárias, objeto de escritura pública, sem recebimento de parcelamento complementar em dinheiro, denominada torna, exceto no caso de imóvel rural com benfeitorias. § 1º Equiparam-se a permuta as operações quitadas de compra e venda de terreno, seguidas de confissão de dívida e escritura pública de dação em pagamento de unidades imobiliárias construídas ou a construir. § 2º. No caso de permuta com recebimento de torna, deverá ser apurado o ganho de capital apenas em relação à torna.” (Art. 121 do RIR/99)

³⁷ Do Contribuinte. Art. 53 - O contribuinte do imposto é o adquirente, o cessionário ou os permutantes do bem ou direitos transmitidos. (Lei nº 3.882/1989)

³⁸ “O contrato de troca, permuta ou escambo é aquele pelo qual as partes se obrigam a dar uma coisa por outra que não seja dinheiro. Operam-se, ao mesmo tempo, duas vendas, servindo as coisas trocadas para uma compensação recíproca”

Ressalta-se que, perplexamente, sendo de pouco conhecimento da sociedade, que existindo a permuta de dois imóveis na dissolução da sociedade conjugal, caberá, para prejuízo dos ex-cônjuges, tributação “duplicada” do imposto municipal, assim, na permuta de um imóvel por outro, é considerada pela norma municipal dupla tributação.

Entendemos que se reporta de difícil enquadramento as situações de permuta de bens, que em situações reais, essa não seja considerada com uma *faceta* de doação, deslocando a competência para a tributação do ITCD.

Nessa senda, trazemos um trecho de importante jurisprudência do STF que esclarece e demonstra o conflito fático que é levado ao judiciário o encargo de decisão, que entendeu, se o instituto da permuta pura, *troca* apenas de bens móveis, não envolvendo recursos financeiros, nascendo da liberalidade dos permutantes, seria configurando ao revés da permuta, uma hipóteses de doação³⁹: “ a partilha desigual dos bens do casal, cabendo a um dele um quinhão maior do que sua meação, sem o pagamento de uma contraprestação, caracteriza uma dação e não uma permuta...”

Destarte, na partilha desigual dos bens do casal - existindo a permuta de bens entre esses, mesmo que de forma desproporcional, desde que não envolvendo recursos financeiros - apenas seria uma “troca” de bens imóveis, assim, estaria configurado o devido enquadramento em doação, hipótese de ITCMD e não de ITBI.

A jurisprudência já se debruçou sobre o tema e, de forma didática, elucido que a transferência a título oneroso não se confunde com a transferência a título gratuito, assim com seus impostos⁴⁰.

Desse modo, somente na análise do caso concreto que nos permitirá identificar qual o tributo que será incidente sobre a partilha desigual dos bens, na

³⁹ (...) A partilha desigual dos bens do casal, cabendo a um dele um quinhão maior do que sua meação, sem o pagamento de uma contraprestação, caracteriza uma dação e não uma permuta, incidindo Imposto de Doação, estadual, sobre a diferença, não havendo incidência do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis – ITBI, municipal, face à ausência de onerosidade. Conhecimento e desprovemento do Agravo”. (fl. 53) Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente.” (AI 761669, Relator (a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 12-06-2013, publicado em *DJe*-117)

⁴⁰ Incidente de uniformização de jurisprudência. Dissolução de sociedade conjugal. Incidência de ITBI ou do ITCD. Incide, no caso de divisão desigual de bens por ocasião de partilha em dissolução de sociedade conjugal, o imposto de competência dos Estados (ITCD), em razão de a transmissão se **dar a título gratuito**, ocorrendo a incidência do **ITBI** (de competência do município) se a transmissão se der **a título oneroso**, com compensação de outros bens do titular para a equivalência da partilha. Incidente de uniformização de jurisprudência acolhido. Acolhido a incidente de uniformização de jurisprudência (TJRS, Tribunal Pleno 70011508918, Rel. Des. Wellington Pacheco Barros, j. 21/11/2005)

dissolução da sociedade conjugal e, nessa ótica, passamos a analisar quais impostos que podem se relacionar a essa situação fática.

Utilizando o conceito do Código Tributário Nacional, que a natureza do tributo não pode fugir da análise do seu fato⁴¹, assim constata-se que existem, dois fatos geradores relacionados à dissolução da sociedade conjugal: a transmissão do bem imóvel, relacionado as apenas a normas estaduais ou municipais e o, eventual, o ganho de capital, na reavaliação do patrimônio do contribuinte transmitido, conforme discorrida nos capítulos anteriores.

Esse último, a tributação pela União, representado por alíquota superior as dos tributos municipais e estaduais, representa um excessivo encargo tributário encrudescendo uma situação que *per si* já se configura em uma situação afetivamente torturante, a dissolução da sociedade conjugal em virtude do “fim” do casamento.

4 DO CONTRIBUINTE NA PARTILHA DE BENS

Importante determinar quem terá o encargo tributário, decorrente de partilha de bens na dissolução da sociedade conjugal. Conforme pontuado, nessa dissolução conjugal, poderemos identificar dois polos da relação, assim, possíveis contribuintes do imposto: de um lado ex-cônjuge tramites ou o doador e o, em função de causa *mortis*, o de cujus/espólio e, na outra parte, a adquirente ou donatário e o ou cônjuge sobrevivente.

Para norma Estadual, ITCD⁴² quanto à norma Municipal⁴³, ITBI, seja como contribuinte ou responsável tributário, os dois ex-cônjuges, dois polos da relação, e

⁴¹ Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:

I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei; II - a destinação legal do produto da sua arrecadação.

⁴² Art. 11. O contribuinte do imposto é:

I - nas doações: o adquirente dos bens, direitos e créditos;
II - nas transmissões por morte: o herdeiro ou legatário;
III - nas cessões: o cessionário

⁴³ Art. 21 - Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título.

Art. 22 - É considerado responsável pelo imposto, quando do lançamento, qualquer dos possuidores, diretos ou indiretos, sem prejuízo da responsabilidade solidária dos demais

§ 1º - O espólio é responsável pelo pagamento do imposto relativo aos imóveis que pertenciam ao de cujus até a data da abertura da sucessão.

§ 2º - A massa falida é responsável pelo pagamento do imposto relativo aos imóveis de propriedade do falido.

até o espólio, são responsáveis pela tributos e esta responsabilidade é de natureza solidário, ou seja, não comportam benefício de ordem, sendo assim, “cobrados” de qualquer uma das “partes”.

Nesse ponto, temos a primeira divergência quanto à responsabilidade do donatário ou adquirente, quanto ao ganho de capital e a sua incompatibilidade com a pessoalidade do tributo sobre renda.

A espécie tributária impostos, especialmente aos impostos de transmissão de bens e direitos, tem como princípio a personalização (art.145, § 1 da CF/88), tanto que estes podem ter alíquotas progressivas. Para a vinculação do fato gerador ao contribuinte, a relação deve ser direta e pessoal, sendo os impostos sucessórios classificados modernamente com imposto diretos e pessoais.⁴⁴.

O IRPF, sobre ganho de capital, na relação direta entre o bem e o contribuinte, deve ser proveniente do próprio capital ou do esforço pessoal, não podendo ser tributado o acréscimo patrimonial por fonte estranha.

Desse modo, considerando que o patrimônio, que ora possa gerar ganho de capital, tem relação com doador ou ao espólio, sendo esse o contribuinte que teve o eventual ganho de capital tributado pelo IRPF. Nessa senda, a própria norma já isenta tanto o donatário como o adquirente do bem.

Da norma do Imposto de Renda, foram definidas algumas hipóteses de isenção e dentre elas, a isenção quanto aos valores dos bens adquiridos por doação ou herança. Sendo a partilha da sociedade conjugal, a transferência, na maioria das situações, se enquadrada em doação ou herança, cabe analisarmos os efeitos dessas operações quanto à tributação do Imposto de Renda.

Da definição de adquirido, já nos mostra, preliminarmente, que o ex-cônjuge que recebe o bem ou o sobrevivente, já estaria isento da tributação de imposto de renda e que a norma legal não estabelecia nenhuma condição, para que a isenção de rendimento de bens adquiridos por doação ou herança.

Contudo, com o advento da lei nº 9.523/1997, nasceu essa condição, *in verbis*, de que, se a transferência for efetuada a valor de mercado, a diferença a maior entre esse e o valor pelo qual constavam da declaração de bens do de cujus ou do doador sujeitar-se-á à incidência de Imposto de Renda à alíquota de quinze por

⁴⁴ “Embora Nitti inclua o imposto sucessoral entre os indiretos, sua moderna utilização sobre os quinhões hereditários coloca-os entre os diretos e pessoais (Baleeiro, 2008).

cento⁴⁵.

Assim, segundo a norma ordinária, o fisco federal estabeleceu as condições para que as transferências de propriedade entre os ex-cônjuges, possam usufruir da isenção tributária de IRPF. Conforme a supracitada alteração, apenas existe a isenção desse tributo quando a transferência de propriedade - seja pelo custo histórico registrado, na declaração de bens do *de cujus* ou do cônjuge doador, no caso de partilha no divórcio, da parte que excede a meação - condição essa em desacordo com a pessoalidade necessária, para sujeição passiva, conforme supramencionado.

Definido o contribuinte do tributo federal, doador e espólio, adentraremos a análise se a transferência patrimonial, na dissolução da sociedade conjugal, é o fato gerador do IRPF- ganho de capital, para apresentarmos que o doador deve e pode declarar o bem pelo valor venal e permanecer como isento ou não tributado por esse imposto.

5 TRIBUTAÇÃO NA PARTILHA DE BENS NA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE

O encargo tributário, na partilha de bens, na dissolução da sociedade conjugal é objeto de nébula pelo contribuinte, sendo ainda majorado pelo conflito normativo federal no qual se observam avanços ilegais, nas Instruções Normativas Federais do IR, ao expandir conceito e estabelecer hipóteses de incidência tributária que não derivam dos conceitos constitucionais do Imposto sobre Renda.

Inicialmente, nos cabe diferenciar o instituto da Bitributação que é a quando dois entes federados tributam o mesmo fato gerador, sendo conceito diverso do **bis in idem** que é o ato do mesmo ente federativo tributar duplamente o mesmo fato gerador.

Ultrapassado esses esclarecimentos, como iremos demonstrar, a tributação da partilha de bens não está sujeita a nenhum dos dois institutos, mas, eventualmente, relacionada à tributação de dois fatos geradores diversos e, assim, sujeitos à tributação dois diversos entes federados, União e os Municípios, ou União

⁴⁵ Art. 23. Na transferência de direito de propriedade por sucessão, nos casos de herança, legado ou por doação em adiantamento da legítima, os bens e direitos poderão ser avaliados a valor de mercado ou pelo valor constante da declaração de bens do *de cujus* ou do doador.

§ 1º Se a transferência for efetuada a valor de mercado, a diferença a maior entre esse e o valor pelo qual constavam da declaração de bens do *de cujus* ou do doador sujeitar-se-á à incidência de imposto de renda à alíquota de quinze por cento. (Grifo nosso)

e os Estados.

Inicialmente, teremos a tributação tendo como fato gerador o simples ato de transferência de propriedade de bens, decorrente da partilha de bens, na dissolução por causa *mortis* e por divórcio.

Conforme fundamentado, na dissolução da sociedade conjugal, preliminarmente, os seus efeitos patrimoniais e os consequentes efeitos fiscais, estão relacionados aos regimes de bens que foram escolhidos pelos nubentes. Desses regimes, poderemos seccionar os bens que serão partilhados e classificá-los em bens comuns ou particular. Essa repartição é fundamental para definir quais os bens serão transferidos ou não transferidos entre os cônjuges.

Dos bens comuns na partilha do bem, no divórcio, a parte que representa a meação, não será objeto de transferência de propriedade, pois, considerando a copropriedade durante a constância da união, parte do bem já pertence ao ex-cônjuge e não se transfere o já lhe pertence.

Contudo, mesmo a parte referente a meação de um dos ex-cônjuges, sendo a dissolução por *causa mortis*, essa transferência dos bens comuns estará sujeita apenas a tributação estadual, ITCD, mas, nesse caso, em relação à meação do *de cujus*, não terá o ex-cônjuge de figurar com sujeito passivo da tributação estadual, apenas os outros herdeiros desses.

Quanto aos bens particular, esses, no divórcio, não serão transferidos, permanecendo inalterada a sua propriedade, destarte, não sujeito à incidência dos impostos de transferência de propriedade, ITCD e ITBI. Diversamente, na dissolução por causa *mortis*, em que os bens serão transferidos aos herdeiros e, sendo um deles ou o único, o cônjuge sobrevivente, sendo esses os sujeitos passivos da tributação do Imposto Estadual.

Tratando-se de transferência *inter vivos*, partilha de bens, decorrente da dissolução por divórcio, poderão se configurar duas situações: sendo esta, a título gratuito, se converte a transferência, em natureza de doação, sujeita assim, ao ITCD; sendo a transferência a título oneroso, afastasse a tributação Estadual e sujeita-se apenas tributação municipal, ITBI.

Assim, a analisar os regimes de bens da sociedade conjugal é fundamental para delimitar os efeitos tributários, na partilha na dissolução dessa sociedade, e desse modo, definir quais os bens que serão transferidos ou, mesmo que

transferidos, se esses sofrerão incidência dos impostos estaduais ou municipais.

Sistematizadas as hipóteses de transferência dos bens na partilha, adentra-se, nas questões mais controversas, a tributação dos efeitos dessas transferências sobre o eventual ganho patrimonial dos contribuintes envolvidos, seja por *causa mortis*, seja por divórcio, e se esse ganho de capital será ou não tributado pelo Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF).

O entendimento do fisco federal, como iremos fundamentar, é que existe ganho patrimonial - em qualquer transferência - na qual existe a atualização do bem pelo contribuinte, seja por divórcio, seja por causa mortis. Essa tributação da renda - motivada pela atualização patrimonial do bem transferido - acontece tanto no caso de existir uma divisão desproporcional, como na transferência patrimonial da parte referente à meação.

Do emaranhado de normas federais sobre Imposto de Renda, analisaremos a lei nº 7.713/88 e, de forma didática, apresentamos um breve resumo: que o imposto de renda incide sobre rendimento bruto; que integrará o rendimento bruto, como ganho de capital, o resultado da soma dos ganhos auferidos, no mês, decorrente de alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, considerando ganho a diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido, monetariamente, e, que serão consideradas - na apuração do ganho de capital - as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.⁴⁶

Tendo como base essa lei específica e de Instruções Normativa, a Receita

⁴⁶ Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei.

§ 1º Constituem **rendimento bruto todo o produto do capital**, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, e ainda os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados.

§ 2º Integrará o **rendimento bruto, como ganho de capital**, o resultado da soma dos ganhos auferidos no mês, decorrentes de alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, considerando-se como ganho a diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente, observado o disposto nos arts. 15 a 22 dessa Lei.

§ 3º Na apuração do **ganho de capital** serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.

Federal do Brasil considera que existem duas situações relacionadas à partilha de bens, na dissolução da sociedade conjugal que gerariam o ganho de capital tributado pelo Imposto de Renda: a primeira, o ganho de capital, caso o doador exerça a opção de avaliação dos bens que constitui a meação por valor superior ao constante, na última declaração de renda,⁴⁷ e; a segunda, o ganho de capital na aquisição da parcela que exceda essa meação, quando entendimento federal seria uma alienação.

Esse entendimento é demonstrado – claramente - no tutorial da Imposto de Renda 2020/2021:

DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL OU DA UNIÃO ESTÁVEL -
TRANSFERÊNCIA DE BENS

572 — Qual é o tratamento tributário na transferência de bens e direitos em decorrência de dissolução da sociedade conjugal ou da união estável?

Na transferência do direito de propriedade em decorrência de dissolução de sociedade conjugal ou da união estável, os bens e direitos podem ser avaliados pelo valor constante na última Declaração de Bens e Direitos de quem os declarou, atualizado monetariamente até 31/12/1995, ou por valor superior àquele declarado, observando-se que:

a) se a transferência dos bens ou direitos ao ex-cônjuge ou ex-convivente a quem foram atribuídos os bens ou direitos foi em valor superior àquele pelo qual constavam na última declaração antes da dissolução da sociedade conjugal ou união estável, a diferença positiva é tributada à alíquota de 15%. Para o cálculo do ganho de capital em futura alienação deve ser considerada a data desta transferência;

b) se a transferência foi pelo valor constante na última Declaração de Bens e Direitos apresentada antes da dissolução da sociedade conjugal ou união estável, não há ganho de capital no ato da transferência (BRASIL, 1997).

Assim, o entendimento do Fisco Federal é que, nas situações que forem declaradas pelo contribuinte que existiram a valorização do bem acima do valor histórico, se um dos consortes ou os dois tiveram um ganho patrimonial, estará sujeito à tributação do Imposto de Renda.

Infelizmente, a norma infraconstitucional, supramencionada, vem sendo interpretada de maneira ampla pelo Fisco Federal, estabelecendo assim, por meio de

⁴⁷ Art. 23. Na transferência de direito de propriedade por sucessão, nos casos de herança, legado ou por doação em adiantamento da legítima, os bens e direitos poderão ser avaliados a valor de mercado ou pelo valor constante da declaração de bens do *de cujus* ou do doador.

§ 1º Se a transferência for efetuada a valor de mercado, a diferença a maior entre esse e o valor pelo qual constavam da declaração de bens do *de cujus* ou do doador sujeitar-se-á à incidência de imposto de renda à alíquota de quinze por cento

§ 4º Para efeito de apuração de ganho de capital relativo aos bens e direitos de que trata este artigo, será considerado como custo de aquisição o valor pelo qual houverem sido transferidos.

§ 5º As disposições deste artigo aplicam-se, também, aos bens ou direitos atribuídos a cada cônjuge, na hipótese de dissolução da sociedade conjugal ou da unidade familiar (Lei 9.532/97).

Instruções Normativa desse órgão, conceituações e esclarecimentos que divergem da análise constitucional e legal do fato gerador do Imposto sobre Renda, conforme vastamente discorrido no capítulo 3.1.

A nossa primeira crítica ao entendimento do Fisco Federal é que, como foi demonstrado, o Imposto de Renda Ganho de Capital não pode incidir pelo patrimônio comum acumulado pelo casal, durante o matrimônio, pois na partilha desse bem comum, não há disponibilidade econômica e nem jurídica. Esse patrimônio comum será partilha do por meação, e Incidir Imposto de Renda, na meação dos bens, é incidir imposto com se ganho patrimonial, mas a propriedade não será transferida, apenas “separação” de uma propriedade comum entre os ex-cônjuges.

