

**UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES,  
URI, CAMPUS DE SANTO ÂNGELO  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ANAIS  
XXII MOSTRA REGIONAL DE TRABALHOS JURÍDICOS**

**ISSN 2176-8439  
Setembro, 2023  
Santo Ângelo/RS**

Catálogo na Fonte:

M916a Mostra Regional de Trabalhos Jurídicos ( 2023 : Santo  
Ângelo, RS)  
Anais da XXII Mostra Regional de Trabalhos Jurídicos  
[recurso eletrônico] / [organização: Janete Rosa Martins,  
Luthianne Perin Ferreira Lunardi, Taciana Marconatto Damo  
Cervi]. – Santo Ângelo: EdiURI, 2023.  
299 p.

ISSN 2176-8439

1. Direito - Anais. 2. Trabalhos jurídicos. I. Martins, Janete  
Rosa (org.) II. Lunardi, Luthianne Perin Ferreira (org.). III.  
Cervi, Taciana Marconatto Damo (org). IV. Título

CDU: 340:061.3

Responsável pela catalogação: Fernanda Ribeiro Paz CRB 10/ 1720

Revisão

Débora Zimpel Gebert

Formatação

Débora Zimpel Gebert

Publicação

EdiURI– Campus de Santo Ângelo

Rua Universidade das Missões, 464 – CEP 98.802-470

Santo Ângelo – RS – Brasil – Fone: 55-3313-7900

**Anais  
XXII Mostra Regional de Trabalhos Jurídicos**

**Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI  
Campus de Santo Ângelo-RS  
Pró-Reitoria de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação  
Departamento de Ciências Sociais Aplicadas  
Curso de Direito**

**Reitor  
Arnaldo Nogaro  
Pró-Reitor de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação  
Marcelo Paulo Stracke  
Pró-Reitora de Ensino  
Edite Maria Sudbrack  
Pró-Reitor de Administração  
Ezequiel Plinio Albarello  
URI – Campus de Santo Ângelo  
Diretora Geral  
Berenice Wbatuba  
Diretor Administrativo  
Gilberto Pacheco  
Diretor Acadêmico  
Carlos Lemos  
Coordenador Acadêmico do PPGDireito – Mestrado e Doutorado  
João Martins Bertaso  
Coordenador Executivo do PPGDireito – Mestrado e Doutorado  
Jacson Roberto Cervi  
Coordenadora do Curso de Direito  
Janete Rosa Martins  
Organizadores/as  
Janete Rosa Martins  
Luthianne Perin Ferreira Lunardi  
Taciana Marconatto Damo Cervi**

**UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES –  
CAMPUS  
SANTO ÂNGELO**

**EdiURI**

**Comitê Executivo  
Neusa Maria John Scheid**

**Conselho Editorial**

**Adalberto Narciso Hommerding – URI – RS  
Antônio Carlos Wolkmer – UFSC – SC  
Felipe Chiarello de Souza Pinto – UPMackenzie – SP  
Gisele Citadino – PUC – RJ  
João Carlos Krause – URI – RS  
João Martins Bertaso – URI – RS  
José Alcebiades de Oliveira Júnior – UFRGS – RS  
José Russo – UFAM – AM  
Leonel Severo Rocha – UNISINOS – RS  
Leopoldo Bartolomeu – UnaM - AR  
Manuel Atienza – Universidade de Alicante – ESP  
Marta Biagi – UBA – AR  
Raymundo Juliano Rego Contri – URI – RS  
Vicente de Paulo Barreto – UERJ – RJ  
Vilmar Antônio Boff – Uri – RS  
Vladimir Oliveira da Silveira – PUC – SP**

**Editora da Fundação Universidade Regional Integrada  
do Alto Uruguai e das Missões**

**EdiURI**

**Av. Universidade das Missões, 464 - Santo Ângelo/Rio Grande do Sul  
CEP: 98.802-470 – Tel.: 55 (55) 3313.7900 - [www.santoangelo.uri.br](http://www.santoangelo.uri.br)SUMÁRIO**

## **ANAIS DA XXII MOSTRA REGIONAL DE TRABALHOS JURÍDICOS**

## **BANCAS EXAMINADORAS**

### **GT 1: DIREITO, RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA. GT 1: DIREITO, RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA.**

Membros da banca: Prof. Dra. Luthianne Perin Ferreira Lunardi e Prof. Me. e Doutoranda Luziana Colombo Lunardi

#### **Luziana Colombo Lunardi**

Doutoranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo. Bolsista Capes. Mestre em Direitos Especiais pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo. Pós Graduada em Direito Imobiliário, Contratos e Responsabilidade Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC). Pós Graduada em Direito Previdenciário (IMED).

#### **Luthianne Perin Ferreira Lunardi:**

Doutora em Direito pela Universidade Regional Integrado do Alto Uruguai e das Missões - URI, Campus de Santo Ângelo/RS. Mestre em Desenvolvimento - área de pesquisa: Direito, Cidadania e Desenvolvimento, pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (2007). Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (2002), Advogada.

### **GT 2: AGENDA ESG E SUSTENTABILIDADE**

Membros da banca: Prof. Me. Luana Maíra Moura de Almeida e Prof. Me. e Doutoranda Thais Oliveira Maciel

**Luana Maíra Moura de Almeida** Graduada em Direito pelo Centro Universitário Metodista - IPA (2007). Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Santo Ângelo; Área de concentração: Direitos Especiais; Linha de Pesquisa: Cidadania e Formas Alternativas de Solução de Conflitos. Advogada (2012). Professora da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, campus Santo Ângelo/RS, desde 2012. Coordenadora do Projeto de Extensão de fluxo contínuo intitulado "ECODIGNIDADE: A dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana".

#### **Prof. Me. E Doutoranda Thais Oliveira Maciel**

Doutoranda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, campus Santo Ângelo. Mestre em Direitos Especiais, pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, campus Santo Ângelo. Pós-graduada em Filosofia na Contemporaneidade pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, campus Santo Ângelo. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professora do Curso de Direito na Universidade Regional Integrada das Missões - URI, São Luiz Gonzaga.

### **GT3: INTERNET, DIREITO FUNDAMENTAIS**

Membros da banca: Prof. Dra. Thami Covatti Piaia e Prof. Me. e Doutoranda Joici Antônia Zieger

**Thami Covatti Piaia** Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS (2013). Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI - campus de Santo Ângelo/RS. Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI - campus de Frederico Westphalen/RS. Professora na Graduação e no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI - campus de Santo Ângelo/RS. Pesquisadora na FADISP. Possui inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil.

#### **Doutoranda Joici Antônia Zieger**

Possui graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (2007); Mestre e Doutoranda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (2017); Especialista em Direito Processual Civil pela UNISUL - Universidade do Sul de Santa Catarina. Possui experiência no Direito, com ênfase no Direito Civil, atuando como advogada. Na área acadêmica desenvolve pesquisa no tocante à Democracia

### **GT4: DIREITO, MULHERES E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Membros da banca: Prof. Dra. Charlise Paula Colet Gimenez e Prof. Me. e Doutoranda Ellara Valentini Wittckind

**Prof. Dra. Charlise Paula Colet Gimenez:** Pós-Doutora em Direito pela UNIRITTER. Doutora em Direito e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul UNISC. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Advogada.

**Ellara Valentini Wittckind** Professora Universitária, Advogada trabalhista autônoma, Doutoranda em Direitos Especiais na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, de Santo Ângelo-RS, Bolsista PROSUC/URI/TAXA, Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos, de São Leopoldo-RS, sob a linha de pesquisa Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, de Santo Ângelo-RS e graduada em Direito pela mesma Universidade. Advogada na área trabalhista desde 2008.

### **GT5: DIREITOS CULTURAIS E IDENTIDADE NA PÓS-MODERNIDADE**

Membros da banca: Prof. Dra. Rosângela Angelin e Prof. Me. Alana Taise Sartori

**Rosângela Angelin:** Pós-Doutora nas Faculdades EST (São Leopoldo). Doutora em Direito pela Universidade de Osnabrueck (Alemanha). Docente do Programa de Pós-Graduação stricto sensu, Doutorado e Mestrado em Direito e da Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo-RS. Integrante do Núcleo de Pesquisa de Gênero da Faculdades EST.

Integra a Marcha Mundial de Mulheres. Colaboradora em Projetos Sociais junto a Associação Regional de Desenvolvimento, Educação e Pesquisa (AREDE).

**Alana Taise Sartori:** Mestranda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - campus Santo Ângelo. Bacharela em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - campus Santo Ângelo; conceito 5 no MEC. Pesquisadora voluntária e integrante do Grupo de Pesquisa "Novos Direitos em Sociedades Complexas", vinculado ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu - Mestrado e Doutorado em Direito da URI, Campus Santo Ângelo/RS. Aprovada no XXXI Exame da Ordem dos Advogados do Brasil.

## Sumário

<b>GT 1: DIREITO, RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA.....</b>	<b>14</b>
FORO DE PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E O DESMEMBRAMENTO PROCESSUAL .....	<b>15</b>
Marlos Henrique Lunardi .....	15
Luan Giuliano Ribas .....	15
Orientador: Prof. Dr. Osmar Veronese.....	15
A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA – DIREITO À INFORMAÇÃO E O JORNALISMO CRIMINAL .....	<b>19</b>
Diego Marafiga Cordeiro .....	19
A APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO FORMA ADEQUADA DE TRATAMENTO AOS CONFLITOS .....	<b>23</b>
Jaime Roberto Amaral dos Santos.....	23
José Alcebiades de Oliveira Junior .....	23
O DIREITO À SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL: UMA ANÁLISE DA TENSÃO ENTRE OS DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	<b>29</b>
Isadora Sorteia da Ponte.....	29
Orientador: Noli Bernardo Hahn.....	29
ATIVISMO JUDICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: IMPLICAÇÕES NOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DAS MINORIAS NO CONTEXTO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA.....	<b>34</b>
José Renan Corrêa Petri.....	34
O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A GARANTIA DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	<b>55</b>
Ariane Langner Antonioli .....	55
Michelle A. Pasturiza Garcia Cerejo.....	55
CONDENAÇÃO CRIMINAL INSTANTÂNEA: DA TERATOLOGIA JURÍDICA À OPÇÃO BENÉFICA AO RÉU PRESO PREVENTIVAMENTE.....	<b>60</b>
Bruno Pugialli Cerejo.....	60
Michelle A. Pasturiza Garcia Cerejo <sup>2</sup> .....	60
CONDENAÇÃO CRIMINAL INSTANTÂNEA: DA TERATOLOGIA JURÍDICA À OPÇÃO BENÉFICA AO RÉU PRESO PREVENTIVAMENTE.....	<b>65</b>
Bruno Pugialli Cerejo.....	65
Michelle A. Pasturiza Garcia Cerejo.....	65
PRESSUPOSTOS DA METATEORIA DO DIREITO FRATERNAL PARA UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO DIREITO .....	<b>70</b>
Luziana Colombo Lunardi .....	70
Charlise Paula Colet Gimenez .....	70
<b>GT 2: AGENDA ESG E SUSTENTABILIDADE.....</b>	<b>74</b>
O BIOTERRORISMO ENQUANTO TECNOLOGIA DE PODER NO CONTEXTO DA SAÚDE PÚBLICA: A FRATERNIDADE COMO DISPOSITIVO DE COMBATE ÀS LÓGICAS BIOTERRORISTAS .....	<b>75</b>
Gabrielle Scola Dutra .....	75
Mariana Chini .....	75
A PRÁTICA DA SUSTENTABILIDADE COMO PILAR PARA A RESSOCIALIZAÇÃO .....	<b>80</b>

Débora Pedroso.....	80
Denise Peres dos Santos Mousquer .....	80
José Francisco Dias da Costa Lyra .....	80
<b>ANÁLISE DO USO DO <i>IN DUBIO PRO SOCIETATE</i> COMO FUNDAMENTO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA NO RITO DO TRIBUNAL DO JÚRI, SEGUNDO A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....</b>	<b>86</b>
Felipe Galhardo Barbosa Silva .....	86
Bruno Pugialli Cerejo .....	86
<b>A CONTRIBUIÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE .....</b>	<b>92</b>
Lília de Sousa Nogueira Andrade.....	92
<b>A EVOLUÇÃO DO DIREITO À MATERNIDADE: UM COMPARATIVO AO DIREITO ALEMÃO .....</b>	<b>95</b>
Letícia Lenz .....	95
Rômulo da Silva Menezes.....	95
<b>DANO EXTRAPATRIMONIAL NO DIREITO DO TRABALHO: ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 223-G DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO, A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017 .....</b>	<b>104</b>
Náthaly Fernanda Weber Lima.....	104
Maira Angélica Dal Conte Tonial .....	104
<b>A RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO INSTITUTO GARANTIDOR DA PROTEÇÃO À EMPRESA E AO TRABALHADOR .....</b>	<b>109</b>
Nadini Casali Bandeira .....	109
Etiane da Silva Barbi Köhler .....	109
<b>A RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO INSTITUTO GARANTIDOR DA PROTEÇÃO À EMPRESA E AO TRABALHADOR .....</b>	<b>114</b>
Nadini Casali Bandeira .....	114
Etiane da Silva Barbi Köhler .....	114
<b>A SENTENÇA PROFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA QUANDO SE TRATA DE DECLARAÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO - DISPOSIÇÕES ACERA DO POSICIONAMENTO PREDOMINANTE NOS TRIBUNAIS.....</b>	<b>119</b>
Valquíria Moro de Souza .....	119
Janete Rosa Martins .....	119
<b>A FAMÍLIA EXTENSA OU AMPLIADA, A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: REFLEXOS E DIREITOS NA SOCIEDADE .....</b>	<b>125</b>
Miriane Drabik.....	125
Orientadora: Luana Maíra Moura de Almeida .....	125
<b>GT3: INTERNET, DIREITO FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>130</b>
<b>O EFEITO DA MÍDIA PERANTE AS DECISÕES JUDICIAIS.....</b>	<b>131</b>
Alice Balin Santos.....	131
Juliana Luiza Schallenberger .....	131
Orientadora: Taciana Marconatto Damo .....	131
<b>UMA ANÁLISE CIENTÍFICA DO ATO ADMINISTRATIVO DA .....</b>	<b>135</b>
<b>EXONERAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS .....</b>	<b>135</b>
Rafael Kasteler Bortolazzi .....	135
Janete Rosa Martins.....	135

OS DESAFIOS JURÍDICOS NO USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA PREVENÇÃO E MITIGAÇÃO DE DESASTRES: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS NORMAS E REGULAMENTAÇÕES EXISTENTES.....	<b>140</b>
Francisca Cecília de Carvalho Moura Fé .....	140
Juliana Lopes Scariot .....	140
Délton Winter de Carvalho .....	140
A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A DECISÃO JUDICIAL: O IMPACTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS SOBRE O ATO DE JULGAR .....	<b>146</b>
Ariane Langner Antonioli .....	146
Felipe Galhardo Barbosa Silva.....	146
DESAFIOS DA ERA PÓS-VERDADE: FAKE NEWS E SUA NOCIVIDADE PARA A AUTONOMIA PESSOAL DEMOCRÁTICA .....	<b>151</b>
Eliel Rocha Dorneles.....	151
Guilherme de Souza Wesz.....	151
CONFLITOS E POSSÍVEIS TRATAMENTOS NO VIÉS DA MEDIAÇÃO .....	<b>156</b>
Guilherme de Souza Wesz.....	156
Laurence Viana Bialy .....	156
PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO ORIENTADOR E PROMOTOR DE CONDUTAS ÉTICAS NAS REDES SOCIAIS: REFLEXÕES A PARTIR DO PROJETO DE LEI Nº 2.630 DE 2020 .....	<b>161</b>
Alexia Giordana Backes Ziemniczak.....	161
Liandra Tailane da Silva Lower .....	161
Orientadora: Luana Maíra Moura de Almeida.....	161
O FUTURO É AGORA: O IMPACTO DAS INTELIGÊNCIAS ARTIFICIAIS E A SUA REGULAÇÃO JURÍDICA ATRAVÉS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	<b>165</b>
Marco Antonio Compassi Brun.....	165
Tamara Cossetim Cichorski .....	165
A TUTELA DOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS FRENTE A CRESCENTE CONSTITUIÇÃO DE AVATARES VIRTUAIS.....	<b>171</b>
Estela Bernardi Scarparo .....	171
A IMPORTÂNCIA DA HUMANIZAÇÃO DO CONFLITO POR INTERMÉDIO DA MEDIAÇÃO PARA WARAT .....	<b>176</b>
Laurence Viana Bialy .....	176
Eliel da Rocha Dorneles.....	176
<b>GT4: DIREITO, MULHERES E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....</b>	<b>182</b>
A FALTA DE RECONHECIMENTO JURÍDICO E SOCIAL DA FAMÍLIA PARALELA/SIMULTÂNEA COMO ENTIDADE FAMILIAR: REFLEXOS DA CONCEPÇÃO MONOGÂMICA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS BRASILEIRO .....	<b>183</b>
Tháise Oliveira de Souza .....	183
Luana Maíra Moura de Almeida .....	183
FAMÍLIA EUDEMONISTA: UMA NOÇÃO À SERVIÇO DA DIGNIDADE HUMANA .....	<b>189</b>
Giovana Panzenhagen.....	189
Luana Maíra Moura de Almeida .....	189
A EXCEPCIONALIDADE DA FAMÍLIA SUBSTITUTIVA A PARTIR DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE .....	<b>194</b>
Isadora Freitas Grandó .....	194

Orientadora: Luana Maíra Moura de Almeida .....	194
<b>FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS: A NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO PARA ALÉM DA JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO .....</b>	<b>199</b>
Susielli Kétrin Tofolo .....	199
Orientadora: Luana Maíra Moura de Almeida .....	199
<b>ANÁLISE JURÍDICA DO DIREITO DE FAMÍLIA NO SÉCULO XIX NAS OBRAS MADAME BOVARY E DOM CASMURRO.....</b>	<b>205</b>
Amanda Bischoff.....	205
Orientadora: Luana Maíra Moura de Almeida .....	205
<b>DO NOVO CONCEITO DE “FAMÍLIA”: A MONOPARENTALIDADE E SEUS DESAFIOS.....</b>	<b>210</b>
Luíse Pazini de Albuquerque.....	210
Orientadora: Luana Maíra Moura de Almeida .....	210
<b>A “MÃE PRETA” QUE NÃO PODIA SER A MÃE: A HISTORICIDADE DA (NEGAÇÃO À) MATERNÂNCIA DE MULHERES ESCRAVIZADAS NO BRASIL .....</b>	<b>215</b>
Camilly Laís Lütkemeyer .....	215
Gabriela Felden Scheuermann.....	215
<b>DIREITO, SAÚDE E MIGRAÇÕES FEMININAS: A IMPORTÂNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS. 219</b>	<b>219</b>
Bianca Ávila Dickel .....	219
Janaína Machado Sturza.....	219
<b>O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE ENQUANTO NORMA JURÍDICA E AS (IM)POSSIBILIDADES DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO NO ÂMBITO DA PARENTALIDADE .....</b>	<b>223</b>
Eduarda Zago .....	223
Isadora Fantinel .....	223
Orientadora: Luana Maíra Moura de Almeida .....	223
<b>IMPORTÂNCIA DAS REDES DE PROTEÇÃO ÀS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR .....</b>	<b>228</b>
Michele Fogaça da Silva.....	228
Orientadora: Profa. Dra. Rosângela Angelin .....	228
<b>SEXUALIDADE E PUNIÇÃO: FOGUEIRA, CONFINAMENTO E ENCARCERAMENTO FEMININO .....</b>	<b>233</b>
Paloma Silveira Pique Dourador .....	233

## **GT5: DIREITOS CULTURAIS E IDENTIDADE NA PÓS-MODERNIDADE .....**

<b>O CONFLITO ENTRE O DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA E O DIREITO À SAÚDE NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19 .....</b>	<b>237</b>
Vitória Maria Viana França .....	237
Juliana Franck Brandão.....	237
<b>POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO À SAÚDE: UMA ANÁLISE DA EXCLUSÃO DE CORPOS A PARTIR DO PENSAMENTO DESCOLONIAL .....</b>	<b>243</b>
Cláudia Marília França Lima Marques.....	243
Janaína Machado Sturza.....	243
<b>POBREZA ALÉM DA RENDA: ANÁLISE DA ABORDAGEM DE CAPACIDADES DE AMARTYA SEN E SUAS IMPLICAÇÕES SOCIAIS.....</b>	<b>248</b>
Priscila S. Biandaro .....	248

A IDENTIDADE DA PESSOA MIGRANTE: COMO PESSOAS NÃO BRASILEIRAS PODEM DISPOR DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS, EM ESPECIAL, DO ACESSO AO SERVIÇO DO SUS? .....	<b>252</b>
Bruna Kronberg de Almeida .....	252
Maria Luiza Zimmermann.....	252
Janaína Machado Sturza .....	252
O IMPACTO DOS FLUXOS MIGRATÓRIOS NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO ACESSO À SAÚDE .....	<b>257</b>
Maria Luiza Zimmermann.....	257
Bruna Kronberg de Almeida .....	257
Janaína Machado Sturza .....	257
LGBTQIA+ NO BRASIL E A OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO FRENTE AO RECONHECIMENTO JURÍDICO E SOCIAL.....	<b>261</b>
Varlei Machado da Rosa .....	261
Rosângela Angelin .....	261
Daiane Specht Lemos da Silva .....	266
Osmar Veronese .....	266
SISTEMA DE MERENDA ESCOLAR: A INIQUIDADE GERADA PELA VOZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E REPASSE INSUFICIENTE DE VERBA POR PARTE DO ESTADO .....	<b>270</b>
Mylena Fernanda Ferreira Gonçalves.....	270
Orientadora: Prof. <sup>a</sup> . Gabriela Felden Scheuermann .....	270
A INFLUÊNCIA DOS ESTEREÓTIPOS DE GÊNERO NO ACESSO À JUSTIÇA: ANÁLISE DO CASO MÁRCIA BARBOSA DE SOUZA .....	<b>275</b>
Kíria De Almeida Miranda .....	275
Odenir Augusto De Oliveira.....	275
Ana Beatriz Carvalho Reis .....	275
INSEGURANÇA ALIMENTAR SOB O OLHAR DA INTERSECCIONALIDADE: FOME E POBREZA TÊM COR E GÊNERO? .....	<b>278</b>
Alice Scheeren Kuhn.....	278
Gabriela Felden Scheuermann .....	278
A POSSIBILIDADE DE FORMALIZAÇÃO DE UNIÕES POLIAFETIVAS: EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA .....	<b>283</b>
Henrique Wendt Staudt .....	283
Orientadora: Luana Maíra Moura de Almeida.....	283

## **GT 1: DIREITO, RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA**

## **FORO DE PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E O DESMEMBRAMENTO PROCESSUAL**

*Marlos Henrique Lunardi*

*Luan Giuliano Ribas*

*Orientador: Prof. Dr. Osmar Veronese*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O foro de prerrogativa função tem sido objeto de muitas críticas, sobretudo quando relacionado aos políticos detentores. Todavia, a prerrogativa de função não é destinada única e exclusivamente aos detentores de mandatos políticos, constituindo-se em garantia constitucional de outras autoridades específicas, tais como integrantes dos Tribunais de Contas, Juízes e Membros do Ministério Público.

A prerrogativa de julgamento em determinado foro é destinada a essas autoridades devido ao cargo que exercem, prevalecendo, hodiernamente, por recorte jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, em relação aos políticos, no caso de a conduta ser praticada durante o mandato e em razão dele.

O plano do presente resumo é, primeiro, discorrer sobre o que é prerrogativa de foro, atentando principalmente para a destinação desse foro aos deputados federais e senadores, para, em seguida, examinar os possíveis conflitos entre os réus possuidores da prerrogativa de função e os não possuidores que, porventura, tenham praticado a crimes dolosos contra a vida em conjugação de esforços, e a possibilidade ou não do desmembramento processual.

### **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

O foro por prerrogativa de função é instituto previsto na Constituição Federal, pelo qual se confere a determinados Tribunais da estrutura judiciária brasileira competência originária para processar e julgar criminalmente autoridades que ocupam cargos específicos. No que diz respeito aos políticos possuidores, estes serão detentores da prerrogativa de função quando praticarem a conduta delituosa durante o mandato e em razão do cargo ocupado. Destaca-se também que, ao término do mandato, se a fase de instrução não estiver concluída, o processo volta a tramitar em primeira instância.

Embora o instituto seja considerado, por parte da população, uma forma de impunidade ou privilégio, deve-se frisar que as finalidades para as quais o foro por prerrogativa de função existe são distintas, ou seja, visa proteger as autoridades investidas de perseguições arbitrárias, de processos infundados e até de possíveis prisões temerárias.

Outro aspecto sustentado doutrinariamente, é que no fundo a prerrogativa concretiza o princípio da igualdade material, dispensando tratamento diferenciado aos que ocupam posições diferenciadas na estruturação do poder. Em vista disso, embora o princípio da igualdade formal seja positivado na Constituição Federal, sua adoção é insuficiente para atenuar situações adversas, pois desconsidera as peculiaridades dos indivíduos e de suas funções, agravando desigualdades. Assim, a igualdade material, a qual se define pelo tratamento distinto aos indivíduos que se encontram em uma situação diferente, vem prevalecendo em muitos casos como caminho para a resolução de situação adversas. Seguindo este raciocínio, os deputados federais e

senadores estão inseridos em condição de desigualdade, não pelas pessoas que são ou pelas condutas que cometerem, mas pelo que representa o cargo em que estão investidos.

Além disso, o foro por prerrogativa de função objetiva a conservação da imparcialidade processual, em especial quanto está em julgamento uma autoridade de hierarquia institucional superior àquela que conduz o processo:

É de se questionar se resultaria em credibilidade ou em descrédito à justiça criminal a sentença penal prolatada por um juiz de primeiro grau que estivesse a apreciar seu desembargador que integra seu tribunal há de ser considerado culpado ou não. Dessa forma, assim como é duvidosa a imparcialidade judicial diante do caso de um juiz julgador o seu desembargador, esta imparcialidade duvidosa também poderia ocorrer nos casos envolvendo os políticos (BENEDITO GONÇALVES, 2018, APn878).

Portanto, é razoável que, em casos similares ao narrado, a imparcialidade no julgamento se harmoniza com o foro por prerrogativa de função.

Uma questão processual importante, envolvendo a prática de crimes em coautoria, é a cisão processual. Em que pese nem sempre prevaleceu esse entendimento, como foi o caso do “mensalão”, a tendência majoritária da doutrina pátria é determinar o desmembramento processual, mantendo o foro de prerrogativa somente para os que expressamente a possuem. Explicando melhor, a cisão processual ocorre quando o juiz ou tribunal, por estar diante de réus possuidores e não possuidores da prerrogativa de função, por análise de conveniência e oportunidade, a fim de obter maior celeridade processual, entende que réus devem ser julgados diante de tribunais distintos, aplicando o previsto no artigo 80, do Diploma Processual Penal pátrio:

Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem disso praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugares diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação (Código de Processo Penal, 1941).

Embora o teor da súmula nº 704, do Supremo Tribunal Federal, editada no ano de 2003, indicar que “não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal, a atração, por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”, na prática, quando se está diante de litisconsórcio passivo, há uma tendência pelo desmembramento processual (ex. Inq. n. 1693, MT, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 08/08/2001).

Assim, o entendimento sedimentado dos Tribunais Superiores indica que se deve proceder, de regra, ao **desmembramento** dos inquéritos e ações penais originárias no tocante a coinvestigados ou a corréus não **detentores de foro** por prerrogativa de função, admitindo-se, apenas excepcionalmente, a atração da competência originária quando se verifique que a separação seja apta a causar prejuízo relevante, aferível em cada caso concreto.

Tomando um exemplo (nem tão) hipotético, caso os autores cometessem um crime doloso contra a vida, em litisconsórcio passivo, como seria o julgamento? Supondo que a autoridade com prerrogativa é um deputado federal, e o fato tem relação com a função, incide o art. 53, §1º, da Constituição Federal, que prevê aos deputados e senadores, desde a expedição do diploma, o julgamento perante o

Supremo Tribunal Federal.

Contudo, o mesmo diploma constitucional prevê que o agente causador de crime doloso contra a vida deverá ser julgado pelo tribunal o júri (art. 5º, XXXVIII, CRFB). No caso do deputado, prevalece o julgamento perante o tribunal superior. Contudo, quanto aos demais réus, pelo fato de os julgamentos serem em foros distintos, podem verter sentenças distintas.

Entre os réus não detentores da prerrogativa não há conflito constitucional, como no caso do deputado federal, visto que aqueles não são possuidores da prerrogativa de função, não estando investidos nos cargos abrangidos pelo foro. Aliado a isso, se hipoteticamente fosse atribuída a prerrogativa de foro para esses réus, o foro deixaria de ser uma prerrogativa destinada às autoridades específicas e se tornaria um privilégio destinado aos querelados, não pelo cargo em que estão em inseridos, mas pela coautoria criminosa.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, pode-se afirmar que a prerrogativa de foro é um instituto historicamente inserido no modelo constitucional democrático, não ferindo o princípio da igualdade, na medida em que prevê julgamento em foro diferente dos que exercem funções diferentes. Ademais, o julgamento dos querelados (com prerrogativa e sem prerrogativa) deve ser realizado tribunais separados, pois essa é a melhor leitura da Constituição e das leis processuais pátrias, sem prejuízo de pensar, em caso de decisões contraditórias, de provocar os tribunais para, em caso de absolvição baseada em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, estendam a decisão benéfica a todos.