Mesmo que para justificar que existe ganho patrimonial para aquele ex-cônjuge que não possui renda durante o casamento, pontua-se que é irrelevante a apuração da origem dos recursos para aquisição para configurar o ganho patrimonial de um dos cônjuges, pois, se presume que, mesmo não possuindo renda um dos consortes, o esforço em comum durante a comunhão não se limita a comprovação da origem dos recursos, e assim, o patrimônio deve ser igualmente dividido, meação.

O conceito de esforço em comum é irretocavelmente apresentado pela autora Maria Berenice Dias (2013, p.333), pontuando que o independe da origem dos recursos, se presume que o patrimônio comum pertence a ambos os cônjuges igualmente.⁴⁸

Nessa orientação, na partilha desse patrimônio comum, cabendo a meação a cada um dos ex-cônjuges, não vislumbramos que exista o ganho patrimonial, pois não existe aumento patrimonial, decorrente da transmutação da parte meeira de bem comum para bem particular, não cabendo, assim, auferir renda sobre o valor transferido por meação entre os ex-cônjuges.

Ademais, patrimônio comum, mesmo reavaliado valor superior àquele pelo qual constavam na última declaração, não há, conforme apresentado, fundamentação legal para entender que existiu ganho de capital, pois não restou configurado os

⁴⁸ “o patrimônio adquirido durante o período de convívio pertence a ambos em partes iguais. A presunção é que foram adquiridos pela comunhão de esforços para amealhá-los. Cada um é titular da metade, tem direito à meação de cada um dos bens.”

requisitos legais para tributação da renda, o ganho, como também, a sua realização/disponibilidade econômica ou jurídica.

Retomando que toda análise tributária, essa deve ser fundamentada nos ensinamentos constitucionais da definição do tributo de renda, como também no Código Tributário Nacional, que apesar de não definir a espécie do tributo, é a base principiológica para análise tributária dos fatos jurídicos.

Desse modo, o ex-cônjuge deve se sujeitar à tributação de renda, somente se configurar o fato gerador do tributo, a existência de um ganho patrimonial decorrente da aquisição de novo patrimônio e este ganho for revestida em disponibilidade econômica.

Inicialmente, entendemos que a discricionariedade quanto à opção do contribuinte, na escolha do valor a ser declarado ao Fisco Federal, custo histórico ou valor de mercado, do bem partilhas, descrita nas Instruções Normativa da Receita Federal, não encontra fundamento na análise sistêmica do ordenamento jurídico.

Nos causa estranheza a faculdade descrita no art. 130⁴⁹ do Decreto nº 9.580/ 2018 (Regulamento do Imposto de Renda, RIR) que faculta ao contribuinte a escolha do valor a ser declarado a RFB do bem transferido, sendo essa faculdade determinante na incidência ou não a incidência de IRPF-ganho de capital.

Nesse fulcro, entendemos, que cabe ao contribuinte, materialmente ou processualmente, declarar - de acordo com veracidade dos fatos - assim, o valor do bem não deve se reportar a valor ficto com o histórico, pois a norma contábil não teve ter absoluta influência na norma tributária e na realidade factiva.

Ademais, considerando que o contribuinte deve ter um comportamento uniforme, perante os órgãos de fiscalização tributário dos Entes, esse contribuinte

⁴⁹ Art. 130. Na transferência de direito de propriedade por sucessão, nas hipóteses de herança, legado ou doação em adiantamento da legítima, os bens e os direitos poderão ser avaliados a valor de mercado ou pelo valor apresentado na declaração de bens do de cujus ou do doador:

§ 1º Se a transferência for efetuada a valor de mercado, a diferença a maior entre o referido valor e o valor pelo qual constavam da declaração de bens do de cujus ou do doador ficará sujeita à apuração do ganho de capital e à incidência de imposto sobre a renda, observado o disposto no art. 148 ao art. 153

§ 2º O herdeiro, o legatário ou o donatário deverá incluir os bens ou os direitos na sua declaração de bens correspondente à declaração de ajuste anual do ano-calendário da homologação da partilha ou do recebimento da doação pelo valor pelo qual houver sido efetuada a transferência.

§ 3º Para fins de apuração de ganho de capital na alienação dos bens e dos direitos de que trata este artigo, será considerado pelo herdeiro, pelo legatário ou pelo donatário como custo de aquisição, o valor pelo qual houverem sido transferidos.

§ 4º As disposições deste artigo aplicam-se, também, aos bens ou aos direitos atribuídos a cada cônjuge, na hipótese de dissolução da sociedade conjugal ou da unidade familiar (RIR/2018).

deve declarado o valor do bem transferido na partilha, por força das obrigações do ITCD, pelo valor venal, conforme apresentado no tópico relacionado à legislação estadual.

Desse modo, na transmissão de propriedade, a declaração de bens à RFB pelo custo de aquisição desses, deve ser rechaçada, considerando que nos ensinamentos de Norberto Bobbio, ordenamento deve ser único e coerente, não cabendo ao contribuinte as declarações diversas a autoridades fiscais. Ademais, entendemos que esta atitude, além de em desacordo com a boa-fé processual, reporta uma clara imputação penal por falsa declaração, assim, crime de sonegação fiscal.⁵⁰

Assim, na declaração de renda do donatário ou herdeiro deve constar o venal do bem, destarte, e essa transferência do bem, mesmo que geradora de renda, é amparada por isenção na norma de IRPF.

No caso de escolha do valor venal, § 1º do 130 do Regulamento do Imposto de Renda, define que a diferença a maior entre o referido valor e o valor pelo qual constavam da declaração de bens do *de cujus* ou do doador ficará sujeita à apuração do ganho de capital e à incidência de imposto sobre a renda.

Outrossim, a lei nº 7.713/88 traz que o conceito de ganho de capital, tributado como rendimento para efeito de IRPF. Segundo essa norma, o ganho é a diferença aritmética entre o custo de aquisição e o valor de transmissão do bem ou direito, que conforme supracitado, será irrefutavelmente o valor venal do bem.

Didaticamente, exemplificaremos o entendimento das Instruções Normativa da Receita Federal e consulta as orientações de Imposto de Renda Anual 2021 exercício 2020, em duas situações hipotéticas:

A primeira situação, os consortes que tiverem o ganho patrimonial pela nova avaliação do bem comum sendo atualizado o valor histórico de R\$ 100.000,00 para R\$ 110.000,00, que por meaço geraria o valor proporcional de R\$ 50.000,00 e a atualização valor de R\$ 5.000,00 seria tributado sobre este valor à alíquota de 15% do Imposto de Renda sobre ganho de capital.

A segunda situação, um dos consortes será beneficiário do total do patrimônio do casal, o bem comum no valor de R\$ 100.000,00, que na homologação da partilha

⁵⁰ Art. 1º Constitui crime de sonegação fiscal:

I - prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei (Código Penal).

de bens sofresse a devida atualização no valor de mercado, alterando para seu valor para R\$ 110.000,00, esse teria o ganho patrimonial do valor total que excedeu o seu patrimônio de direito, meação, assim, R\$ 60.000,00, seria, assim, tributado sobre essa diferença à alíquota de 15% do Imposto de Renda sobre ganho de capital.

Ao nos deparamos com essas situações práticas, temos que enfrentar o seguinte questionamento: Analisando a primeira situação, existe ganho patrimonial na partilha entre os ex-cônjuges do bem comum?

Inicialmente, na partilha por meação, é pacífico o entendimento civil pela inexistência de transferência de propriedade, sendo a parte correspondente a metade do patrimônio comum do casal já é de propriedade de um dos cônjuges, e na dissolução, não se transfere o que já lhe pertence. Como inexistente transferência patrimonial, mesmo que esse patrimônio sofra valorização, sendo a transferência requisito da tributação de renda, não cabendo assim, a incidência da tributação sobre renda.

Analisando a segunda situação, sendo essa mais controversa, na qual a partilha, por divórcio ou *causa mortis*, teremos bens que excede a meação do patrimônio comum, questiona-se, se essa circunstância estaria ou não sujeita ao Imposto de Renda sobre ganho de capital? E quem seria os responsáveis pelo tributo?

Dessa divergência ainda se transmuta em um segundo questionamento: Existe diferença na avaliação desse excesso de bens para efeitos de tributação de IRPF?

Primeiramente, sendo o excesso da meação transferido a título gratuito, é pacificamente o entendimento que se trata de uma doação, mesmo que se configure uma aquisição, não se apresenta o ganho patrimonial para o doador, mas uma perda patrimonial para este. Quanto ao donatário, o ex-cônjuge beneficiário do excesso a meação, mesmo que eventual ganho patrimonial, nos termos do art. 6º da lei nº 7.713/88⁵¹ esse ganho é isento.

Quanto ao segundo questionamento, se existe diferença entre a declaração pelo custo histórico e o valor de mercado, isso independe, pois, na vertente do doador este recurso financeiro não é revestido com ganho patrimonial, mas será

⁵¹ Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas: VI - o valor dos bens adquiridos por doação ou herança; (lei nº 7.713/88).

uma perda do seu patrimônio.

Quanto ao donatário, o cônjuge recebedor da benesse, essa aquisição, além de isento, pela obrigação legal de declarar pelo valor de mercado, o bem é declarado por estepelo valor de mercado, assim, não constituído qualquer ganho de capital.

Assim, quanto partilha desproporcional do divórcio ou a eventual herança para o cônjuge sobrevivente a título gratuito, entendemos que mesmo essa transferência represente um ganho patrimonial para, não está configurando, conforme suprafundamentado, a incidência da tributação do IRPF.

Nesse alinhamento, apesar das informações divergentes das instruções normativas Nº 84/2001 da RFB, a própria lei 7.713/88, em seu art.22, vem excluir da tributação na transferência *causa mortis* e as doações em adiantamento da legítima⁵².

Esse entendimento é consubstanciado em jurisprudência, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que demonstra – analiticamente - que a valorização imobiliária não gera acréscimo patrimonial ao doador⁵³.

Ao revés da não-tributação quanto configurada a doação, entendemos, que no caso de transmissão a título oneroso de partilha de bens desproporcional no divórcio, configura-se uma disponibilidade do bem do transmitente (contribuinte, relação direta), configurando as hipóteses do IRPF-ganho de capital, ganho patrimonial, e não ao adquirente, como também, pelo fato gerador de transferência entre vivos, a incidência do imposto municipal,ITCD.

No caso de transmissão, a título oneroso entre dos bens do espólio aos cônjuges sobreviventes, configurada a transferência com hipóteses do imposto estadual, ITCD- causa mortis configura-se, também, hipóteses de IRPF, ganho de

⁵² Art. 22. Na determinação do ganho de capital serão excluídos:

III - as transferências *causa mortis* e as doações em adiantamento da legítima.

⁵³ TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA SOBRE GANHOS DE CAPITAL. DOAÇÃO. ART. 3º, § 3º, DA LEI 7.713/88. ART. 23 DA LEI 9.532/97. ART. 43, II, DO CTN. INOCORRÊNCIA DE ACRÉSCIMO PATRIMONIAL. SENTENÇA MANTIDA. 1. A doação de imóvel não gera para o doador qualquer tipo de acréscimo patrimonial, estando, portanto, esta operação isenta da incidência de imposto de renda. 2. A valorização imobiliária dos bens objeto da doação não deverá ser tributada como ganho de capital para o doador, uma vez que houve redução do seu patrimônio, gerando eventual acréscimo patrimonial apenas para o donatário.

3. O art. 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/88, ao prever a incidência do Imposto de Renda sobre ganhos de capital do doador na doação conflita com o art. 22, III, da mesma norma legal, que exclui do ganho de capital as transferências *causa mortis* e as doações em adiantamento da legítima. 4. A lei ordinária, ao estabelecer que a doação constitui acréscimo patrimonial para o doador, contraria a definição do fato gerador do Imposto de Renda, previsto no art. 43, II, do CTN, norma com hierarquia de lei complementar. 5. Negado provimento à remessa necessária e ao recurso de apelação. TRF-2 - APELREEX: 01013187520144025001 ES 0101318- 75.2014.4.02.5001, Relator: ADRIANO SALDANHA GOMES DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 06/11/2018, 4ª TURMA ESPECIALIZADA.

capital para a pessoa ficta do espólio (contribuinte, relação direta), sendo assim tributado pelo IRPF, mas não para o cônjuge sobrevivente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme foi demonstrado, por meio da análise das normas tributárias dos três entes federados - considerando o CTN como norma geral tributária, sendo a base principiológica da exigência tributária - deduzimos que no processo de dissolução da sociedade, a partilha de bens - a preliminar visão de bitributação ou *bis in idem* da partilha de bens, na dissolução da sociedade conjugal - restou desconstruída, pela existência de fatos geradores diversos.

Assim, observa-se que o ITCD e ITBI têm fato gerador a transferência do bem imóvel, o que não se confunde com o fato gerador do IRPF que é o eventual ganho patrimonial, decorrente da aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica.

Quanto às obrigações tributárias federais, demonstramos que o contribuinte do IRPF é o doador ou o espólio, por possuir relação direta com o fato gerador que configura o ganho patrimonial de bens próprios. Nessa esteira, conclui-se que o donatário, ex- cônjuge beneficiado, legatário ou herdeiro - diversamente - não é o contribuinte, por não ter essa relação direta, apenas são dispostos em norma legal como responsáveis tributários por transferência.

Nesse diapasão, não é cabível IRPF pelo doador, quando a transferência for a título gratuito, mesmo que excesso de bens da meação, pois se trata de uma redução patrimonial do doador ou espólio, não se configura, destarte, um ganho patrimonial, hipótese necessária à incidência ao tributo de Imposto de Renda.

Outrossim, caso o excesso de partilha de bens for transferido a título oneroso, tanto cabe a incidência do ITBI, como do ganho patrimonial pecuniário do doador ou espólio, considerando o IRPF/ganho de capital na disponibilidade econômica pelo doador ou espólio, pela diferença a maior entre esse e o valor pelo qual constavam da declaração de bens do de cujus ou do doador, conforme inovação trazida pela § 1º do art.23 da nº 9.523/1997.

Em prejuízo do cidadão, constata-se que as Instruções Normativas da RFB, ao informar que é livre possibilidade de escolha pelo valor declarado, valor histórico

ou venal, entendemos, que esta orientação é dissonante com ordenamento jurídico, pois, para efeitos de ITBI e ITCD, cabe ao contribuinte declarar pelo valor venal do bem, sendo a declaração por outro valor diverso, considerado, *a priori*, uma declaração falsa ao fisco, crime de sonegação fiscal.

Nessa senda, na hipótese da transferência pelo valor de mercado, como defendida sua legalidade, a incorporação ao patrimônio do donatário, ex-cônjuge, não incidiria necessária o ganho de capital, pela inexistência da diferença entre o valor do bem recebido e do declarado.

Por derradeiro, em análise do aparente conflito tributário entre ITCD e ITBI, na divisão desigual de bens por ocasião de partilha em dissolução de sociedade conjugal, esta se resolve na comprovação da onerosidade ou não da transferência. Observa-se que se faz necessária a análise das questões tributárias envolvidas na dissolução da união estável, seja por causa mortis, seja por divórcio, para que o devido assessoramento jurídico dos ex-cônjuges seja apresentado como alternativas lícitas para a redução ou exclusão da carga tributária, em decorrência da partilha de bens. Alíquotas diversas entre o imposto de transmissão de competência dos Estados e de competência dos municípios, como também, as possibilidades de enquadramento em hipóteses de isenção dessas normas locais, podem representar importante redução no “custo tributário” da dissolução de uma sociedade conjugal. Importante observar que a mesma situação pode, se não bem entendida, gerar tanto a tributação Estadual, ITCD, como também, esse com alíquota de 15%, a do Imposto de Renda sobre ganho de capital. Esquece-se o valor histórico pode ser atualizada e esta atualização - antes da partilha de bens - pode representar importante aproximação do valor venal e desse modo, reduzindo ou não existindo diferenças no valor do bem que possam representar ganho de capital. Contudo, infelizmente, constata-se que as dissoluções de uniões e a consequente partilha dos bens são, geralmente, imbuídas de sentimentos conflitantes que levam inevitavelmente ao litígio. Essas decisões, pouco amadurecidas, têm como consequência a realização de atos de transferência de propriedade que geram uma maior tributação sobre essa transmissão patrimonial nas partilhas de bens na dissolução das sociedades conjugal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 1/92 a 53/2006 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94 — Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007.

_____. **Código Civil e normas correlatas**. 11 ed. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020.

_____. **Código Tributário Nacional**, 3 ed. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas 2017.

_____. **Código Penal**. 3 ed. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas 2020.

_____. **Lei nº 9.532**, de 10 de dezembro de 1997, art. 23; e Instrução Normativa SRF nº 84, de 11 de outubro de 2001. Disponível em: <https://www.gov.br/receita-federal/pt-br/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/declaracoes/dirpf>. Acesso em 15/09/2021.

BALEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**, 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. DINIZ, Maria Helena, **Direito Civil Brasileiro**, 5 ed. São Paulo, Saraiva, 2005.

DIAS, Maria Berenice Dias, **Manual de direito das famílias**, 9 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

MACHADO, Hugo de Brito, **Curso de Direito Tributário**, 21 ed. São Paulo, Malheiros, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva, **Curso de Direito Tributário**, 2 ed. São Paulo, Cejup, Centro de Estudos de Extensão Universitária, 1997.

RODRIGUES, Silvio, **Direito Civil - Direito das Sucessões**, 7 ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo, **Direito Constitucional Descomplicado**, 10 ed. Rio de Janeiro, Método, 2016.

NETO, Paulo Penteado de Faria e Silva. Tributação de bens na Dissolução de Sociedade Conjugal: Impossibilidade de Cobrança de Imposto de Renda sobre a Parcela que excedera meação, recebida a título gratuito, NETO, Paulo Penteado de Faria e Silva. **Revista IBDFAM**. Família e Sucessões, Belo Horizonte, MG, n. 44, p. 117-132, agosto. 2021.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. Disponível em <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em 20 set. 2021.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL – **RFB, Perguntas e Respostas** – Imposto de sobre a Renda – Pessoa Física – Exercício de 2021, ano-calendário de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/declaracoes/dirpf>. Acesso em 15 set. 2021.

UMA ANÁLISE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD) FRENTE À VULNERABILIDADE DOS DADOS NO INSTAGRAM

Guilherme Bulhões Alexandre¹

Leonardo Medeiros Junior²

RESUMO

Com os avanços tecnológicos advindos no século XXI, os fluxos dos dados passam a ter um papel importante e decisivo, no processo decisório nas empresas e instituições, numa sociedade cada vez mais refém dos meios virtuais. Todavia, por se tratar de um assunto que se encontra em constante evolução, existem diversas lacunas quando se trata de casos de violação ao tratamento dos mesmos, apesar da existência da Lei nº 13.709, de 2018 (LGPD). Uma análise preliminar dessa situação, vem a ser necessária, por ser constatado que diversas empresas digitais, que têm acesso aos dados de seus usuários, apesar de possuírem permissão, nem sempre os utilizam de forma ética e legal. Para demonstrar a existência de tais lacunas dentro desta temática, o presente artigo tem como objetivo analisar o impacto do uso das informações de usuários nas empresas no Brasil, a partir da rede social Instagram. Nesse sentido, a metodologia utilizada traz alguns estudos de caso com a finalidade de abordar os impactos frente ao uso dos conteúdos dos utilizadores da plataforma digital e os efeitos da ausência do total conhecimento do real uso dos dados. Sabendo-se que este é um problema que atinge não somente o Brasil, como também o planeta como um todo, este trabalho pretende deixar uma contribuição, tendo como base uma abordagem considerando os aspectos legais.