## REFERÊNCIAS:

CUNHA, ROGÉRIO SANCHEZ. STF: Prerrogativa de foro de deputados e senadores. **Dispõe sobre as limitações do foro de prerrogativa de função aos parlamentares.** Disponível em:

<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/05/03/stf-prerrogativa-de-foro-de-deputados-e-senadores-se-restringe-crimes-cometidos-no-exercicio-cargo-e-em-razao-dele/>

CÂMARA LEGISLATIVA. Entenda o que é e o que pode vir a mudar. **Dispõe sobre as definições do foro de prerrogativa de função e a atualização conceitual deste.**

Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/entenda-foro-privilegiado-e-veja-o-que-pode-mudar/index.html>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Jurisprudências e sumulas vinculantes. **Dispõe sobre as decisões reiterados dos tribunais superiores sobre o tema e a traz também a situação fática.**

Disponível em:

[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=foro%20%20desmembramento%20processual%20litisconsorcio%20&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=foro%20%20desmembramento%20processual%20litisconsorcio%20&sort=_score&sortBy=desc)

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra.  
**Comentários à Constituição do Brasil.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

DE SOUZA NUCCI, Guilherme.  
**Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 13.ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, igualdade material e formal. **Dispõe sobre o conceito desses princípios e informações doutrinárias.**

**Disponível em:**

<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/05/f7ad672182c2c958f3e16442ed1365af.pdf>

NOGUEIRA FECURY, RAFAEL.

**Foro por Prerrogativa de Função no Processo Penal.** 1. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2020.

JUS BRASIL. Desmembramento processual penal.

**Dispõe sobre as situações de desmembramento processual em relação ao rito ordinário de julgamento.**

<https://www.jusbrasil.com.br/noticias/menor-e-melhor-o-desmembramento-de-processos-como-ferramenta-de-agilizacao-dos-julgamentos/2789381>

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Desmembramento processual penal em relação a ação envolvendo governador.

**Dispõe também sobre o desmembramento processual, porém nesse caso a autoridade é diferente.**

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/20082021-Corte-Especial-mantem-desmembramento-de-acao-penal-que-envolve-governador-de-Mato-Grosso-do-Sul.aspx>

## A LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA – DIREITO À INFORMAÇÃO E O JORNALISMO CRIMINAL<sup>1</sup>

Diego Marafiga Cordeiro<sup>2</sup>

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em uma sociedade e Estado baseados na noção da democracia, o direito à informação é considerado imprescindível, tendo seu respaldo no direito à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, sem qualquer censura ou licença, conforme garantidos Constitucionalmente.

Sendo assim, a informação jornalística com foco na seara policial se demonstra de suma importância para noticiar os fatos criminosos que abalam a sociedade. Porém, a grande preocupação começa a aparecer quando essa notícia do fato criminoso começa a ser veiculada de maneira maculosa, com um discurso midiático que tem como intenção a propagação de medo e pânico na sociedade.

Este trabalho foi elaborado através de levantamentos bibliográficos, pesquisa em periódicos impressos e eletrônicos, buscando elucidar o tema proposto.

### ANÁLISE E DISCUSSÃO

A liberdade de expressão constitui direito especialmente fundamental, expresso na Constituição, sendo sua garantia essencial para a dignidade do indivíduo e para a estrutura democrática do Estado, pois não há vida sem que o sujeito possa expressar seus desejos e convicções. Assim, uma vida digna pressupõe a liberdade de escolhas existenciais que são concomitantemente vividas e expressas.

A liberdade de imprensa surge como um componente inseparável da liberdade de expressão, visto que esta última, enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento e de comunicação reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, o direito de informar, o direito de buscar a informação, o direito de opinar e o direito de criticar.

Em observância à democracia, a liberdade de expressão é direito fundamental imprescindível em que aqueles que desejem manifestar-se na esfera pública tenham como fazê-lo e não sejam reprimidos por isso, garantindo voz aos cidadãos na manifestação de suas várias correntes políticas e ideológicas. Essa liberdade, está garantida Constitucionalmente no artigo 5º, incisos IV e XIV:

Art. 5º: (...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; (...)

---

1 Pesquisa desenvolvida junto ao Curso de Mestrado (URI).

2 Mestrando em Direitos Especiais pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo. Pós Graduado em Direito Previdenciário e Direito Trabalhista pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo (IESA). Pós Graduado em Ciências Criminais pela Faculdade e Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Graduado em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo.

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; (...) (BRASIL, 1988, s.p.).

A sociedade acaba por se relacionar diretamente com a liberdade de expressão por meio dos canais de comunicação. Sem dúvidas, a imprensa se tornou um instrumento de divulgação de informações que contribuiu de forma decisiva para a globalização e o compartilhamento de conhecimento.

Logo, a liberdade de expressão atrelada à mídia significa, aos meios de informação, uma possibilidade ampla para manifestar sua opinião, criticando, denunciando, informando e investigando fatos vivenciados pela sociedade. A mídia é o “canal que objetiva o equilíbrio entre as partes da sociedade, através da promoção da informação equilibrada e, por decorrência, democrática” (SILVA, 2007, p. 1), cabendo lembrar ainda que o seu papel é o de “promover a grande assembleia, a polêmica, o debate, o enfrentamento do problema, o diálogo entre todos os segmentos da sociedade” (SILVA, 2007, p. 2).

Então, o ordenamento jurídico se responsabilizou em adotar normativas a fim de evitar a censura e garantir a liberdade de expressão como forma de garantir que a função social da mídia fosse respeitada.

A mídia em seu conceito traz o significado de ser “todo suporte de difusão da informação que constitui um meio intermediário de expressão capaz de transmitir mensagens” (DINES, 1997, p. 58). As instituições a utilizam para realizar a comunicação humana como intermediários tecnológicos, constituindo-se em um dos importantes símbolos da modernidade como comunicação midiaticizada.

E, todos os órgãos de mídia como imprensa (jornais, revistas, folhetos, etc.); eletrônica (rádio, televisão, cinema, satélites de comunicação, meios eletrônicos e telemáticos de comunicação, etc.); digital (internet, televisão digital, CD-ROM (*compact disc – read only memory*), DVD (*digital versatil disc*) etc.); e alternativa: mala direta (folhetos e anúncios em revistas direcionados a um público específico etc.), “têm por finalidade comunicar, transmitir, repassar, divulgar, revelar ao maior número de pessoas informações ou notícias acontecidas no mundo e, além disso, promover aos cidadãos a educação, a cultura, respeitando sempre os valores éticos e sociais da pessoa e da família” (VIEIRA, 2003, p. 27).

Então o lugar ocupado pela mídia na sociedade atual se justifica principalmente pelas emissoras de rádio, jornais e os veículos televisivos de forma constante promoverem o verdadeiro bombardeio de notícias e informações com a intenção de formar (ou até mesmo deformar) a formação de opinião das pessoas.

Devido as mídias e as informações por ela veiculadas, a formação de opinião também se insere como função social da mídia, sendo que “a formação de uma opinião pública esclarecida e racional é condição imprescindível para o funcionamento adequado de um regime democrático” (FERREIRA, 2001, p.143), pois somente a partir de uma opinião pública formada é que poderão surgir decisões adequadas à condução dos negócios públicos.

Logo, no tocante a formação da opinião pública, a mídia passa a ocupar uma posição relevante para a sociedade atual, tendo em vista que a opinião pública depende diretamente das informações recebidas pelo indivíduo através dos meios de comunicação, e que conseqüentemente influencia na formação consciente da opinião individual.

E o poder da “informação” é o principal instrumento da mídia, em que “a sociedade, enquanto estrutura formada por indivíduos e suas identidades, está

pautada na troca constante de informação, seja ela científica, econômica ou de apelo popular” (DEBORD, 1997, p. 14), sendo a mídia instrumento fundamental que assume uma importante dimensão nos diversos âmbitos da sociedade moderna.

No entanto, na atualidade a mídia vem extrapolando sua função primordial de informar, “com o advento das novas tecnologias e a forma que a comunicação por meios telemáticos se estabeleceu, as mídias adquiriram um poder cada vez maior, exercendo uma espécie de poder social, fazendo do cidadão não apenas um destinatário, mas um refém da informação” (GUERRA, 2008, s.p.).

Um dos ramos do jornalismo que mais vem ganhando destaque na atualidade, sem dúvidas é o policial, devido ao aumento da criminalidade no país, especialidade profissional em que o jornalista narra e noticia fatos relacionados a fatos criminosos, judiciais ou do sistema penitenciário.

E esse ramo do jornalismo, ou seja, o policial, tem grande visibilidade na mídia televisiva, em que a maioria das emissoras de televisão decidem por dar abertura de mais horas de sua programação na cobertura de crimes e suas investigações policiais em andamento, sendo o meio que permite com que as informações pertinentes a população cheguem até elas de uma maneira rápida e precisa.

Porém, nos dias de hoje o que se observa, de alguns meios de comunicação, é a violação de certos princípios éticos do jornalismo, como a imparcialidade, a integralidade e o respeito ao ordenamento jurídico vigente, na busca desesperada pela audiência de seus telespectadores:

Diferentemente do jornalismo tradicional, focado em notícias e variedades transmitidas de maneira descritiva, o jornalismo policial brasileiro exibido no meio televisivo opta pela lógica da velocidade, a preferência pelo “ao vivo”, a substituição da verdade pela emoção, a popularização e o expurgo da reflexão (BORGES, 2002, p. 35).

A mídia passa então a se utilizar de um discurso mais agressivo ao telespectador, pressionando as autoridades e a sociedade por um combate mais efetivo a criminalidade atual em programas policiais, na intenção de angariar público ao seu produto, “o que conseqüentemente instaura um sentimento de insegurança ao público, através do discurso de medo propagado, que ao assistir diariamente o jornalismo policial e suas repercussões, se sente desprotegido e preocupado com a violência” (CARVALHO, 2009, p. 83).

Sem dúvidas, o jornalismo policial é um meio de comunicação importante que possibilita a imprensa esclarecer e noticiar fatos envolvendo os crimes que abalam nossa sociedade atual, porém, ponto de relevante observação é como a informação está sendo repassada por alguns veículos de comunicação, pois deve-se evitar ao máximo os exageros e o discurso midiático que imprimem medo a população.

Assim, essa situação conflitante surge justamente do uso indevido da função social da mídia, o que faz com que esta pareça não ter limites, extrapolando a ideia do razoável e desvirtuando-se de sua característica principal, qual seja, informar de forma clara, eficiente, imparcial e honesta a sociedade.

Então, a mídia, ao se valer do direito à publicidade e à liberdade de expressão, tem extrapolado cada vez mais sua função social, tanto ao ferir os demais direitos fundamentais expressos pela Constituição, tais como o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem, bem como quando age em favor de outros interesses ou se torna sensacionalista, o que abre caminho para a discussão acerca

da influência e consequências do exercício destes meios de comunicação e sua atuação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente resumo analisou a liberdade de informação jornalística, o direito à informação e o jornalismo criminal. Sendo assim, resta claro a importância da atuação da mídia para sua função social, porém, a problemática surge no momento em que a mídia se utiliza de sua primordial função para propagar medo, terror e pânico na sociedade quando da veiculação do jornalismo criminal, pois essa atividade consequentemente tem grande influência na seara criminal como um todo, refletindo desde a violação dos direitos humanos até uma condenação eivada de vícios por ser influenciada pelo clamor público incitado pela mídia sensacionalista e maculosa.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 5 mai. 2023.

BORGES, Altamiro. **A Blogosfera e a luta pela democracia. Panorama da comunicação e das telecomunicações no Brasil**. Brasília: IPEA, 2012, v. 1.

CARVALHO, Raphael Boldt. **Mídia, legislação penal emergencial e direitos fundamentais**. Vitória. Faculdade de Direito em Vitória. Mestrado em Direito. 2009.

DINES, Alberto. Mídia, civilidade, civismo. In: LERNER, Júlio (ed.). **O preconceito**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1996/1997

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GUERRA, Sidney. **Breves considerações sobre os limites da liberdade de imprensa**. Revista Faculdade de Direito de Campos, ano VI, 2005, 6. Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Edson. **O papel da mídia no enfrentamento da violência contra crianças e adolescentes**. Caminhos UFMS, 2007. Disponível em: [http://www.caminhos.ufms.br/html/artigo\\_edson\\_silva.pdf](http://www.caminhos.ufms.br/html/artigo_edson_silva.pdf). Acesso em: 5 mai. 2023.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

## **A APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO FORMA ADEQUADA DE TRATAMENTO AOS CONFLITOS**

*Jaime Roberto Amaral dos Santos<sup>1</sup>*

*José Alcebíades de Oliveira Junior<sup>2</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O atual sistema de justiça criminal brasileiro, conhecido como justiça retributiva, tem o propósito fundamental de recompensar, por meio do processo judicial e da punição, quem tenha cometido algum crime ou infração penal, bem como servindo de resposta à vítima e como proposta desencorajadora a quem pretenda infringir à Lei. Posto isso, verifica-se a ineficiência dessa forma de realização da justiça, uma vez que não consegue alcançar os objetivos propostos, tampouco a recuperação do ofensor e a diminuição da violência e da criminalidade.

O foco determinante do processo criminal é o ofensor, onde o Estado, que detém o monopólio da justiça, preocupa-se com a apuração da culpa e a imposição da dor por meio da pena. A vítima, por sua vez, permanece afastada do processo, pois o Estado assume seu lugar no momento em que a instituição do Ministério Público passa a representá-la, sendo ela negligenciada em seus direitos, necessidades e anseios. Sob esse aspecto, a busca da vítima por um terceiro para realização da justiça tornou-se uma questão, mesmo que legítima, cultural, pois as pessoas não conseguem resolver seus conflitos de forma sociável e amigável. Com a transformação e evolução das sociedades, perdeu-se o diálogo e a busca pelo entendimento entre as pessoas (SIMMEL, 2021), onde todas as demandas conflitivas acabam por desaguar no judiciário, que oferece um caminho processual lento, penoso, adversarial, onde as partes não saem com respostas satisfatórias.

A esse ponto, a Justiça Restaurativa, vista como uma forma complementar ao atual sistema de justiça criminal, visa modificar o foco do processo, passando do ofensor e da materialidade do delito à vítima e a reparação dos danos, onde, por meio do diálogo pacífico, empático, colaborativo, pautado na voluntariedade e na comunicação não violenta entre os participantes, possa se estabelecer um entendimento mútuo com o objetivo de quebrar o ciclo da violência, conscientizar o infrator, empoderar a vítima, promover a paz social e moldar a cultura de um novo paradigma de justiça criminal.

A proposta a ser enfrentada é justamente demonstrar a aplicabilidade e a viabilidade da justiça restaurativa, vista como uma forma complementar e adequada de tratamento aos conflitos, colaborando o sistema de justiça brasileiro, utilizando-se o método dedutivo, com pesquisas bibliográficas em livros, periódicos e meios eletrônicos. A pesquisa vincula-se a linha de pesquisa Políticas de Cidadania e

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pelo Programa de Pós Graduação Doutorado e Mestrado em Direito da URI *Campus* Santo Ângelo – RS. Bolsista do Programa CAPES/PROSUC/taxa. Mestre e Graduado em Direito pela mesma Universidade (2017 e 2013). Especialista em Criminologia, Política Criminal e Segurança Pública pela Anhanguera/LFG (2016). Professor de Direito. Policial Militar – Instrutor do Proerd em São Miguel das Missões (RS) Brasil. E-mail: [jaime\\_ras@yahoo.com.br](mailto:jaime_ras@yahoo.com.br)

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pesquisador 1D CNPq. Professor titular do Programa de Pós Graduação em Direito da URI - *campus* Santo Ângelo. Professor convidado PPG em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Resolução de Conflitos do PPGD – Doutorado e Mestrado em Direito da URI *campus* Santo Ângelo (RS).

## **JUSTIÇA RESTAURATIVA, REPARADORA E ACOLHEDORA**

A cultura da Justiça Restaurativa começou a ser desenvolvida na década de 70 em países como o Canadá, Nova Zelândia e Austrália, e ganhou espaço em âmbito mundial tanto em nível comunitário como judicial, tornando-se um meio positivo de tratamento aos conflitos de ordem jurídico/penal, por se diferenciar dos meios tradicionais de justiça.

No Brasil, o sistema de justiça penal, em que pese salientar que os códigos que regem a seara criminal são datados de 1940 (Código Penal) e 1941 (Código de Processo Penal), ora filtrados pela Constituição Federal de 1988, adotou o processo retributivo na forma de realizar sua missão de promover a justiça e resolver os conflitos e crimes que batem à porta do judiciário, dando o direito a quem é de direito, ou seja, processando, julgando e condenando quem tenha cometido um ato contrário a Lei, satisfazendo a pretensão punitiva do próprio Estado.

Nessa perspectiva, é possível verificar que o sistema de justiça retributivo não consegue alcançar seu objetivo na totalidade, visto que a retribuição como forma de castigo passada pelo Estado, que assume o lugar da vítima, impulsiona ainda mais o infrator da lei para o mundo do crime, uma vez que o próprio sistema carcerário encontra-se em situação degradante, onde as pessoas que lá cumprem suas penas vivem amontoadas, sendo desrespeitadas em sua dignidade, tornando-se aquele espaço uma escola para a criminalidade.

O atual sistema de justiça viola uma série de direitos tanto da vítima como do ofensor, uma vez que o próprio Estado ignora as necessidades e anseios da vítima, colocando-se em seu lugar (Ministério Público), e negligenciando o direito a dignidade da pessoa humana quando joga no cárcere o infrator da Lei, para que lá, passando por todas as atrocidades e violações inimagináveis de desrespeito a vida humana, se recupere e volte à sociedade, melhor.

A justiça restaurativa entende o crime como uma violação de pessoas e relacionamentos, diferentemente da forma tradicional, criando uma obrigação de corrigir os erros, reparar os danos, reestabelecer o vínculo social entre os atores, promover a paz, humanizar o direito, encorajando os envolvidos (vítima, ofensor e comunidade) a construir juntos e pacificamente, uma solução adequada ao conflito, empoderando a vítima para que participe ativamente do processo e possa alcançar a cura ao trauma causado pela ação delituosa.

Para Howard Zehr Justiça Restaurativa pode ser compreendida como um processo participativo e colaborativo entre os participantes no conflito ou crime, como demonstra:

Justiça Restaurativa é um processo para envolver, tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse em determinada ofensa, num processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, a fim de promover o restabelecimento das pessoas e endireitar as coisas, na medida do possível (ZEHR, 2012, p. 49).

Colet e Martins (2012, p. 44) afirmam que Justiça Restaurativa é um modelo de justiça que instrumentaliza a paz social no tratamento de conflitos, por meio de uma nova filosofia e cultura, “eis que cada um é capaz de captar a mesma imagem sob ângulos e perspectivas diferentes e produzir resultados completamente diferentes,

opondo-se ao etiquetamento social”, rompendo, assim, com a seletividade que o sistema de justiça tradicional produz.

O modelo de Justiça Restaurativa pode ser historicamente compreendido como um processo muito antigo de realização de justiça ou de tratamento de conflitos, principalmente em casos de reparo dos males e no reconhecimento dos erros nas comunidades antigas, sendo que até hoje são praticadas entre povos indígenas (PRANIS, 2010), onde o objetivo era o restabelecimento dos efeitos negativos causados pelo delito.

A Justiça Restaurativa baseia-se em princípios similares aos princípios da Mediação, uma vez que também é considerada uma forma alternativa ou complementar de tratamento dos conflitos, por utilizar-se de recursos mais humanitários para o seu desenvolvimento, sendo denominada em alguns países por Mediação Penal.

Os métodos empregados para o desenvolvimento dos encontros restaurativos entre vítima e ofensor, seja a comunicação não violenta, escuta ativa (GAGLIETTI, 2022), resgate do empoderamento, não estigmatização e reconhecimento do outro, fazem com que os participantes colaborem entre si para a construção de um resultado diferente dos até hoje apresentados, onde se possa alcançar um entendimento mútuo e com ele a responsabilização consciente do ofensor, assim como a reparação dos danos, o arrependimento, o perdão (se possível), a cura ao trauma sofrido pela vítima e o fim do ciclo da violência. (ROSENBERG, 2006).

Atualmente ordenamento jurídico brasileiro não contempla expressamente a utilização de meios restaurativos nos processos, mas existem determinados espaços normativos que podem ser utilizados para sua aplicação. Assim, alguns dispositivos da legislação colaboram para o desenvolvimento das práticas restaurativas como: Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95 e Lei 10.259/2001), Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), Crimes de Trânsito (Lei 9.503/97), Maria da Penha (Lei 11.340/2006), Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE - (Lei 12.594/2012), entre outros (PRUDENTE, 2011, p. 62).

Nessa perspectiva, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ - emitiu em 2016 a Resolução nº 225 que dispõe sobre a Política de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, sob os argumentos de que a complexidade com que os conflitos e a violência vêm se apresentando, devem ser levados em conta os aspectos comunitários e sociais de cada pessoa; Além de promover à ampliação do acesso à justiça, que implica na busca de soluções efetivas de conflitos, compreendendo os meios alternativos e consensuais adequados a alcançar a pacificação da disputa (CNJ, 2016).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul vem desenvolvendo um trabalho voltado a inclusão de práticas restaurativa na Vara da Infância e da Juventude na capital do Estado, assim como expandindo metodologia de facilitadores dos círculos restaurativos nas escolas, como forma de transformação dos conflitos no âmbito escolar, visando a compreensão de todos os atores da importância de tratar os conflitos para que eles não evoluam com o tempo, objetivando também a quebra do ciclo da violência.

Os estudos teóricos acerca da Justiça Restaurativa e os ensaios práticos que ora vêm sendo desenvolvidos, alinham-se com possibilidades de respostas mais humanas àqueles envolvidos direta e indiretamente com o crime, para que possam, baseados na afirmação de igualdade e do respeito aos direitos humanos, proporcionar uma mudança cultural no tocante a forma de realização da justiça, assim

como construir a consciência de que todo conflito pode ser tratado com diálogo e paz, não deixando de lado a responsabilização e a reparação dos danos por parte de quem tenha cometido um delito.

Assim, o reconhecimento do envolvimento entre os participantes e o Estado bem como a comunidade, mostra-se necessário por meio do encontro e do diálogo entre os envolvidos, tornando-se um forma empática e sociável de ver e transformar o conflito, pois o processo restaurativo apresenta-se como uma forma mais justa de realização da justiça, lutando contra as injustiças e contra a estigmatização, onde a reparação consciente dos danos pelo ofensor e o reconhecimento do mal causado à vítima, fazem parte do processo como aspecto de grande importância para a não propagação da violência.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, fica visível a diferença entre o atual modelo de justiça, retributiva, e a justiça restaurativa, onde àquela compreende o crime como uma violação da lei e ao Estado, sendo o foco de todo o processo, o ofensor, perdendo a vítima seu espaço, permanecendo negligenciada e excluída, não tendo voz no processo; E esta, compreende o crime como uma violação de pessoas, de sentimentos e emoções, que se não forem tratadas adequadamente geram traumas, frustrações, medos, perpetração e continuidade do ciclo da violência.

Atualmente a justiça é concentrada nas mãos do Estado, tendo ele o seu monopólio legal de estabelecer o direito, momento em que assume o lugar da vítima, neutralizando-a no processo, passando a negligenciar seus direitos, necessidades e anseios, tratando-a como parte secundária no processo.

A Justiça Restaurativa é compreendida como uma forma de tratamento pacífico dos conflitos, que complementa o atual sistema e que prioriza a participação colaborativa e integradora de todas as partes envolvidas, seja, vítima, ofensor e comunidade. Juntas e por meio da concepção do encontro, do diálogo pacífico e da comunicação não violenta, elas podem conversar e expor seus sentimentos, problemas, necessidades, desejos, traumas, para que assim, possam chegar a um entendimento mútuo, um consenso, onde a vítima possa sentir-se empoderada com relação a situação vivenciada, e possa curar seus traumas psicológicos sofridos; e o ofensor possa compreender o mal que causou à vítima, tendo consciência da sua responsabilização pelo ato cometido e do dever de reparar o dano.

Essa forma de concepção da justiça criminal, por proporcionar uma mudança de paradigmas no modo de compreensão e tratamento dos conflitos, oferece a possibilidade de uma mudança cultural na busca pela realização da justiça e na transformação dos conflitos, contribuindo para a diminuição da violência e da criminalidade e seus reflexos na sociedade, bem como a construção de um estado de paz social.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma. O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: Uma Breve Apresentação de uma Inovação Epistemológica na Autocomposição Penal. In. **Justiça Restaurativa – Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)**. Org. SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates. 2005, pp. 135-162. Disponível em:

<[http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dh/livro\\_sedh\\_justica\\_restaurativa.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dh/livro_sedh_justica_restaurativa.pdf)>. Acesso em: 30 jan 17.

BARATTA, Alessandro. **Princípios do direito penal mínimo – para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal**. Trad. Francisco Bissoli Filho. Doutrina Penal n. 10, Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1987, p. 623-650. Disponível em: <http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/ALESSANDRO%20BARATTA%20Principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf>.> Acesso em: 27 jun 16.

BERISTAIN, Antônio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/77195958/Antonio-Beristain-A-Nova-Criminologia-a-Luz-do-Direito-Penal-e-da-Vitimologia-2000>> Acesso em 11 out 16.

BERTASO, João Martins; GAGLIETTI, Mauro José. Os descaminhos de acesso à justiça. In. \_\_\_\_\_. **Diálogo e Entendimento – direito e multiculturalismo & cidadania e novas formas de solução de conflitos**. V. 3. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COLET, Charlise Paula; MARTINS, Janete Rosa. **O modelo de justiça restaurativa como instrumento de paz social e tratamento de conflito**. Passo Fundo: Passografic; Santo Ângelo: EdiUri, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 225**. 2016: Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_225\\_31052016\\_02062016161414.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf)> Acesso em: 07 jan 17

CRESPO, Aderlan. **Curso de criminologia: as relações políticas e jurídicas sobre o crime**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

GAGLIETTI, Mauro. Mediação: aquintessência da redução do dano existencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In.: **Justiça Restaurativa**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005. Pp. 163-188.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A Vítima e o Direito Penal**. São Paulo: RT, 1999.

PRANIS, Kay. Justiça Restaurativa e Processos Circulares nas Varas da Infância e da Juventude. **Justiça para o Século 21**. 2010. Disponível em: [http://justica21.web1119.kinghost.net/arquivos/bib\\_424.pdf](http://justica21.web1119.kinghost.net/arquivos/bib_424.pdf)> Acesso em: 14 dez 16.

PRUDENTE, Neemias Moretti. **Algumas reflexões sobre justiça restaurativa**. 2008. Disponível em: <http://www.justiciarestaurativa.org/news/algumas-reflexoes-sobre-a-justica-restaurativa>> Acesso em: 21 nov 16.

ROSENBERG, Marshall. **Comunicação Não-violenta**. São Paulo: Ágora, 2006.

SIMMEL, Georg. **Sociologia: Estudo sobre as formas de socição**. Trad. Raúl Henrique Rojo. Porto Alegre: Ed. Fundação Felix, 2021.

TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa – A construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília: Ed. Thesaurus Jurídica, 2014.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Metodo, 2012.

ZERH, Howard. **Trocando as Lentes – Um novo enfoque sobre o crime e a justiça restaurativa**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

\_\_\_\_\_. **Justiça Restaurativa – Teoria e prática**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

## O DIREITO À SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL: UMA ANÁLISE DA TENSÃO ENTRE OS DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

*Isadora Sorteia da Ponte<sup>1</sup>*

*Orientador: Noli Bernardo Hahn<sup>2</sup>*

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente resumo expandido tem como finalidade analisar o direito à saúde como um direito fundamental garantido à população brasileira através do Sistema Único de Saúde. Diante do status constitucional do direito à saúde, ao ter o seu direito negligenciado, parte da população passa a ajuizar ações perante o Poder Judiciário a fim ter a sua necessidade atendida. Contudo, partindo do princípio de que o Sistema Único de Saúde não consegue fornecer todos os serviços de forma integral, o número de ações judiciais cresce de forma descontrolada a cada ano, fenômeno identificado como a judicialização da saúde. Nesse contexto, o presente trabalho, embasado num estudo hipotético-dedutivo, mediante a utilização do procedimento hermenêutico, tem como objetivo analisar se a judicialização do direito à saúde traz à população consequências prejudiciais em âmbito social, além de verificar o conflito existente entre o direito individual e o direito coletivo.

### REFERENCIAL TEÓRICO

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), saúde pode ser definida como “[...] um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas como a ausência de doença ou enfermidade.” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020, s.p.). No entanto, vale considerar que o conceito de saúde é mais abrangente do que parece ser, tendo em vista que não é uma definição estável.

Nesse contexto, tendo como base o artigo 3º da Lei 8.090/90, a saúde tem como vetores principais “[...] a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais” (BRASIL, 1990, s.p.). Ainda, o parágrafo único do referido artigo prevê que saúde também diz respeito “as ações que [...] se destinam a garantir as pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.” (BRASIL, 1990, s.p.).

Brevemente compreendida a dimensão deste conceito, evidencia-se que a proteção jurídica conferida à saúde no Brasil é realizada por meio dos direitos fundamentais e sociais dispostos na Constituição Federal. (BRASIL, 1988, s.p.).

À vista disso, destaca-se que o texto constitucional, em seu artigo 196, estabelece que a saúde é “[...] um direito de todos e um dever do estado” (BRASIL,

---

<sup>1</sup> Acadêmica do nono semestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), campus Santo Ângelo/RS. Bolsista PIBIC/CNPq. Integrante do Grupo de Pesquisa “Interloquções entre Direito, Gênero, Cultura, Religião e Filosofia hermenêutica”, vinculado ao PPGD da URI. E-mail: isadorasorteiadaponte@gmail.com

<sup>2</sup> Pós-Doutor pela Faculdades EST, São Leopoldo, RS. Doutor em Ciências da Religião, Ciências Sociais e Religião, pela UEMESP. Graduado em Filosofia e Teologia. Possui formação em Direito. Professor Tempo Integral da URI Campus de Santo Ângelo, RS. Integra o Corpo Docente do PPGD em Direito. E-Mail: nolihahn@santoangelo.uri.br

1988, s.p.), sendo que o poder público deve garantir o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde por meio de políticas públicas, sendo que o programa responsável por promover esses serviços e ações é o Sistema Único de Saúde (SUS). (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020, s.p.).

O SUS pode ser definido como um dos programas de saúde pública mais completo em nível mundial, haja vista que abrange desde os atendimentos básicos até procedimentos cirúrgicos de alta complexidade, tendo como objetivo fornecer à toda população brasileira um acesso integral e gratuito. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020, s.p.). Evidente que o SUS está longe de alcançar a sua excelência, contudo, necessário referir que é esse programa que permite que os brasileiros tenham suas demandas de saúde garantidas pelo poder público, ainda que não seja em sua totalidade.

Assim, diante da morosidade e da insuficiência do Sistema Único de Saúde em atender todas as demandas da população, verifica-se que, nos últimos tempos, tem ocorrido um aumento excessivo de ações judiciais propostas de forma individual pelas pessoas, as quais buscam a concretização do seu direito negligenciado, obrigando o poder público a assegurar em tempo hábil o acesso a tratamentos médicos, medicamentos e procedimentos no geral. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2019, p. 15).

Necessário pontuar que a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXV, prevê a garantia à população de poder levar à apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça dos seus direitos, não sendo possível a lei reduzir essa prerrogativa constitucional do acesso à justiça (BRASIL, 1988, s.p.), constatando-se que essas ações judiciais relacionadas à saúde são legítimas. No entanto, importante perceber que o Judiciário brasileiro tem sido “[...] convertido em uma nova arena de reivindicações de direitos sociais” (BRUSTOLIN; MACHADO, 2021, p. 24), considerando a dificuldade das pessoas em buscar este direito fundamental através das demais esferas de governo.

A partir deste cenário, surge a chamada judicialização da saúde, a qual pode ser conceituada como “[...] um fenômeno das ações judiciais, onde ocorre um aumento progressivo de demandas relativas à saúde no judiciário e conseqüentemente um impacto negativo no orçamento dos entes público, devido ao alto custo envolvido.” (BASÍLIO, 2022, p. 12).

No momento em que a judicialização do direito à saúde cresce, a desigualdade social também aumenta, tendo em vista que o poder público, ao ser obrigado pelo Judiciário a desviar recursos financeiros que seriam aplicados no próprio Sistema Único de Saúde, precisa direcionar esses recursos a uma parte da população que tem condições de acessar advogados, deixando o grupo dos “esquecidos” ainda mais vulneráveis. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2019, p. 14).

Assim, grande parte da população que mais precisa do atendimento do SUS acaba perdendo espaço no acesso ao orçamento que financia o programa, “[...] isso porque os recursos inicialmente destinados a essas finalidades são desviados para cumprir um reduzidíssimo número de ordens judiciais, que atendem a outra categoria de cidadãos” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2019, p. 14), aqueles que conhecem os seus direitos.

A problemática se torna ainda mais preocupante quando são analisadas as estatísticas processuais do direito à saúde no Brasil. Os dados mostram que no ano de 2020, a quantidade de novas ações judiciais alcançou em média 207.360 mil processos, sendo que, no ano de 2021, o número aumentou significativamente para

243.210 mil processos novos no Brasil. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2022, s.p.).

Frente a questão apresentada, importante analisar o conflito entre o direito individual e o direito coletivo existente na judicialização da saúde, tendo em vista que as diversas demandas ajuizadas beneficiam apenas o interesse individual de determinadas pessoas, não sendo devidamente analisado o impacto causado em âmbito social. (BASÍLIO, 2022, p. 17).

Nesse sentido, de acordo com a autora Sueli Gandolfi Dallari, o direito à saúde deve passar de uma esfera individual para uma esfera coletiva. Explica-se que o direito à saúde observado como um direito individual “[...] privilegia a liberdade em sua mais ampla acepção” (DALLARI, 2004, p. 59), ou seja, as pessoas devem ser livres para “[...] escolher entre todas as alternativas existentes aquela que, em seu entender, é a mais adequada” (DALLARI, 2004, p. 59), como por exemplo, o tratamento médico que irá realizar e o profissional de saúde que irá lhe atender. Contudo, a autora afirma que

É óbvio, então, que a efetiva liberdade necessária ao direito à saúde enquanto direito subjetivo depende do grau de desenvolvimento do Estado. De fato, unicamente no Estado desenvolvido socioeconômico e culturalmente o indivíduo é livre para procurar um completo bem-estar físico, mental e social e para, adoecendo, participar do estabelecimento do tratamento. (DALLARI, 2004, p. 59).

Por outro lado, quando analisado através do direito coletivo, o direito à saúde irá priorizar a igualdade. Assim, as limitações impostas à população servem justamente para que todos os indivíduos possam usufruir igualmente do SUS. Percebe-se, então, que o direito coletivo também depende do estágio de desenvolvimento do Estado. (DALLARI, 2004, p. 59).

Diante do exposto, tem-se que o direito coletivo, quando estiver em conflito com o direito individual em matéria de saúde, deverá prevalecer, considerando a realidade atual do Estado Brasileiro, pois o direito individual, ainda que seja fundamental, não é absoluto. (BASÍLIO, 2022, s.p.).

Mas, o que de fato isso significa? Nesta linha de pensamento, significa que as demandas de saúde deveriam ser estruturadas de forma a convergirem com os interesses e necessidades da população, utilizando a judicialização como uma verdadeira

[...] ferramenta complementar para aprimoramento das políticas públicas e trazendo convergência aos preceitos constitucionais da garantia dos cidadãos e não somente sendo pulverizada em interesses legítimos, mas particulares e pontuais que sobreoneram o setor público, limitando sua capacidade de redirecionamento e alocação de seu orçamento em benefício da maioria, do coletivo. (BASÍLIO, 2022, s.p.).

A tensão entre os direitos individuais e coletivos também é analisada pelo autor Boaventura de Souza Santos, o qual afirma que existem quatro ilusões que envolvem os direitos fundamentais. Uma destas ilusões é justamente o conflito existente entre direitos que possuem o mesmo status constitucional, sendo que o

autor refere que essa tensão demonstra ainda mais a natureza ilusória do monolitismo presente na teoria que envolve os direitos fundamentais. (SANTOS, 2013, s.p.).

Assim, o encontro entre o direito individual e o direito coletivo é uma das principais contradições existentes quando se fala em judicialização da saúde, sendo que nem todos os juristas entram em um consenso sobre a ponderação destes dois ramos do direito, visto que o Judiciário, na maioria dos casos, tem permitido que o direito individual se sobreponha ao direito coletivo, sem que haja uma devida fundamentação para tanto. (BASÍLIO, 2022, s.p.).

Portanto, constata-se que o direito à saúde individualista presente na judicialização vai de encontro com os principais objetivos propostos pelo SUS: diminuir a desigualdade no acesso à saúde e garantir um programa igualitário e universal.

Não se pode negar que a utilização da Justiça como ferramenta para concretização do direito à saúde foi um grande avanço social, mas, por outro lado, como visto, o excesso de ações judiciais também tem causado diversas consequências negativas à população.

Desse modo, deve-se buscar a aplicação das garantias constitucionais de uma forma que o direito individual não viole o direito coletivo, situação que pode ser feita por meio da ponderação e da análise do caso concreto, observando-se os procedimentos administrativos estabelecidos pelo SUS para o fornecimento da assistência à saúde.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio da pesquisa realizada, pode-se concluir que a judicialização do direito à saúde traz à população diversas consequências negativas em âmbito social, considerando que aumenta as desigualdades existentes no fornecimento da assistência à saúde, além de desestruturar financeiramente o Sistema Único de Saúde, retirando do Poder Executivo a atribuição de gerenciar os recursos públicos.

Ainda, foi possível compreender a diferença entre o direito coletivo à saúde e o direito individual à saúde, verificando-se que com a crescente judicialização destas demandas, o direito individualista ganha destaque, favorecendo interesses específicos de apenas uma parte da população. Assim, diante do conflito entre interesses coletivos e individuais, verificou-se que, em matéria de saúde, o direito coletivo deve prevalecer, tendo em vista o caráter social e a realidade atual do Estado Brasileiro.

## REFERÊNCIAS

BASÍLIO, Graziella Costa Sousa. Judicialização da Saúde: percepção do conflito de interesse entre o direito coletivo da sociedade e o direito individual do paciente no sus na cidade de São Paulo. **Repositório Universitário da Ânima** [online], dezembro, 2022. Disponível em: [https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/27617/1/JUDICIALIZA%c3%87%c3%83O%20DA%20SA%c3%9aDE\\_GRAZIELLA\\_COSTA\\_SOUSA.pdf](https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/27617/1/JUDICIALIZA%c3%87%c3%83O%20DA%20SA%c3%9aDE_GRAZIELLA_COSTA_SOUSA.pdf). Acesso em: 10 de mai. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 18 mai. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.090 de 19 de setembro de 1990.** Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 12 mai. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 855.178 – SE.** Relator: Ministro Luiz Fux. Publicado no DJE de 16 de abril de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15319097113&ext=.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2023.

BRUSTOLIN, Alessandra; MACHADO, Edinilson Donizete. **A Corte em cima do muro:** direito individual à saúde versus interesse coletivo. Revista da Faculdade do Direito do Sul de Minas, v. 37, n. 2, p. 23-42, dezembro, 2021. Disponível em: <https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/409/324>. Acesso em: 28 de abr. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Estatísticas Processuais de Direito à Saúde.** 2022. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 28 abr. 2023.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública** [online], dezembro, 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/jSj9cfJhsNcyjBfG3xDbyfN/?lang=pt>. Acesso em: 16 de mai. 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **O que significa ter saúde?** Brasília: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-brasil/eu-que-ro-me-exercitar/noticias/2021/o-que-significa-ter-saude>. Acesso em: 16 mai. 2023.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Relação Nacional de Medicamentos Essenciais 2022.** Brasília: Ministério da Saúde, 2022. Disponível em: <https://www.conass.org.br/wp-content/uploads/2022/01/RENAME-2022.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2023.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos.* 2. ed. São Paulo: Cortez, 2014.

## **ATIVISMO JUDICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: IMPLICAÇÕES NOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DAS MINORIAS NO CONTEXTO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA**

*José Renan Corrêa Petri*

### **RESUMO**

O presente artigo tem por tema o ativismo judicial. A partir disso, objetiva-se verificar a extensão e os problemas advindos do ativismo judicial no processo de concretização dos direitos e garantias fundamentais das minorias no contexto democrático brasileiro. Para tanto, o problema de pesquisa centra-se em saber em que medida o ativismo judicial atua no processo de concretização dos direitos e garantias fundamentais das minorias no contexto da democracia brasileira, e se acaba ou não e em que grau, por se transformar em decisionismo conveniente e subjetivista, distanciando-se do Direito. A hipótese que se levanta é a de que a atuação do Judiciário, nos casos de demandas de minorias por direitos e garantias fundamentais, deve ser pautada pela interpretação, compreensão e aplicação das normas de forma adequada para resolver o conflito sem distanciar-se do Direito, ou seja, sem “cair” em subjetivismos. Para realização da pesquisa, adota-se o método raciocínio indutivo, pois analisa-se decisões judiciais dos tribunais sobre o tema. Como resultado, é visto que a efetividade e a fruição dos direitos e garantias das minorias se dará através do direcionamento das políticas públicas pelo Estado, não apenas pelo Judiciário, mas também pelos demais Poderes constituídos. E, é quando estes falham ou se omitem em fazê-lo que deve atuar o Judiciário, de forma sempre passiva, quando provocada a Jurisdição, do que decorre a judicialização e litigiosidade da sociedade, devendo-se evitar, sim, o ativismo, caracterizado pelos subjetivismos e decisionismos pelos intérpretes / aplicadores do Direito.

**Palavras-chave:** ativismo; democracia; direitos e garantias; minorias; hermenêutica.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa parte das seguintes questões centrais: em que medida o ativismo judicial<sup>1</sup> atua no processo de concretização<sup>2</sup> dos direitos e garantias fundamentais das minorias no contexto da democracia brasileira? O ativismo judicial, nesse contexto, acaba ou não e, se sim, em que grau, por se transformar em decisionismo conveniente e subjetivista, distanciando-se do Direito?

A partir disso, busca-se verificar qual extensão da atuação do ativismo judicial no processo de concretização dos direitos e garantias fundamentais das minorias no contexto democrático brasileiro, ante a ausência de iniciativa do Estado, e, com isso, compreender quando, ao extrapolar a esfera de competência do Judiciário, se configuram decisionismos e subjetivismos onde a vontade do julgador e seus critérios morais vêm de encontro ao Direito e demais salvaguardas constitucionais.

Para tanto, no Capítulo I se intenta fazer um recorte da evolução da atuação do Poder Judiciário ao longo da história, a partir do surgimento dos regimes democráticos modernos, bem como avaliar as atuações dos poderes do Estado (sobretudo o Judiciário), no processo de concretização dos direitos e garantias fundamentais, em dois momentos: períodos Medieval e Moderno ou Positivista e período Contemporâneo ou Pós-Positivista.

Após, verificar, a partir do conceito de minorias, quais as contribuições são necessárias para a concretização dos direitos e garantias fundamentais no contexto democrático, diante da ausência de iniciativa e interesse do Estado na criação de leis, assim como de políticas públicas de reconhecimento, inclusivas e redistributivas que sejam hábeis a responder às demandas daqueles grupos.

Nesse segundo tópico se averigua a implicação de políticas e da atuação do Estado, inclusive dos Poderes, que têm por intuito favorecer as demandas das minorias, mas acabam lhes trazendo problemas outros, como a estigmatização social.

E por fim, no último capítulo, estudar casos, isto é, decisões e jurisprudências e identificar em quais situações o Judiciário contribui para o processo de concretização dos direitos e garantias fundamentais das minorias e assim, distinguir a judicialização da política do ativismo judicial.

Nesta pesquisa, adota-se o método de raciocínio indutivo, pois analisa-se decisões judiciais dos tribunais sobre o tema, de modo que se parte de premissas particulares para chegar a uma conclusão, ou seja, a pesquisa trabalha de baixo para cima, pressupondo que se analisem os casos concretos para estabelecer as proposições a respeito do ativismo judicial (ou da judicialização).

É um trabalho que se torna relevante para compreender, no atual contexto da democracia brasileira, de tensão institucional, política e social, e demais questões socioeconômico-culturais, se, como e em que medida decisões judiciais vêm a concretizar direitos e garantias de grupos tidos como “minorias”. A partir dessa compreensão, será possível estabelecer se se está diante de judicialização da política

---

<sup>1</sup> Utiliza-se esta palavra para questionar se o ativismo judicial seria um meio de tornar efetivos os direitos e as garantias fundamentais às minorias. Consigne-se que, não obstante a palavra ativismo também seja utilizada para descrever a própria atividade jurisdicional, aqui é trabalhada no sentido de atuação subjetivista ou, conforme Streck (2007), solipsista de aplicadores do Direito que, ao emitir suas decisões conforme posicionamentos pessoais e de natureza moral, ignoram, desvirtuam e deturpam, assim, normas, precedentes e fundamentos jurídicos, em oposição ao ordenamento normativo-constitucional e ao próprio Direito.

<sup>2</sup> Utiliza-se esta palavra para questionar se o ativismo judicial seria um meio de tornar efetivos os direitos e as garantias fundamentais às minorias.

ou de ativismo judicial e, se tais contextos favorecem às minorias ou se acabam por prejudicar ainda mais sua situação quanto ao exercício de direitos e garantias, por mais simples e cotidianas que sejam suas demandas.

É fato ainda que a pesquisa contribui para alocar corretamente os conceitos, pois judicialização e ativismo são confundidos, especialmente porque a cultura jurídica brasileira tem por hábito já secular de importar institutos, normas, políticas e condutas institucionais que nem sempre se acomodam à sua realidade histórica, social e política.

Justifica-se o estudo, ainda, para que, ao final, se estabeleçam eventuais críticas às posições do Judiciário, nos casos concretos, para se concluir pela confirmação, ou não, da hipótese inicial.

## **EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PAPEL DO JUDICIÁRIO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

No primeiro capítulo se apresenta a evolução da função do Judiciário ao longo da história, com o surgimento dos regimes democráticos contemporâneos, culminando com o papel de protagonismo assumido atualmente, bem como se avalia as atuações dos Poderes do Estado, sobretudo do Judiciário, no processo de concretização dos direitos e garantias fundamentais<sup>3 4</sup> e, assim, compreender o contexto histórico de surgimento do chamado ativismo judicial.

## **O PODER JUDICIÁRIO NOS PERÍODOS MEDIEVAL E MODERNO OU POSITIVISTA**

Foi a partir do século XIII, com o advento da Magna Carta na Inglaterra, que se passaria a discutir, efetivamente, a necessidade de limitar o poder estatal e seus detentores, à época majoritariamente reis, como forma de proteger os direitos de seus súditos. Ainda que no contexto da época os direitos defendidos fossem, essencialmente, os dos nobres detentores de terras, passou-se a estabelecer, expressamente, certos direitos que deveriam ser observados e, ainda que tratassem basicamente das relações entre os nobres e o rei, foi a base para a formação das liberdades individuais contra os eventuais excessos do poder estatal (MENDES, 2008).

Ainda nesse sentido, Mendes (2008, p. 04) narra que “Equilíbrio e moderação do poder eram qualidades presentes nas constituições mistas medievais, mas ruíram com o advento dos estados nacionais europeus e a afirmação resoluta da soberania centralizada”.

---

<sup>3</sup> “Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas; as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jus racionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se” (BONAVIDES, 2000, p. 484).

<sup>4</sup> “Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas” (BOBBIO, 2004, p. 25).

Após a Magna Carta Inglesa, de 1.215, não ocorreriam maiores mudanças em termos de liberdades individuais na maioria dos países, com exceção da própria Inglaterra.

É fato que a época moderna resultou em uma hermenêutica individualista dos direitos fundamentais do homem, que deveriam servir ao sujeito como garantia contra os excessos do Estado, o que lhes emprestava um conteúdo de limitação ou de *non facere* (STRECK, 2007), sendo a liberdade individual um trunfo da modernidade.

Nesse contexto, já no século XVIII, o chamado Século das Luzes, é que se apresentam os ideais iluministas, como o de Montesquieu (2021, p. 115), para quem:

[...] o exercício do poder soberano (ou o “governo dos homens”), quem quer que o exerça, deve ser submetido a leis fixas e preestabelecidas (ou o “governo das leis). Sem esse componente de governo das leis, o poder soberano, mesmo quando depositado nas mãos de um *demos* de cidadãos e seus representantes, pode se tornar expressivo.

No contexto de democracia da Idade Moderna, o conceito de povo passou a abranger um número relativamente maior da população. Isso se deu a partir da ascensão de uma burguesia economicamente poderosa e ávida pelo domínio político até então exercido pela monarquia e pelos nobres (MESQUITA; MAIA, 2009).

Para Streck (2007, p. 38):

[...] em primeiro lugar, o estado liberal de direito, nascido com a ascensão hegemônica da burguesia capitalista ao poder, era pautado pelo absoluto individualismo e a doutrina absenteísta, que busca provocar a menor intervenção possível no campo econômico.

Segundo Eduardo Appio (2008, p. 35) o “apogeu do sistema liberal-burguês vai encontrar no princípio da legalidade o seu centro de gravidade por meio de uma ficção contratual”. Na mesma linha Marinoni afirma que (2006, p. 24), “para haver uma liberdade para os indivíduos, seria necessária uma lei aprovada com a cooperação da aprovação popular”.

E foi justamente nesse contexto que se produziram dois dos documentos que primeiro tratam da temática direitos fundamentais e separação dos poderes, ambos inaugurando uma nova era de regimes políticos, a Constituição dos EUA (1.787) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (França – 1.789), marcando a passagem do Antigo Regime para o Estado Liberal, consubstanciando muitos dos ideários iluministas (MENDES, 2008).

Para Gomes (2010, p. 07):

Com base no novo paradigma pós-moderno, todo Estado deve ser entendido como uma construção social que foi arquitetada para transformar a realidade de certa maneira. **O modo como isso deve ocorrer está estampado em sua Constituição, que deve almejar o bem comum por meio da satisfação de certas garantias jurídicas e necessidades básicas, elementos esses a serem compreendidos como o seu pacto fundamentador, a pautar todo o seu agir.** – Grifo nosso.

De fato, é a partir deste momento que se pode identificar o advento do constitucionalismo, verificado a partir do chamado poder constituinte. Nessa linha, segundo Mendes (2008, p. 05):

O poder constituinte foi a grande invenção revolucionária. A experiência constitucional inglesa não conhecia essa prática, nem desenvolveu esse conceito. A modernidade política ocidental, a partir da Revolução Francesa oscilou sob um pêndulo estrutural. Num dos extremos de seu eixo, posicionou-se a soberania popular. Noutra, a Constituição. O poder constituinte tentou combiná-los. Até meados do século XX, não se vislumbrou como compatibilizar esses dois impulsos políticos de forma mais duradoura. O constitucionalismo americano é a grande exceção, pois, apesar das inúmeras tensões, nunca se chegou a romper o regime constitucional.

Em última análise, essas mudanças nos campos político, jurídico e social ficaram ainda mais evidentes quando:

[...] analisadas as transformações ocorridas em quatro de seus pilares tradicionais: a) o conceito de estado; b) a teoria da divisão de poderes; c) o discurso centrado no real e na verdade; d) a neutralidade do juiz e a sua despolitização (GOMES, 2010, p. 06).

A teoria da divisão das funções consagrada por Montesquieu (2021) se tornou o princípio básico regulador do Estado Constitucional, por meio do qual foram consolidados os direitos individuais e a proteção dos súditos contra os excessos reais, com a imposição de limites ao poder.

Para o autor iluminista:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade; porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente. **Tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos; pois o juiz será legislador. Se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor** (MONTESQUIEU, 2021, p. 169). – Grifo nosso.

Os estudos dos filósofos e cientistas políticos, tais como Locke, Hobbes, Montesquieu e Rousseau, concediam a preponderância, “nesse esquema de divisão, ao legislativo, considerado fonte e verdadeiro fundamento do estado, enquanto o judiciário, em relação aos demais, nem tinha uma posição de independência ou destacada importância” (GOMES, 2010, p. 09).

Para Appio (2008, p. 36):

Em sociedades então homogêneas, eram os representantes do povo que efetivamente refletiam os principais interesses dos seus eleitores. No apogeu do Estado legislativo, ao juiz competia, tão somente, declarar a vontade da lei, visto que qualquer atividade criadora significaria verdadeira usurpação das prerrogativas políticas dos representantes do povo. Ao contrário das sociedades contemporâneas – caracterizadas pelo pluralismo e fragmentação de interesses –, a sociedade oitocentista via da regra da maioria

um instrumento eficiente para a construção de um modelo viável de democracia.

Para Dworkin (1999), outrossim, a nossa ideia de democracia está vinculada à regra da maioria, que foi instituída como uma solução lógica para a solução de conflitos políticos. Tal solução, entretanto, seria compatível com as sociedades homogêneas oriundas da Idade Média, nas quais a proteção das minorias não tinha se mostrado relevante.

O constitucionalismo surge, portanto, a partir de um contexto que tenta combinar a soberania popular com a regra da maioria, combinação representada no contexto moderno de democracia pelo novo papel da Constituição, que, além de carta política, enquanto norma, deve ser objetivamente aplicada pelos juízes.

É por essa razão que Montesquieu (2021, p. 170) propõe que o Poder Judiciário:

Deve ser composto por membros do povo, necessitando funcionar apenas por determinados períodos do ano, durante o tempo que a necessidade requer. [...]. **Os magistrados, devem limitar-se a ser a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem o seu rigor.** – Grifo nosso.

Tal afirmação é o que iria definir o papel do Judiciário neste momento em que se entendia que o Estado deveria se abster ao máximo de interferir na vida dos indivíduos.

## O PODER JUDICIÁRIO NO PERÍODO CONTEMPORÂNEO OU PÓS-POSITIVISTA

Com o passar do tempo, e encontrando-se o sistema de produção capitalista em sua fase madura, ao reconhecer a sua incapacidade de promover o bem comum, instaura-se, desde então, e sobretudo após o fim da Segunda Guerra Mundial, o Estado Social de Direito, que passou a admitir a intervenção estatal como meio de reduzir e regulamentar os excessos da liberdade contratual e econômica, além de reconhecer princípios comuns e intrínsecos à dignidade humana (STRECK, 2007).

Segundo Gomes (2010, p. 10), “os magistrados, portanto, deixam de atuar apenas como coibidores dos excessos de interferência do estado na esfera subjetiva individual para se tornarem catalisadores de mudanças sociais, especialmente no caso de mora estatal”.

Para tanto, Cappelletti (1999), salienta que, concomitante com o alargamento do espaço de atribuição do Executivo e com a explosão do garantismo social e o crescente aumento da interferência na vida privada por meio da legislação, também o Judiciário teve a sua dimensão tornada mais ampla e complexa, em especial pela expansão da criatividade dos juízes no desempenho da atividade jurisdicional, em especial na interpretação da lei e, ainda, pela teoria da superioridade normativa da Constituição, que põe o juiz em lugar de destaque em relação às demais funções estatais.

Nesse sentido, afirma-se que:

A transição do Estado de Direito ao Estado de Bem-estar Social fez com que houvesse uma modificação na própria concepção de lei que, longe de ser elaborada com expressões de suposta interpretação unívoca, passaram, em especial nas Cartas Políticas, a conter termos de conteúdo semântico aberto

– polissemia – a que exigir do magistrado uma atividade integrativa incessante para o preenchimento dessas lacunas, com vistas à sua adaptação aos casos concretos submetidos ao seu crivo (STRECK, 2007, p. 37).

Por fim, para o autor hoje se vive o modelo do Estado Democrático de Direito que

pretende precisamente a transformação em profundidade do modo de produção capitalista e sua substituição progressiva por uma organização social de características flexivelmente sociais, para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar níveis reais de igualdade e liberdade (STRECK, 2007, p. 38).

Autores como Capelletti (1999) chegam a defender que, na pós-modernidade, é finda a fase do juiz “escravo da Lei” enquanto “mero” aplicador do Direito, defendendo-se uma atuação muito mais presente e até mesmo mais proativa do Poder Judiciário.

Para Garapon

nada mais pode escapar ao controle do juiz, constatação que se insere no âmbito de um cenário, que pode ser em resumo caracterizado: a) por uma descrença na lei e, como consequência, por um aumento na dimensão interpretativa do Direito; b) por um desmoronamento do conceito de democracia, no sentido de que “o homem democrático” desaparece; e c) pelo surgimento dos sistemas supranacionais, que, por um lado, fragilizaram a concepção de soberania estatal, mas, por outro, possibilitaram a insurgência de novas instâncias jurisdicionais, como as Cortes de Direitos Humanos. (GARAPON, 1998, p. 20).

Segundo o autor, a partir de tal cenário há um incentivo à atividade jurisdicional que, embora não configure uma transferência da titularidade da soberania popular exercida pelos “poderes eleitos”, o Executivo e o Legislativo, possibilita que o Judiciário exerça o papel de terceiro sob o qual passam a ser submetidas as consequências do referido aumento da dimensão interpretativa do Direito. De fato, para Garapon (1998, p. 21-22) “a atuação jurisdicional é acentuada de tal forma que os juízes passam a ser considerados como últimos ocupantes de uma função de autoridade — clerical e até paternal — abandonada por seus antigos titulares”, *in casu*, os demais Poderes constituídos.