Palavras Chave: Dados. Instagram. Privacidade. LGPD. Tecnologia.

ABSTRACT

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN. E-mail: guilhermebulhoesa@gmail.com

² Professor Mestre Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN. E-mail: leonardomjunior@hotmail.com

With technological advances in the 21st century, data flows have an important and decisive role in the decision making process in companies and institutions, in a society increasingly hostage to virtual reality. However as it is a subject that is constantly evolving, there are several gaps when it comes to cases of violation of their treatment, despite the existence of law number 13.709, off 2018 (LPGD). A preliminary analysis of this situation is crucial, as it is found that several digital companies, which have access to their users data, despite having permission, do not always use them ethically and legally. To demonstrate the existence of such gaps within this theme, this article aims to analyze the impact of the use of users information on companies in Brazil, from social network Instagram. In this sense, the methodology used brings some cases in order to address the impacts on the use of the users content from digital platforms and effects of the absence of full knowledge of actual use data.

Key Words: Data. Instagram. Privacy. LGPD. Technology.

1 INTRODUÇÃO

O uso dos dados de forma exacerbada amentou grandiosamente com o tempo, e por nem sempre possuir a atenção necessária, acabou se tornando um problema existente, que ocorre de forma recorrente, não somente para os brasileiros, como também em vários outros países do mundo dependentes das redes sócias e do meio virtual no cotidiano.

Ao passo em que o mundo avança, a tecnologia vem evoluindo de forma astronômica e, juntamente a isso, as redes sociais vêm tomando grande papel na vida das pessoas. O que antes não era possível, como por exemplo, uma ligação telefônica de vídeo em tempo real, ou uma mensagem chegando a uma questão de milésimos de segundos na outra parte do globo, passou a ser possível com o grande desenvolvimento tecnológico do século XXI. O mundo cada vez mais conectado, fez com que as informações fossem trocadas com extrema rapidez, coisa que era inimagináveis anos atrás, tendo as mesmas diversas formas e sendo repassadas constantemente, onde na maioria das vezes não se tem a real atenção da utilização e como são armazenadas, sendo necessário assim o desenvolvimento de uma

consciência digital.

Muito se tem discutido sobre a importância que os dados vêm somando ao dia a dia das pessoas, levando a crer que viramos uma sociedade da informação, onde os mesmos passam a influenciar a vida dos seres humanos, definindo ações as quais devem ser feitas e gerando lucro a partir disso, contribuindo inclusive para que algumas pessoas crerem que as bases de informações viraram o novo petróleo. Além disso, alguns acreditam que já vivemos em uma sociedade dataísta. O Dataísmo, com o tempo, passou a ser a moral social, no qual o princípio que passa a regê-la é o fluxo de informações constantes.

É sabido que esse avanço tecnológico trouxe diversos pontos positivos, tendo em vista que com o aumento do uso das redes sociais e plataformas digitais o mundo passou a ser mais conectado, facilitando inúmeras atividades e proporcionando uma contribuição para vários segmentos da sociedade, como a política, economia e educação. Todavia, é inegável a presença de muitos outros pontos negativos, os quais deveriam ter mais atenção por parte da análise social.

Ao passo que este segmento se desenvolve, os dados aumentam o seu valor, sendo este a principal moeda de troca moderna envolvendo redes sociais e afins. Entretanto, nem sempre se tem a real preocupação para onde os dados estão sendo levados com as informações privadas dos usuários, como os mesmos são armazenados e para que estão sendo utilizados.

Com a constante produção dos conteúdos, informações são postadas frequentemente por aqueles que usam as redes sociais, localizações são usadas em tempo real, comunicações acabam sendo feitas de forma muito rápida e avançada, e com isso, apesar de existirem termos que descrevam como as plataformas realizam o gerenciamento dos dados, nem sempre os usuários possuem conhecimento concreto sobre tudo que se é feito com os mesmos, quais modos podem ser usados para influenciar a vida dos seus dos que utilizam as plataformas e para quais intuitos.

Levando como base o *Instagram*, rede social que servirá como base para o estudo em questão, pode-se analisar que em seu termo de uso encontram-se as diretrizes as quais a empresa segue para tratar os dados que são recebidos dos seus usuários, como os mesmos são armazenados e utilizados, e para qual finalidade é feito o uso. Contudo, é comum sentir que a sensação de que ao utilizar o aplicativo, o que se é falado pode ser captado pelo microfone, já que as propagandas coincidem com o

conteúdo, ou até mesmo que as imagens possam ser observadas pela câmera do celular, por exemplo. Essas hipóteses não constam no termo de uso no qual a empresa fornece, e a mesma nunca confirmou que de fato utilizam de tais meios para os seus serviços prestados dentro da plataforma.

Assim, por se tratar de um tema no qual tem uma relevância social e o impacto em que a temática acabou desenvolvendo nos últimos anos, o trabalho em questão visa analisar de forma prática e com uma visão jurídica, quais os efeitos do uso de dados pelas redes sociais, em especial o *Instagram*, como isso acontece, os limites e bases legais e quais consequências pode-se gerar. Dessa forma, possibilitando não somente um estudo que colabore com um interesse social, como também sirva de entendimento da necessidade do crescimento de uma coincidência digital frente a todos os avanços tecnológicos presentes no dia a dia.

2 Avanços do século XXI e os Dados

Com os avanços do século XXI, estamos diariamente expostos às inovações advindas das novas tecnologias. Comumente a isto, foram adquiridos diversos bônus à sociedade como um todo, possibilitando facilidades no dia a dia que antes eram inimagináveis. Todavia, apesar de existir diversos pontos positivos com esse avanço, também obtivemos diversos ônus gerados por essa nova realidade. (SALES; BEZERRA, 2020)

Nesse sentido, o modo em que a sociedade se organiza frente a estes avanços vem mudando constantemente com o tempo. Diversas áreas como a cultura, economia, inclusive a política estão vendo a necessidade de um processo para se reinventarem, fazendo com que seja preciso uma nova organização através das diversas informações repassadas e produzidas constantemente.

Todos os dias diversas informações são produzidas e inseridas no meio virtual, fazendo com que a quantidade de conteúdo que chega até o indivíduo seja de grande quantidade e diversidade. O número de dados tomou-se uma proporção de tamanha grandiosidade que passaram a surgir ferramentas que as analisam e interpretam como é o caso do “Big Data”. Os dados que antes não tinham tanto valor, hoje passam a ser extremamente úteis, tendo potencial não somente para conteúdos específicos de marketing, mas também como moeda de troca. (SANTOS, 2020).

Consumir e produzir dados passou a virar parte da rotina das pessoas. Todos os dias pessoas no mundo todo passam horas nas redes sociais, garantindo diversas facilidades em tempo real, através da rapidez na entrega das informações repassadas, como por exemplo, a facilidade na comunicação ou até mesmo aumentando o poder de compra e venda. Segundo um estudo feito pela empresa inglesa GlobalWebIndex, o tempo gasto nas redes aumentou quase 60% no mundo inteiro, durante os últimos sete anos, sendo o Brasil como um dos países onde os habitantes mais gastam tempo com as mesmas, ficando na segunda colocação. O mundo se tornou dependente das redes “invisíveis”, e mais do que nunca, dependentes da troca de informações. Porém, tudo vem com um preço, pois tudo o que os indivíduos fazem online é observado e monitorado. O que antes era de difícil acesso, como informações pessoais do dia das pessoas, comunicação e conteúdos específicos, passaram a ter livre acesso em diversas plataformas na internet. (DUARTE, 2020)

A realidade atual se encontra diante de uma quantidade enorme de informações boas e ruins, e na maioria das vezes com pouco tempo, nem sempre é pensado pela grande maioria como funciona a logística de captação e fornecimento de informações que são depositadas nos diversos meios virtuais todos os dias. As redes sociais, por exemplo, utilizam as informações e repassam, através de autorização feita por seus usuários no momento que ingressam e criam uma conta. A grande questão e pauta de discussão é que, em muitos dos casos, os usuários dessas plataformas não se atentam a observar os termos de uso e assim permitem que seus dados possam ser compartilhados sem ter a real noção disso. (NYBO, 2019)

Arelado ao avanço tecnológico e a forte troca de informações que ocorrem todos os dias, surge à necessidade do Direito Digital. Este ganha notoriedade como sendo um conjunto de normas, aplicações, conhecimentos que servem para organizar e reger ações provenientes do mundo virtual. Todavia, por ainda ser uma matéria jurídica muito nova, encontra-se em fase de desenvolvimento e avançando cada vez mais. Através do mesmo, são criados parâmetros e regras para que as interações que ocorrem no meio online aconteçam de forma harmônica e não passem despercebidas sem uma proteção legal. (SILVA & GALVÃO, 2020)

Um exemplo de regras desenvolvidas no âmbito do Direito Digital é a Lei nº 13.709, de 2018, mais conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que veio para apresentar diversos pontos extremamente importantes, como por exemplo,

o respeito à privacidade, à liberdade de expressão e comunicação, gerando mais segurança e evitando a inviolabilidade à intimidade e aos direitos fundamentais. (BRASIL, Lei 3.709/2018).

Além disso, o Marco Civil da Internet, como é conhecida a lei 12.965/14, também estabelece formas eficazes para que haja a identificação e responsabilização de infratores. Isso se dá através de uma solicitação feita ao servidor, e assim ocorre o fornecimento de todo material ilícito produzido. Entretanto, não é de qualquer forma que essa entrega de dados ocorre, para que esse material seja repassado é necessário comprovar os indícios da ocorrência do ato ilícito, justificando assim a utilidade da disponibilização dos registros, para que possa ser relatado qual foi o período de sua ocorrência. (BRASIL, Lei nº 12.965/2014)

É notório que com a presença deste avanço, acabou gerando a existência de diversas consequências, sendo elas positivas e negativas. Com isso, problemáticas que antes não eram tão corriqueiras, ou até mesmo não eram percebidos dentro da realidade existente, passaram a ser recorrentes no âmbito virtual. O ato de furtar dados se tornou bastante comum neste meio. A grande quantidade de informações depositadas em redes sociais, sites, e-mails e outras ferramentas, nem sempre tem tido o cuidado necessário, gerando para os usuários destes a necessidade de ter o cuidado que antes não tinham a mesma atenção.

Desta feita, faz-se necessário o aumento da preocupação frente ao fornecimento de dados, que muitas das vezes são repassados e não se tem o real conhecimento, levando a influenciar as vidas das pessoas. Passou-se a existir uma crise na privacidade, gerando efeitos na democratização das informações e conseqüentemente na vida dos indivíduos. É necessário que sejam tuteladas e compreendidas as questões que estão interligadas nesta temática, cabendo a seara jurídica atuar de forma a regular e garantir a proteção dos direitos fundamentais de cada um.

2.1 Big Data

Como já comentado anteriormente, a produção e a troca de dados viraram parte da rotina das pessoas. Através dessa mudança, todos os dias é armazenada uma gigantesca quantidade de informações nas quais são analisadas e usadas com diversos

intuitos.

Assim, tendo em vista a gigantesca proporção que isso tomou nos últimos anos, surge o termo “Big Data”, que nada mais é do que a revolução que passou a existir com o surgimento da possibilidade de se analisar em grandes proporções diversos tipos diferentes de informações, nas quais também são feitas interpretações das mesmas, com intuito de possibilitar o trabalho com os dados, de forma não estruturada, em um curto espaço de tempo. (SANTOS, 2020)

Com o surgimento do Big Data, além de serem analisados todos os conteúdos, passou-se também a existir uma grande economia de tempo e dinheiro em diversos quesitos, aumentando a produtividade, e sendo um grande facilitador da economia, através do uso de inovações tecnológicas, as quais ajudam na rapidez na entrega do estudo sobre as informações que são disponibilizadas, de forma que se tenha qualidade no processo. Assim, surge a ideia dos “5 Vs” (veracidade, volume, variedade, valor e velocidade,) sendo ele um deles a definição do termo de forma prática (SANTOS, 2020)

O grande dilema que faz com que o sistema tenha tamanha importância e relevância social em face da gigantesca quantidade de informações. Sendo elas altamente diversificadas, gera um grande desafio tendo em vista que as mesmas não apresentam nenhuma ligação e estrutura definida.

Para que se tenha um melhor entendimento disso, se faz necessário analisar o caso da rede social *Instagram*, uma das mais utilizadas no mundo inteiro, que movimenta uma grande quantidade de capital, em diversos segmentos e que fornece aos seus usuários um serviço gratuito em troca de anuência aos termos de uso. Ao utilizar esta plataforma, o usuário pode fazer postagens, utilizar de localização, curtir, comentar, entre outras possibilidades. Tendo em vista que o *Instagram* possui muitos utilizadores, o volume de dados produzidos por todos diariamente é gigantesco, sendo impossível a análise dos mesmos no caso da não existência do Big Data. (AGUIAR, 2020)

Para o *Big Data* funcionar é necessário que os inúmeros rastros digitais sejam analisados e estudados, em um curto espaço de tempo, necessitando de velocidade e qualidade nas métricas. Existem muitas tecnologias para que esse sistema funcione, como é o caso de arquivos distribuídos, uso de mineração de dados, diversas inteligências artificiais, sistemas de armazenamento dos dados, nuvens, algoritmos e

processamentos eficientes, os quais analisam de forma massiva³.

2.2 Big Data e a LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados)

Com os avanços provenientes da ciência de dados, passa a ocorrer uma transformação das informações que antes eram brutas em úteis. Nesse novo meio as tomadas de decisões e estratégias são facilitadas e agilizadas. Esta ciência não somente possibilitou meios para diversos setores conseguirem cumprir suas tarefas de forma mais prática, como é o caso das empresas que têm como a ferramenta principal, o uso das redes sociais. Ao mesmo, a ciência de dados também abriu os olhos dos pesquisadores sobre até que ponto estaria essa revolução de acordo com o direito em si.

Para tratar a normalização jurídica sobre o uso de dados nas redes sociais da internet foi aprovada a Lei nº 13.709, de 2018, denominada de Lei Geral da Proteção de Dados, doravante citada com a sigla LGPD.

A partir do surgimento da Lei nº 13.709, de 2018, o uso dos dados passa a ser melhor detalhado e surge um processo de legalidade da forma do uso Big Data pelas empresas. As informações passam a ser interligadas a questões legais, mesmo possuindo ou não o conhecimento da lei. Com isto, o não cumprimento de regras que conflitam com a normatização da LGPD, poderá levar a uma punição pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

Um ponto de grande relevância e preocupação refere-se ao uso de dados pessoais. A obtenção de dados pessoais e o uso indiscriminado da mineração de dados e geração de resultados, com a Lei nº 13.709, de 2018, o que antes não havia tanto controle, passa a ter. Com esta lei, surgem diversas frentes sobre o controle de uso de dados, como é o caso da governança, consentimento de uso, direito do titular e entre outras que precisem de uma gestão coerente.

O grande dilema frente ao Big Data é sobre os possíveis danos que poderão ser ocasionados aos indivíduos, no que tange ao ferimento da privacidade, um dos pilares que são base da lei em questão.

Assim, para que se possa ter um melhor entendimento sobre esta questão, é

³ Documentário sobre o que é Big Data <https://www.youtube.com/watch?v=JPC5mE9il0I&t=210s> Autor: Fabio dos Reis.

valido adentrar ainda mais no que discorre a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Em seu artigo 20º, a lei afirma que a pessoa na qual é titular das informações que foram e estão sendo utilizadas, possui o direito de reivindicar a análise das decisões tomadas através do tratamento automatizado de dados pessoais, nas quais ferem os seus interesses (sendo esta uma das técnicas do Big Data), como perfil de consumo, profissional ou de crédito, e dessa forma, podendo gerar diversos problemas jurídicos para as empresas⁴.

Com a aplicação das regras impostas pela Lei nº 13.709, de 2018 e em conformidade com o *compliance*, dentro das empresas que trabalham com os dados de seus usuários, passam a ter, de início, impactos negativos ou novos processos para controle. Uma vez que a lei controla de forma mais rigorosa a forma em que as mesmas realizam o tratamento dos dados com o Big Data, isto impõe uma forte adaptação às normas que lhes foram impostas. Tudo isto, visando ter uma maior integridade e respeito aos dados, um maior zelo com a privacidade das informações, transformando o meio virtual em um ambiente mais seguro.

3 Instagram, funcionamento e fornecimento de dados

Para que se tenha um entendimento real de causa da problemática em questão, é necessário compreender como se dá o funcionamento das redes sociais, as suas plataformas e atuações de seus usuários, como no caso específico do *Instagram*.

O *Instagram*, uma das redes sociais mais utilizadas e com maior rentabilidade do momento, surgiu no ano de 2010. Seu principal objetivo é aproximar os seus usuários, fazendo com que ocorra uma interação entre aqueles que se encontram na plataforma, possibilitando que os mesmos produzam conteúdo, postem fotos e vídeos, e se relacionem com diversas pessoas no mundo todo. A plataforma permite que o seu usuário, além de poder utilizar as funções anteriormente mencionadas, siga outras pessoas e acompanhem seus conteúdos, trabalhando de forma que as atividades disponibilizadas prendam a atenção dos mesmos, e possibilitando a conexão a partir de suas ações. Assim, os perfis das pessoas passam a ter visibilidade, engajamento e assim fazendo com que a vida pessoal ou profissional, localização, pessoas do

⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm e <https://www.compugraf.com.br/big-data-na-lgpd/>

convívio, fiquem a disposição para conhecimento dos “seguidores” e da plataforma⁵.

Cada ato realizado durante o uso do programa leva a plataforma a conhecer melhor o perfil de cada usuário, sendo este o grande “trunfo”, pois a partir do movimento que se entende uma pessoa, pode-se conseguir prevê-la. A inteligência artificial do *Instagram*, através de toda a movimentação comportamental de quem o usa, consegue personalizar o perfil de cada pessoa, e então, usa disso a seu favor⁶.

O produto da rede social em questão é a possibilidade da mudança na vida das pessoas, de forma não perceptível e gradual, através de suas ações, que são cada vez mais impulsionadas para que se consiga mantê-las conectadas pelo maior tempo, fazendo com que o conteúdo apresentado seja específico para cada perfil de usuário⁷.

A grande questão e dilema é que muitas pessoas acabam não tendo a devida precaução sobre constantemente estarem inseridas em um meio onde são produzidos diversos conteúdos, dados são postados e comunicações são criadas. Surge então o questionamento: como a plataforma realiza o gerenciamento dos seus dados?

Primeiramente, ao ingressar no aplicativo, para que se possa ter acesso a tudo aquilo que a rede social fornece, é necessário que o usuário aceite o termo de uso da mesma e forneça seus dados pessoais. Após realizar estes procedimentos, os usuários estarão aptos a usufruir dos serviços, incluir seus conteúdos e dados e assim seguirem outras pessoas, formando uma cadeia de engajamento⁸.

Cada usuário deposita informações pessoais como nome, sobrenome, idade, e-mail e telefone para contato, informações estas que serviram para que as outras pessoas possam o encontrar e seguir. Ademais, estas informações são também utilizadas pela plataforma para que haja um enquadramento das mesmas nas condições de uso, e também, uso para outros fins, como marketing para os perfis comerciais que se interessarem em fazer sua propaganda dentro da plataforma, e venda as previsões de suas ações baseadas no seu perfil.

O *Instagram*, pertence ao grupo de empresas do *Facebook* desde de 2012, e sendo uma empresa deste grupo, as informações contidas em uma das empresas são repassadas para as demais. São informações como dados pessoais, páginas, contas, hashtags e grupos com que os usuários se conectem e como os mesmos interagem

⁵Fonte: <https://business.instagram.com/getting-started/#why-instagram> Autor: Equipe do Instagram

⁶ Fonte: <https://www.facebook.com/help/instagram/581066165581870> Autor: Equipe do Instagram

⁷ Fonte: O dilema das redes 2020 (documentário) Autor: Jeff Orlowski

⁸ Fonte: <https://www.facebook.com/help/instagram/581066165581870> Autor: Equipe do Instagram

entre si. A plataforma tem como saber, por exemplo, com quais pessoas os seus utilizadores mais conversam, o que mais os interessam, quem é atingido com as publicações, a frequência e duração do tempo de uso da plataforma, entre outros, sendo tudo isso comunicado no próprio termo de uso que é fornecido no início do cadastro. Essas informações, mesmo que não sejam tão relevantes para algumas pessoas, tem grande potencial de interesse para empresas e outros sites que se interessam em entender melhor o mercado e o público alvo, tornando-as com alto potencial de valor monetário.

Além das diversas informações que a plataforma capta durante o seu uso, o *Instagram* consegue também acessar informações dos dispositivos no qual o usuário entra, como por exemplo: celulares, computadores e tablets. É por este motivo que, por exemplo, ao pesquisar uma passagem de avião para outra cidade em seu computador, o usuário percebe que ao abrir o aplicativo da plataforma pelo celular recebe uma propaganda de uma promoção da passagem para o destino que havia pesquisado anteriormente. Isso também acontece com roupas e outros bens de consumo, as pessoas são direcionadas pelo algoritmo para receberem tais propostas de compras.

O *Facebook*, juntamente com as empresas que pertencem ao grupo, como foi anteriormente citado, sendo este o caso do *Instagram*, contém uma ferramenta denominada de Application Programming Interface (APIs), onde guarda uma coleção de pontos e informações dos usuários de suas plataformas e de plataformas parceiras. O intuito é permitir a criação e gerenciamento de anúncios de forma programática dentro dos mesmos. Frisasse que os demais anunciantes, desenvolvedores de outros aplicativos e os “publishers”, igualmente a lógica reversa, também contribuem com o compartilhamento de informações obtidas por eles para o *Facebook* e ao *Instagram*⁹, construindo a partir disso um grande banco de dados.

3.1 Instagram e o Direito

Comumente ao que foi percorrido até então, o questionamento que fica dentro do mundo jurídico é sobre se existe ou não permissão para tais ações dentro das plataformas das redes sociais. A partir do momento em que é proposto um termo de

⁹ Fonte: https://developers.facebook.com/?locale=pt_BR Autor: Equipe do Facebook

uso, o aplicativo descreve como proceder com os dados captados, com as informações produzidas e com tudo aquilo que pode ou não dentro da plataforma.

Para que uma rede social exista, é necessário que o usuário consuma seus serviços. Ao concordar com os termos de uso, o usuário autoriza que a empresa gerencie os dados. Por outro lado, é através dele que se tem o respaldo para cobrar medidas da plataforma, no que tange ao armazenamento de informações, como também do uso dentro da rede.

Ademais, as diretrizes das políticas da plataforma precisam se encontrar de acordo com a legislação brasileira para que atue com seus serviços dentro do país. Sendo assim, o *Instagram* e *Facebook*, entre outras redes sociais, estão se adaptando à governança de dados produzidos por seus usuários de acordo com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), a qual encontra-se em vigor no país. Apesar de nova, a Lei nº 13.709, de 2018 descreve e abrange de forma clara as devidas obrigações, bem como suas punições em caso de não cumprimento da norma.

A Lei nº 13.709, de 2018 (LGPD), no seu artigo decimo oitavo, discorre que o titular dos dados tem o direito a obter do controlador (podendo ser pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado), a qualquer momento, informações sobre os próprios dados e o que decorreu deles, assim como, outros serviços como bloqueios dos mesmos e revogação de consentimento para que possam usá-los.

Comumente a esta ideia, temos o artigo oitavo da mesma lei discorre sobre como deve ser o consentimento do usuário sobre o uso dos seus dados, e além disso, elencando também todas as condições em que o operador deverá seguir.

O artigo fala, por exemplo, que o controlador dos dados deverá ter o ônus de provar que conseguiu o consentimento para uso das informações, como também, nos casos em que a autorização for genérica para o tratamento dos dados, serão nulas e deverão ter o consentimento nas finalidades determinadas. Ainda sobre o artigo oitavo da Lei nº 13.709, de 2018, vale ressaltar que o consentimento do usuário pode ser revogado pelo mesmo a qualquer momento do seu interesse, e, em caso de vício do consentimento o uso dos dados é proibido.

Em outro aspecto, uma análise teórica jurídica mostra que o uso de dados está estreitamente entrelaçado com o direito à privacidade, no qual havendo violação ou abuso do mesmo, poderá gerar graves danos e consequências. O direito a privacidade irrestrita encontra-se inserido nos direitos da personalidade, mais especificamente

dentro do direito à integridade moral, matéria esta que é respaldada pelo Código Civil Brasileiro. Esses direitos buscam proteger os atributos da personalidade, garantindo-os através da sua ideia de inviolabilidade. (BRASIL, Código Civil, 2002).

Ainda sobre a proteção dos dados surge também a Proposta de Emenda à Constituição (PEC nº 17/2019), na qual tem como objetivo garantir o direito à proteção de dados pessoais, em especial nos meios digitais. Entre as competências desta PEC estão a da União legislar privativamente sobre a forma em que os dados são tratados e protegidos nos diversos meios, incluindo a proteção de dados como sendo direito fundamental de todo o cidadão brasileiro¹⁰.

No âmbito internacional, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* dispõe que ninguém será sujeito a interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua consequência, nem a ataques à sua honra e reputação. Afirma que toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques. No Brasil a vida é direito constitucionalmente assegurado, tendo como invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Tais garantias são genéricas, mas são também fundamentais ao ser humano e sem elas não existir plenitude, por vezes, sequer pode sobreviver (TARTUCE, 2013).

Ademais, continuando na análise de âmbito internacional, a União Europeia aprovou a Regulamentação Geral de Proteção de Dados (GDPR). Esta regulamentação tem como objetivo proteger a privacidade dos cidadãos, aplicando a qualquer pessoa ou empresa que utilize de banco de dados dos mesmos, orientando no tratamento dos mesmos. A regulamentação europeia tem estrita influência na Lei nº 13.709, de 2018, que mesmo nova, resguarda e garante a proteção do bom uso dados, em âmbito virtual, no território brasileiro¹¹.

Em uma análise mais específica sobre a rede social denominada de *Instagram*, pode-se notar a real necessidade na empresa em se adequar as diversas normas que a influenciam no uso dos dados e também a diversidade normativa que a mesma tem contato ao redor do mundo. Os seus serviços não se limitam apenas ao território brasileiro e possuindo os demais países suas próprias legislações a serem seguidas para que possa existir o funcionamento da plataforma de forma segura e legal.

O *Instagram* e demais empresas pertencentes ao *Facebook*, com a entrada em

¹⁰ Consultado em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>

¹¹ Fonte: <https://gdpr-info.eu/> (regulamento da União Europeia)

vigor da Lei nº 13.709, de 2018, passou a seguir as regras previstas pela lei e evitando assim eventuais problemas. Uma das mudanças nas plataformas das referidas redes foi a permissão para coleta de certos dados dos usuários, que antes não existia. Junto a essas mudanças, veio também a renovação das políticas de dados das empresas, com a atualização do tratamento dos dados, explicando como o que a lei permite e o que não é permitido pela mesma¹².

Sendo assim, por ser uma plataforma virtual e que lida diretamente com os dados de seus usuários, o *Instagram* precisa estar de acordo com todas as normas anteriormente citadas, tendo ele a responsabilidade em caso de qualquer violação. Cabendo ao *Instagram* e outras redes fazer o tratamento e fornecimento dos conteúdos específicos para os usuários de acordo com as suas características, gostos, cultura e critérios éticos e legais.

4 Tratamento de dados nas redes sociais e a LGPD

Através do que foi discorrido, pode-se entender que durante os últimos anos, as redes sociais vêm tomando grande espaço no dia a dia das pessoas pelo mundo inteiro. Todos os dias, milhões de usuários são atraídos pelos conteúdos dispostos em diversas plataformas diferentes, possibilitando inclusive a interações com as informações. Sendo este um meio que possibilita a interação entre as pessoas, foi criada então a ideia da Mídia Social, que nada mais é do que a definição do conteúdo criado e disseminado por meio das interações realizadas virtualmente, onde o *Instagram*, rede social estudada pelo presente artigo, contém grande força neste quesito. (FALCÃO, 2020)

Segundo estudo realizado pelo site *SocialBakers*, plataforma que é especializada em otimização de performance corporativa nas redes sociais, publicou que o *Instagram*, rede social que abrange o estudo em questão, obteve tanta popularidade nos últimos anos, que além de ter batido mais de 1 bilhão de usuários, aumentou também o recorde de interações, passando inclusive o da sua empresa dona, o *Facebook*. Tamanha audiência do *Instagram* possibilita que o mesmo tenha um tratamento de dados, para que possa entender de forma mais efetiva o perfil dos

¹² Consulta em: <https://tecnoblog.net/353425/facebook-se-antecipa-a-lgpd-e-pede-permissao-para-coletar-seus-dados/amp/>

seus usuários¹³.

Fazendo uma análise do que foi publicado pelo site *SocialBakers*, cerca de 500 milhões de usuários estão ativos na plataforma diariamente. Milhares de conteúdos são criados e publicados todos os dias por estes internautas. Os conteúdos podem variar de simples mensagens de texto comunicando eventos do dia-a-dia, até mesmo a conteúdo multimídia, como fotos e vídeos¹⁰.

Assim, com a imensa quantidade de dados produzidos diariamente, surge a necessidade dos mesmos serem tratados, sendo toda operação baseada nas informações pessoais de cada indivíduo. Segundo o que diz o artigo 5º da Lei nº 13.709, de 2018 (LGPD), é elencado um rol exemplificativo de tipos de tratamentos, como: Gravação, emissão de dados, relatórios e entre outros. Todavia, ao analisar o artigo 7º da mesma lei, pode-se constatar que apesar de existirem diversas formas para que os dados pessoais sejam tratados, só estão autorizados os tratamentos em algumas hipóteses descritas pelo artigo. (BRASIL, Lei nº 13.709/2018)

No que tange a autorização para o tratamento de dados pessoais, o artigo 7º da Lei nº 13.709, de 2018 (LGPD) traz como permitidos as seguintes hipóteses: A partir do consentimento do usuário, onde o mesmo consegue enxergar de forma clara a finalidade para a qual os seus dados serão utilizados, e sendo assim, a autoriza; Para que se cumpra uma obrigação legal obrigatória; A administração pública também possui o poder de tratar informações pessoais; Para a proteção vida, em questão de incolumidade física do titular ou de terceiros; A tutela da saúde e entre outros. (BRASIL, Lei nº 13.709/2018)

Segundo o que diz a terceira turma do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), ao comunicar para o usuário sobre o uso dos seus dados, não afasta as plataformas em âmbito digital de ter responsabilidade frente aos dados que lhes são fornecidos. A mesma turma estabeleceu ainda que, em caso de compartilhamento externo de informações de dados captados dentro dos programas de cada empresa, é necessário que notifique ao consumidor de seus serviços que os dados estão sendo repassados, podendo os mesmos concordarem ou não¹⁴.

Em se tratando do *Instagram*, a rede social disponibiliza para seus usuários o

¹³ https://www.socialbakers.com/website/storage/2020/02/Q4TrendsReport_PortugueseVersion.pdf Autor: SocialBaker

¹⁴ Consulta em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Compartilhamento-de-informacoes-de-banco-de-dados-exige-notificacao-previa-ao-consumidor.aspx>

termo de uso ao iniciar a criação de uma conta, devendo o mesmo concordar de forma clara e precisa ou não com as informações que lhe são propostas. Todavia, é resguardado pela Lei nº 13.709, de 2018 e pelo próprio termo, que, em hipóteses de desistência por parte do interessado, pode o mesmo revogar o consentimento que havia realizado¹⁵.

A partir do que foi dito anteriormente, pode-se entender que a ideia basilar, respaldada pelo que tange e orienta a Lei nº 13.709, de 2018, é que, com o desenfreio de informações que circulam nas empresas do meio digital, é normal que se tenha um tratamento dos dados que lhes são fornecidos, seja para objetivos que colaborem com o melhoramento do sistema interno, seja para personificação de informações dos seus internautas, ou seja para publicidade. Todavia, o que não se pode faltar neste quesito é a comunicação existente entre as partes, deixando explícito e avisado ao titular dos dados o por que da coleta, como ela ocorre e é armazenada.

Vale a pena ressaltar que dados pessoais não são somente informações referentes à parte cadastral, como o Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), Registro Geral (RG), endereço ou número de telefone, mas também pode ser informações como pensamentos político/religioso, perfil de compra, sites visitados, e entre outras coisas que descrever bastante a respeito de cada indivíduo.

Outro ponto importante em mencionar é que, a Lei nº 13.709, de 2018, em seu artigo 4º, em seu inciso I, discorre que as hipóteses de processamento de dados que não se enquadram no contexto econômico deverão ser criteriosamente analisadas, pois a lei não se aplica a tratamento de dados por pessoas naturais, que tenham como fim apenas particular e não econômico.

Em caso de não cumprimento do que manda lei, o infrator, sendo ele controlador ou operador de dados, poderá ser penalizado. De acordo com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) as punições podem ser financeiras ou pode aplicar diversas formas para combater o erro, como bloqueios de informações, advertências, suspensão e proibição do uso das atividades e entre outros. Em se tratando de multas, pode-se variar bastante, tendo a possibilidade de multa simples, sendo ela de até dois por cento de todo o faturamento em que a empresa conquistou, até o limite máximo de R\$50 milhões por cada infração

¹⁵ Fonte: <https://www.facebook.com/help/instagram/581066165581870> Autor: Equipe do Instagram

cometida. Também existe a possibilidade da multa diária, também limitada ao teto de R\$ 50 milhões.

Portanto, é importante que os usuários e empresas digitais conheçam os seus direitos e deveres, atentando às novas formas de regulação ao tratamento de dados, para que, no caso das empresas, não recebam punições severas pelo não respeito à norma vigente.

5 Capitalismo de Vigilância

O termo “*Capitalismo de Vigilância*”, criado pela pesquisadora e escritora norte-americana Shoshana Zuboff, resume em palavras a nova ideia de capitalismo ligada ao uso dos dados monetizados. Basicamente, entende-se como uma vigilância realizada por meio de tecnologias, na qual as corporações, além de capitalizarem e conseguirem mais poder, conseguem entender melhor os indivíduos e projetar suas ações¹⁶.

A partir do conhecimento individual de cada usuário, essas corporações conseguem usar esse conhecimento para capitalizar através do comportamento personalizado, induzidos por interesses. Uma das maiores empresas que é exemplo em utilizar essa metodologia com os seus usuários é a plataforma *Instagram*, na qual analisamos no trabalho em questão.

A plataforma fornece serviços gratuitos, onde apenas é necessário que cada usuário deposite suas informações pessoais e esteja de acordo com o termo de uso que lhe é oferecido. Com a anuência, o usuário acaba sendo imerso aos conteúdos programados, nos quais são de seu interesse pessoal, e que o induz a cada vez mais consumir o sistema do aplicativo. Com o consumo diário, o sistema inteligente da plataforma passa a conhecer a personalidade e os atos do mesmo, construindo assim uma espécie de personalidade, onde conseguirá entendê-lo e definir os seus futuros passos.

A chamada tecnologia preditiva, comentada no livro “*The age of surveillance capitalism*” onde a autora discorre sobre como as empresas utilizam os dados, tem a ideia de conseguir prever as ações e gerar ações padronizadas estimuladas a partir das informações analisadas. Esse tipo de análise é algum bastante complexo, necessitando de um grande número de dados armazenados para que se possa prever

¹⁶ Fonte: The age of surveillance capitalism Autora: Shoshana Zuboff – Tradução Livre.

as ações, baseando-se na semelhança existente entre o histórico de atos realizados pelos usuários durante o uso.

No livro, é comentado que a grande maioria das informações que mais interessam sobre os usuários nas grandes plataformas digitais, na maioria das vezes, não existe o consentimento para captação, sendo essas as que mais são fontes de recursos das grandes companhias. Todavia, como não se tem ao certo conhecimento do que é captado e o que não é, fica o grande questionamento.

Para que se possa ter uma real dimensão da base de dados que cada empresa armazena, é necessário que se analise tudo aquilo que as mesmas possuem acesso, como por exemplo: A localização (muitas vezes em tempo real), o tempo em que é gasto em cada sistema por indivíduo, pesquisas, desejos de consumo, o horário no qual se utiliza plataforma pela primeira e última vez durante o dia, entre outros. Isso apenas representa informações que, como por exemplo o *Instagram*, pode-se ser encontrada em um termo de uso para utilização do mesmo. Todavia, como comentado anteriormente, somada a grande quantidade de informações colhidas e que são certas, existem também diversas outras as quais não existem nenhum tipo de comprovação de captura, entretanto, existe o conhecimento de que são armazenadas e analisadas do mesmo modo.