Ainda nesta linha, segundo Streck, Tassinari e Lepper (2015), a ocorrência do aumento da intervenção das Cortes na revisão do processo legislativo é resultado direto da ideia do denominado “governo das leis” (*rule of law*), diferente do “governo dos homens”, este compreendido como império da soberania popular/da vontade popular (*rule of people*). Portanto, segundo os autores, há uma desvalorização da legislação parlamentar como fonte do Direito, fortalecendo o papel das Cortes de tal forma que, a partir da tradição jurisdicional estadunidense do *judicial review*, instaure-se o risco de uma passagem da até então afirmada supremacia das Constituições à atualmente debatida supremacia das Cortes Constitucionais.

Nesse contexto, aliás, Robert Dahl (2009) afirma que se trata de ilusão conceber as Supremas Cortes como órgãos meramente jurídicos, em vez de como órgãos políticos. Sobre este ponto, Dahl (2009) afirma que, ao longo dos anos, se construíram duas maneiras possíveis de avaliar a função de uma Suprema Corte: por

um critério da maioria ou do direito. Resumidamente, sob o primeiro critério quando exerce um papel contra majoritário, de proteção das minorias, em paradoxo dos regimes democráticos ou pela proteção dos chamados direitos fundamentais. De um modo ou de outro, para o autor: “Ela [a Suprema Corte] é parte essencial da liderança política e possui algumas alianças próprias de poder das quais a mais importante é a legitimidade singular atribuída às suas interpretações da Constituição” (DAHL, 2009, p. 41).

Com isso, Clarissa Tassinari (2013) afirma que as transformações pelas quais passa a teoria constitucional – muitas das quais consolidam significativos avanços, é importante referir –, predominantemente, mesmo no Brasil, aparece o elemento jurisdicional do Estado vinculado a expressões como “expansão global do Poder Judiciário” (Neal C. Tate e Torbjörn Vallinder), “juristocracia” (Ran Hirschl), “direito julgado-feito” (Christopher Wolfe), “governo com juízes” (Alec Stone Sweet), e, finalmente “ativismo constitucional”, dentre outros possíveis termos que, na relação entre os Poderes, dão ênfase ao Judiciário.

Ou seja, para a autora o neoconstitucionalismo, majoritariamente, passou a ser e é, por vezes, identificado por um protagonismo da atividade jurisdicional, mesmo em sistemas baseados originalmente, no direito legislado. Sob esta perspectiva, no Brasil, parcela considerável dos juristas e dos membros do Judiciário começa a conceber o exercício da jurisdição a partir de dois principais pressupostos: pela via do ativismo judicial e/ou da judicialização da política.

## **MINORIAS: CONCEITO E DEMANDAS**

A partir desta mudança de contexto histórico, aborda-se o conceito de minorias e quais as contribuições públicas e privadas que são necessárias à concretização dos direitos e garantias fundamentais no contexto democrático, diante da ausência de iniciativa e interesse do Estado na criação de leis, assim como de políticas públicas de reconhecimento, inclusivas e redistributivas que sejam hábeis a responder às demandas daqueles grupos.

## **CONCEITO DE MINORIAS**

No Brasil, a partir de 1988, a Constituição deixa de ser tão somente uma carta política de caráter organizacional, passando também a ser uma norma jurídica programática (TASSINARI, 2013). Assim, verifica-se a mudança do escopo da Constituição e, conseqüentemente da atuação dos poderes, sobretudo do Poder Judiciário.

Tal mudança de paradigma no constitucionalismo brasileiro se deu precisamente pelo momento histórico vivenciado, o fim de um regime de exceção, marcado pelo autoritarismo estatal, para a instalação de um Estado Democrático de Direito que, em sua plenitude, após a redemocratização, passou a proteger os indivíduos dos abusos do Estado, bem como a prever uma série de direitos sociais e coletivos que visam a proteção das minorias e a redução das desigualdades. Nesse aspecto, não se buscou tão somente uma prevenção ou reparação aos abusos do regime anterior, mas verdadeira garantia de que o Estado assumira um compromisso de proteção dos estratos marginais da sociedade (TASSINARI, 2013).

Ainda, Dworkin (1999, p. 433) descreve que “O direito serve melhor sua comunidade quando é tão preciso e estável quanto possível, e isso se aplica particularmente ao direito fundamental, constitucional”. E segue o autor ao afirmar que

a proteção das minorias foi um problema secundário que surgiu somente em resposta à percepção de que existem minorias – bem definidas, facilmente identificáveis, desassistidas – que sofrem um risco especial de efetiva exclusão do toma-lá-dá-cá da política majoritária pluralista (DWORKIN, 1999, p. 438).

Outrossim, Eduardo Appio (2009, p. 37) afirma que:

Nas sociedades contemporâneas, a regra da maioria pode ser vir como um instrumento de opressão que, pouco a pouco, acaba por suplantar os princípios fundamentais de tolerância que caracterizam as comunidades democráticas e plurais. Bem por isso, buscam novos conceitos de democracia. [...] A própria ideia de uma lei genérica e abstrata supunha uma sociedade homogênea e composta por “homens livres e iguais”, dotados das mesmas necessidades.

Como se verifica no atual estágio das sociedades contemporâneas, há muito se superou estes conceitos de homogeneidade, liberdade e igualdade formal, pelo que urge, sobremaneira, não apenas o reconhecimento, mas também a inclusão e proteção das minorias.

Segundo Ramacciotti e Calgaro (2021), a ampliação da utilização da palavra minorias chegou ao sentido de excluídos e subalternizados, de grupos que não fruem de uma cidadania plena, indo para longe de critérios numéricos e quantitativos. Ao se considerar os negros como minorias, parte-se da qualificação como um grupo que não tem acesso aos direitos com a facilidade que os brancos, especialmente os membros de classes média e alta, mesmo sendo maioria da população brasileira em termos quantitativos.

Mas como se definem, afinal, estas minorias? Para Bunchaft (2015) se trata de grupos não devidamente reconhecidos pela sociedade, o que faz com que seus integrantes sofram o estigma de se perceberem como sendo de certo modo inferiores.

Nildo Viana (s/a; s/p) não é favorável à utilização da palavra minorias, pois

O problema de minoria é que ela depende da existência de uma maioria e isso nada mais é que classificação mediante as medidas do mais forte, seja no contexto social, de classe, econômico ou de poder ou todos eles juntos. O padrão, o que supostamente é universal, forja a maioria e ela forja a minoria, diz quem é menos detentor de direitos, quem tem menos participação política, quem pode consumir menos, quem pode ser violentado.

Não obstante seu entendimento, é fato que a palavra condiz com a situação do mundo empírico, da práxis social, de modo que a utilização dela neste trabalho não tem a intenção de menosprezar determinados grupos, mas de possibilitar maior alcance de leitura aos interessados no tema.

Deste modo, tal situação de inferioridade se dá em diferentes âmbitos, seja por uma falta de estrutura familiar, pela ausência de suporte estatal ou por um custo de vida mais elevado, enfim, situações que acabam privando estes grupos de direitos básicos e aumentando a desigualdade vivenciada por eles frente ao restante da sociedade (BUNCHAFT, 2015).

Nas sociedades democráticas ocidentais há um entendimento de que o combate às desigualdades deva se dar a partir de políticas públicas debatidas pelos legisladores e executadas pelos administradores. Não obstante, embora não haja dúvidas de que

[...] a democracia seja o meio adequado para a mudança social e a preservação da liberdade, os indivíduos que sofrem danos e humilhações não precisam esperar a ação legislativa para garantir a efetividade de um direito fundamental (BUNCHAFT, 2015, p. 43).

Assim, na democracia representativa, como a do Brasil, o que predomina é a vontade da maioria. Mas, isso em termos quantitativos, apenas. Tem-se como democracia efetiva e que atenda às demandas das pessoas no século XXI aquela em que seja possível que as minorias tenham possibilidade de demandar e de serem ouvidas e representadas, por elas mesmas, na seara pública. Muniz Sodré (2005, p. 11) indica que “minorias como coletividades que se apresentam em vulnerabilidade jurídico-social e estão em lutas contra hegemônicas, através de estratégias discursivas”.

Desse modo, como pontua Sodré:

[...] minoria não é, portanto, uma fusão gregária mobilizadora, como a massa ou a multidão ou ainda um grupo, mas principalmente um dispositivo simbólico com uma intencionalidade ético-política dentro da luta contra hegemônica (SODRÉ, 2005, p. 11).

Portanto, é fato que os membros das minorias, num país como o Brasil, marcado por uma história elitista, patriarcal, autoritária, expansionista e individualista, não têm os mesmos acessos que os demais cidadãos aos direitos mais básicos, menos ainda àqueles que se mostram mais tradicionais, como, por exemplo ao matrimônio<sup>5</sup>.

Nesse sentido conclui-se que as políticas públicas inclusivas, enquanto forma de ação afirmativa, são de fundamental importância para a proteção dos direitos das minorias no intento de assegurar-lhes a dignidade humana, os direitos e garantias fundamentais inerentes a todos os indivíduos.

---

<sup>5</sup> Defende Bobbio (2004) que o fundamento de ser absoluto um direito fundamental causa problemas quando se depara com outro, tão fundamental quanto. No caso do matrimônio, por ser considerado o cerne da família desde muito tempo na história, deveria ser firmado entre um homem e uma mulher, com o primordial dever de procriação. Assim, ao se negar a celebração e a validade dele para pessoas do mesmo sexo está a se negar o próprio direito. Ao se entender em favor do fundamento absoluto, está-se negando o direito ao matrimônio fora dos esquadros pensados pelo Legislador, ao arrepio da modificação das demandas sociais contemporâneas. Inclusive é fato de que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1.948), em seu artigo 16, dispõe que: “A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião”. Assim, a existência de direitos fundamentais com viés absoluto pode limitar a abrangência deles, gerando um efeito contrário, na prática, do que aquele previsto na teoria. A tese de Bobbio é interessante, nesse sentido: “Aliás, vale a pena recordar que, historicamente, a ilusão do fundamento absoluto de alguns direitos estabelecidos foi um obstáculo à introdução de novos direitos, total ou parcialmente incompatíveis com aqueles” (BOBBIO, 2004, p. 15).

## DEMANDAS CONTEMPORÂNEAS DOS GRUPOS MINORITÁRIOS

Diante da nova ordem constitucional pós-1988, aliás, a dignidade humana, apesar de estar disposta como um dos Fundamentos do Estado Brasileiro, e alicerçada no rol dos objetivos fundamentais da República, ainda necessita de legitimação, tais como, a inclusão social das minorias, que ainda hoje, em diversos casos, são desprezadas e tratadas de forma indigna (ANGELIN; DE MARCO, 2014).

Para Mesquita e Maia (2009, p. 11):

Com o fim da Ditadura Militar e a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil encontra-se em constante processo de fortalecimento e consolidação de sua democracia. No entanto, o modo como os cidadãos participam da construção desse Estado Democrático e a persistência de problemas e desigualdades sociais que deveriam ser resolvidas com a instauração dessa forma de Estado acontecem de uma maneira totalmente imprevista.

Aliás, para Nancy Fraser (2009) os grupos de minorias não mais apenas refletem a desigualdade material, como também refletem questões de identidade, diferenças e reconhecimento. A autora problematiza esse novo contexto social contemporâneo a partir da análise tanto da privação econômica, quanto do desrespeito cultural e aborda sua proposta de solução através do que ela passou a denominar de remédios da redistribuição e do reconhecimento.

De fato, não se pode esquecer que em um Estado Democrático de Direito, é imprescindível o reconhecimento e a viabilização dos direitos dos grupos considerados minorias. E isso não deve se dar apenas pelo Estado, como também pela sociedade em geral, que discrimina e exclui a partir de entendimentos culturais já enraizados e amplamente difundidos (ANGELIN; DE MARCO, 2014).

Nesse contexto os movimentos populares que antes possuíam identificação de classe e atuavam visando mudanças em um viés sobretudo socioeconômico, passaram a cada vez mais atuar na defesa de interesses de grupos sociais identificados como minorias, com ações voltadas ao seu reconhecimento e afirmação na sociedade (MESQUITA; MAIA, 2011).

Fraser (2009, p. 232) exemplifica isso da seguinte maneira:

O remédio para a injustiça econômica é alguma espécie de reestruturação político-econômica. Pode envolver redistribuição de renda, reorganização da divisão do trabalho, controles democráticos do investimento ou a transformação de outras estruturas econômicas básicas. Embora esses vários remédios difiram significativamente entre si, doravante vou me referir a todo esse grupo pelo termo genérico "redistribuição". O remédio para a injustiça cultural, em contraste, é alguma espécie de mudança cultural ou simbólica. Pode envolver a revalorização das identidades desrespeitadas e dos produtos culturais dos grupos difamados. Pode envolver, também, o reconhecimento e a valorização positiva da diversidade cultural. Mais radicalmente ainda, pode envolver uma transformação abrangente dos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, de modo a transformar o sentido do eu de todas as pessoas. Embora esses remédios difiram significativamente entre si, doravante vou me referir a todo esse grupo pelo termo genérico reconhecimento.

A bem da verdade, nas sociedades contemporâneas o tratamento diferenciado de grupos sociais não deveria ser algo admissível, sobretudo do ponto de vista cultural já que a diferença não pode ser tratada como algo que menospreza e exclui. Porém, ao se analisar como os grupos minoritários são tratados é possível verificar o longo caminho que ainda se tem a percorrer (ANGELIN; DE MARCO, 2014).

Portanto, o que se busca não é mais e tão somente a concretização das igualdades formal e material de outrora, mas também se busca, pela lógica dos chamados remédios da redistribuição e reconhecimento, ações afirmativas e transformadoras do Poder Público que reconheçam positivamente os grupos desvalorizados.

Fraser (2009, p. 233), neste ponto, até mesmo apresenta o que ela denomina de dilema redistribuição-reconhecimento, visto que “Pessoas sujeitas à injustiça cultural e à injustiça econômica necessitam de reconhecimento e redistribuição. Necessitam de ambos para reivindicar e negar sua especificidade”.

Para Angelin e De Marco (2014, p. 10):

A dignidade da pessoa humana deve ser garantida, protegida e respeitada pelo Estado e pelos cidadãos que nele residem e, um dos instrumentos para essa viabilização é a efetivação das garantias e direitos fundamentais através de políticas públicas, também conhecidas como ações afirmativas.

Inclusive, Gomes (2001, p. 39-40) destaca a importância das políticas públicas para a proteção das minorias no âmbito do Estado Democrático de Direito:

Inicialmente, as ações afirmativas se definiam como um mero “encorajamento” por parte do Estado a que as pessoas com poder decisório nas áreas públicas e privada levassem em consideração, nas suas decisões relativas a temas sensíveis como o acesso à educação e ao mercado de trabalho, fatores até então tidos como formalmente irrelevantes pela grande maioria dos responsáveis políticos e empresariais, quais sejam, a raça, a cor, o sexo, e a origem nacional das pessoas. [...] **atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal da efetiva igualdade de acesso a bens [...].** Grifo nosso.

Partindo dessa tese, Ramacciotti e Calgaro (2021) propõem que os grupos minoritários tomem parte dos espaços de decisão, de representação de suas demandas perante o poder estatal. Ao se aumentar a participação de mulheres, negros, indígenas, população LGBTQIAP+, as demandas destes e de outros grupos considerados minoritários poderão ser ouvidas e postas em prática. Tal é o pensamento de Fraser (2009) também, ao tratar da justiça social como algo que demanda reconhecimento, redistribuição e representação (ou participação política).

Iris Young (2000, p. 170), neste ponto, auxilia na compreensão da necessidade de haver representação e representatividade das minorias na esfera pública:

O problema da sub-representação política das minorias sociais e grupos vulneráveis nas democracias representativas atuais é um problema amplamente debatido, de modo que políticas públicas específicas, tais como as políticas de cotas de participação tem sido uma das soluções propostas para minimizar esse problema de exclusão, sub-representação ou posição histórica de vulnerabilidade social.

A partir disso, ao se analisar, por exemplo, a existência de cotas raciais e sociais em concursos e em Universidades públicas, a inexistência de norma que legalize o matrimônio homoafetivo no Código Civil<sup>6</sup>, o racismo latente na sociedade, decorrente de um passado de escravização de pessoas no território brasileiro, a homofobia e a transfobia<sup>7</sup>, condutas tão comuns, graves e prejudiciais, mas sem tipificação como crimes no Código Penal, entre outras lesões de direitos e garantias fundamentais, entende-se que o Poder Judiciário, sozinho, não resolve todas as demandas das minorias. Porém, diante da desatenção do Legislativo quanto a tais temas, acaba “preenchendo” tais lacunas.

Por isso, é interessante se estudar casos, para se estabelecer os limites do ativismo judicial em prol das minorias e que não desborde e cause-lhes ainda mais estigma e vulnerabilidade.

## **JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA**

Assim, neste momento busca-se, a partir da análise de decisões e jurisprudências, identificar em quais casos que o Judiciário, ao extrapolar a sua esfera de competência, contribuiu no processo de concretização dos direitos e garantias fundamentais das minorias e, com isso, distinguir a judicialização da política do ativismo judicial através da análise de casos paradigmáticos, como o Habeas Corpus (HC) nº 82.424/RS, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277/DF e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ.

## **O PAPEL POLÍTICO DO JUDICIÁRIO NA APLICAÇÃO DO DIREITO**

Chega-se, finalmente, à análise da atuação jurisdicional no contexto da atualidade. Segundo Gomes (2010) não se pode negar, hoje, que o juiz também é um ser político, já que é impossível a qualquer indivíduo nos dias de hoje se despir dessa faceta. Dentro dessa perspectiva, trabalha-se com o juiz como um agente estatal, não partidário, mas que, nesse sentido, ao exercer a autoridade que lhe é investida, aplica e direciona as políticas de Estado.

Hess, citado por Gomes (2010, p. 14), aduz que: “Assim, o juiz, enquanto atua como agente político, concentra poder e autoridade para aplicar os princípios de igualdade e de justiça social nos casos concretos e para direcionar juridicamente o funcionamento do Estado”.

Neste diapasão passou a ser importante a diferenciação entre a decidir e escolher no âmbito da atividade jurisdicional. Quando se decide, se aplica o Direito, quando se escolhe, pode o juiz acabar “decidindo” por sua vontade particular, trazendo ao caso uma subjetividade indevida.

---

<sup>6</sup> Omissão legislativa já sanada pelo Supremo Tribunal Federal, ao dar interpretação conforme a Constituição Federal aos artigos 1.514, 1.527 e 1.723, do Código Civil, sobre o casamento e a união estável, para reconhecer a união civil homoafetiva, no âmbito do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277/DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ, decisão posteriormente regulamentada pela Resolução nº 175, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

<sup>7</sup> Citam-se tais situações, problemas e contextos apenas para exemplificar a condição das minorias, sabendo que se apresentam como rol **não** taxativo.

No momento da práxis o juiz deve resolver o caso concreto, adequando a lei ao presente e, como intérprete, conferindo sentido à norma. Entretanto, ao fazê-lo, não o faz de maneira arbitrária ou discricionária. Trata-se, pois, de uma tradução, tradução esta que não deve ser feita conforme a vontade ou conhecimento do juiz, o que assim configuraria uma escolha (STRECK, 2017).

Deste modo, ao intérprete não é autorizada justamente a escolha da interpretação que mais lhe seja conveniente. Não. O que se espera é a busca pela compreensão do texto jurídico a partir da fusão de horizontes, de modo que ao decidir ele já compreendeu e tão somente aplica a norma depreendida do texto da lei. Portanto, a decisão só é possível porque o juiz já encontrou a fundamentação, que nada mais é do que a finalidade da norma, segundo a qual deve ser tomada a decisão, não feita uma escolha sobre o que intérprete pensa ser o certo. O juiz deve estar convicto da decisão, mas não baseado nas suas próprias convicções (STRECK, 2017).

Ainda, segundo Gomes (2010, p. 15), ao contrário dos juízes do Estado Liberal de Direito, na atualidade ao perfil do magistrado “é enfatizado o seu dever de implementar, nos seus julgados, os valores do Estado Democrático de Direito, com a adoção de um papel hermenêutico ativo em prol da legitimação das promessas constitucionais de justiça e igualdade”. Este é, afinal, o papel da Hermenêutica Constitucional.

Com uma Constituição não surge apenas um novo regime, mas sim um novo Estado a partir da vontade soberana do povo que elege um Poder Constituinte Originário, dotado de substancialidade formadora e limitadora da estrutura que dele se origina. Este papel é perceptível a partir do controle das discricionariedades e da harmonia entre os poderes constituídos, zelando por um equilíbrio que deve ser observado (STRECK, 2017).

A Constituição é, portanto, uma carta política, resultado do novo pacto social entre povo e Estado surgido ante o consenso pelo fim do regime autoritário anterior, mas também é uma carta de direitos e deveres, direitos individuais e coletivos, bem como deveres, oponíveis não apenas contra terceiros, mas também, senão principalmente contra o Estado e seus agentes, vinculando todos ao caráter normativo da Lei Maior (STRECK, 2017).

Assim, ainda que formada por um processo político, tão logo promulgada passa a estar além da pura política, devendo resistir às idas e vindas de governos e legislaturas, resguardando a força normativa da Constituição das tentativas de interferências políticas (STRECK, 2017).

É em Gadamer (apud LOPES, 2000) que se encontra esta ideia de normatividade do Direito, a partir da qual passa a ser finalidade da Hermenêutica encontrar seu sentido. Ainda que a compreensão do sentido original pretendido pelo autor ao elaborar o texto seja uma reprodução, também deve o intérprete produzir, através de seus preconceitos e perspectiva, aplicando a norma.

Gadamer (apud LOPES, 2000) também entende que a concatenação destes atos permite a prática do círculo hermenêutico, o qual estará sempre modificando o sentido do texto da lei, não apenas reconstruindo o texto intencionado originalmente pelo legislador. É por este meio do compreender, interpretar e aplicar a norma que se lhe dá vida, a dota de sentido e assim lhe permite se adequar às diferentes circunstâncias concretas, mesmo sob uma perspectiva diferente da original.

Cabe esclarecer que a ideia do círculo hermenêutico é de que compreensão, interpretação e aplicação são complementares e interdependentes. Em sua teoria hermenêutica, Gadamer (apud LOPES, 2000) define conceitos que logo à frente irão

refletir na própria função do Direito ante os textos normativos. Para tanto, tem-se a completude do processo interpretativo apenas com a aplicação do texto normativo, momento no qual se faz possível plenamente a sua compreensão.

O paradigma constitucionalista pós-moderno no Brasil, marcado pela Constituição Federal de 1988, é descrito por Barcellos (2005) pela passagem da Lei Maior ao centro do sistema jurídico nacional, perpassando o mero meio político. A sua supremacia até então formal assume também natureza prática, caracterizada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios, transformando a Constituição no parâmetro a partir de qual orbita todo sistema jurídico infraconstitucional.

Neste sentido, Streck (2017), estabelece que como centro gravitacional do ordenamento jurídico, a Constituição deve estar aplicada em todas as normas e, portanto, no momento de aplicar uma norma o juiz deve verificar se ela está adequada à Constituição, ao que ele denomina direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição. Se, no momento da aplicação no caso concreto, a norma estiver de acordo com os princípios e preceitos constitucionais, então a norma é adequada, pois compatível com o sentido normativo da Constituição, condição essencial da possibilidade de agir de todo jurista, bem como de existência das demais normas.

Portanto, ao se analisar decisões recentes do Supremo Tribunal Federal, verifica-se uma tendência de decisões que interpretam e aplicam a Constituição Federal ao tempo em que buscam assegurar os direitos e garantias fundamentais de grupos minoritários, conforme abordado na sequência.

## **A JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO: ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS**

O Supremo Tribunal Federal é a instituição responsável pela guarda da Constituição Federal (art. 102, *caput*, CF) e como tal exerce o papel de corte constitucional, através do qual é o intérprete e aplicador final das normas constitucionais brasileiras, inclusive quando julga se normas infraconstitucionais, atos e decisões de outras autoridades estão de acordo com o Texto Maior.

Em específico, no julgamento do HC nº 82.424/RS, o conhecido Caso Ellwanger, ao debater o conceito de racismo, aplicado, *in casu*, para definir a ocorrência ou não de prescrição, uma vez que o crime em questão é trazido como imprescritível pela Constituição (art. 5º XLII), concluiu-se que o racismo, enquanto meio discriminatório e de perpetuação das desigualdades, deve ser abominado e combatido em todas as suas manifestações no Brasil. Nesta senda, as palavras do então Ministro Celso de Mello:

A noção de racismo -- ao contrário do que equivocadamente sustentado na presente impetração -- não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, além de caracterizar, em sua abrangência conceitual, um indistinguível instrumento de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social.

Outrossim, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, o Supremo Tribunal Federal entendeu por bem que, por estar o Estado Brasileiro em mora inconstitucional, dever-se-ia aplicar o conceito de "racismo social" adotado no Caso Ellwanger nos casos de homofobia e transfobia, enquadrando tais condutas, por analogia, à do artigo 20, da Lei nº 7.716/1989, como forma de proteger a comunidade LGBTQIAP+ até que o Congresso Nacional edite lei

própria. Não obstante o voto divergente do então Ministro Marco Aurélio, que entendeu se estar invadindo a competência típica do Poder Legislativo, se tomou o cuidado de se adotar a chamada interpretação conforme a Constituição ao texto legal, para, assim, afastar o entendimento minoritário da ocorrência de analogia em *malem partem*.

De fato, para Streck (2007) a ponderação “à brasileira” ao não seguir os critérios objetivos de Robert Alexy põe princípio contra princípio, fazendo com que o magistrado opte por um deles, em detrimento do outro. Assim, o intérprete, discricionariamente, escolhe o que lhe é mais caro, excluindo completamente a incidência do outro.

Lênio Streck (2007) ainda defende que o excesso de valoração do Direito advindo do panprincipiologismo autoriza aos juízes uma aplicação axiológica, nos casos concretos, da própria ponderação, tornando-a a “fundamentação perfeita” no momento de decidir conforme os seus posicionamentos pessoais, passando a ser, a bem da verdade, uma porta aberta à discricionariedade e ao decisionismo (ativismo).

Por sua vez, Dworkin (1999, p. 452) critica expressamente a sua concepção de ativismo judicial ao afirmar que

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige.

Em sentido não inteiramente oposto, mas sim paralelo, a judicialização é muito mais uma constatação sobre o que tem ocorrido recentemente ante a maior valorização e proteção de direitos sob a proteção constitucional, que acabam por possibilitar um maior número de demandas no Judiciário, do que uma postura positiva ou negativa dos magistrados em si (TASSINARI, 2013).

Assim, ainda no ano de 2011, o STF concluiu o julgamento conjunto da ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 1.277/DF, na qual estabeleceu a proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano do gênero, seja no plano da orientação sexual.

Segundo o voto do Ministro Relator Ayres Britto:

O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. [...] Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais e o empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas.

De fato, o art. 226, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), confere à família especial proteção do Estado, pelo que, a partir da interpretação do texto constitucional pouco importa a forma pela qual a família foi constituída, ou se formada por casais hetero ou homoafetivos, nem mesmo havendo que se falar em

diferenciação de direitos das famílias se constituam a partir de um casamento ou de uma união estável.

Do acórdão do julgamento da ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 1.277/DF se extrai que a Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Portanto, a família como instituição privada voluntariamente constituída entre pessoas adultas, que apenas ganha plenitude de sentido quando resulta no igual direito subjetivo na sua formação e fruição, deve ser vista sob o prisma da isonomia entre os indivíduos, seus gêneros e orientações sexuais.

Tal decisão advém da inexistência de norma que legalize a união civil homoafetiva na legislação, ou melhor, pela conferência de interpretação conforme a Constituição Federal para declarar a inconstitucionalidade do art. 1.723, do Código Civil (BRASIL, 2002), cuja redação estabelece que “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”. – Grifo nosso.

A partir de tal análise, se verifica que contemporaneamente não se pode separar o Direito da política, embora se deva distinguir o ativismo judicial da judicialização da política, sendo aquele não autorizado pelo reconhecimento do elo entre política e Direito. Tal distinção ocorre quando se verifica que

[...] um juiz ou tribunal pratica o ativismo quando decide, a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional [...]) (STRECK apud TASSINARI, p. 21, 2013).

De fato, o sistema jurídico se prova como algo muito mais complexo do que o Direito em si, um sistema aberto aos anseios sociais, mas que respeitando seus limites consegue responder às demandas que devem ser reguladas e previstas em Lei, bem como os limites encontrados sob o próprio regime constitucional, o qual irradia sobre toda estrutura legal vigente (DINIZ, 2019).

Desta forma, a passagem de Bobbio (BOBBIO, 2004, p. 29) deixa claro que, no cenário do Legislativo, declarar um direito no contexto social é uma coisa, já desfrutá-lo efetivamente é outra, vez que

A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido.