Ao analisar a quantidade de serviços que são dispostos pelo *Instagram*, entende-se que os seus utilizadores são os produtos de consumo e não os reais consumidores de fato. Assim, é nítido que não somente é um mercado onde a moeda são os dados, como também, sendo este um mercado baseado em comportamentos e vontades futuras, desenvolvido por perfis extremamente pessoais que, para se desenvolverem, necessitam invadir a privacidade e intimidade. A Subjetividade passou a ser interesse pelas empresas, para monetizar, apropriando-se de cada usuário, e tirando o seu lucro em cima deles¹⁷.

Segundo Sergio Amadeu da Silveira, cientista político especializado em internet, as cinco maiores empresas mais bem avaliadas no mercado de ações, sendo elas a *Apple*, *Google*, *Amazon*, *Microsoft* e *Facebook*. Elas conseguiram obter a maior parte do seu faturamento através da monetização dos dados de seus usuários. Assim, é possível enxergar de forma clara e evidente que o mercado de dados passou a ter imenso poder monetário e social, onde nem sempre são captados os dados da forma

¹⁷ Fonte: O dilema das redes Autor: Jeff Orlowski

correta, gerando invasão ao direito da privacidade e intimidade de seus usuários por dinheiro e poder. (ROSENO, 2020)

5.1 Uso de dados e o direito da personalidade

Antes de se adentrar na temática, é válido entender o que seria o Direito da personalidade. Entende-se o *Direito da Personalidade* como sendo o direito no qual o indivíduo possui em defender e proteger as características da sua própria existência, os quais são inerentes ao mesmo. Para adquirir esse direito basta apenas nascer com vida, sendo amparado pela Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, na qual discorre: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Somado a isto, o Código Civil de 2015 também aborda a temática em seu Capítulo II, do artigo 11 ao artigo 21.

O *Direito Personalíssimo* surge com a necessidade que havia de se tutelar aquilo que antes não continha proteção, sendo algum que é imprescritível para todo o ser humano, pois, ao tratar-se da proteção da imagem e intimidades de cada indivíduo, passa a garantir aos mesmos que exista mais segurança na preservação de tudo aquilo que esteja relacionado a esta ideia, como por exemplo, os dados depositados diariamente nas plataformas virtuais, como é o caso do *Instagram*.

Por dia, diversas informações estão à disposição dos vários servidores que utilizamos no nosso cotidiano. O celular, apesar de ter acumulado diversas funções em um só equipamento, facilitando a vida de milhares de pessoas, também passou a ser parte do corpo humano. Funções utilizadas como a gravação de voz, de imagem, de texto podem ser utilizadas sem mesmo se ter o real conhecimento disso.

Com o grande desenvolvimento das redes sociais, muito se tem questionado por pesquisadores e usuários a respeito de até que ponto as informações estão sendo analisadas pelas plataformas e qual é a comprovação real disso. No *Instagram*, segundo matéria feita pelo jornal britânico *The Sun*, estariam sendo feitas espionagens pela câmera durante o uso do mesmo. A empresa nunca chegou a comentar sobre tal afirmação, porem, é comum se ter a sensação de que existe sim um sistema no qual se escuta o que é comentado durante o uso do mesmo, além do que, todos os atos realizados dentro da plataforma colaboram também para essa observação, sendo

estes uns dos grandes fatores que possibilite tal empresa a faturar bilhões todos os anos.

O grande dilema enfrentado com tal ideia é que, ao passo que possa ter de fato uma espionagem dos usuários pelo *Instagram* durante o uso da rede social, mesmo que não comprovada, gera uma grande insegurança no quesito que se infringe o *Direito da Personalidade* de cada indivíduo, posto que são suas intimidades que estão sendo observadas, e que no termo de uso no qual lhes foram disponibilizados, não consta nada que permita tal medida.

Assim, é notório que o *Direito da Personalidade*, frente a constatare evolução da tecnologia, vem sendo colocado em xeque em relação a este fenômeno. Cada indivíduo, mesmo inserido em um mundo modernizado e imerso a troca de dados, necessita da preservação de seu espaço interno, intimidades e personalidade, coisas que não se tem mais garantia nos dias atuais.

O que mais é impressionante ao se verificar tal ponto é que, ao passo que o mundo vive em uma constante necessidade de se conectar, trocar informações, utilizar diversos dispositivos tecnológicos, se tornou quase que impossível. As informações colhidas virtualmente, que antes não possuíam tanto valor, hoje além de entender cada ser humano e o que eles fazem, passaram também a prever suas ações e gerar grandes influências em suas condutas. Desse modo, o que antes não possuía valor, se tornou hoje a grande moeda, sendo desafiador para o direito ao respeito a privacidade garantir que, tendo em vista a necessidade de cada indivíduo se manter conectado, não ultrapasse os limites necessário para preservação de sua intimidade.

Outro quesito no qual se tem observado é que, o efeito do uso dos dados deixou de ser algum somente regional como era antigamente, para passar a ter um patamar mundial. Os dados movem-se entre pessoas de todas as partes da terra, e conseqüentemente, são dispostos a diversas legislações diferentes que respaldam e protegem a forma como se é utilizado os dados pessoais de cada internauta.

Todavia, apesar de existirem jurisdições nas quais lidam e protegem o uso indevido de dados, como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil, e a Regulação Geral sobre Proteção (RGPD) de Dados na Europa, não se tem garantia exata que os grandes servidores, as grandes redes sócias e plataformas não consigam

ter acesso as conteúdos nos quais não tem autorização¹⁸.

É fato que, por se tratar de um avanço recente na humanidade, ter garantias jurisdicionais em tão pouco tempo já é algum de grande relevância dentro do cenário em que o mundo vive hoje. Entretanto, surge a necessidade de se ter o conhecimento no que diz respeito a informações que não são comunicadas em meios oficiais, mas que se tem o conhecimento que existem fora o que já é descrito nos mesmos, como é o caso das plataformas virtuais nas quais conseguem captar as informações bem mais do que é informado, quais informações de fato são captadas, tudo que se é feito e para que serve além das previstas, devendo ser algum priorizado e exigido por parte dos seus usuários, que muitas das vezes nem se quer leem o que é declarado nos termos de uso de cada prestadora de serviços virtuais, respeitando assim a garantia da proteção de suas intimidades e informações.

É claro que, a partir do momento que se aceita o contrato de adesão, como é o caso do *Instagram*, o utilizador da plataforma se declara de acordo com a forma na qual se é utilizado seus dados, a metodologia pela qual a empresa trabalha e quais fins suas informações pessoais poderão gerar. Todavia, a responsabilidade de tamanha quantidade de informações foge de um mero termo no qual encontrasse cláusulas que discorrem sobre a temática. A proporção do quanto esse produto pode ser usado precisa ser extremamente clara, não restando qualquer tipo de dúvida ao usuário que deseje a utilizar.

Por isso, independente de qual rede social, site ou aplicativo que se utilize, é muito importante fazer a leitura completa das condições as quais são impostas para o fornecimento dos serviços antes de concordar, pois são elas que iram proteger e resguardas todas as informações as quais são disponibilizadas nos meios virtuais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mediante o que foi apresentado no presente trabalho, pode-se compreender que os dados dos usuários no ambiente da internet, principalmente nas redes sociais, passaram a ter papel fundamental na sociedade contemporânea. O uso dos dados pode “navegar” por diversas possibilidades, positivas e negativas, e por isso, deve-se

¹⁸ Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm Lei nº 13.709/18 e Fonte: <https://gdpr-info.eu/> (regulamento da União Europeia)

ter total respeito e segurança para com os mesmos. Somado a isso, é importante ressaltar o papel das redes sociais frente ao crescimento da valorização das informações, tendo em vista as plataformas digitais. Os conteúdos passaram a ser produzidos de forma mais rápida e repassados quase que instantaneamente pelo mundo todo, gerando assim um avanço em diversos setores.

Em se tratando de rede social, o *Instagram*, plataforma na qual foi analisada pelo presente estudo, apresenta papel relevante na sociedade. Além de possuir milhões de seguidores no mundo, contém um importante papel na disseminação de informação de dados. Por dia, diversos conteúdos são produzidos e postados, localizações são salvas, mensagens são enviadas, e fotos/vídeos são publicados, possibilitando um enorme banco de dados, contendo informações que ajudam a construir o que se entende sobre a personalidade de cada usuário.

Somado a estes avanços tecnológicos, o direito (antes não possuía bastante jurisdição sobre esta temática, tendo em vista que a mesma surgiu há pouco tempo) passou a se adaptar e evoluir em busca da proteção e garantias, relacionada aos dados e aos avanços tecnológicos, para todos os brasileiros. Apesar de já existir o “marco civil” da Internet e diversas jurisprudências que tratassem sobre o direito digital, foi a Lei nº 13.709, de 2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dado (LGPD), que estabeleceu os parâmetros sobre a regulamentação de toda e qualquer atividade que seja realizada em ambiente virtual, tendo foco na proteção de dados. Também a referida Lei fez suprir toda e qualquer legislação que faltasse sobre essa área, sendo um compilado de normas a serem seguidas e como deve ser feito. Assim, a partir do momento em que lei entra em vigor, as empresas e plataformas digitais passaram a ter o dever de se ajustar e estar de acordo com o que a mesma discorre.

Sendo assim, o trabalho em questão analisou como isso acontece, quais são de fato as obrigações em que as plataformas devem seguir para que possam possuir um banco de dados de forma coerente. Tratou, também, da forma correta e quais seriam as punições em caso de descumprimento, com base no que o direito rege. Foi visto que, apesar da maioria das empresas terem ciência da referida lei e suas implicações, verificou-se que ainda existem algumas vulnerabilidades no que diz respeito as formas em que são captadas as informações, e que nem sempre são de fato comunicadas aos autores e donos das informações em questão. Isto acaba gerando assim uma violação ao direito da personalidade, sendo este garantido pela

Constituição Federal de 1988 e também pela própria Lei nº 13.709, de 2018.

Por fim, conclui-se que assim como os avanços tecnológicos provenientes do século XXI, as redes sociais e o direito de uso dos dados têm muito a crescer, respeitando sempre o uso de toda e qualquer informação e protegendo sempre não somente a intimidade, como também a privacidade e a vida. Uma das contribuições deste trabalho foi mostrar a vulnerabilidade com o uso das informações, que pode afetar qualquer usuário, seja ele do *Instagram* ou outra plataforma digital. Contribuiu também quando enfatizou a importância do acesso ao conhecimento de onde se deposita os dados, o que se é feito com os mesmos, para quais finalidades e principalmente, ter ciência de todos os direitos. Tudo isto, para que possa existir uma cobrança e controle frente a toda e qualquer empresa, rede social ou servidor que tenha acesso aos dados do mesmo.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Adriana. **Instagram**: saiba tudo sobre esta rede social!. 17 ago. 2018.

Disponível em: <https://rockcontent.com/br/blog/instagram/InstagramAcesso> em 17 nov. 2020.

BELMUDES, Guilherme. **Aplicação da LGPD nas redes sociais**. Disponível em:

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/aplicacao-da-lgpd-nas-redes-sociais-26012020>. Acesso em 17 set. 2020

BENEVENUTO, Fabrício. **Explorando Redes Sociais Online**: Da Coleta e Análise de Grandes Bases de Dados às Aplicações. Disponível em:

<http://sbrc2011.facom.ufms.br/files/anais/files/mc/mc2.pdf>. Acesso em: 18 set. 2020.

BÓSON, Fábio dos Reis. **O que é o Big Data**: conceitos básicos. 25 jul. 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=JPC5mE9iI0I&t=210s>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Artigo: 5º.

BRASIL. **Decisão STJ**. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Compartilhamento-de-informacoes-de-banco-de-dados-exige-notificacao-previa-ao-consumidor.aspx>

BRASIL. Lei nº 7.908/2018. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm Lei nº 13.709/18

BRASIL. Lei nº 12.965/2014. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm Lei nº 12.965/14

BRASIL. Código Civil. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Artigos: 11º ao 21º do Código Civil)

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2019. Disponível em <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594> PEC nº 17, de 2019.

DUARTE, Fernando. **Brasil é 'vice' em tempo gasto em redes em ranking dominado por 'emergentes'**. 6 set.2019 Disponível em:
<https://www.bbc.com/portuguese/geral-49602237>. Acesso em: 17 nov. 2020.

EDWARDS, Charlotte. O Facebook realmente espia você através da câmera do seu telefone afirma processo nos EUA. **The Sun**. 10, n.47, 21 set. 2020. Disponível em:
<https://www.thesun.co.uk/tech/12724230/facebook-lawsuit-instagram-spying/>
 Acesso em: 01 nov. 2020.

FALCÃO, Flaviane Novais. **O instagram e a sociedade de consumo**: Uma análise da utilização do marketing no aplicativo pelas marcas Colcci e Farm. 2015. 58 f. Monografia (Graduação em Comunicação Social, Jornalismo) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Minas Gerais, 2015. Disponível em: <https://www.ufjf.br/facom/files/2016/06/TCC-Flaviane-Novais-Falc%C3%A3o-PDF.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2020.

FACEBOOK. Ferramentas para desenvolvedores. Disponível em:
https://developers.facebook.com/?locale=pt_BR. Acesso em: 10 set.2020.

INSTAGRAM. Termos de Uso. Disponível em:
<https://help.instagram.com/581066165581870>. Acesso em: 10 set. 2020.

INSTAGRAM. Instagram para Empresas. Disponível em:
<https://business.instagram.com/getting-started/#why-instagram>. Acesso em: 10 set. 2020.

NYBO, Erik Fontenele. **Livro o poder do Algoritmo**. Editora: Enlaw Portal de Revistas Jurídicas, 2019.

ROSENO, Renato. **Proteção de dados**: uma política fundamental para democracia e para os direitos humanos. Fortaleza, 31 mar. 2019. Disponível em:
<https://www.renatoroseno.com.br/noticias/protecao-dados-sergio-amadeu-renatoroseno>. Acesso em 17 nov. 2020.

SALES, Lilia Maia de Moraes; BEZERRA, Mário Quesado Miranda. Disponível em:
<file:///C:/Users/Win%2010/Downloads/8016-31946-1-PB.pdf>. Acesso em 17 nov. 2020

SANTOS, Pedro. Disponível em: <https://rockcontent.com/br/blog/author/pedro-santos/>. Acesso em 17 nov. 2020

SANTOS, Rodrigo. Disponível em: <https://www.compugraf.com.br/big-data-na-lgpd> Acesso em 17 nov. 2020.

SILVA e GALVÃO. **Direito digital**: você sabe do que se trata?. Teresina, 23 abr. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/81516/direito-digital-voce-sabe-do-que-se-trata-veja-aqui> Acesso em 17 nov. 2020.

SILVA, Victor Hugo. **Facebook se antecipa à LGPD e pede permissão para coletar seus dados**. São Paulo, 20 jul. 2020. Disponível em: <https://tecnoblog.net/353425/facebook-se-antecipa-a-lgpd-e-pede-permissao-para-coletar-seus-dados/amp/>. Acesso em 17 nov. 2020.

SOCIALBAKERS. Relatório de tendências de mídia social da Socialbakers. Disponível em: https://www.socialbakers.com/website/storage/2020/02/Q4TrendsReport_PortugueseVersion.pdf Acesso em 18 set. 2020.

TARTUCE, 2013. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**: Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 01 nov. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Lei nº 2016/679. Disponível em <https://gdpr-info.eu/> Lei nº 2016/679ZUBOFF, Shoshana. Livro The age of surveillance capitalism. Editora: PublicAffairs, 2019

UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA GUARDA COMPARTILHADA COMO FORMA DE COIBIR A PRÁTICA DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Mariana Rose Costa da Silva Bezerra Dantas¹

Emanuelli Karina de Brito Gondim Moura Soares²

RESUMO

Este artigo possui o objetivo de provocar uma reflexão acerca da alienação parental, sob todos os seus aspectos, analisando os impactos que é capaz de provocar na vida de todos os envolvidos. Os estudos já demonstram que a prática da alienação parental ocorre especialmente nos casos de separação conjugal, e que a partir do sentimento de raiva intrínseco, surge a vontade de vingança, utilizando o filho como meio para alcançar essa intenção, sem observar conquanto, os danos irreparáveis que os filhos sofrem, violando dessa maneira, um princípio basilar do Direito das Famílias, qual seja, o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. Além disso, o presente trabalho visa analisar a possibilidade da guarda compartilhada servir como uma forma de coibir a prática da alienação parental, responsável por causar inúmeros danos a todos os envolvidos. Para tanto, a pesquisa será de cunho exploratório, em que o levantamento de dados será realizado por meio de levantamento bibliográfico, utilizando doutrinas, artigos científicos, monografias, teses, dissertações e legislações, sendo também documental, em razão desses dados estarem em documentos escritos, encontrados em livros, periódicos e outros meios.

Palavras-chave: Alienação parental. Guarda compartilhada. Consequências. Direito de família.

NA ANALYSIS UNDER THE OPTICS OF JOINT CUSTODY AS A WAY TO REPRESS THE PRACTICE OF PARENTAL ALIENATION

¹ Discente do curso de Direito no UNI-RN – Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: marianarosedantas@gmail.com.

² Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professora de Direito da Graduação do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: emanuelli@unirn.edu.br

ABSTRACT

This article has the objective of to provoke a reflection on parental alienation, in all this aspects analyzing the impacts that it is capable of causing in the lives of everyone involved. Studies already show that the practice of parental alienation occurs especially in cases of marital separation, and that with the feeling of intrinsic anger, the desire for revenge is manifested, using the child as a means to fulfill this intended, without observing, however, the damages that the offspring suffers with that situation, violating, therefore, a basic principle of Family Law, that is, the principle of the best interest of the child and the adolescent. Furthermore, the present work aims especially to address the possibility of joint custody serving as way to curb the practice of parental alienation, responsible for causing innumerable damages to all involved. Therefore, the research will be of an exploratory nature, in which the data collection will be carried out through a bibliographic survey, using doctrines, scientific articles, monographs, theses, dissertations and legislation, being also documentar, because these data are in written documents, found in books, periodicals and other media.

Keywords: Parental Alienation. Joint Custody. Consequences. Family Law.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo possui a intenção de provocar uma reflexão acerca da alienação parental, sob todos os seus aspectos, levando-se em consideração os efeitos negativos que essa prática acarreta a vida dos envolvidos.

Os estudos já mostram que essa realidade, geralmente inicia no momento da separação conjugal, e que diante de um sentimento de raiva intrínseco, surge a vontade de vingança, utilizando-se o filho como instrumento para alcançar esse objetivo, com a intenção de atingir o outro genitor, sem observar, contudo, os danos que a prole sofre com essa situação, violando, portanto, um princípio basilar do Direito de Família, qual seja, o princípio do melhor interesse da convivência familiar.

Ademais, levando-se em conta o elevado número de litígios que ocorrem nos divórcios no Brasil, assim como nos casos de dissolução de união estável, a guarda e como será efetivado o direito de convivência são temas que estão presentes nesses casos, é

imprescindível que esse tema seja discutido, com a finalidade de maiores esclarecimentos e acerca da eficácia desse instituto.