Por tudo isso, pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma questão social e atual. A abrangência deste fenômeno, portanto, não depende daqueles que exercem a judicatura. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade – característica da sociedade contemporânea. A diminuição da judicialização não carece, pois, apenas de medidas

realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de outras que envolvam os demais Poderes constituídos, com o respectivo comprometimento social (TASSINARI, 2013).

## CONCLUSÃO

O estudo proposto demonstrou que o Poder Judiciário, ao longo da história, especialmente a partir do surgimento dos regimes democráticos modernos, passou a desempenhar um papel mais abrangente na salvaguarda dos direitos e garantias dos indivíduos e grupos, contemporaneamente, especialmente dos minoritários. Contudo, tal atividade mais *lato* do Judiciário não pode permitir que ele interfira ou tome para si funções afetas ao Legislativo e / ou ao Executivo na formulação de políticas públicas. Do mesmo modo, não é permitido que invista contra o sistema normativo e aplique o direito partindo de pressupostos pessoais, subjetivismos e ideologias, degenerando para ativismo judicial.

Assim, considerando o mote da presente pesquisa, que parte da seguinte questão central: em que medida o ativismo judicial atua no processo de concretização<sup>8</sup> dos direitos e garantias fundamentais das minorias no contexto da democracia brasileira? Pode-se afirmar que a atuação do Judiciário, nos casos envolvendo minorias, para a concretização de seus direitos e garantias fundamentais, deve ser limitada pela Constituição e pelo sistema normativo como um todo, fazendo assim uma barreira aos subjetivismos, às ideologias e às decisões “conforme a consciência” ou a partir do “livre convencimento” ou da moral do julgador. O ativismo como tal tratado pelos estudiosos do tema, é nefasto ao Direito.

Por isso é que se questiona se o ativismo judicial acaba ou não e, se sim, em que grau, por se transformar em decisionismo conveniente e subjetivista, distanciando-se do Direito. A partir dos estudos realizados, é possível se defender que ao se trabalhar dentro dos limites do Direito não haverá problemas com a atuação do Judiciário na concretização de direitos e garantias das minorias, pois este atuará conforme os poderes que lhe foram concedidos pela Constituição. Quanto menos os demais poderes e a própria iniciativa privada atuarem em suas competências e quanto menos houver participação, representação e representatividade das minorias nos espaços de poder e decisão, maior será a atuação do Judiciário em temas políticos, tamanha a frequência que acaba por ser provocado.

Assim, antes mesmo de ações políticas que priorizem a igualdade e objetivem direitos a minorias, é preciso um maior envolvimento social em todos os setores para que haja desenvolvimento e igualdade de oportunidades e condições para que as minorias possam demonstrar, por si mesmas, por suas vozes e representando elas mesmas, que questões como a cor da pele, a nacionalidade, a etnia, a orientação sexual ou o gênero não as tornam menos dignas em relação aos demais membros da sociedade.

A partir do estudo do Habeas Corpus (HC) nº 82.424/RS, da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277/DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ, verifica-se que, ao não se distanciar da Constituição e da adequada aplicação do direito, o Judiciário contribui para o processo de concretização dos direitos e garantias fundamentais das minorias e não “desliza” em subjetivismos.

---

<sup>8</sup> Ver nota explicativa de nº 1.

Diante disso tudo, vale salientar a importância da luta por reconhecimento de direitos das minorias, contribuindo para que o Estado de Direito pudesse positivizar em formas de lei e/ou políticas públicas medidas fundamentais para a viabilização das realidades multiculturais harmônicas, ou que, embora estejam positivadas, ainda carecem de efetivação.

Como visto, em muitas situações comuns e complexas da vida das pessoas negras, trans, homossexuais, órfãos, idosos, mulheres, pessoas com deficiências, migrantes, indígenas, entre outros, se não for pela atuação do Judiciário, não há concretização de direitos dos mais básicos aos mais especiais.

É, portanto, visto que a efetividade e a fruição dos direitos e garantias das minorias se dará através do direcionamento das políticas públicas pelo Estado, não apenas pelo Judiciário, mas também pelos demais Poderes constituídos. E, é quando estes falham ou se omitem em fazê-lo que deve atuar o Judiciário, de forma sempre passiva, quando provocada a Jurisdição, do que decorre a judicialização e litigiosidade da sociedade, devendo-se evitar, sim, o ativismo, caracterizado pelos subjetivismos e decisionismos pelos intérpretes / aplicadores do Direito.

## REFERÊNCIAS

ANGELIN, Rosângela; DE MARCO, Thaís Kerber. Viabilização de Direitos de Cidadania para Minorias em uma Sociedade Multicultural. *In: Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas da Sociedade Contemporânea*, 11; *Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos*, 7. 2014.

APPIO, Eduardo. **Direito das Minorias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2000.

BOTELHO, André; SCHWARCZ, Lilia M. **Cidadania, um projeto em construção: minorias, justiça e direitos**. São Paulo: Claro enigma, 2012.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**, Brasília: Diário Oficial da União, 1988.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 01 de janeiro de 2002**. Estabelece o Código Civil, Brasília: Diário Oficial da União, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424**. Relator para o acórdão Min. Maurício Corrêa. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.277/DF**. Relator Min. Ayres Britto. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Relator Min. Celso de Mello. 2018.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Ativismo judicial e grupos estigmatizados**: filosofia constitucional do reconhecimento. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

DAHL, Robert A. Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, nº 252, p. 25-43. 2009.

DINIZ, Maria Helena. A Antinomia Real e a Polêmica do Diálogo das Fontes. **Revista Jurídica da UNICURITIBA**. Curitiba, v.3, nº 56, p. 228-247. 2019.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luíz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era "pós-socilaista." Tradução de Julio Assis Simões. **Cadernos de Campo**. São Paulo: nº 14/15, p. 01-382. 2006.

FRASER, Nancy. Scales of justice: reimagining political space in a globalizing world. New York: Columbia University Press, 2009.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**: Justiça e Democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Piaget, 1998.

GOMES, Mário Soares Caymmi. O direito na mudança paradigmática da pós-modernidade. **Revista da Informação Legislativa**. Brasília: nº 188, p. 191-207, out./dez. 2010.

HESS, Heliana. **Instrumentos de atuação do juiz-agente político no Estado Constitucional de Direito (contribuição do Direito de Ordenação Social Alemão)**. Dissertação (Mestrado em Direito). Departamento de Direito de Teoria do Estado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1995.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A hermenêutica jurídica de Gadamer. **Revista da Informação Legislativa**. Brasília, nº 145, p. 101-112, jan./mar. 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: RT, 2006.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MESQUITA, Alebe Linhares; MAIA, Gretha Leite. Democracia Brasileira e Movimentos Sociais na Contemporaneidade. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza: nº 11, p. 09-23. 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução de José Antônio de Freitas. São Paulo: Martin Claret, 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948.

RAMACCIOTTI, Barbara Lucchesi; CALGARO, Gerson Amauri. Construção do conceito de minorias e o debate teórico no campo do Direito. **Sequência** (Florianópolis) [online]. 2021, v. 42, n. 89. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2021.e72871>. Acesso em: 27 dez. 2022.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lênio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS 3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília: v. 5, Nº Especial, p. 51-61. 2015.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica constitucional. **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). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/18/edicao-1/hermeneutica-constitucional>. Acesso em: 08 nov. 2022.

SODRÉ, Muniz. Por um conceito de minoria. *In*: PAIVA, Raquel; BARBALHO, Alexandre (Org.). **Comunicação e cultura das minorias**. São Paulo: Paulus, 2005. p. 11-14.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VIANA, Nildo. **Significado de Minorias**. Disponível em: <https://cafecomsociologia.com/o-que-saominorias/>. Acesso em: 08 nov. 2022.

YOUNG, Iris Marion. Representação política, identidade e minorias. **Lua Nova**, São Paulo, 67:139-190, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n67/a06n67.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2022.

## O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A GARANTIA DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

*Ariane Langner Antonioli<sup>1</sup>*

*Michelle A. Pasturiza Garcia Cerejo<sup>2</sup>*

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O momento do Constitucionalismo Contemporâneo, entendido como uma fase evolutiva do Constitucionalismo moderno e intimamente relacionado com o Estado Democrático de Direito, teve seu advento no Brasil com a Carta de 1988 e proporcionou uma mudança de olhar sobre o Direito, passando a ser a figura central de todo sistema. O Constitucionalismo é incompatível com a possibilidade de respostas no Direito fundadas na subjetividade ou na objetividade.

Diante disso, o presente resumo objetiva traçar alguns parâmetros acerca do que se entende por decisão fundamentada. A matriz teórica adotada será a fenomenológica-hermenêutica, que parte da compreensão que o pesquisador, diante de sua condição de ser-no-mundo, é capaz de atribuir significado à problemática processual levantada.

### REFERENCIAL TEÓRICO

Importante delinear, primeiramente, que a motivação será sempre obrigatória quando for imprescindível para assegurar a ampla defesa e o contraditório, o que é chamado pela doutrina de motivação constitucionalmente obrigatória (MEIRELLES, 2008, p. 103), e previsto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal. No que tange especificamente ao dever de motivação das decisões judiciais, essa garantia está prevista no artigo 93, inciso IX, do texto constitucional, que prevê que todas as decisões devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade.

Tal garantia decorre diretamente do princípio da moralidade, do acesso à Justiça e do princípio da eficiência, permitindo o controle posteriormente (MEIRELLES, 2008, p. 103). De fato, trata-se de uma garantia, na medida que esse “princípio da fundamentalidade das decisões se apresenta como um dos pilares de um Estado Democrático de Direito” (FERNANDES, 2012, p. 935). Afinal, por meio de uma exposição clara dos fundamentos da sentença, não só a ampla defesa é assegurada (direito da parte), como dois decorrentes lógicos dos pressupostos do Estado Democrático de Direito, quais sejam, a imposição de uma prestação jurisdicional de qualidade e o controle dos cidadãos sobre o Judiciário.

Contudo, é crucial que se questione em que medida essa garantia é considerada efetivada, levando-se em consideração o paradigma de uma prestação jurisdicional de um processo no contexto do Constitucionalismo Contemporâneo e na tradição do Estado Democrático de Direito. Primeiramente, é vital entender que para o fortalecimento do Constitucionalismo Contemporâneo e do Estado Democrático de Direito,

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), na linha de pesquisa “Direitos na Sociedade em Rede”. Analista processual da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Lattes (<http://lattes.cnpq.br/3202621907128764>). Endereço eletrônico: arianelangner@hotmail.com.

<sup>2</sup> Acadêmica de Direito da URI Santo Ângelo. Endereço eletrônico: mixelle.cerejo@gmail.com.

[...] mais do que possível, é necessário buscarmos respostas hermeneuticamente adequadas (corretas). [...] O que é evidente é que não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. Afinal – e a percuciente observação é feita por Cattoni: “O direito sob o Estado Democrático de Direito não é indiferente às razões pelas quais um juiz ou tribunal toma suas decisões. O direito, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, cobra reflexão acerca dos paradigmas que informam e conformam a própria decisão jurisdicional” (STRECK, 2012, p. 336).

O Código de Processo Civil emergiu com a grande promessa de dar um passo decisivo no sentido da constitucionalização do processo. Logo no artigo de abertura do Código<sup>3</sup> é inferido que o processo civil deve ser ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição. Previsão especialmente perspicaz em um momento de Constitucionalismo Contemporâneo, onde

[...] Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional (STRECK, 2014, p. 64).

E nesse sentido, fala-se na interpretação dos princípios constitucionais, esses verdadeiros “padrões de “moralidade institucionalizada”, normativamente compreendidos, assumem o papel de “fechar” a interpretação, de conduzi-la rumo à “correção” que sustentamos seja possível (e necessário) atingir” (MOTTA, 2010, p. 159). Os princípios reintroduziram a prática no Direito, e reafirmaram a relação entre Direito e caso concreto;

[...] o direito é parte integrante do próprio fato submetido a juízo, também é correto afirmar que em tempos de Estado Democrático de Direito instituído pelo movimento constitucional transformar da realidade surgido com o segundo pós-guerra tornou-se fundamental, tendo-se em vista o embate entre as teorias interpretativas e a indeterminabilidade do direito, pensar (o direito) hermeneuticamente. Trata-se de abrir espaço ao verdadeiro papel assumido pela Constituição diante da complexidade social (ISAIA, 2010, p. 73).

“Não há uma questão de direito a ser acoplada a uma questão de fato e vice-versa. A atribuição de sentido (Sinnggebung) dar-se-á nessa fusão, nessa síntese hermenêutica” (STRECK, 2011, p. 275). Desse modo, sustenta-se que somente uma decisão que respeite as especificidades do caso concreto – Lenio Streck nomeia de DNA factual (STRECK, 2011, p. 103) – pode ser considerada efetivamente fundamentada. Isso porque, a decisão deve ter sua fundamentação, expressa e especificamente, delineada sobre as particularidades do caso concreto, em sua coerência e integralidade.

O texto (regra) é inseparável do seu sentido, que apenas se revela na interpretação/aplicação de algo da facticidade, entre questão de fato e questão de direito apresenta-se apenas uma diferença ontológica. O processo hermenêutico

---

<sup>3</sup> Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

pressupõe que o julgador somente é passível de interpretar porque ele já pré-compreende, devido a sua condição de ser-no-mundo, ou seja, da tradição em que está inserido, demandando a compreensão da historicidade e dos postulados do texto constitucional.

Trata-se de aproximar o intérprete (juiz) e do objeto de sua investigação (fato/direito material), como condição de possibilidade para que o intérprete adquira a facticidade e a historicidade para compreender-interpretar-aplicar o direito ao caso concreto. É imprescindível que o juiz, enquanto ser-no-mundo, conheça os pormenores do caso concreto e, somente com essa pré-compreensão, será capaz de compreender-interpretar-aplicar o direito.

Afinal, o “direito, assumida a sua dimensão hermenêutica, passa a demandar novos paradigmas, que, por sua vez, exigem novas formas de compreensão, que superam o direito-enquanto-sistema-de-regras e resgatam o mundo prático (facticidade) até então negado pelo positivismo e pelos valores liberais do Estado” (ESPINDOLA, 2015, p. 30). A decisão judicial somente será coerente com a própria normatividade da Constituição e com a integridade do direito, caso tenha como parâmetro o caso concreto, considerando integridade do direito como equivalente

[...] ao respeito à tradição (autêntica/legítima), circunstância que, no direito, assume especial especificidade: se queremos dizer algo sobre o texto (que nunca é algo abstrato, um mero conceito, uma pauta geral ou qualquer enunciado linguístico), temos de deixar que este nos diga algo (pense na jurisprudência, na doutrina, enfim, no modo de explicitação ôntico-proposicional das diversas manifestações do direito). E esse texto estará dependente de um fundamento de validade, que é a Constituição [...] (STRECK, 2012, p. 350).

Tal postura é inerente a própria concepção da existência do intérprete em um mundo, que demanda que a atividade jurisdicional respeite os contextos interpretativos já existentes, a tradição em que está inserido e os princípios constitucionais (ISAIA, 2012, p. 62). Nesse sentido, o entendimento que se chega é que a garantia de uma decisão fundamentada seria alcançada quando comprometida com a reconstrução do caso, em suas particularidades, pois é somente a partir dessa premissa que será possível analisar a resposta correta (em conformidade com a Constituição) para aquele caso concreto específico.

A condição de possibilidade para uma decisão fundamentada é a reaproximação do direito material e do direito processual, separação própria do dualismo metafísico, e que perpetrou o afastamento do caso concreto do intérprete-juiz. Retoma, por conseguinte, as mazelas das fases processuais anteriores, da cisão entre questão de fato e questão de direito, incompatível com a Teoria da Decisão e o modelo processual, próprios do Constitucionalismo Contemporâneo.

O processo civil deve estar comprometido com a hermenêutica, uma vez que constitui o caminho que torna possível uma decisão desenvolvendo-se sob os olhares dessa integridade do direito. A própria prestação jurisdicional, caso não tenha seu sentido dado a partir da relação hermenêutica, não pode ser considerada adequada, pois sempre comportará rupturas na aplicação do direito. Não apreender esses postulados representa o esvaziamento de sentido do próprio sistema protetivo trazido pela Constituição Federal.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na intersecção entre o contraponto entre a complexidade do tema (e os múltiplos ângulos em que a questão pode ser trabalhada) e os limites do trabalho proposto, entende-se possível retirar algumas conclusões, que de forma alguma podem ser pontuadas de finais. É importante ressaltar que a pesquisa partiu do pressuposto que a motivação das decisões judiciais é uma garantia constitucional dos cidadãos. E essa garantia somente pode ser tida como efetivada quando respeitado o processo hermenêutico.

A garantia, portanto, é alcançada quando comprometida com a reconstrução do caso, em suas particularidades, pois é somente a partir dessa premissa que será possível analisar a resposta correta (em conformidade com a Constituição) para aquele caso concreto específico. O Judiciário apresenta o inafastável papel de concretizador do conteúdo material da Constituição, que esta intimamente ligado com a qualidade da prestação jurisdicional.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <Constituição (planalto.gov.br)>. Acesso em: 28 mar. 2023.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <L13105 (planalto.gov.br)>. Acesso em: 01 abr. 2023.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. **Entre a insustentabilidade e a futilidade: a jurisdição, o direito e o imaginário social do juiz**. In.: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: faticidade e oralidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

\_\_\_\_\_. **Processo Civil e Hermenêutica: A crise do processo ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito**. Curitiba: Juruá, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Magalhães Editores, 2008.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. São José: Conceito Editorial, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

## CONDENAÇÃO CRIMINAL INSTANTÂNEA: DA TERATOLOGIA JURÍDICA À OPÇÃO BENÉFICA AO RÉU PRESO PREVENTIVAMENTE.

Bruno Pugialli Cerejo<sup>1</sup>

Michelle A. Pasturiza Garcia Cerejo<sup>2</sup>

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A prisão preventiva, espécie de provimento de natureza cautelar previsto na legislação processual penal, consiste na privação de liberdade de indivíduo que esteja sendo investigado ou acusado pela prática de crime a ser determinada pelo juízo competente, nos casos em que, provada a materialidade delitiva e havendo indícios suficientes de autoria, haja fundado risco às investigações, ao processo ou à paz social, nos termos dos artigos 312 e 313, do Código de Processo Penal.

Dito isso, pode-se afirmar que o problema que orienta a pesquisa motivadora do presente trabalho pode ser resumido da seguinte forma: é admissível a imposição de prisão antes de transitada em julgado sentença penal condenatória sem observar o princípio da proporcionalidade, ainda que se atenha ao disposto no direito positivo?

Diante dessa problemática, tem-se como hipótese que a violação dos valores inerentes ao Estado democrático de direito – em especial a ética e a proporcionalidade – estão na rotina das decisões proferidas pelos juízos criminais. Justifica-se a pesquisa pela verificação de casos em que, sob a proteção da presunção de inocência, é determinada a total privação de liberdade do indivíduo, muito embora não experimente, quando da prolação de sentença penal condenatória – momento em que é afastada a referida presunção –, tamanha restrição em sua liberdade de locomoção.

O método de abordagem empregado será o dedutivo – do geral para o particular –, mas a indução, baseada em dados singulares, não será desprezada. No que diz respeito ao procedimento, ou como serão atingidos os objetivos acima definidos, adotar-se-ão os métodos lógico e comparativo. Quanto à técnica, a pesquisa será baseada na pesquisa documental, bibliográfica e jurisprudencial.

### REFERENCIAL TEÓRICO

O constituinte originário, escaudado por um regime autoritário, promulga, em 5 de outubro de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil, que, já em seu artigo 1º, informa a fundação de um “Estado Democrático de Direito”(BRASIL, 1990). Longe de se tratar de retórica estéril, essa expressão traz em si tamanha densidade axiológica que demandaria, por sua importância, estudo específico.

Amartya Sen, ao tratar da democracia como um valor universal, busca um início de definição do termo, *in verbis*:

O que exatamente é democracia? Não devemos identificar democracia com governo da maioria. A democracia tem demandas complexas, o que

<sup>1</sup> Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul. Pós-Graduado em Direito Público (Const. Adm. e Tributário) pela UNESA. Pós-Graduado em Direito Público e Direito Privado pela EMERJ/UNESA. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI

<sup>2</sup> Acadêmica de Direito, do quarto semestre, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campos Santo Ângelo.

certamente inclui o voto e o respeito pelos resultados eleitorais, mas também requer a proteção das liberdades e direitos, respeito aos títulos legais e a garantia da livre discussão e distribuição sem censura de notícias e comentários justos.(SEM, 1999, *on line*).

Vê-se, assim, que, com a adoção do fundamento democrático-representativo, o constituinte objetivou esclarecer que a República Federativa do Brasil não se resumiria a um sistema normativo assentado na mera formalidade, sem que se agregue qualquer característica ou conteúdo material favorável à implementação, garantia e manutenção dos direitos fundamentais dos titulares do poder.

É necessário referir que o açodado entendimento acerca da expressão “Estado de Direito”, por identificá-lo ao denominado “Estado legal”, incide no equívoco de esvaziá-lo axiologicamente, reduzindo-o a mero amontoado de normas hierarquicamente dispostas e formalmente válidas.

A fim de trazer maior precisão técnica-conceitual, impõe-se destacar a rica definição elaborada pelo Prof. Gilmar Bedin:

[...] é possível conceituar Estado de Direito como sendo, em síntese, *um Estado subordinado ao Direito, que defende os direitos fundamentais e a segurança de seus cidadãos e que tem por base o princípio da razoabilidade, da responsabilidade por seus atos e do respeito da via judicial.*(BEDIN, 2013, p. 150 e 151).

Ciente da dubiedade que pode gerar a superficial leitura da expressão, J. J. G. Canotilho cunhou a expressão “Estado de justiça” como forma de afastar a possibilidade de sua identificação com o Estado de direito formal, *verbis*:

O Estado de direito aproximar-se-á de um Estado de justiça se incorporar *princípios e valores materiais* que permitam aferir o caráter justo ou injusto das leis, da natureza justa ou injusta das instituições e do valor ou desvalor de certos comportamentos. [...] O mundo, ele próprio repousa sobre três pilares que os sábios reconduzem à verdade, à *justiça* e à concórdia (CANOTILHO, 1999, p. 41).

Radbruch, sustentando que o Estado de Direito não se submete apenas a suas leis, mas também a direitos humanos preestatais, assevera que “derecho es sólo aquello que tiene el sentido de ser justicia” (RADBRUCH, 1944, p. 244).

Vemos, pois, que a opção de nossa Carta política fundamental pela formação de um estado (democrático) de direito enseja, necessariamente, a adoção de comportamentos valiosos – éticos – como paradigma para toda construção da sociedade, que deverá, assim, trilhar o caminho indicado pelo *justo*, pelo *razoável*.

Acerca da palavra ética, vale referir que é originada do termo grego “*ethike*” – cujo étimo é “*ethos*” –, significando costume, hábito, “lugar onde habitamos”. *Ethos*, enfim, “é a morada do humano, *ethos* é a fronteira entre o humano e a natureza” (CORTELLA, 2015, p. 106).

Tendo em vista que o conceito de Estado democrático de direito vem inundado pelo valor justiça, pela não-arbitrariedade, enfim, pela ética, a conclusão acerca das influências e limites que esse mesmo estado impõe ao exercício de seu *jus puniendi* e *jus perseguendi* evidentemente caminham no mesmo sentido.

Fácil, então, inferir que os principais critérios para nortear a elaboração e aplicação do Direito Penal e do Processual Penal derivam do conteúdo ético-normativo que se origina da criação de um Estado democrático de direito.

Sobre esse conteúdo específico, Miguel Reale Júnior entende que

A intervenção penal em um estado de direito democrático deve estar revestida de proporcionalidade, em uma relação de correspondência de grau entre o mal causado pelo crime e o mal que se causa por via da pena. [...] a ação do legislador penal está sujeita ao princípio constitucional da proporcionalidade, também dito princípio da razoabilidade [...]. Estes princípios, verdadeiras pautas de conduta, dizem respeito não só à atuação do Executivo, na sua atividade administrativa limitadora da liberdade dos administrados, referindo-se, também, à elaboração legislativa como corolário da concretização dos direitos fundamentais. Nesta perspectiva, atuam como mandados de proibição de excessos vinculativos ao legislador e ao intérprete/aplicador da lei. (REALE JÚNIOR, 2006, p. 30).

Nesse sentido, certo de que o princípio da proporcionalidade surgiu como forma de coibir o excesso de poder e que, portanto, destina-se a “conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas aos objetivos colimados” (CARVALHO FILHO, 2007, p. 33) pelos Poderes constituídos do Estado, pode-se concluir pela justeza do exercício do poder punitivo estatal quando for o meio menos gravoso compatível com o fim colimado e cujas vantagens advindas de seu exercício superem as desvantagens.

A reprimenda penal, entendida como finalidade justa a ser alcançada, é admitida apenas quando observada a proporcionalidade entre o mal causado pelo delito e a consequência imposta pela Estado, cuja atuação deve ser norteadada pela proporcionalidade, empregando-se os meios adequados e necessários ao atingimento da finalidade.

Assim, tem-se por desproporcional e, por conseguinte, contrário aos fundamentos de um Estado democrático de direito qualquer medida de caráter provisório, que inflija mal maior do que o imposto em sentença penal condenatória transitada em julgado, uma vez que extrapola a esfera do Direito, consubstanciando-se em flagrante violência, por definição, injustificável.

A aparente falta de lógica do raciocínio demonstra, em verdade, a mais comum realidade do sistema punitivo do nosso sedizente Estado Democrático de Direito quando no exercício da *persecutio criminis*.

Apesar do entendimento consolidado acerca da excepcionalidade da custódia cautelar, na prática, o uso indiscriminado dos conceitos abertos contidos no referido art. 312, CPP – notadamente a “garantia da ordem pública” – gera situações assombrosas, as quais, em razão dessa amplitude conceitual, permite que julgadores menos cautelosos acessem a temível zona da arbitrariedade “sendo de repelir, por inaceitáveis, discursos judiciais consubstanciados em tópicos sentenciais meramente retóricos, eivados de generalidade, destituídos de fundamentação substancial”(BRASIL, 2005, *on line*).

Deste modo, o que dizer, a título de exemplificação, da decretação da prisão preventiva de um indivíduo – cujas circunstâncias judiciais sejam favoráveis – acusado pela prática de furto qualificado, de roubo (inclusive majorado), de associação ao tráfico ou mesmo tráfico de drogas?

Em hipóteses como essa, é notória a extrema desproporcionalidade da decretação de prisão cautelar, pois, durante o momento processual orientado pelo princípio da presunção de inocência, inflige-se ao acusado restrição muito mais grave do que aquela resultante de sentença condenatória transitada em julgado.

Em outras palavras, ao acusado seria mais vantajoso abrir mão de seus direitos e garantias constitucionais – notadamente, da presunção de inocência, do devido

processo legal, da ampla defesa e do contraditório - e ser sumariamente condenado; pois, assim, não experimentaria tamanha restrição de liberdade.

Sobre o tema, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

[...] 1. De acordo com o princípio da homogeneidade, corolário do princípio da proporcionalidade, mostra-se ilegítima a prisão provisória quando a medida for mais gravosa que a própria sanção a ser possivelmente aplicada na hipótese de condenação, pois não se mostraria razoável manter-se alguém preso cautelarmente em "regime" muito mais rigoroso do que aquele que ao final eventualmente será imposto.

2. Tendo o paciente sido denunciado pela prática dos crimes previstos nos arts. 334, § 1º, "c" e "d", e 288, caput, ambos do Código Penal, cujas penas máximas em abstrato alcançam, respectivamente, 4 (quatro) e 3 (três) anos de reclusão, mostra-se ofensivo ao princípio da homogeneidade mantê-lo preso antecipadamente, haja vista ser plausível antever que o início do cumprimento da reprimenda, em caso de eventual condenação, se daria em modo menos rigoroso que o fechado. (BRASIL, 2013, *on line*).

Nessa esteira, o professor Rogério Schietti Machado Cruz (2011, p. 46) leciona que "*as exigências derivadas do princípio da proporcionalidade visam impedir ou restringir a prisão cautelar, com o escopo de evitar que o acusado sofra um mal maior do que a própria sanção penal*".

Portanto, verifica-se que, a par do disposto no artigo 282 do Código de processo penal, decisões cautelares que impõem total restrição de liberdade aos cidadãos (presumidamente inocentes) – os quais, na hipótese de condenação, cumpririam pena em regime menos gravoso – são inadmissíveis pelo Direito pátrio e internacional, posto que injustificáveis, desproporcionais, arbitrários.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Preliminarmente, o presente trabalho buscou apresentar a relação existente entre a ética e o Estado democrático de direito, verificando-se a elevação do princípio da proporcionalidade à condição elemento fundante deste modelo estatal, uma vez que o exercício abusivo do poder punitivo, sobretudo no que diz respeito aos meios utilizados no exercício do *jus perseguendi*, desnatura o Direito justo, configurando verdadeira arbitrariedade, própria dos estados totalitários.

Demonstrou-se, assim, a absoluta inconsistência da práxis judicial de, com base na norma literal – sem a correspondente filtragem ética –, privar o indivíduo presumidamente inocente de sua liberdade nos casos em que se afigura notória a imposição, após sentença penal condenatória transitada em julgado, de sanção penal em regime menos gravoso que o fechado.

Diante de tudo o que foi exposto, permanece a crítica ao modelo punitivista escolhido pelo legislador brasileiro no que diz respeito à escolha dos instrumentos de pacificação social – sobretudo os de natureza penal –, uma vez que demonstra flagrante ingenuidade hermenêutica ao se aceitar que, enquanto estiver sob o amparo da presunção de inocência, admite-se que o indivíduo experimente mal maior do que aquele a que será submetido quando, após a observância de suas garantias individuais processuais, for considerado culpado.

## REFERÊNCIAS

BEDIN, Gilmar Antônio. **Estado de direito**: tema complexo, dimensões essenciais e conceito. *Direito e debate*. Revista do departamento de ciências jurídicas e sociais da unijuí. Ano XXII, nº. 39, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 132.615. Izaque Dantas da Silva** e Superior Tribunal de Justiça. Relator: **Min. Celso de Mello**. Brasília, 22 mar. 2005. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28T%D3PICOS+SENTENCIAIS+MERAMENTE+RET%D3RICOS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yd94wd2z>>. Acesso em: 22 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 182.750**. Carmelena Abadia de Sá e Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Relator: **Min. Jorge Mussi**. Brasília, 14 mai. 2013. Disponível em: <  
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=182750&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 29 set. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Cadernos Democráticos – Coleção Fundação Mário Soares. Lisboa: Edição Gradiva, 1999

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 18. ed. ver. ampl. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.

CORTELLA, Mario Sergio. **Qual é a tua obra?**: inquietações propositivas sobre gestão, liderança e ética. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2015

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão Cautelar - Dramas, Princípios e Alternativas**, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2011.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofía del derecho**. 2.ed. Madrid: Editorial revista de derecho privado. 1944

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 1v.

SEM, Amartya. **Democracia como um valor universal**, 1999. Disponível em: <  
<http://dagobah.com.br/wp-content/uploads/2016/07/SEN-Amartya-1999.-Democracia-como-um-valor-universal.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2018.

## CONDENAÇÃO CRIMINAL INSTANTÂNEA: DA TERATOLOGIA JURÍDICA À OPÇÃO BENÉFICA AO RÉU PRESO PREVENTIVAMENTE.

Bruno Pugialli Cerejo<sup>1</sup>

Michelle A. Pasturiza Garcia Cerejo<sup>2</sup>

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A prisão preventiva, espécie de provimento de natureza cautelar previsto na legislação processual penal, consiste na privação de liberdade de indivíduo que esteja sendo investigado ou acusado pela prática de crime a ser determinada pelo juízo competente, nos casos em que, provada a materialidade delitiva e havendo indícios suficientes de autoria, haja fundado risco às investigações, ao processo ou à paz social, nos termos dos artigos 312 e 313, do Código de Processo Penal.

Dito isso, pode-se afirmar que o problema que orienta a pesquisa motivadora do presente trabalho pode ser resumido da seguinte forma: é admissível a imposição de prisão antes de transitada em julgado sentença penal condenatória sem observar o princípio da proporcionalidade, ainda que se atenha ao disposto no direito positivo?

Diante dessa problemática, tem-se como hipótese que a violação dos valores inerentes ao Estado democrático de direito – em especial a ética e a proporcionalidade – estão na rotina das decisões proferidas pelos juízos criminais. Justifica-se a pesquisa pela verificação de casos em que, sob a proteção da presunção de inocência, é determinada a total privação de liberdade do indivíduo, muito embora não experimente, quando da prolação de sentença penal condenatória – momento em que é afastada a referida presunção –, tamanha restrição em sua liberdade de locomoção.

O método de abordagem empregado será o dedutivo – do geral para o particular –, mas a indução, baseada em dados singulares, não será desprezada. No que diz respeito ao procedimento, ou como serão atingidos os objetivos acima definidos, adotar-se-ão os métodos lógico e comparativo. Quanto à técnica, a pesquisa será baseada na pesquisa documental, bibliográfica e jurisprudencial.

### REFERENCIAL TEÓRICO

O constituinte originário, escaldado por um regime autoritário, promulga, em 5 de outubro de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil, que, já em seu artigo 1º, informa a fundação de um “Estado Democrático de Direito”(BRASIL, 1990). Longe de se tratar de retórica estéril, essa expressão traz em si tamanha densidade axiológica que demandaria, por sua importância, estudo específico.

Amartya Sen, ao tratar da democracia como um valor universal, busca um início de definição do termo, *in verbis*:

O que exatamente é democracia? Não devemos identificar democracia com governo da maioria. A democracia tem demandas complexas, o que certamente inclui o voto e o respeito pelos resultados eleitorais, mas também

---

1 Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul. Pós-Graduado em Direito Público (Const. Adm. e Tributário) pela UNESA. Pós-Graduado em Direito Público e Direito Privado pela EMERJ/UNESA. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ

2 Acadêmica de Direito, do quarto semestre, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campos Santo Ângelo.

requer a proteção das liberdades e direitos, respeito aos títulos legais e a garantia da livre discussão e distribuição sem censura de notícias e comentários justos.(SEM, 1999, *on line*).

Vê-se, assim, que, com a adoção do fundamento democrático-representativo, o constituinte objetivou esclarecer que a República Federativa do Brasil não se resumiria a um sistema normativo assentado na mera formalidade, sem que se agregue qualquer característica ou conteúdo material favorável à implementação, garantia e manutenção dos direitos fundamentais dos titulares do poder.

É necessário referir que o açodado entendimento acerca da expressão “Estado de Direito”, por identificá-lo ao denominado “Estado legal”, incide no equívoco de esvaziá-lo axiologicamente, reduzindo-o a mero amontoado de normas hierarquicamente dispostas e formalmente válidas.

A fim de trazer maior precisão técnica-conceitual, impõe-se destacar a rica definição elaborada pelo Prof. Gilmar Bedin:

[...] é possível conceituar Estado de Direito como sendo, em síntese, *um Estado subordinado ao Direito, que defende os direitos fundamentais e a segurança de seus cidadãos e que tem por base o princípio da razoabilidade, da responsabilidade por seus atos e do respeito da via judicial.*(BEDIN, 2013, p. 150 e 151).

Ciente da dubiedade que pode gerar a superficial leitura da expressão, J. J. G. Canotilho cunhou a expressão “Estado de justiça” como forma de afastar a possibilidade de sua identificação com o Estado de direito formal, *verbis*:

O Estado de direito aproximar-se-á de um Estado de justiça se incorporar *princípios e valores materiais* que permitam aferir o caráter justo ou injusto das leis, da natureza justa ou injusta das instituições e do valor ou desvalor de certos comportamentos. [...] O mundo, ele próprio repousa sobre três pilares que os sábios reconduzem à verdade, à *justiça* e à concórdia (CANOTILHO, 1999, p. 41).

Radbruch, sustentando que o Estado de Direito não se submete apenas a suas leis, mas também a direitos humanos preestatais, assevera que “derecho es sólo aquello que tiene el sentido de ser justicia” (RADBRUCH, 1944, p. 244).

Vemos, pois, que a opção de nossa Carta política fundamental pela formação de um estado (democrático) de direito enseja, necessariamente, a adoção de comportamentos valiosos – éticos – como paradigma para toda construção da sociedade, que deverá, assim, trilhar o caminho indicado pelo *justo*, pelo *razoável*.

Acerca da palavra ética, vale referir que é originada do termo grego “*ethike*” – cujo étimo é “*ethos*” –, significando costume, hábito, “lugar onde habitamos”. *Ethos*, enfim, “é a morada do humano, *ethos* é a fronteira entre o humano e a natureza” (CORTELLA, 2015, p. 106).

Tendo em vista que o conceito de Estado democrático de direito vem inundado pelo valor justiça, pela não-arbitrariedade, enfim, pela ética, a conclusão acerca das influências e limites que esse mesmo estado impõe ao exercício de seu *jus puniendi* e *jus perseguendi* evidentemente caminham no mesmo sentido.

Fácil, então, inferir que os principais critérios para nortear a elaboração e aplicação do Direito Penal e do Processual Penal derivam do conteúdo ético-normativo que se origina da criação de um Estado democrático de direito.

Sobre esse conteúdo específico, Miguel Reale Júnior entende que

A intervenção penal em um estado de direito democrático deve estar revestida de proporcionalidade, em uma relação de correspondência de grau entre o mal causado pelo crime e o mal que se causa por via da pena. [...] a ação do legislador penal está sujeita ao princípio constitucional da proporcionalidade, também dito princípio da razoabilidade [...]. Estes princípios, verdadeiras pautas de conduta, dizem respeito não só à atuação do Executivo, na sua atividade administrativa limitadora da liberdade dos administrados, referindo-se, também, à elaboração legislativa como corolário da concretização dos direitos fundamentais. Nesta perspectiva, atuam como mandados de proibição de excessos vinculativos ao legislador e ao intérprete/aplicador da lei. (REALE JÚNIOR, 2006, p. 30).

Nesse sentido, certo de que o princípio da proporcionalidade surgiu como forma de coibir o excesso de poder e que, portanto, destina-se a “conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas aos objetivos colimados” (CARVALHO FILHO, 2007, p. 33) pelos Poderes constituídos do Estado, pode-se concluir pela justeza do exercício do poder punitivo estatal quando for o meio menos gravoso compatível com o fim colimado e cujas vantagens advindas de seu exercício superem as desvantagens.

A reprimenda penal, entendida como finalidade justa a ser alcançada, é admitida apenas quando observada a proporcionalidade entre o mal causado pelo delito e a consequência imposta pela Estado, cuja atuação deve ser norteadada pela proporcionalidade, empregando-se os meios adequados e necessários ao atingimento da finalidade.

Assim, tem-se por desproporcional e, por conseguinte, contrário aos fundamentos de um Estado democrático de direito qualquer medida de caráter provisório, que inflija mal maior do que o imposto em sentença penal condenatória transitada em julgado, uma vez que extrapola a esfera do Direito, consubstanciando-se em flagrante violência, por definição, injustificável.

A aparente falta de lógica do raciocínio demonstra, em verdade, a mais comum realidade do sistema punitivo do nosso sedizente Estado Democrático de Direito quando no exercício da *persecutio criminis*.

Apesar do entendimento consolidado acerca da excepcionalidade da custódia cautelar, na prática, o uso indiscriminado dos conceitos abertos contidos no referido art. 312, CPP – notadamente a “garantia da ordem pública” – gera situações assombrosas, as quais, em razão dessa amplitude conceitual, permite que julgadores menos cautelosos acessem a temível zona da arbitrariedade “sendo de repelir, por inaceitáveis, discursos judiciais consubstanciados em tópicos sentenciais meramente retóricos, eivados de generalidade, destituídos de fundamentação substancial”(BRASIL, 2005, *on line*).

Deste modo, o que dizer, a título de exemplificação, da decretação da prisão preventiva de um indivíduo – cujas circunstâncias judiciais sejam favoráveis – acusado pela prática de furto qualificado, de roubo (inclusive majorado), de associação ao tráfico ou mesmo tráfico de drogas?

Em hipóteses como essa, é notória a extrema desproporcionalidade da decretação de prisão cautelar, pois, durante o momento processual orientado pelo princípio da presunção de inocência, inflige-se ao acusado restrição muito mais grave do que aquela resultante de sentença condenatória transitada em julgado.

Em outras palavras, ao acusado seria mais vantajoso abrir mão de seus direitos e garantias constitucionais – notadamente, da presunção de inocência, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório - e ser sumariamente condenado; pois, assim, não experimentaria tamanha restrição de liberdade.

Sobre o tema, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

[...] 1. De acordo com o princípio da homogeneidade, corolário do princípio da proporcionalidade, mostra-se ilegítima a prisão provisória quando a medida for mais gravosa que a própria sanção a ser possivelmente aplicada na hipótese de condenação, pois não se mostraria razoável manter-se alguém preso cautelarmente em "regime" muito mais rigoroso do que aquele que ao final eventualmente será imposto.

2. Tendo o paciente sido denunciado pela prática dos crimes previstos nos arts. 334, § 1º, "c" e "d", e 288, caput, ambos do Código Penal, cujas penas máximas em abstrato alcançam, respectivamente, 4 (quatro) e 3 (três) anos de reclusão, mostra-se ofensivo ao princípio da homogeneidade mantê-lo preso antecipadamente, haja vista ser plausível antever que o início do cumprimento da reprimenda, em caso de eventual condenação, se daria em modo menos rigoroso que o fechado. (BRASIL, 2013, *on line*).

Nessa esteira, o professor Rogério Schiatti Machado Cruz (2011, p. 46) leciona que "*as exigências derivadas do princípio da proporcionalidade visam impedir ou restringir a prisão cautelar, com o escopo de evitar que o acusado sofra um mal maior do que a própria sanção penal*".

Portanto, verifica-se que, a par do disposto no artigo 282 do Código de processo penal, decisões cautelares que impõem total restrição de liberdade aos cidadãos (presumidamente inocentes) – os quais, na hipótese de condenação, cumpririam pena em regime menos gravoso – são inadmissíveis pelo Direito pátrio e internacional, posto que injustificáveis, desproporcionais, arbitrárias.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Preliminarmente, o presente trabalho buscou apresentar a relação existente entre a ética e o Estado democrático de direito, verificando-se a elevação do princípio da proporcionalidade à condição elemento fundante deste modelo estatal, uma vez que o exercício abusivo do poder punitivo, sobretudo no que diz respeito aos meios utilizados no exercício do *jus perseguendi*, desnatura o Direito justo, configurando verdadeira arbitrariedade, própria dos estados totalitários.

Demonstrou-se, assim, a absoluta inconsistência da práxis judicial de, com base na norma literal – sem a correspondente filtragem ética –, privar o indivíduo presumidamente inocente de sua liberdade nos casos em que se afigura notória a imposição, após sentença penal condenatória transitada em julgado, de sanção penal em regime menos gravoso que o fechado.

Diante de tudo o que foi exposto, permanece a crítica ao modelo punitivista escolhido pelo legislador brasileiro no que diz respeito à escolha dos instrumentos de pacificação social – sobretudo os de natureza penal –, uma vez que demonstra flagrante ingenuidade hermenêutica ao se aceitar que, enquanto estiver sob o amparo da presunção de inocência, admite-se que o indivíduo experimente mal maior do que aquele a que será submetido quando, após a observância de suas garantias individuais processuais, for considerado culpado.

## REFERÊNCIAS

BEDIN, Gilmar Antônio. **Estado de direito**: tema complexo, dimensões essenciais e conceito. *Direito e debate*. Revista do departamento de ciências jurídicas e sociais da unijuí. Ano XXII, nº. 39, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 132.615. Izaque Dantas da Silva** e Superior Tribunal de Justiça. Relator: **Min. Celso de Mello**. Brasília, 22 mar. 2005. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28T%D3PICOS+SENTENCIAIS+MERAMENTE+RET%D3RICOS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yd94wd2z>>. Acesso em: 22 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 182.750**. Carmelena Abadia de Sá e Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Relator: **Min. Jorge Mussi**. Brasília, 14 mai. 2013. Disponível em: <  
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=182750&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 29 set. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Cadernos Democráticos – Coleção Fundação Mário Soares. Lisboa: Edição Gradiva, 1999

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 18. ed. ver. ampl. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.

CORTELLA, Mario Sergio. **Qual é a tua obra?**: inquietações propositivas sobre gestão, liderança e ética. 24. ed. Petrópolis: Vozes, 2015

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão Cautelar - Dramas, Princípios e Alternativas**, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2011.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofía del derecho**. 2.ed. Madrid: Editorial revista de derecho privado. 1944

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 1v.

SEM, Amartya. **Democracia como um valor universal**, 1999. Disponível em: <  
<http://dagobah.com.br/wp-content/uploads/2016/07/SEN-Amartya-1999.-Democracia-como-um-valor-universal.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2018.

## PRESSUPOSTOS DA METATEORIA DO DIREITO FRATERO PARA UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO DIREITO

Luziana Colombo Lunardi<sup>1</sup>  
Charlise Paula Colet Gimenez<sup>2</sup>

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Metateoria do Direito Fraterno tem suas discussões iniciadas por seu principal teórico Elígio Resta, que deu início às reflexões sobre esse tema a partir dos anos 80, e na década de 90 apresentou o texto básico "*Il Diritto Fraterno*". Em seu texto, o autor expõe seus estudos retomando a ideia de fraternidade anunciada na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de maneira a evidenciar as várias facetas modernas que escondem o verdadeiro sentido da fraternidade.

Nesse sentido, a pesquisa aborda a contribuição dos estudos de Elígio Resta sobre a Metateoria do Direito Fraterno, com foco nos seus pressupostos com a finalidade de demonstrar a importância de mais estudos sobre o presente assunto em que estudar o direito a partir de uma visão transdisciplinar implica em construir um novo referencial para a própria ciência do direito.

Este trabalho foi elaborado por meio do método de abordagem dedutivo, com levantamentos bibliográficos, pesquisa em periódicos impressos e eletrônicos, buscando elucidar o tema proposto.

### ANÁLISE E DISCUSSÃO

A Metateoria do Direito Fraterno tem como seu principal pensador o professor da Università de Roma Ter, Elígio Resta. Este direito é um pacto entre iguais que não é compatível com nenhum soberano, sendo entendido como uma metateoria, por se estar diante de uma teoria das teorias em que se propõe uma nova análise do direito atual.

Nesse contexto, Elígio Resta busca, em várias áreas do conhecimento, os fundamentos, as fragilidades e a aposta para o Direito Fraterno. Essa nova análise do direito atual se utiliza do Direito Fraterno com um estudo transdisciplinar dos fenômenos sociais, em que a transdisciplinaridade significa transgredir, e ao mesmo tempo, integrar.

---

<sup>1</sup> Doutoranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo. Bolsista Capes. Mestre em Direitos Especiais pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo. Pós Graduada em Direito Imobiliário, Contratos e Responsabilidade Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC). Pós Graduada em Direito Previdenciário (IMED).

<sup>2</sup> Pós-Doutora em Direito pela UNIRITTER sob a orientação da professora Doutora Sandra Regina Martini. Doutora em Direito e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito stricto sensu - Mestrado e Doutorado, e Graduação em Direito, todos da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões - URI, campus Santo Ângelo. Integrante do Grupo de Pesquisa "Conflito, Cidadania e Direitos Humanos", registrado no CNPQ. Advogada. Atua no estudo do Crime, Violência, Conflito e Formas de Tratamento de Conflitos - conciliação, mediação, arbitragem e justiça restaurativa. E-mail: charliseg@gmail.com.

O transgredir e o integrar remetem ao contexto sociojurídico, no seguinte sentido: transgredir ao buscar os fundamentos e pressupostos nas mais diversas ciências para captar o sentido subjetivo das ações sociais e, portanto, das ações jurídicas; e integrar, no sentido de que é preciso analisar o contexto do todo e não em partes separadas, a fim de não se deixar de reconhecer as diferenças entre os sistemas sociais e/ou as ciências, haja visto que a existência destas diferenças e limitações é que permitem uma análise que atenda à complexidade do fenômeno. Assim, é preciso que quotidianamente se questionem verdades, para que se resgatem velhos e novos conceitos, como o conceito de fraternidade.

A palavra fraternidade tem origem no vocábulo latino *frater*, que significa irmão, e no seu derivado fraternitas, fraternitatis e fraternitate. É substantivo feminino, que apresenta três significados: (a) parentesco de irmãos; irmandade; (b) amor ao próximo, fraternização; e, (c) união ou convivência de irmãos, harmonia, paz, concórdia, fraternização. O verbo fraternizar, por outro lado, vem da união entre fraterno + izar, e apresenta quatro significados, quais sejam: (a) v.t.d. unir com amizade íntima, estreita, fraterna; (b) v.t.i., v.int. unir-se estreitamente, como entre irmãos; (c) aliar-se, unir-se; e, (d) fazer causa comum, comungar nas mesmas ideias, harmonizar-se (FERREIRA, 1986). Resta (2002) alerta para a diferença entre fraternidade (que indica sentimento), fratellanza (que indica condição) e a ideia de affratellamento (que indica projeto).

A Metateoria do Direito Fraterno para Elígio Resta é um direito que rompe com a estrutura tradicional de Estado, Nação, Estado-nação, sociedade e direito, em que esse novo direito não busca a ingênua ideia de que se deve amar mutuamente, mas busca edificar/estruturar paradoxos, exatamente em razão dessa paradoxalidade que se apresenta constante e que se deve ser, continuamente refletida de maneira clara (1993, p. 45):

A fraternidade iluminista insere novamente uma certa cota de complexidade no frio primado do justo sobre o bom, e procura, com efeito, alimentar de paixões quentes o clima rígido das relações políticas. Mas há, concomitantemente, a necessidade de transferir o modelo da amizade à dimensão da fraternidade, típica de uma comunhão de destinos derivada do nascimento e independente das diferenças. Assim, há necessidade de transformá-la em código, de fazê-la regra, com todos os paradoxos, mas também com todas as aberturas que comporta. Por isso é 'direito fraterno' que se configura então, em época iluminista, vivendo, daquele momento em diante, como condição excluída, mas não eliminada, deixada de lado e, ao mesmo tempo, presente (RESTA, 2002, p. 07).

Atualmente a sociedade o Direito Fraterno se estabelece por meio da técnica, que encontra dificuldades para sua implementação já que se propõe no seu projeto uma co-divisão e uma inclusão universais, sendo assim, analisar a relação entre direito e técnica significa retornar ao conceito grego de técnica da ambivalência, em que a técnica que resolve os problemas é a mesma que cria novos problemas.

Assim, estudar o direito a partir de uma visão transdisciplinar implica em construir um novo referencial para a própria ciência do direito, o qual deve se fundamentar em outras áreas de estudos que estão intrinsecamente ligadas no

fenômenos sociojurídicos (RESTA, 2004), como os pressupostos do Direito Fraternal elaborados por Elígio Resta.

O Direito Fraternal apresenta em seu bojo os pressupostos: a) é um direito jurado, conjuntamente entre irmãos, ou seja, é um direito que não parte da decisão de um soberano, sendo então um acordo estabelecido entre partes iguais, um pacto acordado a partir de regras mínimas de convivência; b) expõe ao questionamento a ideia de cidadania em que o Direito Fraternal foca suas observações nos direitos humanos, na humanidade como um lugar comum; c) é um direito livre da obsessão de uma identidade que deve legitimá-lo, assim, o direito fraternal encontra-se em um espaço político mais aberto, independente das delimitações políticas e ou geográficas; d) o paradoxo da humanidade ou desumanidade da sociedade, e que existe uma grande distância entre ser homem e ter humanidade; e) o Direito Fraternal é um direito não violento, assim, a minimização da violência apresenta uma jurisdição mínima, a um conciliar conjunto, a um mediar com pressupostos de igualdade na diferença; f) elimina algumas seguranças, dogmas, verdades, em que a maioria dos Estados, governos, exercem domínio sobre a vida; g) o Direito Fraternal busca a inclusão, sem limitações; h) o Direito Fraternal busca a ruptura do binômio amigo-inimigo, apostando na diferença em relação aos outros códigos já superados pois foram ineficazes.

Então, esses pressupostos são entendidos como necessários e fundamentais para o entendimento do novo contexto no qual o direito está inserido, que se encontra presente o caráter inclusivo e transdisciplinar do Direito Fraternal:

“Porque somente com um grande esforço teórico e prático de todos, juristas e não, se poderá alcançar a construção de um novo saber coletivo, do direito e sobre o direito adequado a situação humana do nosso tempo [...] Novos riscos, como aqueles vinculados as emissões na atmosfera ou na água, na engenharia genética, na engenharia nuclear, no mau uso dos recursos naturais, no tratamento dos resíduos industriais e do lixo, no tráfico, no uso dos meios de comunicação e de elaboração de dados, fazem parte atualmente das conotações estruturais da situação humana e do ecossistema. Esses são também o lugar especial no qual, o encontro entre a (linha ilegível), pode emergir uma nova forma de pensar e de fazer o direito. (BARATTA, 2006, p.64-65)

Por fim, o direito tradicionalmente construído não consegue dar respostas adequadas abraçando todos os novos desafios que envolvem a sociedade, e o Direito Fraternal apresenta uma nova análise em que a construção de um novo saber passa necessariamente por uma visão que acaba ultrapassando os limites dos juristas e não juristas, os limites da ciência do direito frente às novas demandas que surgem.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É nesta perspectiva, em conjunto com as mais diversas áreas do conhecimento, que o direito moderno deve ser estudado, aplicado e refletido, e não apenas, como tradicionalmente vem ocorrendo, a partir da ótica dogmática e formalista. Estudar o direito a partir de uma visão transdisciplinar implica em construir

um novo referencial para a própria ciência do direito, e, para isso, utilizar-se-ão os pressupostos da Metateoria do Direito Fraternal elaborados por Resta.

Enfim, não se busca aqui esgotar o tema, mas instigar o leitor a novas reflexões de temas atuais e complexos que precisam ser enfrentados para a construção de um novo direito resgatando velhos e desenvolvendo novos pressupostos.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Nomos e Tecne. Materiali per una cultura pos-moderna del diritto.** In: **MELLOSSI, Dario (org.) Studi sulla questione criminale.** Bologna: Carocci Spa, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa.** 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

RESTA, Eligio. **Il Diritto fraterno.** 1. ed. Bari: Laterza, 2002.

\_\_\_\_\_. In: **Le strutture del capitalismo e l'impresa nella società contemporanea. Un'etica della proprietà.** Milano: Congresso Internazionale, 18-22 marzo 1993a.

\_\_\_\_\_. **O Direito Fraternal.** Tradução e coordenação de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

## **GT 2: AGENDA ESG E SUSTENTABILIDADE**

## O BIOTERRORISMO ENQUANTO TECNOLOGIA DE PODER NO CONTEXTO DA SAÚDE PÚBLICA: A FRATERNIDADE COMO DISPOSITIVO DE COMBATE ÀS LÓGICAS BIOTERRORISTAS<sup>1</sup>

Gabrielle Scola Dutra<sup>2</sup>  
Mariana Chini<sup>3</sup>

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A sociedade global, insere uma cota paradoxal de complexidade em sua dinâmica modernizante, quando percebida em sua constituição sob a égide da produção de mecanismos, cada vez mais sofisticados, na dimensão da tecnologia. Assim, o uso da tecnologia enquanto arranjo de técnicas, processos, métodos, instrumentos e mecanismos que detém domínio sobre certas atividades humanas, apresenta-se enquanto uma espécie de *Pharmakon* diante da dinâmica social. Em outras palavras, a produção da tecnologia tem multifacetadas performatividades, inaugura percursos paradoxais, em razão de que, ora opera enquanto potência positiva em prol do ser humano e do desenvolvimento civilizacional, ora traveste-se de forma ardilosa, mostra sua face mais impiedosa, na direção negativa de suas manifestações, com o intuito de provocar horizontes catastróficos em detrimento da existência humana e atos atentatórios ao Estado Democrático de Direito.

A temática da pesquisa centra-se no fenômeno do bioterrorismo e a saúde pública sob a perspectiva da fraternidade. A presente pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo e instruída por uma análise bibliográfica. O objetivo geral é abordar o bioterrorismo enquanto tecnologia de poder no contexto da saúde pública a partir do Direito Fraternal. Diante do fenômeno do bioterrorismo enquanto tecnologia de poder no contexto da saúde pública, questiona-se: a fraternidade é um dispositivo de combate às lógicas bioterroristas?

A título exemplificativo, sob o crivo da biopolítica, apresenta-se o fenômeno do bioterrorismo enquanto ameaça bélica e biológica de aniquilamento em massa de indivíduos e populações. Nesse (re)pensar a dimensão paradoxal da tecnologia incorporada nas lógicas biopolíticas de aniquilamento como o bioterrorismo, é preciso retomar a ideia de *pharmakon* a partir da perspectiva do Direito Fraternal para desvelar os paradoxos incutidos na sociedade atual.

---

<sup>1</sup> Pesquisa produzida sob a orientação da Professora Pós-doutora Janaína Machado Sturza.

<sup>2</sup> Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ, sob orientação da Professora Pós Doutora Janaína Machado Sturza. Mestre em Direitos Especiais pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo. Especialista em Filosofia na Contemporaneidade pela URI. Especialista em Direito Penal e Processual prático contemporâneo pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professora Universitária do Curso de Direito da UNIJUÍ e da Faculdade de Balsas/MA (UNIBALSAS). Membro do grupo de pesquisa: “Biopolítica e Direitos Humanos”, cadastrado no CNPQ e vinculado ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Humanos, Mestrado e Doutorado da UNIJUÍ. Advogada. E-mail: [gabrielle.scola@unijui.edu.br](mailto:gabrielle.scola@unijui.edu.br).

<sup>3</sup> Acadêmico do 8º semestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ), campus Três Passos, com período de estudos na Universidad Autónoma de Encarnación (UNAE-Paraguay). E-mail: [gabriel.bds@sou.unijui.edu.br](mailto:gabriel.bds@sou.unijui.edu.br).