O método científico utilizado nesse trabalho é o dedutivo, uma vez que parte da premissa de que a guarda compartilhada deverá ser aplicada como regra nos casos de separações dos genitores, e como a alienação parental é responsável por causar danos muito graves às vítimas dessa prática, e não obstante, a existência da lei, em muitas vezes, ela não é capaz de impedir a conduta, tendo como objetivo portanto, deduzir que é possível a guarda compartilhada ser utilizada como uma saída nos casos em que os genitores não vivem juntos ou que estejam em litígio para evitar, dessa forma, a prática da alienação parental.

Além disso, se trata de uma pesquisa exploratória, na intenção de acarretar uma maior familiaridade com o tema. No que diz respeito à análise de dados, envolve um levantamento bibliográfico, vez que será utilizado material pertinente ao tema, tais como, artigos científicos, monografias, dissertações, doutrinas, legislações e jurisprudências. Destarte, a pesquisa será bibliográfica.

Ademais, a pesquisa também irá utilizar de coleta de dados, por meio de documentos escritos, dados encontrados em livros, anais, periódicos e outros meios, constituindo fontes primárias ou secundárias, objetivando contribuir para melhorar a compreensão acerca desse tema. Sendo possível, portanto, inferir que a pesquisa também será documental.

Sendo assim, esse trabalho visa especialmente, abordar a possibilidade, no que concerne, a modalidade da guarda compartilhada funcionar como um meio de inibir a prática da alienação parental.

2 DA FAMÍLIA

A família é o primeiro grupo social que o indivíduo tem contato, e assim, desempenha um papel fundamental na vida do sujeito, e por essa razão, é que recebe uma especial proteção do Estado.

A palavra família é originária do latim, e advém do termo “*famulus*”, significando o servidor, o criado, segundo Maluf (2021).

Com o passar do tempo, essa instituição passou por inúmeras transformações, visto que no século passado, a família, regulada pelo Código Civil de 1916 era apenas

aquela formada pelo casamento, já que pessoas que se uniam sem o matrimônio ou tinham filhos fora dele, sofriam discriminação, e esses filhos, não tinham os mesmos direitos que aqueles havidos na constância do casamento.

Além disso, é indispensável deixar consignado acerca da indissolubilidade do matrimônio, e somente vindo a ser permitida, a separação, com a Emenda 9/1977 e a Lei 6.515/1977, o qual instituíram o divórcio. Essa Emenda foi a responsável pela alteração do §1º do art. 175 da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos: “O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”.

Atualmente, são muitas as formas de famílias existentes, valorizando muito mais a liberdade individual, inclusive, tendo o reconhecimento pelo ordenamento jurídico dessas estruturas familiares, a exemplo das famílias multiparentais³, monoparentais⁴, homoafetivas⁵, aparentais⁶, pluriparentais⁷, entre outras.

Não obstante todas as mudanças que a família sofreu ao longo do tempo, diante do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, que assim preceitua: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, a família continua sendo a base da sociedade, merecendo a proteção do Estado, tamanha é a importância que exerce na formação do indivíduo.

2.1 DIREITOS E DEVERES DECORRENTES DO PODER FAMILIAR

O exercício do poder familiar gera para os pais, vários direitos e deveres, cujo objetivo é proporcionar um desenvolvimento do indivíduo, de forma saudável, a partir do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

É o artigo 1.634 do Código Civil de 2002, o responsável por enumerar os deveres dos pais, no que se refere ao exercício do poder familiar.

³ Maluf e Maluf (2021, p. 466), definem as famílias multiparentais como aquelas em que: “coexistem a paternidade ou maternidade de mais de um genitor”.

⁴ Dias (2015, p. 139) assim conceitua família monoparental: “Tais entidades familiares receberam em sede doutrinária o nome de família monoparental, como forma de ressaltar a presença de somente um dos pais na titularidade do vínculo familiar”.

⁵ Lobô (2022, p. 93) conceitua a família homoafetiva: “união afetiva estável entre pessoas do mesmo sexo”.

⁶ Maluf e Maluf (2021, p. 2021) define as famílias anaparentais como: “relação familiar baseada na affectio e na convivência mútua, entre pessoas que apresentem grau de parentesco ou não”.

⁷ Lobô (2022, p. 97) entende por família pluriparental aquelas “que se constituem entre um cônjuge ou companheiro e os filhos do outro, vindos de relacionamento anterior”.

Código Civil/2002. Art. 1.634. “Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”.

Além disso, o artigo 1.584 do Código Civil evidencia que a guarda compartilhada é uma decorrência do poder familiar, sempre a preferindo em detrimento a guarda unilateral, essa última, sendo aplicada apenas em casos excepcionais, tais como a recusa por parte de um dos genitores em querer a guarda ou quando um deles não demonstrar condições de exercer essa guarda.

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

[...]

§ 2 º-Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

Para Lobô (2022, p. 82) esse princípio aduz que a criança e o adolescente

“devem ter os seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração assim como na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, especialmente nas relações familiares”.

Para Maluf (2021), a garantia de educação dos filhos constitui o principal dever que os pais possuem decorrente do poder familiar, além do zelo pela proteção e direção dos filhos, uma vez que atualmente, o poder familiar é compreendido como sendo um poder educativo de caráter social. Tanto que o não cumprimento desse dever legal, carre-

ta sanções, a exemplo dos artigos 244 a 247 do Código Penal⁸, os quais punem os delitos de abandono e intelectual dos menores.

Já em relação a guarda, é um direito e um dever tanto do pai quanto da mãe, ter a prole em sua companhia, conforme enuncia Maluf (2021). Em contrapartida, é importante deixar claro que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve sempre prevalecer, anteriormente citado, e, portanto, para definir a guarda, o juiz deve levar em consideração qual dos dois tem melhor aptidão para exercê-la, a partir da afinidade entre o genitor e a prole, além dos planos moral e educacional, segundo Maluf (2021).

É de competência dos pais também, a representação dos filhos com idade inferior a 16 (dezesseis) anos, e a assistência, quando tiverem menos de 18 (dezoito) e mais de 16 (dezesseis) anos nos atos da vida civil, conforme artigo 1.690 do Código Civil⁹. Aos genitores, incumbe ainda, o dever de cumprir e fazer cumprir todas as determinações judiciais.

Por fim, cabe aos pais, conforme o artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, proporcionar aos filhos, o crescimento em um ambiente saudável, longe de pessoas que sejam dependentes de substâncias entorpecentes, conforme aduz Maluf (2021).

2.2 A DISSOLUÇÃO CONJUGAL E O IMPACTO NA VIDA DOS FILHOS

O divórcio, instituído com a Emenda Constitucional nº 9 de 28 de junho de 1977 tem o objetivo de dissolver a sociedade conjugal para que dessa forma, seja possível aos cônjuges constituir novos vínculos.

⁸ Código Penal/1940. Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. [...] Art. 245 - Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo: Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. [...] Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa. Art. 247 - Permitir alguém que menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância: I - freqüente casa de jogo ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida; II - freqüente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza; III - resida ou trabalhe em casa de prostituição; IV - mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

⁹ Código Civil/2002. Art. 1.690. Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados. Parágrafo único. Os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e a seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária.

Em caso de divórcio consensual, os cônjuges conseguem resolver todas as questões relacionadas de uma maneira amigável, por meio de um acordo sobre todos os tópicos. Conquanto, uma situação de divórcio judicial litigioso, é mais delicada, já que se trata de um processo mais complexo, devido aos cônjuges divergirem de muitos ou todos os assuntos tratados (PEREIRA, 2021).

É indiscutível que nessa circunstância, o principal reflexo recai sobre a prole, já que é preciso decidir sobre vários pontos, no que concerne aos filhos, tais como, com quem o filho irá ficar, como ocorrerá a convivência com o outro genitor, de que forma será feita a prestação de alimentos, além de outros temas que variam de acordo com o caso.

Em um contexto repleto de emoções como é o de separação entre cônjuges, muitas vezes, alguns problemas aparecem, a exemplo da alienação parental, tema central desse artigo. Nessa situação, são comuns as brigas entre o ex-casal na presença dos filhos, causando assim, danos na vida dos filhos. Não obstante a dissolução conjugal, continua sendo obrigação dos genitores, manter a convivência com sua prole, independentemente da modalidade de guarda decidida, nos termos do artigo 1.579 do Código Civil¹⁰ que assim enuncia: “O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”.

Sendo assim, a guarda compartilhada, além de ser a responsável pela manutenção do convívio familiar que é de suma importância para a prole, também constitui uma forma de estabelecer responsabilidades de forma equitativa após o fim da relação conjugal, conforme enuncia o artigo 1.583 do Código Civil.

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. § 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.

Destarte, a separação dos pais não poderá acarretar no afastamento ou em casos mais graves, a separação entre pais e filhos, já que a proteção dos filhos continua sendo

¹⁰ Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo.

dever dos pais, mesmo em uma situação de separação conjugal, assim como a manutenção da convivência familiar (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Para Paulo Lôbo (2008, apud Maluf e Maluf, 2021, p. 617) “o princípio do melhor interesse da criança trouxe-a ao centro da tutela jurídica, prevalecendo os seus interesses sobre o dos pais em conflito”.

3 MODALIDADES DE GUARDA

O termo guarda é utilizado para exprimir a responsabilidade atribuída a uma determinada pessoa de supervisionar e zelar pela preservação, de outrem que esteja sob seus cuidados. Sendo assim, a guarda é o instituto jurídico por meio do qual o indivíduo, seja da família ou um terceiro assume a responsabilidade sobre uma pessoa que tenha menos de 18 (dezoito) anos, devendo para tanto, por meio de uma série de direitos e deveres, fornecer toda a assistência necessária, material, afetiva e moral.

Nesse sentido, Rosa (2015, p. 47 apud BARRETO, 2020, p. 12):

O termo “guarda”, entre outras aplicações, se destina a identificar o ato de vigiar e cuidar, tendo consigo alguém ou alguma coisa, a exemplo das obrigações que assume o depositário em um contrato de depósito, fato que lhe acarreta também a obrigação de cuidar e manter a coisa para ser posteriormente devolvida ao depositante. Essa situação de guarda da coisa fica bem evidente quando dela tratamos no direito obrigacional. Entretanto, quando se trata de definir a “guarda” de filhos no âmbito do direito de família, surgem dificuldades significativas, já que aqui, por óbvio, a proteção legal é direcionada a uma pessoa e não a uma coisa, envolvendo, por isso mesmo, circunstância que invocam sentimentos, emoções e paixões de todos os atores desse processo, e não o simples ato de vigiar e cuidar.

Em primeiro plano, a guarda dos filhos é um direito natural dos pais. Por outro lado, em um caso de dissolução conjugal, especialmente nas situações que envolvam litígio, é de suma importância a análise do juiz, levando-se em consideração o melhor interesse da criança ou adolescente.

3.1 GUARDA UNILATERAL

Conforme preceitua o §1º do art. 1.583 do Código Civil¹¹, a guarda unilateral é aquela “atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”.

Não obstante, apenas um dos genitores detenha a guarda do filho, o outro genitor continua tendo deveres em relação a prole, com base no que dispõe o §5º do artigo 1.583 do Código Civil, evitando-se o abandono e a violação ao direito de convivência familiar que o filho possui, diante do artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

Cabe esclarecer que o magistrado não irá definir a guarda baseada na aferição de culpa pelo fim da relação conjugal, sendo definida para aquele genitor que reúne as melhores condições para exercê-la, isto é, aquele que poderá proporcionar uma melhor educação, afeto, saúde e segurança para a prole, não sendo também, levada em consideração, tão somente a condição financeira.

Entretanto, vale frisar que esse tipo de guarda não é a regra, só podendo ser deferida pelo juiz em situações excepcionais em que a guarda compartilhada não é possível, seja porque existe uma situação de litígio muito grande que dificulta a comunicação entre os genitores ou porque um dos pais não apresenta condições mínimas de proporcionar um desenvolvimento saudável a prole.

3.2 GUARDA ALTERNADA

É a guarda atribuída a cada genitor de forma periódica. Por exemplo, nesse semestre, o infante vai para a casa da mãe, mas o pai vai visitar em dias e horários anteriormente estabelecidos. Já no próximo semestre, a criança ou o adolescente vai para casa do pai e é a mãe que passa a visitar nos dias e horários determinados.

Nesse sentido, é a visão de Barreto (2020, p.14):

A guarda alternada não deixa de ser uma forma de guarda única, pois o filho encontra-se sob a supervisão exclusiva de um dos pais, e diversificando entre eles, isto é, alternando entre o papel de pais ativos e pais visitantes. As constan-

¹¹ 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. § 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. § 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. § 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

tes mudanças de lar são o maior dano deste sistema, uma vez que dificultam a estabilização dos hábitos, princípios, padrões de vida e construção da personalidade do menor, comprometendo seu equilíbrio emocional e psíquico, acarretando prejuízos imensos à formação e construção da identidade.

Não obstante ser a modalidade frequentemente aplicada no país, não é bem aceita pela doutrina, vez que, diante da instabilidade que causa, em razão da quebra de rotina na vida do filho, não tem sido considerada como uma alternativa adequada, só devendo ser aplicada em casos excepcionais. Apesar de não ter previsão no ordenamento jurídico brasileiro, é comumente adotada, e muitas vezes, confundida com a guarda compartilhada.

3.3 GUARDA COMPARTILHADA

A partir da Lei 11.698/2008, responsável pelas modificações nos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, a guarda compartilhada passou ser expressamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, assim enunciam os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002:

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.

§ 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.

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

[...]

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

[...]

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe in-

terdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.
[...]

Atualmente, a guarda compartilhada é considerada como a regra geral, diante do artigo 1.584 do Código Civil, isto é, essa modalidade só deixará de ser aplicada em situações excepcionais, a exemplo da recusa de um dos pais a ter a guarda do filho ou quando não tem as condições necessárias para exercê-la.

Nessa esteira, acerca da guarda compartilhada, assim aborda Maria Berenice Dias (2013, p. 35 apud BARRETO, 2020, p. 14)

A referência legal é pelo compartilhamento, pois garante maior participação de ambos os pais no crescimento e desenvolvimento da prole. O novo modelo de corresponsabilidade é um avanço. Retira da guarda a ideia de posse e propicia continuidade da relação dos filhos com ambos os pais.

Nos casos em que a guarda compartilhada é exercida pelos genitores separados, surge um obstáculo à prática da alienação parental, situação que ocorre mais facilmente quando a modalidade de guarda é a unilateral.

Para Paulo Lôbo (2011, p. 200 apud BARRETO, 2020, p. 14)

A guarda compartilhada é caracterizada pela manutenção responsável e solidária dos direitos e deveres inerentes ao poder familiar, minimizando-se os efeitos da separação dos pais. Ela incita o diálogo, ainda que cada genitor tenha constituído nova vida familiar. Assim, preferencialmente, os pais permanecem com as mesmas divisões de tarefas que mantinham quando conviviam, acompanhando conjuntamente a formação e o desenvolvimento do filho.

Fundamental deixar consignado a importância do Poder Judiciário deve fazer o acompanhamento, por meio de uma equipe interprofissional, na intenção de verificar se o bem-estar da criança ou do adolescente está sendo preservado.

Imprescindível destacar ainda que o fim da relação conjugal não pode significar o fim da relação parental também, visto que os pais continuam a terem os deveres de proteger, cuidar e não violar o direito que o infante tem, no que concerne a convivência familiar, consagrado no artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

4 ALIENAÇÃO PARENTAL

4.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

A dissolução conjugal é um momento muito delicado para todos os envolvidos. Entretanto, essa é uma situação que pode ser ainda mais difícil para a prole, já que muitas separações vêm acompanhada da prática da alienação parental.

É imperioso destacar ainda que o fenômeno da alienação parental é diferente da síndrome de alienação parental, e essas diferenças serão apontadas mais à frente.

Dessa forma, a alienação parental para Madaleno e Madaleno (2014 apud Pereira, 2014, p. 68):

Trata-se de uma campanha liderada pelo genitor detentor da guarda da prole, no sentido de programar a criança para que odeie e repudie, sem justificativa, o outro genitor, transformando a sua consciência mediante diferentes estratégias, com o objetivo de obstruir, impedir ou mesmo destruir os vínculos entre o menor e o pai não guardião [...]

A alienação parental é uma prática utilizada como meio de vingança, diante de uma separação conjugal, muitas vezes, em razão de um dos genitores não aceitar o fim do casamento. Não obstante, essa é uma atitude irresponsável, tendo em vista que a saúde emocional da prole é posta em risco, afetando dessa maneira, o desenvolvimento saudável desse indivíduo.

4.2 DIFERENÇAS ENTRE A ALIENAÇÃO PARENTAL E A SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL

De antemão, é imprescindível destacar que embora, muitas pessoas acreditem que a alienação parental e a síndrome de alienação poderiam ser tratadas como sinônimos, essa informação é imprecisa, visto que, como dito anteriormente, são institutos diferentes e que serão esclarecidos a seguir.

Diante de um processo de separação, o cônjuge que é surpreendido com o pedido de divórcio, começa a se sentir abandonado e rejeitado, e dessa forma, um sentimento de querer uma vingança contra o ex-companheiro (a) começa a aflorar. Sendo assim, em uma circunstância onde o luto conjugal não é vivenciado de uma maneira adequada, inicia um processo de desmoralização contra o cônjuge posto em uma posição de culpado pelo fim da relação conjugal.

A prole então, começa a ser utilizada como um instrumento de vingança ao serem impedidos de ter a convivência com o genitor alienado, além de serem programados para odiar esse genitor sem uma justificativa aparente para isso. E é a partir da crença de que esse genitor não lhe ama, são levados a acreditarem em fatos inventados que o alienador conta.

Por outro lado, a síndrome de alienação parental resulta da alienação parental, visto que tem início a partir do momento em que os filhos começam a querer se afastar do genitor alienado, caracterizando, portanto, uma consequência da primeira.

A síndrome de alienação parental foi assim denominada pelo psiquiatra Richard Gardner, na década de 1980 para referir-se aos efeitos psicológicos advindos da alienação parental. Entretanto, importante deixar claro que é uma expressão que sofre inúmeras críticas por parte da doutrina, não encontrando previsão no CID-10¹², nem no DSM IV¹³, já que o significado de “síndrome” é distúrbio, enquanto os sintomas são, na verdade, consequência das atitudes do genitor alienador (DIAS, 2013).

Na visão de Fonseca (2007 apud LOPES, 2018, p. 26):

A síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa, terminantemente obstinadamente, a ter contato com um dos genitores e que já sofre com o rompimento de seus pais, ou seja, é uma patologia referente à criança e uma forma de abuso emocional por parte do genitor alienador. Já a alienação parental é o afastamento do filho em relação ao genitor visitante, provocado pelo titular da guarda, ou seja, relaciona-se com o processo desencadeado pelo guardião que intenta arredar o outro genitor da vida do filho.