## REFERENCIAL TEÓRICO

O bioterrorismo incorpora múltiplas dimensões em sua perfectibilização por terroristas (indivíduos, grupos extremistas ou países) para concretizar suas agendas articuladas, tais como de ordem pessoal, política, religiosa, econômica, sanitária, de segurança, etc. Em consonância com a compreensão conceitual do Centers for Disease Control and Prevention (CDC) dos Estados Unidos, o bioterrorismo é percebido enquanto um fenômeno que provoca uma “deliberate dissemination of bacteria, viruses or other microorganisms used to cause disease or death in populations, animals or plants” (CDC, 2023). Na mesma toada, tal uso intencional “isso tudo ocorre com a clara intenção de prejudicar ou até mesmo aniquilar populações inteiras de um país alvo com a possibilidade de difundir doenças por todo o mundo através da disseminação do agente infeccioso” (FIOCRUZ, 2023).

Com o intuito de desenvolver uma arma biológica, agentes biológicos presentes no meio ambiente detêm capacidade de serem transformados por terroristas e se tornarem letais. A lógica bioterrorista é de que tais agentes consigam ser disseminados de indivíduo para indivíduo, a infecção leva um transcurso de tempo para tornar-se evidente, motivo pelo qual possibilita uma quantidade maior de vítimas e infectados, e retarda o seu combate. Instaura-se um terreno fértil para o bioterrorismo cumprir sua proposta de aniquilamento em massa, porque “os desafios colocados pelas armas biológicas são a disponibilidade de múltiplos agentes e meios de entrega, períodos de incubação variáveis, altas taxas de mortalidade e potencial de dispersão geográfica do agente (devido a viagens) durante o período de incubação” (DAS; KATARIA, 2010).

Há também a possibilidade de confusão no que se refere a distinção imediata de um ataque bioterrorista e um surto de doença natural. Nesse contexto bioterrorista, “muitos dos medicamentos/vacinas profiláticos importantes podem não estar disponíveis durante um ataque bioterrorista ou têm prazo de validade limitado e não podem ser estocados” (DAS; KATARIA, 2010). Ademais, “os microrganismos (como vírus, bactérias, fungos ou toxinas) para serem eficazes como agentes bioterroristas devem produzir consistentemente um determinado efeito, morte ou doença, em baixas concentrações” (DAS; KATARIA, 2010). A título de compreensão, os agentes biológicos com maior alerta de potencialidade bioterrorista são “os causadores de antraz (*Bacillus anthracis*), botulismo (*Clostridium botulinum*), peste (*Yersinia pestis*), varíola (varíola major), tularemia (*Francisella tularensis*) e febres hemorrágicas virais (filovírus e vírus de arena)” (DAS; KATARIA, 2010).

De acordo com as pesquisadoras indianas Shobhana Das e Brig Kataria, as vias de ingresso de agentes biológicos de dimensões bioterroristas no corpo do ser humano são:

[...] a inalação, o contato (pele/mucosa) e o trato gastrointestinal. Os métodos de entrega podem ser por meio de bombas lançadas por aeronaves ou uso de tanques de pulverização montados em aeronaves/edifícios altos. Os agentes do carbúnculo, peste, brucelose, varíola, encefalites virais e febres hemorrágicas virais podem ser aerossolizados e distribuídos em grandes áreas geográficas. Outros métodos incluem a entrega pelo correio ou por infiltração deliberada de animais infectados, vetores e pragas através da fronteira internacional (DAS; KATARIA, 2010, s.p.).

No panorama global do contexto histórico da civilização, narra-se que o *homo neanderthal* com o objetivo de potencializar a letalidade das suas armas de defesa,

utilizava fezes de animais na ponta das suas flechas. No século XV a. C, cepas de Antraz foram disseminadas no Egito, matando o faraó, esse acontecimento foi narrado na Bíblia como a quinta praga. Durante o século XIV, ao longo do cerco da cidade de Caffa (Criméia), “os tártaros lançaram os cadáveres de seus soldados, infectados pelo agente etiológico da peste, sobre os muros da cidade sitiada, a fim de provocar uma epidemia de peste no inimigo e assim derrotá-los” (CARDOSO; CARDOSO, 2011, p. 823). Outrossim, “os espanhóis, ao desembarcarem no México em 1518, trouxeram com eles várias doenças infecciosas, como varíola, sarampo e influenza, às quais a população indígena local nunca havia sido exposta” (CARDOSO; CARDOSO, 2011, p. 823).

Também, “na América, em 1763, o exército britânico em guerra contra os franceses enviou cobertores e lençóis previamente utilizados em um hospital para pacientes com varíola aos índios Delaware, aliados dos franceses” (CARDOSO; CARDOSO, 2011, p. 823). Do mesmo modo, “o Japão conduziu pesquisas com armas biológicas, na Manchúria, de 1932 até o final da Segunda Guerra Mundial, com os agentes biológicos da peste, antraz, cólera, entre outros” (CARDOSO; CARDOSO, 2011, p. 823). No ano de 1984, “uma seita, no Oregon (Estados Unidos), utilizou *Salmonella typhimurium* para contaminar bufês de salada, provocando gastroenterite em aproximadamente 751 pessoas” (CARDOSO; CARDOSO, 2011, p. 823). Ao encontro de tais acontecimentos, “em 2001, logo após o ataque terrorista de 11 de setembro, foram disseminados esporos de antraz, por meio do sistema postal americano, ocasionando 23 casos de antraz” (CARDOSO; CARDOSO, 2011, p. 823).

Constata-se que o bioterrorismo provoca grandes repercussões no contexto da saúde pública. A Organização Mundial de Saúde (OMS) eleva o entendimento sobre o conceito de saúde, abandonando o discurso de mera ausência de doença, ao definir a saúde enquanto uma condição de completo bem-estar em sua amplitude física, mental e social, que um ser humano pode contemplar no âmbito de sua existencialidade digna (OMS, 2023). A saúde perfectibiliza-se enquanto um bem comum da humanidade. A Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) estabelece as funções essenciais de saúde pública com o objetivo de que os países sejam capazes de promover serviços e ações de qualidade, combater as crises sanitárias e potencializar o percurso de concretização da saúde universal, no sentido de que tais funções são “capacidades institucionais que os países devem fortalecer para uma ação apropriada de saúde pública. A sociedade civil e os principais atores também devem participar do desenvolvimento de políticas e não se limitar a facilitar a prestação de serviços” (OPAS, 2020).

A Convenção para a Proibição de Desenvolvimento, Produção e Estoque de Armas Bacteriológicas e Tóxicas, também chamada de Convenção de Armas Biológicas (CPAB), constituída no dia 10 de abril de 1972, foi reconhecido como pioneira em tratados multilaterais de desarmamento que erradicou uma categoria inteira de armas. Os países que ratificaram o tratado assumem a responsabilidade de nunca “desenvolver, produzir, guardar, adquirir ou reter agentes biológicos ou tóxicos em tipos e em quantidades que não tenham justificativas profiláticas ou outros propósitos pacíficos, nem armas ou equipamentos destinados ao emprego desses agentes com caráter hostil” (MINISTÉRIO DA DEFESA DO BRASIL, 2021).

Os países em seus contextos nacionais, bem como em comunhão de esforços com a comunidade internacional precisam estabelecer diálogos e cooperações globais para dismantlar o bioterrorismo em prol da manutenção de um horizonte de paz perene e concretizar as funções essenciais da saúde pública. As guerras nas trincheiras foram substituídas por tecnologias bélicas de poder mais audaciosas e com

maior potencial de letalidade, e os países precisam comungar da noção compartilhada de robustez dos sistemas de saúde pública voltados pra vigilância e monitoramento de patologias biológicas, aptidão de desenvolver pesquisas com foco em investigações velozes sobre epidemiológicas e laboratoriais, gestão médica eficiente entre outras estratégias de combate ao fenômeno bioterrorista.

Os sistemas de saúde globais devem se aparelhar e potencializar suas estruturais para estarem cada vez mais preparados para combater fenômenos bioterroristas que se apresentam, como já havia anunciado Foucault, enquanto tecnologias de poder, cada vez mais sofisticadas, de gestão e aniquilamento de indivíduos e populações. Pensar a saúde como um bem comum da humanidade significa incorporar perspectivas fraternas no contexto global que descartem lógicas biopolíticas de destruição da existência humana e, desvelem o próprio paradoxo da tecnologia, potencializando a constituição de uma atmosfera que descarte binômios adversariais e produza espaços comuns compartilhados a partir de perspectivas comunitárias e de bem-estar global.

O jurista italiano Eligio Resta articula, sob olhares transdisciplinares, a Metateoria do direito fraterno enquanto uma “teoria das teorias” para observar a sociedade e seus fenômenos complexos. Para Resta, a fraternidade ingressa na trama histórica a partir da Revolução Francesa, mais especificadamente, incluída no próprio lema revolucionário “*Liberté, Egalité, Fraternité*”. No entanto, não assume todas as suas potencialidades de incorporação no mundo real, permaneceu, por muito tempo, irresolvida diante da magnitude dos discursos estabelecidos a partir da Liberdade e da Igualdade.

O cenário da saúde pública no contexto do fenômeno do bioterrorismo é terreno fértil para estabelecer intersecções heurísticas com a fraternidade. Em *O Direito Fraterno* escrito pelo professor Eligio, o grande paradoxo a ser desvelado pela fraternidade é o de que “os Direitos Humanos são aqueles direitos que somente podem ser ameaçados pela própria humanidade, mas que não podem encontrar vigor, também aqui, senão graças à própria humanidade” (RESTA, 2020, p. 13). Por isso a ideia metafórica do termo grego *pharmakon* deve ser discutida a partir das matrizes teóricas do Direito Fraterno quando se põe em evidência as mazelas que assombram a sociedade global. Nas palavras de Sandra Regina Martini, “a fraternidade é um conceito biopolítico por excelência, conservando nele todas as formas e paradoxos dos sistemas sociais contemporâneos” (MARTINI, 2006, p. 119).

A partir da ideia de que o contexto bélico é recorrente na sociedade, é preciso propor um direito fraterno, ou seja, um direito que rompe com a estrutura tradicional de Estado, Nação, Estado-nação, sociedade e direito (MARTINI, 2006, p. 125). No mesmo sentido, “esse novo direito não propõe a ideia ingênua de que se deve amar mutuamente, mas busca edificar/estruturar paradoxos, exatamente em função dessa paradoxalidade, que é constante e que se deve ser, continuamente, refletida de maneira clara” (MARTINI, 2006, p. 125).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de conclusão, constata-se que a partir da ideia de que o bioterrorismo atua enquanto uma tecnologia de poder no contexto da saúde pública, a fraternidade é uma aposta, um desafio e uma possibilidade de operacionalizar todo o seu conteúdo no mundo real, enquanto um dispositivo de combate às lógicas bioterroristas. É preciso retomar a fraternidade, para que ela seja capaz de redimensionar as outras

duas categorias (liberdade e igualdade) e seja compreendida enquanto uma potencial transformadora da humanidade.

Um universo patológico se projeta diante do cenário global e insere um alerta global da imprescindibilidade da humanidade estabelecer pactos comuns compartilhados de proteção e tutela da sua existência. Assim, a sofisticação das técnicas biopolíticas de poder pelo bioterrorismo é um dos desafios a serem combatidos no contexto da saúde pública da humanidade pela fraternidade em nome da tutela dos direitos humanos da humanidade e da proteção aos bens comuns como a saúde.

## REFERÊNCIAS

CARDOSO, Dora Rambauské; CARDOSO, Telma Abdalla de Oliveira. Bioterrorismo: dados de uma história recente de riscos e incertezas. In: **Revista Ciência e Saúde Coletiva**. 16 (Supl. 1). 2011. P. 821-830.

CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION (CDC). **Bioterrorism**. 2023. Disponível em: <https://www.cdc.gov/>. Acesso em: 14 abr. 2023.

DAS, Shobhana; KATARIA, Brig. Bioterrorismo: uma perspectiva de Saúde Pública. In: **Jornal Médico das Forças Armadas da Índia**. Vol. 66. Edição 3. Jul. 2010.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ (FIOCRUZ). **Bioterrorismo**. 2023. Disponível em: <http://www.fiocruz.br/biosseguranca/Bis/infantil/bioterrorismo.htm#:~:text=%C3%89%20conceituado%20como%20sendo%20a,centrais%20de%20abastecimento%20de%20%C3%A1gua>. Acesso em: 14 abr. 2023.

MARTINI, Sandra Regina. Direito Fraternal na Sociedade Cosmopolita. In: **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006.

MINISTÉRIO DA DEFESA DO BRASIL. **Tratados e regimes com reflexo na defesa**. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/defesa/pt-br/assuntos/relacoes-internacionais/foruns-internacionais-1/tratados-e-regimes#:~:text=A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20para%20a%20Proibi%C3%A7%C3%A3o,uma%20categoria%20inteira%20de%20armas>. Acesso em: 14 abr. 2023.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). **Conceito de saúde**. 2023.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). **OPAS atualiza funções essenciais de saúde pública para países das Américas**. 2020.

RESTA, Eligio. **O direito fraternal [recurso eletrônico]**. 2ª Edição. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020.

## A PRÁTICA DA SUSTENTABILIDADE COMO PILAR PARA A RESSOCIALIZAÇÃO

*Débora Pedroso<sup>1</sup>*

*Denise Peres dos Santos Mousquer<sup>2</sup>*

*José Francisco Dias da Costa Lyra<sup>3</sup>*

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Direito Penal constitui a principal ferramenta do Estado para a proteção dos bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à comunidade, garantindo como norma de maior valor a dignidade da pessoa. Entrando no âmbito prisional, surge o princípio da humanização das penas, que impede que a pena seja utilizada como meio de instrumentalização ou “coisificação” do homem.

Com a humanização das penas a sanção penal deixa de ter um cunho meramente punitivo e assume um papel mais educativo e ressocializador. Logo, toda e qualquer sanção penal deve ser aplicada, dentro de limites morais, éticos e jurídicos. Logo, as penitenciárias têm enquanto objetivo a reabilitação e a ressocialização dos delinquentes.

A concepção do trabalho mudou muito, e atualmente é um direito subjetivo do apenado, sendo considerada uma atividade de importante valia na busca pela ressocialização do recluso. Discute-se então o trabalho prisional como apoio a humanização das penas e reintegração social dos detentos. No Brasil, o trabalho prisional constitui um direito e um dever do condenado, sendo previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e na legislação infraconstitucional.

Portanto, o objetivo que norteia a criação deste resumo é demonstrar o papel do trabalho no sistema prisional, a partir de atividades laborais que envolvam práticas de sustentabilidade e educação ambiental, como um dos principais pilares para a ressocialização.

A questão ambiental é um problema concreto desde meados do século XX, quando o aquecimento global, os mais diversos tipos de poluição, a extinção de espécies animais e vegetais e o esgotamento de recursos naturais se configuravam como situações preocupantes (ALBUQUERQUE, 2007). Neste sentido, a Educação Ambiental visa proporcionar ao indivíduo uma participação afetiva e ativa na solução dos problemas ambientais e sociais e sensibilizá-lo sobre determinadas questões.

Diversos estudos apontam que a Educação Ambiental pode auxiliar no processo de ressocialização, sendo que ressocializar é fornecer um canal para o reencontro com a sociedade, logo a inclusão da Educação Ambiental no âmbito prisional serve como pilar para a ressocialização.

Esta pesquisa justifica-se partindo da premissa que apenas com a busca do aprimoramento do trabalho responsável que se possibilita a integração dos detentos. Considerando, que manter um estabelecimento prisional gera um elevado dispêndio de recursos para o Estado, pensar alternativas que diminuam os custos e atrelem

---

1 Acadêmica do 6<sup>a</sup> semestre do Curso de Direito. Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões -URI. 123.deborapedroso@gmail.com.

2 Agente Penitenciário. Superintendência dos Serviços Penitenciário (SUSEPE). denisemousquer@gmail.com.

3 Doutor em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos-UNISINOS. Docente de Direito Penal Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões -URI. jlyra@san.uri.br.

valor e conhecimento são extremamente importantes. Esta prerrogativa abre portas para a educação ambiental, criando interesse pela prática da sustentabilidade.

Nesta perspectiva, construiu-se a questão problema que norteia esta composição, ou seja, como introduzir a educação ambiental e a sustentabilidade no processo de ressocialização do apenado? Para responder a esta pergunta, adotou-se para este estudo a metodologia de pesquisa bibliográfica exploratória e descritiva com coleta de dados por meio de análise pormenorizada da literatura bibliográfica e estudo de caso.

## **HUMANIZAÇÃO DAS PENAS**

Segundo Lemos (1998), no século XVIII, diversos segmentos da área do direito penal preconizavam tratamento mais humano para as penas.

O Brasil ratificou diversos tratados sobre a proteção dos direitos humanos, adotando a partir da Constituição Federal de 1988, o respeito a dignidade humana e o princípio da humanização das penas, criando um diálogo sobre a ressocialização. Segundo Lemos (1998) o século XVIII é historicamente marcado pelo interesse do Estado na ressocialização, desmistificando, o Direito Penal, que até então era marcado pela crueldade (Oliveira, 2014).

No Brasil a Lei de Execução Penal (LEP), nº 7.210/1984, estabelece as normas fundamentais que regem os direitos e obrigações do sentenciado no curso da pena. O Art. 41, desta lei, estabelece os direitos elementares que devem ser assegurados aos que estão sob a responsabilidade do Estado como direito à educação e ao trabalho, entre outros (BRASIL, 1984).

Embora o direito ao trabalho seja reconhecido pela LEP como um dos direitos dos detentos (BRASIL, 1984), existem críticas em relação à sua efetividade. A maior das críticas é a escassez de programas de trabalho, portanto, associar o trabalho a práticas de sustentabilidade, são uma valiosa maneira de promover a conscientização ambiental entre os detentos, fornecendo oportunidades de aprendizado e treinamento

## **EDUCAÇÃO AMBIENTAL E SUSTENTABILIDADE NOS ESTABELECIMENTOS PENAIS**

No Brasil, Silva e Gomes (2016) analisaram o aspecto ambiental dos estabelecimentos penais e concluíram que o atual sistema carcerário não se mostra capaz de reinserir alguém em sociedade. Entretanto, e mesmo ineficiente ao ressocializar, estes estabelecimentos geram um elevado dispêndio de recursos para o Estado, enfatizando a insustentabilidade, indicando a necessidade de mudanças mínimas em três dimensões da sustentabilidade, objetivando o equilíbrio entre a dimensão social, econômica e ambiental.

A educação ambiental e a sustentabilidade são temas extremamente importantes na atualidade, principalmente quando se trata de instituições prisionais. É notório que o sistema prisional enfrenta diversos desafios, desde a superlotação das unidades até a falta de estrutura para atender às necessidades básicas dos detentos. Nesse contexto, Fernandes Julião (2010) reforçam esta problemática:

Diversos países da América Latina, dentre eles o Brasil, vêm apresentando, nos últimos anos, altas taxas de encarceramento. O número cada vez maior de indivíduos reclusos tem sido acompanhado de um crescente sucateamento do sistema prisional, o que prejudica sensivelmente as

condições mínimas adequadas para atender aos requisitos da tutela de presos ou de cumprimento de penas nos termos das exigências legais.

A implementação de práticas sustentáveis e a educação ambiental podem trazer benefícios significativos para os presos e para a sociedade em geral. Em suas diversas vertentes, a sustentabilidade, busca promover a preservação do meio ambiente e a utilização consciente dos recursos naturais. Isso significa que é possível, sim, adotar medidas sustentáveis em instituições prisionais, mesmo em um ambiente que, em muitos casos, é marcado pela escassez de recursos e pela falta de cuidado com o meio ambiente. Algumas das medidas que podem ser adotadas incluem a utilização de energia renovável, o reaproveitamento de água, a reciclagem de resíduos e a utilização de materiais sustentáveis. Além disso, a educação ambiental pode ser um importante instrumento para conscientizar os detentos sobre a importância da sustentabilidade e da preservação do meio ambiente. Por meio de palestras, cursos e atividades práticas, é possível sensibilizar os presos para a questão ambiental e para a importância da utilização consciente dos recursos naturais. Isso pode ajudar a promover mudanças de comportamento e a estimular a adoção de práticas sustentáveis dentro e fora da prisão. Os benefícios da adoção de práticas sustentáveis e da educação ambiental dentro das instituições prisionais são muitos. Em primeiro lugar, é importante destacar que essas medidas podem contribuir para a redução dos custos operacionais das unidades, uma vez que a utilização de recursos renováveis e a reciclagem de materiais podem diminuir as despesas com energia, água e gestão de resíduos. Além disso, essas medidas podem ajudar a melhorar a qualidade de vida dos detentos, promovendo um ambiente mais saudável e agradável. Outro benefício importante é o impacto positivo para a sociedade em geral. A adoção de práticas sustentáveis e a educação ambiental dentro das instituições prisionais podem contribuir para a formação de cidadãos mais conscientes e responsáveis, que levam em consideração a preservação do meio ambiente em suas ações cotidianas. Além disso, essas medidas podem ajudar a reduzir os impactos negativos da atividade prisional sobre o meio ambiente, contribuindo para a promoção do desenvolvimento sustentável.

O Sistema Penitenciário americano, na frente de outros países, preocupa-se a muito tempo com a sustentabilidade. A Noruega criou a primeira prisão ecológica do mundo, que é totalmente autossustentável (SOUZA et al., 2022). Segundo Szuta (2019), a preocupação com o meio ambiente favorece a pena privativa de liberdade, melhorando também as relações interpessoais.

Nos Estados Unidos (EUA) existem diversos programas que visam o desenvolvimento sustentável em estabelecimentos penais. O Washington State Department of Corrections (WDOC) em parceria com o The Evergreen State College (Evergreen) no ano de 2003, deram início ao Projeto de Sustentabilidade nas Prisões – SPP (K. BUSH; et al., 2015 apud FRAGA, 2018). Este programa iniciou com serviços de compostagem e captação de água da chuva, criando bases para programas mais complexos que ofertam ciência, natureza, educação e operações sustentáveis nas prisões. A criação de estabelecimentos sustentáveis, além de gerar oportunidade de trabalho e educação dos detentos, traz como consequência uma redução dos custos operacionais da unidade penal (K. BUSH; et al., 2015 apud FRAGA, 2018).

Considerando o sucesso dos investimentos americanos o Brasil passou a estudar práticas de sustentabilidade e adotar em vários âmbitos sociais, porém não é uma prática muito comum nos estabelecimentos prisionais. Esta realidade se estende ao Estado do Rio Grande do Sul, que conta atualmente com o efetivo carcerário de

43.099 presos (SUSEPE, 2023), que estão em cumprimento de pena nos regimes fechado, semiaberto e aberto, sendo esses alocados em celas e alojamentos individuais e coletivos. Diversas são as críticas a respeito da situação carcerária brasileira, sendo talvez a superlotação dos presídios o mais crônico problema que aflige o sistema, situação que não ocorre no Sistema Penitenciário americano (SOUZA et al., 2022). Logo, manter a disciplina e ordem dentro dos estabelecimentos prisionais brasileiros é uma tarefa difícil, onde se faz necessário a busca por ocupações para auxiliar no combate a ociosidade. Neste sentido as ligas laborais internas das unidades prisionais são exercidas em atividades como limpezas gerais, recolhimento de lixo, hortas e projetos de paisagismo dentro das prisões.

## **PRÁTICAS DE SUSTENTABILIDADE NO INSTITUTO PENAL DE SANTO ÂNGELO**

O presente estudo foi realizado no Instituto Penal de Santo Ângelo (IPSA) que é um dos 152 estabelecimentos penais do Estado do RS. O IPSA conta atualmente com o efetivo carcerário de 133 presos (SUSEPE, 2023), neste é possível observar diferentes práticas voltadas a sustentabilidade que utilizam a mão de obra prisional. Outrora neste estabelecimento parte dos resíduos gerados eram descartados de forma incorreta, pois eram aterrados na área externa (fundos) da própria casa prisional visto que a coleta do lixo pelo município era um ponto crítico na segurança pela falta de regularidade. A ineficiência de um sistema adequado de gestão de resíduos pode levar a odores desagradáveis, proliferação de bactérias e fungos, e aumentar o estresse e desconforto dos presos, afetando negativamente seu bem-estar psicológico.

Com o passar do tempo e a necessidade de adequações para cumprir as regulamentações e evitar problemas legais ou penalidades a administração que assumiu a gestão desse estabelecimento penal deu início através da separação e destinação correta dos resíduos ao trabalho de reciclagem e a reutilização de materiais. Oportunizando que os apenados pudessem exercer atividades laborais, além da diminuição da pena.

Passou a ser realizada a coleta seletiva nos alojamentos, celas e cozinha, com posterior separação do material reciclado, o qual é separado para ser prensado e, após, ser vendido. Com o valor da venda passou a ser destinado para a compra de produtos de higiene pessoal não disponibilizado pela Superintendência dos Serviços Penitenciários (SUSEPE) e que os familiares não têm condições de adquirir. A reciclagem é desenvolvida em local adequado para separação e prensa do material.

Além disto, é proporcionado aos detentos oficinas sobre consciência ambiental e separação de resíduos, para reforçar a importância da coleta seletiva e o consumo sustentável.

Ainda no viés da educação ambiental, o IPSA investiu em uma horta, a qual é mantida com trabalho dos presos, é tratada com adubo orgânico de composteira que utiliza material orgânico gerado pelo próprio estabelecimento. O processo envolve a decomposição de resíduos orgânicos gerados no próprio estabelecimento que incluem restos de frutas, legumes, cascas de ovos, borra de café, folhas, entre outros materiais biodegradáveis.

Por fim, existem vagas de trabalho na produção de sabão ecológico, que tem como matéria-prima o óleo de cozinha usado. Este é um dos resíduos acumulados com maior dificuldade de reciclagem. Esta prática de sustentabilidade deu origem a uma fábrica que trabalha com a confecção de sabão e detergente líquido, que são

confeccionados pela mão de obra dos presos. Esta atividade laboral é fruto da conscientização na proteção ambiental pela comunidade de município de Santo Ângelo que está implicada na reciclagem de óleo nos domicílios e estabelecimentos comerciais que doam óleo para o sistema prisional e contribuindo para uma prática sustentável. A produção é distribuída para 10 (dez) unidades prisionais da 3ª Região Penitenciária o que representa aproximadamente três mil presos atendidos. A reciclagem de óleo usado na produção do sabão contribui para a proteção ambiental, a conservação de recursos, a redução de poluentes, a geração de produtos úteis. É uma forma eficaz de reutilizar um resíduo com potencial impacto ambiental negativo, transformando-o em um recurso valioso para o ambiente carcerário.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Sistema Prisional Brasileiro tem como finalidade proteger, reeducar e reintegrar o preso ao convívio social, sendo que a partir desses propósitos as práticas de sustentabilidade e educação ambiental, tem como finalidade contribuir para que os reclusos possam exercer ocupações profissionalizantes também atividades laborais para obter uma boa saúde mental.

Ressocializar é proporcionar um canal para o reencontro com a sociedade. Logo, a Educação Ambiental nos estabelecimentos prisionais torna-se fundamental, pois resgata a relação homem-natureza, oferecendo oportunidades para o desenvolvimento de habilidades, bem como o desenvolvimento do sentido de contribuir no processo de construção da cidadania, contemplando estratégias multidisciplinares e aspectos práticos da Educação Ambiental, tais como: reciclagem, compostagem, coleta seletiva, campanhas de sensibilização, entre vários outros. Além da formação de uma consciência ambiental para o desenvolvimento de habilidades profissionais e a consequente geração de renda, ponto importantíssimo para garantir um futuro pós liberdade para os presos.

A educação ambiental surge como um importante instrumento para conscientizar os detentos sobre a importância da sustentabilidade e da preservação do meio ambiente. Desse modo observa-se que a educação ambiental, como base científica para as práticas de sustentabilidade, trazendo inúmeros benefícios imediatos ao cotidiano dos presos e a longo prazo para o Estado, pois, contribuem para a redução dos custos operacionais das unidades carcerárias, para a melhoria da qualidade de vida dos detentos e para a formação de cidadãos mais conscientes e responsáveis. Além de apoiar na promoção e desenvolvimento sustentável e a preservação do meio ambiente.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, B.P. **As relações entre o homem e a natureza e a crise sócio ambiental**. Monografia. Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio da Fiocruz. Rio de Janeiro. 2007.

BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984: **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.htm>. Acesso em: 24 mai. 2023.

FRAGA, Talita Josiane; MARCHIORI, Fernanda Fernandes. **Ações de sustentabilidade em edificações prisionais no contexto internacional**. 2018.

Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/245575> Acesso em: 25 mai. 2023.

LEMOS, Ana Margarete; MAZZILLI, Cláudio; KLERING, Luís Roque. Análise do trabalho prisional: um estudo exploratório. **Revista de Administração Contemporânea**, v. 2, n. 3, p. 129-149, 1998.