Posto isto, a expressão adequada a ser utilizada é apenas “alienação parental” para identificar esse processo, seja ocorrendo de forma consciente ou não.

4.3 AS CONDUTAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Em um cenário permeado de manipulações para alcançar o seu intento, o alienador começa a colocar dificuldades, no que se refere ao convívio entre o filho e o genitor alienado, por meio de várias alegações, a exemplo do filho estar doente, viagens nos pe-

¹² CID-10 (Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde), sendo a décima versão do documento, tendo sido aprovada em 1994.

¹³ DSM IV é a quarta edição do Manual de Diagnóstico e Estatística, sendo um manual de classificação das doenças mentais elaborado pelos psiquiatras da Associação Norte-Americana.

ríodos destinados ao filho ficar com o genitor alienado ou que possuem outros compromissos no horário destinado a visita.

Além disso, uma outra estratégia comumente utilizada é impedir que o genitor alienado tenha acesso a informações escolares ou até mesmo de ir buscar o filho no colégio, somado a sonegação de informações referentes à saúde da criança ou do adolescente. Alguns casos, chega ao ponto de mudar de cidade, Estado ou país para que ocorra um maior distanciamento nessa relação.

Não obstante, existem situações de maior gravidade em que o genitor alienador realiza uma denúncia falsa de práticas incestuosas. O filho nessa situação é levado a acreditar que isso realmente aconteceu e passa então, a conviver com uma memória falsa que lhe foi implantada.

Diante desse cenário, o magistrado não tem outra alternativa, senão a de interromper esse convívio para que ocorra a investigação. Conquanto, uma vez que esse processo é demorado, já que é preciso realizar estudos psicossociais que demandam tempo, esse contato fica suspenso, sendo, no máximo, estabelecidas visitas assistidas no próprio fórum, causando um dano imensurável nessa relação afetiva entre genitor alienado e a prole.

Nessa circunstância, levando-se em consideração a interrupção da convivência, o genitor alienador fica se sentindo vitorioso por ter conseguido conquistar o que queria, isto é, afastar os dois, mesmo que para isso, cause um enorme sofrimento psíquico em seu filho, colocando assim, em sério risco a saúde emocional dele.

Sendo assim, para tornar mais fácil a identificação de atos de alienação parental, o artigo 2º da Lei 12.318/2010 elenca, de forma exemplificativa, formas de ocorrência desse fenômeno:

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

[...]

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

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a

criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
 VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
 VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Em um processo, cujo parecer foi realizado pelo psicólogo Evandro Luiz da Silva que atua como assistente técnico de Santa Catarina, conforme demonstra Douglas Phillips Freitas (2015, p. 27-28), é possível perceber o quão grave é esse fenômeno que precisa ser urgentemente combatido, já que é notório os danos emocionais que é capaz de provocar em uma criança ou adolescente vítima de alienação parental.

“Os sintomas que XXX [filho das partes] apresenta são de uma criança abusada psicologicamente, que visivelmente sofre a síndrome da alienação parental. O discurso da mãe é de uma mãe alienante”.

“O discurso da XXX [genitora alienante] é carregado de rancor e sem sustentação, denunciando sempre que o conflito é dela com XXX [genitor alienado], porém, coloca o filho no meio.”

“Outra característica do alienante é retardar os estudos sociais e a perícia. A perícia foi determinada, porém a XXX [genitora alienante] não depositou os honorários, e como relatou a Sra. Perita, foram alguns telefonemas, pedidos para parcelamentos etc. Após parcelar em oito vezes, a XXX [Genitora alienante] ainda não o depositou. Após o XXX [genitor alienado] solicitar a Juíza para que ele fizesse o depósito e após fazê-lo, a XXX [Genitora alienante] também o faz e em seguida pede a Perita para devolvê-lo. Decorreu cerca de seis meses da nomeação da Perita e do início das sessões.”

“Igualmente, característica do alienante é interromper a perícia, quando há a possibilidade de recuperar vínculos com pai e filho. Assim procedeu a XXX [Genitora alienante]. Após a primeira sessão do XXX [menor] com o pai, suspende a segunda sessão. O XXX [menor] está desenvolvendo a Síndrome da Alienação Parental”.

Destarte, é possível inferir que uma vez que um dos genitores não consegue aceitar o fim da relação conjugal, utiliza o filho como uma ferramenta de punir o outro cônjuge, tido como o responsável pela separação do agora ex-casal, colocando a prole em situação delicada, lhe causando graves danos emocionais, e que em algumas situações são irreversíveis, e em outras, de difícil reparação, já que não é possível recuperar o tempo perdido.

4.4 BREVE ANÁLISE DA LEI 12.318/2010

Não obstante a alienação parental ser um fenômeno antigo, esse tema foi contemplado com uma legislação apenas em 20 de agosto de 2010, e em razão da ausência de lei, as decisões eram muito variáveis, e dessa forma, acaba prejudicando, devido a insegurança jurídica.

A partir da criação dessa lei, se tornou mais fácil a identificação dos atos de alienação parental, já que o artigo 2º, um dos mais importantes dessa legislação, de forma exemplificativa, conforme já dito anteriormente, enumera condutas que caracterizam a alienação parental, possibilitando assim, alcançar o seu objetivo, qual seja, o de evitar ou pelo menos reduzir, a prática desse fenômeno, preservando e promovendo um desenvolvimento saudável dos infantes.

Nesse sentido, Gonçalves (2017, p. 298 apud LOPES, 2018, p. 23) assim observa: “a lei ora comentada tem mais um caráter educativo, no sentido de conscientizar os pais, uma vez que o Judiciário já vinha tomando providências para proteger o menor, quando detectado um caso da aludida síndrome”.

Por oportuno, o artigo 6º dessa lei, também merece destaque, uma vez que o responsável por indicar quais as condutas o magistrado poderá adotar, na intenção de cessar os atos de alienação parental ou ao menos atenuá-los:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - (revogado).

§ 1º Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

§ 2º O acompanhamento psicológico ou o biopsicossocial deve ser submetido a avaliações periódicas, com a emissão, pelo menos, de um laudo inicial, que contenha a avaliação do caso e o indicativo da metodologia a ser empregada, e de um laudo final, ao término do acompanhamento.

Conforme aduz o artigo acima, o juiz poderá, de acordo com o caso específico, cumular medidas, isto é, aplicar mais de uma ao mesmo tempo, se entender que é necessário para uma maior eficácia dessas medidas judiciais.

O inciso VII trazia a possibilidade do magistrado suspender o poder familiar. Conquanto, com a entrada em vigor da Lei 14.340/2022, ocorreu a revogação desse inciso, na intenção de abolir decisões radicais, como era o caso da suspensão do poder familiar, com o objetivo de promover uma assistência psicossocial para a família como um todo.

Conforme exposto anteriormente, a alienação parental surge, via de regra, com a dissolução conjugal, e é agravada pelas disputas que ocorrem na Justiça, especialmente, no tocante a guarda dos filhos. Destarte, é de suma importância uma análise que será feita a seguir, acerca da possibilidade da guarda compartilhada inibir a prática desse fenômeno.

5 A GUARDA COMPARTILHADA COMO MEIO DE PREVENÇÃO AO FENÔMENO DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Inicialmente, é fundamental pontuar que a guarda compartilhada é considerada como uma boa escola nos casos de separação, visto que a criança/adolescente continua mantendo o contato com os dois genitores.

Para Lobô (2017, p. 188 apud LOPES, 2018, p. 19):

a guarda compartilhada é praticada “em conjunto pelos pais separados, de modo a assegurar aos filhos a convivência e o acesso livres a ambos. Nessa modalidade, a guarda substituída pelo direito à convivência dos filhos em relação aos pais. Ainda que separados, os pais exercem em plenitude a autoridade parental”.

A guarda compartilhada encontra previsão no ordenamento jurídico pátrio desde a Lei 11.698/08, entretanto, foi apenas com a entrada em vigor da Nova Lei da Guarda Compartilhada (Lei 13.058/14) que a tornou regra, isto é, com o advento dessa última lei, a discussão acerca de qual modalidade de guarda deveria ser aplicada em casos de separações conjugais chegou ao fim, visto que a regra é a aplicação da guarda compartilhada, deixando de ser aplicada somente nos casos em que um dos genitores alegar que

não tem interesse na guarda do filho ou alguma outra situação que ponha em risco a integridade da prole.

Conquanto, nos casos em que um dos genitores aduz não ter interesse em ter a guarda do filho, é necessário que o magistrado investigue o motivo dessa recusando, devendo encaminhá-lo a um psicólogo que demonstrará a importância para a prole dessa convivência familiar, conforme dita Rosa (2015 apud SPERONI, 2015).

Isto posto, para Balog (2014 apud SPERONI, 2015), a Lei 13.058/14, isto é, a Nova Lei da Guarda Compartilhada:

vem moderar ou até mesmo extinguir a alienação parental, pois nenhum dos genitores pode privar a convivência com o outro, ou seja, ambos os genitores têm o poder sobre a sua prole, o que antes somente o genitor que era detentor da guarda tinha, fazendo com que os pais viessem a praticar a alienação parental, para ficar exclusivamente com a guarda. Todavia, como a guarda compartilhada tornou-se regra, talvez seja um caminho para diminuir a alienação parental ou até mesmo findar com este grande problema.

Em síntese, a guarda compartilhada é essencial para evitar a ocorrência da alienação parental, vez que é uma forma de proteção da criança ou do adolescente dos danos que a guarda unilateral pode provocar, já essa última pode acarretar no afastamento do genitor que não detém a guarda do filho, surgindo em muitos casos, a alienação parental, responsável por causar inúmeros danos, e portanto, prejudicando, o desenvolvimento saudável da prole, levando-se em consideração que o filho passar a sentir a falta da convivência com outro genitor que antes tinha (SPERONI, 2015).

Por fim, a guarda unilateral é a responsável por enfraquecer os laços afetivos entre o genitor que não possui a guarda da prole e o filho, dando abertura ainda, para que o outro genitor, ou seja, aquela que detém a guarda do infante, possa vir a praticar a alienação parental.

Nesse sentido, é a visão de Rosa (2014, p. 63 apud SPERONI, 2015, p. 42):

a utilização da guarda compartilhada como forma de superação das limitações da guarda unilateral, além de tantos outros benefícios, um meio de evitar a síndrome de alienação parental. Isso porque, em seu comportamento ardiloso e incessante, o alienador busca ser o único cuidador da criança, fazendo que o contato com o outro genitor seja repudiado pelo rebento sem motivo concreto.

Destarte, resta evidente que a compartilhada, em regra, é a melhor solução nos casos de separações dos pais, já que pode evitar a ocorrência da alienação parental, além de conservar os laços afetivos com ambos os pais, não sofrendo, dessa forma, com a res-

truturação familiar que ocorre após a separação dos pais, não sofrendo também, a manipulação por quem detém a guarda, conforme Rosa (2014 apud SPERONI, 2015).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo desse artigo foi o de analisar a viabilidade da aplicação da modalidade de guarda compartilhada como um meio para coibir a prática da alienação parental.

Diante do exposto, foi possível inferir que a prática da alienação parental é bem mais comum do que se imagina.

A alienação parental é responsável por violar inúmeros direitos fundamentais da criança ou do adolescente, uma vez que causa muitos danos, afetando assim, o desenvolvimento saudável do infante.

No presente artigo, foi feita uma exposição acerca da alienação parental, suas diferenças com a síndrome de alienação parental, suas formas de ocorrência e uma breve análise da Lei 12.318 (Lei de Alienação Parental)

Posteriormente, foi abordada as modalidades de guarda, expondo especialmente a guarda compartilhada. Assim, infere-se que essa modalidade, qual seja, a guarda compartilhada à luz da Lei 13.058/14 (Lei da Guarda Compartilhada) constitui o reflexo ideal no poder familiar, reforçando a necessidade e a importância o convívio de ambos os genitores com a prole, visto que aquele que não detém a guarda não perderia o vínculo parental, nem passa a ser um mero visitante, como ocorre em muitos casos em que a guarda unilateral é a realidade.

Conquanto, em muitas situações, com o fim da relação conjugal, envolvido com um sentimento de mágoa e uma vontade de vingança, inicia-se a utilização do filho como um instrumento de vingança, em que ocorre a campanha de difamação para o filho do genitor tido como culpado pelo fim da sociedade conjugal, ou seja, começa a prática da alienação parental.

Sendo assim, o objetivo do presente trabalho foi o de analisar se a concessão da guarda compartilhada para os genitores em um processo litigioso de separação conjugal é capaz de evitar a prática da alienação parental

Destarte, restou evidente a importância da concessão da guarda compartilhada, inclusive, em situações que não impera o concesso entre os genitores, vez que ainda que

a relação conjugal termine, o elo de parentalidade não pode esvair, devendo ser mantida a convivência com ambos, assim como era antes do fim da sociedade conjugal.

REFERÊNCIAS

BARCELOS, Bruna Marques. **Responsabilidade Civil do Genitor Alienante nos Casos de Alienação Parental**. 2019. 69 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2019. Disponível em: <file:///C:/Users/maria/Downloads/TCC%20-%20BRUNA%20BARCELOS-3.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

BARRETO, Karla Amannda. **GUARDA COMPARTILHADA: meio de prevenir a alienação parental**. 2020. 18 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2020. Disponível em: <file:///C:/Users/maria/OneDrive/Documentos/Artigo%20UNI/Karla%20Amannda%20PDF.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 set. 2022.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 18 set. 2022.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 20 set. 2022.

_____. Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm. Acesso em: 28 mar. 2023.

_____. Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 14 out. 2022.

_____. Lei n. 13.058/14, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm. Acesso em: 28 mar. 2023.

_____. Lei n. 14.340 de 18 de maio de 2022. Altera a Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, para modificar procedimentos relativos à alienação parental, e a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer procedimentos adicionais para a suspensão do poder familiar. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14340.htm. Acesso em: 28 mar. 2023.

DIAS, Maria Berenice. Alienação parental: um crime sem punição. In: BARBEDO, Cláudia Gay; KRISTENSEN, Christian Haag; MOLD, Cristian Fetter; BRUNO, Denise Duarte; SILVA, Denise Maria Perissini da; PEREZ, Elizio Luiz; PAULO, Fernanda Rocha; BARBOSA, Gabriella Ferrarese; PIZÁ, Graça; TRINDADE, Jorge; CEZAR, José Antônio Daltoé; DUARTE, Lenita Pacheco Lemos; Montezuma, Márcia Amaral; DUARTE, Maros; FERREIRA, Maria Helena Mariante; AZAMBUJA, Maria Regina Fay de; ALBEERTON, Mariza Silveira; BARUFFI, Melissa Telles; GUAZZELLI, Mônica; CAMINHA, Rneato M.; FURLAN, Roberta dos Santos; PEREIRA, Rodrigo da Cunha; BACCARA, Sandra; ROVINSKI, Sonia. **Incesto e alienação parental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 1-398.

FREITAS, Douglas Phillipis. Alienação parental: comentários à lei 12.318/2010. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-63378/epubcfi/6/50\[%3Bvnd.vst.idref%3Dbm2\]!/4/408/1:138\[log%2Co.\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-63378/epubcfi/6/50[%3Bvnd.vst.idref%3Dbm2]!/4/408/1:138[log%2Co.]). Acesso em: 14 out. 2022.

LOBÔ, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil: famílias**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555596281/epubcfi/6/2\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcover.xhtml\]!/4/2\[cover\]/2%4070:51](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555596281/epubcfi/6/2[%3Bvnd.vst.idref%3Dcover.xhtml]!/4/2[cover]/2%4070:51). Acesso em: 08 set. 2022.

LOPES, Ana Carolina Pontin. **A responsabilidade civil na alienação parental**. 2018. 65 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro Universitário Toledo, Araçatuba, 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/maria/Downloads/A%20RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20NA%20ALIENAC%CC%A7A%CC%83O%20PARENTAL%20%20ANA%20CAROLINA%20PONTIN%20LOPES.pdf>. Acesso em: 18 set. 2022.

MADALENO., Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Alienação parental: importância da detecção aspectos legais e processuais**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530992897/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4\]!/4/2/5:244\[pele%2Co%20a\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530992897/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4]!/4/2/5:244[pele%2Co%20a]). Acesso em: 18 out. 2022.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555598117/epubcfi/6/4\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright_3-0.xhtml\]!/4/12/8/4](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555598117/epubcfi/6/4[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright_3-0.xhtml]!/4/12/8/4). Acesso em: 21 set. 2022.

PEREIRA, Marcela Saraiva Rodrigues. **Responsabilidade civil em casos de alienação parental**. 2014. 114 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em:

file:///C:/Users/maria/Downloads/Responsabilidade%20civil%20em%20casos%20de%20alienac%CC%A7a%CC%83o%20parental-3.pdf. Acesso em: 15 set. 2022.

SPERONI, Emanuelle Loise Kolling. **A guarda compartilhada como possível solução para a alienação parental**. 2015. 55 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2015. Disponível em: file:///C:/Users/maria/OneDrive/Documentos/Artigo%20UNI/Emanuelle%20Loise%20Kolling%20Speroni.pdf. Acesso em: 28 mar. 2023.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DE UMA DAS VARAS DE FAMÍLIA DA COMARCA DE NATAL, ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE, A QUEM COUBE POR DISTRIBUIÇÃO LEGAL.

"Toda forma de amor vale amar" Maria Berenice Dias

xxxx, brasileira, casada, autônoma, portadora do RG xxxx, inscrita no CPF sob o n. xxxxx, e xxxxx, brasileira, casada, autônoma, portadora do RG n. xxxxxx, inscrita no CPF sob o xxxxxxxx, ambas residentes e domiciliadas xxxxxxxx, por seus advogados que a esta subscreve, xxxxxx, conforme **Docs 01, 02 e 03** (cf. Procuração, documentos pessoais e comprovante de residência), vem, respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com fundamento no direito constitucional à dignidade (art. 1º, III, da CF/88), à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem (art. 5º, X, da CF/88), à igualdade (art. 5º, caput, da CF/88), à identidade ou expressão de gênero sem discriminações, bem como com base no artigo 1.597 Código Civil e jurisprudência atualizada, propor a presente **AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE DUPLA MATERNIDADE E PARENTALIDADE HOMOAfetiva**, com pedido de tutela provisória de urgência (art. 294 parágrafo único c/c art. 300 do CPC), **na qualidade de representantes legais das nascituras xxxxxxxxxxxxxx**, pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

I - SÍNTESE FÁTICA

As requerentes se conheceram em 11.01.2016, começaram a namorar em 15.01 e logo passaram a viver em união estável a partir do dia 23.01.2016, com **casamento** firmado no dia 27.11.2020 (**doc. 04. Certidão de Casamento**). Firmaram, assim, uma relação de afeto pública, contínua, duradoura e cumplicidade de forma *more uxoria*, com comunhão de vidas, assistência moral e material.

Desde o início da relação (2016) sonhavam em ampliar a família, casar e ter filhos. O planejamento de esperar 5 anos para realizar o **sonho da maternidade** foi mantido e concomitantemente ao casamento começaram a planejar a filiação. Ambas acreditam que toda família independente de ser uma família hétero ou homoafetiva merece uma dádiva como essa, se assim for do desejo de ambos.

Tínhamos essa necessidade de aumentar nossa família! (xxxxxxx).

Para a realização do sonho da maternidade as requerentes enfrentaram o obstáculo financeiro, devido ao desafio para a inseminação *in vitro* heteróloga. Foram realizadas pesquisas em clínicas de inseminação e para surpresa das requerentes era um valor muito acima do orçamento familiar, além de não trazer certeza da fecundação na primeira tentativa.

Dentro deste contexto, as requerentes descobriram o método da inseminação caseira, conhecido como **IC**. São diversos grupos de doadores e tentantes que utilizam das redes sociais (Facebook e Instagram), onde esses doadores são voluntários, não cobram pela doação do semen, demonstrando ser esta prática comum no Brasil, sendo alvo de reportagens e notícias.

Destaque-se que o que leva muitos casais homoafetivos à utilização desse método é a **ausência de recursos financeiros para custear a reprodução assistida em clínicas especializadas e a invisibilidade de políticas públicas** voltadas a esse público, não existindo em todo o Brasil laboratório gratuito que realize fecundação em casal homoafetivo. Em nosso Estado, o HOSPITAL MATERNIDADE xxxxxx realiza fecundações artificiais *in vitro* gratuitamente pelo SUS, apenas em casal heteroafetivo por não dispor de banco de células germinativas (Zigoto ou Sêmen), independente da condição financeira do casal.

A gestação é um sonho de ambas de serem mães, independente da nossa orientação sexual, temos o direito à filiação. xxxxxx)

Diante de tantos relatos de sucesso de fecundação, sem despesas financeiras, as requerentes vislumbram o sonho da maternidade mais próximo, até que o doador foi encontrado. O procedimento ocorreu nos dias do período fértil da primeira requerente, onde marcamos no Aplicativo de período fértil, nos dias 25, 26 e 27 de março de 2020.

O procedimento foi um sucesso, a fecundação aconteceu e agora as requerentes estão aguardando o nascimento de xxxxxxxx. O **sonho da maternidade tornou-se realidade**, e foi iniciada a rotina de pré-natal e gestação, com

acompanhamento contínuo das duas genitoras que aguardam ansiosamente pela chegada das duas filhas gêmeas, com trabalho de parto iniciado no dia de ontem.

Com a descoberta da gestação as requerentes vivem diariamente as expectativas, sonhos e medos naturais deste período, cujos fatos restam registrados nas suas redes sociais, em especial o **INSTAGRAM**, conforme verifica-se das suas **páginas privadas**.

No caso em comento, acrescenta-se o preconceito social ainda existente com as uniões homoafetivas, somada a não existência de previsão legal quanto ao reconhecimento da filiação neste tipo de fecundação caseira (IC).

Desta feita, as requerentes procuraram no início da gestação o 8o. Ofício de Notas no bairro de Igapó e foram informadas que a dupla maternidade não poderia ser registrada quando do nascimento das filhas gêmeas.

Em ato contínuo procuraram a Defensoria Pública do RN em busca do direito da segunda requerente ~~xxxxx~~ter o direito de conseguir acompanhar sua esposa no parto enquanto mãe das menores. Neste caso, receberam resposta positiva **(docs anexos)** onde o Hospital xxxxxxxxrespondeu o ofício informando que estão autorizando acompanhantes durante todo o período do parto. Em todas as notas informavas da SESAP foi recomendada a permanência de um acompanhante junto a gestante durante o período do parto, a depender da dinâmica do serviço.

Portanto, é preciso a intervenção do Poder Judiciário para reconhecer o direito à filiação por dupla maternidade e parentalidade homoafetiva, com a inclusão da segunda requerente BEATRIZ nos registros civis das duas filhas gêmeas geradas na constância do casamento civil com a primeira requerente xxxx.

II. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL E JURÍDICA

II.1. Das novas formas de família - Família homoafetiva

*E a gente vive junto
E a gente se dá bem
Não desejamos mal a quase ninguém
E a gente vai à luta
E conhece a dor
Consideramos justa toda forma de amor
Lulu Santos*

É sabido que o **reconhecimento do afeto** como o centro das relações familiares, quer da ordem da conjugalidade, quer da ordem da parentalidade, ampliou o conceito de família. Vivemos o reconhecimento de uma **família plural**, e que deve ser considerada *“rente à realidade da vida como ela é, em que se enlaçam várias estruturas de convívio, com vários formatos, formas de existência, tanto nesses vínculos vivenciais como também os vínculos parentais”* (MARIA BERENICE DIAS).

Com relação à **conjugalidade por casais homoafetivos**, em 2011, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) reconheceu a união estável homoafetiva como entidade familiar (STF, ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011). No mesmo ano, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) autorizou a habilitação ao casamento civil (STJ, REsp 1.183.378 - RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011). Em 2013, o CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) proibiu que fosse negado acesso ao casamento, ao reconhecimento da união homoafetiva e sua conversão em casamento. (Resolução 175/2013).

Relacionado a **parentalidade**, em 2010, o STJ admitiu a adoção por casais homoafetivos (STJ, REsp 889.852-RS, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27/04/2010). Em 2013, o Conselho Federal de Medicina - CFM assegurou o uso das técnicas de reprodução assistidas aos casais homoafetivos (Resolução 2.013/2013), atualmente regulamentada pela resolução n. 2294/2021 DOU 27.05.21.

Desta feita, se as requerentes conquistaram o direito ao reconhecimento do casamento, a adotar e a ter filhos por procriação assistida, nada justifica que não possam registrar os filhos em nome de ambos, quando do nascimento, mesmo que a fecundação tenha sido realizada por métodos caseiros (IC).

Impor o uso da via judicial vem em prejuízo das nascituras, que não têm assegurado o direito à identidade, além de prejudicar outros direitos, a exemplo do previdenciários e sucessórios.

Ademais, permitir que uma das genitoras vivencie o momento do parto sem o assegurado direito de ser acompanhada por sua cônjuge e de ter suas filhas registradas com a dupla maternidade, gera uma INSEGURANÇA JURÍDICA e uma EXCLUSÃO SOCIAL que não podemos mais sustentar.

II.2. Filiação por reprodução caseira heteróloga - Direito de personalidade dos nascituros

Os **novos arranjos familiares** vem ganhando espaço na sociedade e o conceito de parentalidade, em relação afetiva ou consanguínea também. No caso em comento as requerentes formaram uma família homoafetiva, planejaram e realizaram juntas o sonho da maternidade, gerando filhos em conjunto, com a responsabilidade de criá-los.

No que se refere a **fecundação por reprodução assistida**, existem enunciados fundamentando o deferimento do registro e consequente reconhecimento da filiação diretamente no Cartório de Registro Civil, senão vejamos:

ENUNCIADO n. 12 IBDFAM – *É possível o registro de nascimento dos filhos de casais homoafetivos, havidos de reprodução assistida, diretamente no Cartório do Registro Civil.*

ENUNCIADO n. 608 (Jornada de Direito Civil) – *É possível o registro de nascimento dos filhos de pessoas do mesmo sexo originários de reprodução assistida, diretamente no Cartório do Registro Civil, sendo dispensável a propositura de ação judicial, nos termos da regulamentação da Corregedoria local. Parte da legislação: arts. 1.593 e 1.596 do Código Civil, Livro I.*

Infelizmente, apesar de tratarmos no presente caso de filiação decorrente de casal homoafetivo originária de reprodução heteróloga, o não uso de laboratórios que cobram altas somas para a realização da fertilização *in vitro* está impedindo as requerentes o direito de realizarem o registro civil de suas filhas tão logo ocorra o nascimento, e pior, está impedindo as nascituras de terem reconhecido o seu direito à filiação.

Por analogia, ao casal homoafetivo deve ser dada a mesma interpretação e tratamento dado ao casal heteroafetivo, ou seja, filhos concebidos na constância do casamento ou da união estável deverão ser reconhecidos como filhos.

Código Civil. Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

(...)

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Registre-se, mais uma vez, que, no caso em tela, as crianças foram fruto de inseminação heteróloga entre duas mulheres, realizada na constância da sociedade conjugal, com mútuo consentimento, sendo inviável submetê-las ao processo judicial de adoção da Lei 8.069/90, ante o sigilo da identidade do doador do sêmen, sendo o óvulo de um dos consortes e a gestação desenvolvida no útero do outro cônjuge.

Sobre o tema, a doutrina atual se manifesta calcada em **normas internacionais**, às quais a República Federativa do Brasil aderiu, sendo signatário de uma Convenção Internacional celebrada na Indonésia e que contou com a participação da Comissão de Direitos Humanos da ONU, quando então, foi elaborada uma **Carta de Princípio (Princípios da Yogyakarta)**, cuja principal característica será traduzir recomendações dirigidas a todas as nações.

No bojo desta **carta de princípios** exsurge o de **número 24**, segundo o qual toda pessoa tem o direito de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gêneros. É possível afirmar, pois, que, intencionalmente, já se entende algo muito simples: as famílias existem em diversas formas e nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros.

Os **princípios da Yogyakarta** recomendam aos estados estrangeiros que adotem todas as medidas legislativas, administrativas necessárias para constituir família, inclusive por acesso à adoção ou procriação assistida (incluindo inseminação de doador), sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade do gênero” Grifo Nosso. (Direito Civil. Família e Sucessões. Luciano Figueiredo e Roberto Figueiredo. Volume 14. Coleção Sinopses. Editora Jus Podivm . Edição 2014. página 64)

Neste sentido, a Dra. ACÁCIA LELIS destaca que a realização de projeto parental por meio de inseminação caseira ainda não está regulamentada. “Em razão disso, a possibilidade do reconhecimento da dupla maternidade encontra amparo no que preceitua o artigo 1.597 do Código Civil, que prevê a presunção da filiação quando a

inseminação for com o consentimento do outro cônjuge.”
<https://ibdfam.org.br/noticias/8715>)

Ademais, segundo bem expresso no **ENUNCIADO n. 7 do IBDFAM: “A posse de estado de filho pode constituir paternidade e maternidade”**. Desta feita, BEATRIZ e JUSSARA planejaram, sonharam, idealizaram a gestação de suas MARIAS, e desejam por meio desta demanda ver referida maternidade reconhecida pelo Poder Judiciário.

Defendendo o direito que ora se pleiteia, há o **Projeto de Lei 5423/20** que garante o direito de registro de dupla maternidade ou paternidade a casais homoafetivos que tiverem filhos, independentemente do estado civil, vejamos:
<https://www.camara.leg.br/noticias/732639-projeto-garante-registro-de-dupla-maternidade-ou-paternidade-a-casais-homoafetivos-com-filhos/>)

A autora da proposta, a Deputada Federal Maria do Rosário (PT-RS) lembra que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em 2011, o direito a união estável para casais do mesmo sexo, e o Superior Tribunal de Justiça já declarou a legalidade da adoção entre casais homoafetivos. “Na contramão das decisões jurídicas e da Constituição Federal, os registros públicos da Receita Federal desconhecem a possibilidade de dupla maternidade ou dupla paternidade”, enfatiza. Segundo a parlamentar, citando manifesto da Associação de Famílias Homotransafetivas, no banco de dados da Receita o nome da mãe é um campo de preenchimento obrigatório.

A existência de projeto de lei é reflexo de que o próprio Poder Legislativo já observou a omissão do nosso ordenamento jurídico, e o judiciário não pode afastar “os olhos da realidade social” afastando direito fundamental ao reconhecimento da filiação em favor das nascituras e o exercício da maternidade a mãe BEATRIZ RIBEIRO, ora requerente.

As requerentes pleiteiam o reconhecimento de uma maternidade com uma origem muito comum no Brasil, um método caseiro de fecundação através de doação de material genético masculino que tem permitido a gestação de centenas de crianças e ampliação de diversas famílias.

ENUNCIADO n. 06 IBDFAM - *Do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental.*

ENUNCIADO n. 21 IBDFAM - *O reconhecimento voluntário da parentalidade socioafetiva de pessoa que não possua parentalidade registral estabelecida poderá ser realizado diretamente no ofício de registro civil, desde que não haja demanda em curso e independentemente de homologação judicial.*

ENUNCIADO n. 33 IBDFAM - *O reconhecimento da filiação socioafetiva ou da multiparentalidade gera efeitos jurídicos sucessórios, sendo certo que o filho faz jus às heranças, assim como os genitores, de forma recíproca, bem como dos respectivos ascendentes e parentes, tanto por direito próprio como por representa.*

O primeiro caso de gestação comungada entre parceiras sexuais foi ajuizada aqui no Brasil no ano de 2009, não era um **caso de IC**, mas também houve doação de sêmem e as duas mães deram início a uma ação declaratória análoga a presente ação. (<https://ibdfam.org.br/noticias/na-midia/2920/Duas+mães+-+Casal++homoafetivo+quer+reconhecimento+da+dupla+maternidade+em+registro+civil>).

Em 2021, os tribunais em todo o Brasil têm reconhecido o registro civil dos menores com a dupla maternidade. O Juízo da 19ª Vara Cível de Aracaju, decidiu com base no "direito de ser feliz". Em sua sentença, o magistrado Paulo Henrique Vaz Fidalgo ressaltou *"não existir lei federal que rege a inseminação heteróloga, mas atos normativos do Conselho Federal de Medicina – CFM disciplinam a matéria. As mães seguiram os procedimentos adequados para esses casos, a exemplo do anonimato do doado"*. O magistrado citou que *"A doutrina, hodiernamente, ressalta que, acima de qualquer outra finalidade na constituição de uma família, está o direito de ser feliz"*.

II.3. O registro da filiação e a negativa dos cartórios

O trabalho do registrador civil impacta a sociedade ao negar o reconhecimento voluntário da ascendência das nascituras. Qualquer possibilidade de implementação de práticas discriminatórias e/ou não inclusivas devem ser afastadas.

O registro civil por duas mães que planejaram a gestação, viveram juntas na maternidade desde o primeiro dia, representa um cuidado inclusivo e não discriminatório que tem sempre sido objeto dos provimentos do Conselho Nacional de Justiça e amplamente acolhido na jurisprudência nacional atual.

O casamento não tem mais como protagonista o homem e a mulher, o sexo pode ser definido no registro civil como intersexo como a filiação tem sua origem diversificada, devendo o registro civil estar adequado a filiação mediante a inclusão da dupla maternidade no seu registro desde o nascimento. Através da presente ação busca-se afastar da família constituída por xxxxxe xxxxxxxx da invisibilidade em razão do preconceito da sociedade .

III. DA TUTELA DE URGÊNCIA

Nos termos do **art. 300 do Código de Processo Civil**, a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a **probabilidade do direito** e o **perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo**, desde que não haja perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Doutor julgador, conforme amplamente demonstrado, está presente o direito ao reconhecimento da filiação e o risco de dano irreparável, caso o não reconhecimento da filiação das nascituras seja postergado no tempo indefinidamente.

A família precisava ingressar com um processo judicial para efetivar o registro das filhas de forma que não permaneçam com uma Certidão de Nascimento incompleta e que não retrata a realidade familiar, até a definição judicial de mérito e, conseqüentemente, sem acesso a direitos fundamentais e sociais básicos, como plano de saúde, matrícula em creches, entre outros serviços públicos e privados.

Há, portanto, evidente probabilidade de direito na presente demanda, na medida em que os direitos da personalidade estão salvaguardados constitucionalmente.

A presente demanda trata de mais um caso, onde o Judiciário precisa assumir o protagonismo de assegurar a inserção de indivíduos no âmbito da tutela jurídica do Estado. Diante da omissão do legislador, assume o Judiciário a

indispensável missão de colmatar as lacunas legais com fulcro na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, diante da necessidade do reconhecimento de um direito visível.

Cabe enfatizar, por fim, que a concessão da liminar antecipando os efeitos da tutela, configura verdadeiro direito subjetivo processual, tendo a parte o direito de exigi-la, sempre que presentes os pressupostos previstos pela lei. Ou seja, sempre que presente a probabilidade de ocorrência do evento que puder prejudicar o exercício do direito de quem pede a antecipação de tutela que, em tese, viria apenas ao final, mediante a análise dos elementos trazidos e correspondente conclusão de que esses elementos superam a probabilidade de que o alegado não venha a ocorrer, a tutela é devida.

IV. DOS PEDIDOS

Diante de todo o exposto, **requer** a Vossa Excelência:

- 1o) A concessão da **tutela de urgência com a antecipação dos efeitos**, reconhecendo o direito à filiação por dupla maternidade e parentalidade homoafetiva, determinando ao Cartório de Registro Civil para fazer constar os nomes das duas requerentes no registro de nascimento das duas filhas gêmeas advindas desta união, com a inclusão da dupla maternidade das requerentes e os avós das duas linhas maternas e demais consectários jurídicos inerentes ao estado de filiação, com fulcro no princípio do melhor interesse da criança;
- 2o) O recebimento e a autuação da presente petição, juntamente com os documentos que a instruem e, após se decidir a antecipação da tutela, seja intimado o Ministério Público, para, se o desejar, apresentar parecer jurídico a presente ação;
- 3o) A **PROCEDÊNCIA DO PEDIDO**, tornando definitivos os efeitos da tutela antecipada, para declarar e reconhecer o direito à filiação por dupla maternidade e parentalidade homoafetiva, com a inclusão da segunda requerente xxxxxxxx nos registros civis das duas filhas gêmeas geradas na constância do casamento civil com a primeira requerente xxxxxx, oficiando, ainda, o Cartório de Registro Civil para fazer constar os nomes das duas

requerentes no registro de nascimento das duas filhas gêmeas advindas do casamento civil, com a inclusão da dupla maternidade das requerentes e os avós das duas linhas maternas e demais consectários jurídicos inerentes ao estado de filiação;

4o) Que seja concedido o **benefício da justiça gratuita**, tendo em vista que as requerentes não podem arcar com as custas e despesas processuais sem prejuízo próprio e de sua família.

Requer-se, ainda, o exercício do pleno direito à prova, protestando-se pela produção de todas as provas admitidas em Direito, inclusive depoimento pessoal do Requerido, oitiva de testemunhas, juntada de documentos e perícias se necessário for.

Atribui-se à causa o valor de xxxxxxxxxxxxxx

Termos em que pede deferimento.

Natal-RN, xxxxxxxxxx

Úrsula Bezerra e Silva Lira.