OLIVEIRA, Márcia de Freitas. **O princípio da humanidade das penas e o alcance da proibição constitucional de penas cruéis**. 2014. 268 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

SILVA, Fábio. M. P.; GOMES, Magno F. **Meio ambiente carcerário, sustentabilidade e as parcerias público privadas**. 2016. Disponível em: <http://periodicos.unincor.br/index.php/revistaunincor/article/view/3110> Acesso em: 24 mai. 2023.

SOUZA, Marcelo Coelho et al. Uma nova consciência integrativa nas prisões: a sustentabilidade como perspectiva na pena privativa de liberdade. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, v. 8, n. 1, 2022.

SUSEPE, 2023. **Instituto penal de Santo Ângelo**. Disponível em: [http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod\\_menu=10&cod\\_conteudo=51](http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_menu=10&cod_conteudo=51) Acesso em: 24 mai. 2023.

SZUTA, Agnieszka Faustyna. A New Take on Penitentiary Architecture Wiezenna – Nowe Oblicze. **Przestrzeń I Forma**, 2019, 131-142. Disponível em: <https://doi.org/10.21005/pif.2019.39.b-07> Acesso em: 25 mai. 2023.

## **ANÁLISE DO USO DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE* COMO FUNDAMENTO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA NO RITO DO TRIBUNAL DO JÚRI, SEGUNDO A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

*Felipe Galhardo Barbosa Silva*<sup>1</sup>  
*Bruno Pugialli Cerejo*<sup>2</sup>

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Este trabalho tem por objetivo analisar a problematização da utilização e aplicação do brocardo *in dubio pro societate* nas decisões do Tribunal do Júri.

O objetivo do presente trabalho é fazer uma reflexão acerca do surgimento da expressão *in dubio pro societate* e dos motivos de sua adoção e acolhimento em diversas decisões jurisdicionais de mérito, as quais afirmam – e se limitam a isso – que se trata de um princípio existente em nosso ordenamento jurídico. Além disso, objetiva-se especificamente confrontar a expressão *in dubio pro societate* com outros princípios expressos em nossa Constituição Federal; em especial, com o princípio da presunção de inocência.

Aqui, identifica-se o problema a ser pesquisado: Qual desses princípios possui maior peso? Qual deles, ao ser violado, traria maior prejuízo?

O método de abordagem empregado será o dedutivo – do geral para o particular –, mas a indução, baseada em dados singulares, não será desprezada. No que diz respeito ao procedimento, ou como serão atingidos os objetivos acima definidos, adotar-se-ão os métodos lógico e comparativo. Quanto à técnica, a pesquisa será baseada na pesquisa documental, bibliográfica e jurisprudencial.

A importância da investigação se deve ao fato de que, em inúmeras decisões dos tribunais brasileiros, pronunciam-se réus, submetendo-os a julgamento por leigos em plenário do Tribunal do Júri – cujo conteúdo da decisão é imprevisível –, não obstante se esteja diante da existência de significativas dúvidas acerca das elementares típicas e/ou da autoria, gerando grave ofensa ao princípio da presunção de inocência, vulnerabilizando o cidadão no momento em que o Estado exerce sua função mais agressiva, ao se considerar sua gravíssima consequência: a privação da liberdade de locomoção do indivíduo.

### **REFERENCIAL TEÓRICO**

O Direito Penal, assim como qualquer outro ramo do ordenamento jurídico, é regido por regras e princípios que devem conviver de forma harmônica. Celso Antônio Bandeira de Mello, em brilhante lição, definiu o conceito do termo princípio e sua importância para o ordenamento jurídico. Vejamos a extraordinária lição:

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pelo CNEC de Santo Ângelo. Técnico Administrativo da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Membro da International Center for Criminal Studies.

<sup>2</sup> Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul. Pós-Graduado em Direito Público (Const. Adm. e Tributário) pela UNESA. Pós-Graduado em Direito Público e Direito Privado pela EMERJ/UNESA. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. Eis porque: “violado um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (MELLO, 2007, pag. 53).

Em relação ao brocardo *in dubio pro societate*, existe divergência sobre sua natureza jurídica, sendo considerado princípio para alguns doutrinadores e para outros, não. O professor Renato Brasileiro de Lima, por exemplo, faz parte do grupo que não reconhece o *in dubio pro societate* como um princípio jurídico, afirmando que não passa de uma expressão didática, que serve para enaltecer a passagem de uma fase de formação da culpa, para a de apreciação do mérito. Sustenta que, nessa transição, deve ter um critério, consubstanciado em um juízo de mera admissibilidade da imputação, sem toque de mérito, mas que garanta minimamente, a materialidade do delito e os indícios suficientes de autoria (LIMA, 2017, p. 1154).

Aury Lopes Júnior afirma que o princípio do *in dubio pro societate* não é compatível com o Estado Democrático de Direito, sendo que a dúvida não pode, em nenhuma ocasião, colocar uma pessoa no banco dos réus, sob pena de manchar a dignidade da pessoa humana e ameaçar a liberdade de locomoção (LOPES JR., 2013, p.1012 ).

A dificuldade em se classificar a expressão *in dubio pro societate* como princípio tem por base o fato de inexistir previsão constitucional ou legal para sua aplicação, tendo origem nas construções jurisprudencial e doutrinária (CAVALCANTE, s/d, *on line*). Com efeito, percebe-se que a harmonização do brocardo em tela com o princípio constitucional da presunção de inocência, pois defendem valores opostos.

Portanto, reconhecida essa dificuldade – pelas razões já expostas –, deve-se, mesmo que para fins apenas didáticos, verificar sua aplicação frente a outros princípios consagrados constitucionalmente. Robert Alexy ensina que se dois princípios colidirem, um deles terá que ceder. Para o autor, no caso concreto, o princípio de maior peso tem precedência sobre o outro (ALEXY, 2014, P. 93/94). O mesmo autor, ensina que quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou do prejuízo, tanto maior deve ser a importância do outro. Para o sacrifício de um princípio, o outro deve possuir maior peso no caso concreto (ALEXY, s.d, *on line*).

A eventual colisão existente entre o *in dubio pro societate* e a presunção de inocência, no momento da sentença de pronúncia, é um desafio a ser enfrentado pelo operador jurídico. Qual desses princípios possui maior peso? Qual deles, ao ser violado, traria maior prejuízo?

Diferentemente do *in dubio pro societate*, o princípio da presunção de inocência está tipificado em nossa Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso LVII. Vejamos:

Art 5º, LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (BRASIL, 1990)

Destaca-se que, em todo e qualquer rito processual penal, incide a garantia fundamental da presunção de inocência; não há exceção. Nessa condição, possui aplicação direta e imediata (MORAES, 2007, p.133)

Como se não bastasse sua previsão na Carta Política Fundamental da República, a presunção de inocência vem expressamente em norma supralegal<sup>2</sup>, Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, *in verbis*:

*Artigo 8, item 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. [...] (BRASIL, 1992, on line).*

Portanto, evidencia-se que a presunção de inocência deve prevalecer sobre qualquer dúvida e em qualquer caso no sistema jurídico pátrio. Nem mesmo no momento da sentença de pronúncia foi autorizado ou regulamentado o afastamento da presunção de inocência ou sua aplicação de modo reduzido.

Sobre o que até aqui foi dito, importante trazer os ensinamentos do Professor Rafael Fecury Nogueira, *in verbis*:

Ao se delimitar a análise da legitimidade do *in dubio pro societate* no espaço atual do direito brasileiro não há como sustentá-la por duas razões básicas: a primeira se dá pela absoluta ausência de previsão legal desse brocardo e, ainda, pela ausência de qualquer princípio ou regra orientadora que lhe confira suporte político-jurídico de modo a ensejar a sua aplicação; a segunda razão se dá em face da existência expressa da presunção de inocência no ordenamento constitucional brasileiro, conferindo, por meio de seu aspecto probatório, todo o suporte político-jurídico do *in dubio pro reo* ao atribuir o ônus da prova à acusação, desonerando o réu dessa incumbência probatória (NOGUEIRA, 2012)

Dito isso, impõe-se analisar a evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto. Em 1996, a Suprema Corte firmou entendimento no sentido de que qualquer que fosse a dúvida, deveria optar pela pronúncia do réu, sob pena de gerar prejuízo à competência constitucional do Tribunal do Juri (BRASIL, 1996, *on line*)

Já no ano de 2002, a Corte Suprema, ao julgar o Habeas Corpus n.º 81.646, declarou que o *in dubio pro societate* jamais vigorou no tocante à existência do crime, todavia manteve o entendimento que existindo dúvida quanto a autoria do delito, dever-se-ia optar pela pronúncia do acusado (BRASIL, 2002, *on line*)

Finalmente, no ano de 2020, a segunda turma da Corte Constitucional, no julgamento do Agravo do Recurso Extraordinário n.º 10.067.392, concedeu de ofício a ordem em *habeas corpus* para restabelecer a sentença de impronúncia, sob o fundamento de que a decisão atacada interpretou de forma indevida a expressão *in dubio pro societate*. Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que o brocardo em tela não possui amparo constitucional ou legal, acarretando verdadeiro desvirtuamento das premissas racionais de valoração da

---

<sup>2</sup> O STF, no julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários nº 349.703 e 466.343e dos *Habeas Corpus* nº 87.585 e 92.566, em 03/12/2008, consolidou o entendimento de que os Tratados e Convenções internacionais sobre direitos humanos que não forem aprovados na forma do art. 5º, § 3º, da Constituição da República, de 1988, situam-se em patamar hierárquico inferior ao constitucional e superior à legislação infraconstitucional.

prova e do sistema bifásico do Tribunal do Júri, esvaziando a decisão de pronúncia (BRASIL, 2020a, *on line*).

No mesmo sentido, destacou-se, no Habeas Corpus 180.144/GO, ser ilegítimo a sustentação do *in dubio pro societate* frente ao princípio constitucional da presunção de inocência, asseverando que, mesmo na primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri, havendo dúvida, a mesma deve ser interpretada em favor do réu, independentemente de essa incidir sobre a materialidade ou autoria delitiva (BRASIL, 2020b, *on line*).

Portanto, diferentemente do posicionamento contrário de significativa parcela dos operadores jurídicos da atualidade, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento no sentido de que a presunção de inocência está presente em todos os momentos da persecução penal, inclusive na fase final do *judicium accusationis*, não havendo exceções à sua aplicação. Deste modo, é inadmissível que mera dúvida referente à materialidade ou à autoria jamais deve ser interpretada em desfavor do réu.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Preliminarmente, o presente trabalho buscou apresentar, em linhas gerais, a problemática de se utilizar a expressão *in dubio pro societate* como se fosse princípio consagrado no ordenamento jurídico brasileiro. Tal dificuldade foi verificada em termos conceituais e na harmonização do brocardo em tela com outros princípios expressamente previstos na Constituição da República, de 1988, em especial com a presunção da inocência.

Para tanto, verificou-se que a origem da expressão *in dubio pro societate* é meramente doutrinária, sendo repetida como se fosse um axioma jurídico consagrado no ordenamento. Em contrapartida, a mais alta Corte da justiça do território nacional se manifestou, em julgados recentes, no sentido de que a dúvida em favor da sociedade não operar em prejuízo do acusado, sob pena de violar o procedimento bifásico do Tribunal do Júri e a presunção de inocência.

Por todo exposto, é lícita a conclusão de que a presunção de inocência, amparada constitucionalmente, deve nortear todo o procedimento jurídico na seara do processo penal. Dessarte, a alegada presunção se encontra presente em ambas as fases do procedimento do Tribunal do Júri. Sendo assim, diante de qualquer dúvida quanto à materialidade ou quanto à autoria, deve essa sempre ser interpretada em favor do réu, inclusive no momento da prolação da decisão de pronúncia.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Ponderacion, control de constitucionalidade y representacion**. Disponível em <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2196/4.pdf>. Acessado em 03/04/2023.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 93/94.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **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.** Brasília, 09 nov. 1992. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 20/05/2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 73.512.** Paciente: Sebastião Costa; Impte.: Marcelo Bustamante; Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio De Janeiro. Primeira Turma. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 23 abr. 1996. Publicado em 01 jul 1996. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur118226/false>>. Acesso em: 17 mai 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 81.646.** Pacte.: Luiz Augusto Alves de Azevedo; Imptes.: Bóris Trindade e Outro; Coator: Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 04 jun. 2002. Publicado em 09 ago 2002. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur99960/false>>. Acesso em: 17 mai 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.067.392.** Recte.(S): José Reginaldo da Silva Cordeiro e Cleiton Cavalcante; Recdo.(A/S): Ministério Público do Estado Do Ceará. Segunda Turma. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 26 mar. 2019. Publicado em 02 jul 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur427698/false>>. Acesso em: 19 mai 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 180.144.** Pacte.(S): Milton Felix Moraes Parreira; Impte.(S): Defensoria Pública do Estado de Goiás; Coator(A/S)(Es): Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 10 out. 2020. Publicado em 22 out 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur99960/false>>. Acesso em: 19 mai 2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Críticas ao princípio do in dubio pro societate na fase da pronúncia.* Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/0b7a9d54deeb611edc4540d286e9a042>>. Acesso em: 20/05/2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado** – 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 1154.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.1012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira, **Curso de Direito Administrativo**, 25ª edição, Malheiros Editores, 2007, pag. 53.

MORAES; Alexandre de. **Direito Constitucional.** 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.133.

NOGUEIRA, Rafael Fecury. **Pronúncia: valoração da prova e limites à motivação**. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2012. p. 215.

## **A CONTRIBUIÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE**

*Lília de Sousa Nogueira Andrade<sup>1</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O presente texto tem como objetivo abordar sobre a contribuição da inteligência artificial para a preservação do meio ambiente. Justifica-se a importância do tema tendo em vista o crescente avanço tecnológico e ao mesmo tempo a progressiva destruição do meio ambiente. A Constituição Federal Brasileira de 1988 dispõe tanto da promoção do desenvolvimento científico como dispõe que o meio ambiente é um direito fundamental a ser protegido. Como equilibrar esses mandamentos constitucionais? Quanto à natureza do estudo, a metodologia é do tipo bibliográfica e documental. Quanto à abordagem da pesquisa, esta será qualitativa, tendo em vista que a investigação foi realizada com base em livros e artigos de lei. Por fim, o trabalho apresenta cunho descritivo e exploratório pois busca expor e discorrer sobre o impacto da inteligência artificial na proteção do meio ambiente.

### **REFERENCIAL TEÓRICO**

Pode-se destacar dois pontos relevantes na contemporaneidade. Em uma perspectiva individual verifica-se um marcante avanço tecnológico presente no dia a dia dos seres humanos. Já em uma perspectiva macro, da coletividade, considera-se uma crescente preocupação com o meio ambiente, para que seja preservado para as gerações futuras.

Com efeito, a inteligência artificial está muito presente no cotidiano dos indivíduos. Desde o acordar com um assistente virtual<sup>2</sup> para auxiliar na execução de tarefas domésticas, ao ir ao trabalho com GPS escolhendo as melhores rotas para evitar congestionamentos, ou mesmo ao receber recomendações com base nos seus gostos pessoais em canais de streaming, inteligência artificial vem destacando-se ao longo dos anos e a sua utilização em larga escala não é mais futurista, mas presente.

Para tanto, é preciso entender o que é a inteligência artificial. Trata-se de um campo da ciência da computação que tem como objetivo desenvolver sistemas inteligentes que podem executar tarefas que normalmente requerem inteligência humana. Em sua essência, essa é uma tecnologia que permite que computadores e máquinas imitem o comportamento humano, sendo capaz de entender, aprender e raciocinar em diversos domínios.

A Constituição Federal no seu artigo 218 dispõe que “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”, constatando, pois, a necessidade de medidas ativas e não meramente passivas em que o Estado deverá realizar para efetivar tal desenvolvimento, tendo em vista ser um direito fundamental:

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Penal e Processo Penal. Professora. Advogada. [liliadesousa@hotmail.com](mailto:liliadesousa@hotmail.com)

<sup>2</sup> Atualmente a assistente virtual mais conhecida foi a desenvolvida pela empresa Amazon denominada Alexa.

O termo 'ciência', enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). (...) Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os mistérios da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de n. IV do título VIII) (BRITTO, 2010)

No mesmo sentido, que se deve promover o avanço tecnológico que tanto tem facilitado e contribuído na vida dos seres humanos, a Constituição protege o meio ambiente como um direito fundamental. Eis o disposto no artigo 225: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações."

A Constituição Federal a medida que garante o desenvolvimento científico também protege o meio ambiente. Ocorre que, é mais marcante o desenvolvimento das tecnologias para a destruição do meio ambiente do que para a proteção. Portanto, é preciso direcionar o uso das tecnologias, que tem crescido perceptivelmente, para a adoção de medidas de urgência de preservação para evitar que o meio ambiente se torne insípido e não habitável.

Hoje, a inteligência artificial possui uma capacidade analítica muito alta, ou seja, é capaz de consultar e compreender uma grande quantidade de dados, também consegue reconhecer certos padrões e fazer previsões com alta precisão. Essa tecnologia transformadora tem o potencial para promover a proteção do meio ambiente e melhoramento das condições humanas na terra. A inteligência artificial é capaz inferir novos conhecimentos:

O sistema de inteligência artificial não é capaz apenas de armazenar e manipular dados, como também adquirir, representar e manipular conhecimento. A manipulação inclui a capacidade de deduzir ou inferir novos conhecimentos ou relações sobre fatos e conceitos a partir do conhecimento já existente e utilizar métodos de representação e manipulação para resolver problemas complexos que são frequentemente não quantitativos por natureza. (DA SILVA, p. 14, 2019)

De fato, afirma Lima (2021, p. 52-53) que o primeiro passo para a preservação do meio ambiente é a prevenção de riscos. Esta visa garantir que os impactos causados pelas organizações sejam mapeados e identificados antes que eles ocorram. O segundo passo é a adoção de medidas de mitigação que visam reverter danos e minimizar situações de risco identificado áreas vulneráveis e implementando programas operacionais. Como terceiro passo, Lima destaca que é a recuperação e/ou compensação como forma de promover um benefício ambiental compensando o impacto gerado. Essa recuperação deve ser efetivada não em dinheiro mas com medidas efetivas, por exemplo, plantio de árvores, doação de mudas de árvores, doação de equipamentos de controle de poluição. Afirma a autora que para essa recuperação ou compensação é preciso um monitoramento constante da empresa, traçando planos e metas de redução dos impactos através de coleta de dados da organização. Assim, é possível identificar e avaliar a implementação das medidas.

Com efeito, tais medidas de prevenção, mitigação e recuperação podem ser organizadas, monitoradas e fiscalizadas pela Inteligência artificial, promovendo uma otimização na preservação do meio ambiente. Além de medidas preventivas pode

também as tecnologias adotar medidas de exploração em ambientes inóspitos para os seres humanos como a profundidade dos oceanos ou as galáxias.

A conjugação dos estudos ambientais com o desenvolvimento da inteligência artificial permitirá empreendimentos eficazes para a redução de impactos ambientais. Os programas desenvolvidos pela tecnologia avançada são rápidos, organizados e padronizados permitindo uma catalogação de um relatório ambiental seja de prevenção como de proteção. Assim, os de sistemas de computador inteligentes projetados para desenvolver programas com resultados positivos, permitirão um meio ambiente equilibrado para as gerações futuras e não a própria destruição dele.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se constatar que proporcionalmente a evolução tecnológica com grandes avanços na inteligência artificial tem-se também uma destruição do meio ambiente. O equilíbrio da promoção do desenvolvimento científico com a proteção do meio ambiente pode ocorrer com o direcionamento da inteligência artificial para que minimize os riscos e promova a otimização dos recursos naturais. Assim, na medida que o homem desenvolve essas tecnologias deverá promover a proteção do meio ambiente para as gerações futuras, para que não corra o risco de o mesmo instrumento que provoque bem estar seja o mesmo que tornará a terra um ambiente insípido para o convívio humano.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em: 25 mai. 2023.

DA SILVA, Fabrício Machado. LENZ, Maikon Lucian. FREITAS, Pedro Henrique Chagas. DOS SANTOS, Sidney Cerqueira Bispo. **Inteligência artificial**. – Porto Alegre: SAGAH, 2019.

LIMA, Caroline Hatada De. **Proteção do meio ambiente**. – São Paulo: Platos Soluções Educacionais S.A., 2021.

BRITTO, Ayres. **Comentários a Constituição**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/constituicao-supremo/artigo.asp?abrirBase=CF&abrirArtigo=218> > Acesso em: 25 de mai. 2023.

## A EVOLUÇÃO DO DIREITO À MATERNIDADE: UM COMPARATIVO AO DIREITO ALEMÃO

*Letícia Lenz<sup>1</sup>*

*Rômulo da Silva Menezes<sup>2</sup>*

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente resumo teve-se ao estudo das áreas do direito comparado, em específico, ao direito da mulher durante a maternidade, destacando-se assim, quais os princípios, direitos e regras que a ela são garantidos, a eficácia das normas e quais as melhores formas de equalizar o direito e proteger a vida da mãe e da criança.

Aborda-se um comparativo entre Brasil e Alemanha, buscando com países e normas tão distintas a possibilidade de implantação de melhorias em ambos os sistemas jurídicos, para assim, possibilitar a proteção efetiva da estrutura familiar, da criança, do nascituro e dos pais.

Justifica-se, portanto, a escolha do presente tema que se volta à eficácia das normas vigentes, buscando-se a igualdade entre os gêneros e a proteção da mulher e da criança, objetivando um interesse social pela proteção e continuação do ciclo da vida, eis que muitas das normas vigentes, principalmente no ordenamento brasileiro, não estão sendo aplicadas da forma correta, ou então, ocorre a falta de eficácia e fruição das mesmas.

A evolução da história, principalmente no tocante ao direito das mulheres, deixou vastas cicatrizes e lacunas ainda a serem preenchidas. Com relação ao direito da maternidade, possível verificar a falta de eficácia e efetiva proteção das mulheres no âmbito laboral. Diante do exposto, cabe ressaltar os seguintes problemas de pesquisa: quais são os principais aspectos que diferenciam a proteção à maternidade no direito brasileiro e germânico? Quais são as normas germânicas nas quais o Brasil poderia basear-se para melhor proteção da mulher e da criança?

Objetivando analisar e verificar as normas referentes ao tratamento da mulher no ambiente trabalhista e previdenciário durante a maternidade, pretendeu-se comparar as normas de aplicação para este ordenamento, visando à possibilidade de melhorias em sistemas de países com economia e cultura tão distintas.

Desde os primórdios, a mulher foi menosprezada pelo simples fato de ser mulher, lhe era proibido o trabalho remunerado, devendo dedicar-se tão somente às atividades domésticas, totalmente dependente de seus pais ou de seu marido, tanto que era considerada incapaz e deveria ser representada pelo homem.

A partir de movimentos feministas, as mulheres lutaram pela adequação de seus direitos. No entanto, as cicatrizes deixadas pela sociedade patriarcal e pelas tantas lutas enfrentadas resultaram em algumas lacunas que devem ser revistas e reanalisadas.

Diante de tais inseguranças e medos sofridos pelas mulheres, concernentes à discriminação, menosprezo, falta de proteção e desigualdades enfrentadas no ambiente trabalhista, justifica-se tal pesquisa, pela iniciativa de proporcionar formas

---

<sup>1</sup> Pós Graduada em Prática no Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) e Previdência Complementar pela Faculdade Legale. Advogada. [leticialenz.adv@hotmail.com](mailto:leticialenz.adv@hotmail.com).

<sup>2</sup> Mestre em Direito, Professor do Curso de Direito da Faculdade CNEC de Santo Ângelo. Advogado. [romulo.m.adv@hotmail.com](mailto:romulo.m.adv@hotmail.com).

de maior proteção às mulheres e crianças, desenvolvendo, assim, hipóteses de aplicação de novas normas, bem como sua aplicabilidade, restando como único e principal objetivo: a proteção da vida.

Para o desenvolvimento da presente pesquisa, utilizou-se do meio bibliográfico, com livros nacionais e internacionais, bem como artigos científicos. A estrutura do presente resumo iniciou com uma prévia evolução histórica; na sequência, o estudo comparado sobre a maternidade; e, por fim, uma análise sobre as medidas tendentes a proporcionar maior proteção à mulher durante a gestação no âmbito laboral.

## **REFERENCIAL TEÓRICO**

### **CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRIA: DIREITO DO TRABALHO E A LUTA DAS MULHERES**

Com o passar dos anos, as discussões e temáticas elaboradas sobre a distinção entre gênero passaram a elucidar, cada vez mais as dificuldades em que as mulheres vivem. Passaram-se anos de lutas e prerrogativas do que poderia se tornar uma igualdade de condições. Comparando-se aos anos anteriores, a evolução é extrema, mas ainda existem muitas temáticas a serem tratadas, inclusive no âmbito laboral.

Antes de adentrar ao tema é necessário tratar dos conceitos do que é gênero e sexo, segundo Francisco Cabral e Margarita Dias (2019), sexo possui caráter biológico, estando associado aos aparelhos reprodutores.

O gênero é uma visão culturalmente construída, não sendo uma figura ligada ao sexo, mas um contexto elaborado ao longo da história e da cultura. A própria história cultural do sujeito, designa sua imagem sobre gênero, conforme afirma Judith Butler (2003).

Os discursos sobre gênero e sexo transpassam séculos, baseados sobre perspectivas psicológicas e sociológicas trazidas por grandes pensadores como Aristóteles, Kant, Voltaire, Rousseau, Hipócrates, Freud e Sartre, fundamentados essencialmente no menosprezo do gênero feminino.

Fomentavam principalmente que o homem era superior, pois ocupava o espaço de nobreza, era considerado como um ser vigoroso. E inclusive que o homem possuía um cérebro maior que o da mulher, o que o fazia mais inteligente.

Os movimentos feministas começaram uma longa trajetória em uma disputa por direitos, voltados à dignidade da pessoa humana. Tais movimentos iniciaram-se em meados de 1970 e 1980. Essa busca pelos direitos femininos foi decorrente de assuntos “pertinentes a família, aos grupos excluídos, a sexualidade e outros.” (BOFF, 2011, p. 22).

As mulheres ingressaram no mercado de trabalho devido a Revolução Industrial, em meados do século XVIII. Os trabalhos eram muito insalubres, não havia controle de jornada, os salários eram extremamente baixos, muitas das mulheres sofriam acidentes e acabavam adoecendo.

A mulher passou a ser explorada no mercado de trabalho como uma segunda categoria, mesmo que algumas mulheres tenham mais força física que certos homens, a preferência continua sendo em prol do masculino, pois o mundo ainda carece da ideia primordial de a mulher não possuir capacidade, de o homem ser provedor do sustento da família, marcas estas deixadas pelo patriarcado.

O que se almeja é a igualdade de oportunidade, de condição, o que se deseja é que a mulher seja livre e tenha direitos de querer ser e conseguir o que quer, “sem exclusão, sem preferência, sem limitação ou restrição (...)” (COELHO, 2017, p. 125).

A mudança está ocorrendo e vem acontecendo há anos, não sendo apenas presente o empoderamento no âmbito laboral, mas sim em toda sociedade. É necessária uma observância a novos regulamentos, baseados na contemporaneidade, tornando a igualdade salarial e a extinção da divisão sexual do trabalho, resultando na igualdade efetiva e concreta entre homens e mulheres.

## **O DIREITO À MATERNIDADE NO AMBIENTE LABORAL: UM ESTUDO COMPARADO ENTRE BRASIL E ALEMANHA**

Com o ingresso das mulheres no âmbito trabalhista tornou-se necessário a implementação de legislações e fundamentos para maior proteção desta. Tratando-se do gênero mulher, é importantíssimo destacar que esta é protagonista da vida, pois gera em seu ventre um novo ser, sendo merecedora de uma proteção mais assídua.

A maternidade é um momento único vivido por algumas mulheres, porém, por inúmeras vezes torna-se um motivo para a perda de trabalho ou mesmo a conquista de um novo emprego. Léa Elisa Sllingowschi sustenta que “A maternidade foi, por muito tempo, usada como argumento para que a mulher não trabalhasse, já que deveria ficar em casa cuidando dos filhos.” (p.58, 2007).

Com relação à maternidade, o ordenamento jurídico busca proteger a mãe e a criança. As medidas adotadas, bem como o tratamento jurídico, possuem uma visão social, com a finalidade de preservar o ciclo da vida.

“A proteção à maternidade é um direito constitucional garantido às trabalhadoras brasileira, que, na gravidez e após se tornarem mães, precisam ajustar suas rotinas de cuidados com o filho aos seus trabalhos.” (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2016, s.p.). As mulheres passam por inúmeras mudanças após o nascimento de um filho, e necessitam de um apoio maior da legislação para a continuidade da vida após a maternidade.

Os principais aspectos do ordenamento jurídico Brasileiro, tratam da licença maternidade presente na CF. e na CLT., período de 120, em que pode ser majorado mediante acordo entre empregada e empregador. Por intermédio da Lei 11.770 de 2008, foi criado o programa Empresa Cidadã, fundamentado em prorrogar o período de licença para mais 60 dias.

O salário maternidade deve consistir no salário integral da segurada, está regulamentado na Lei 8.213/91 e no Decreto 3.048/1999. A segurada que possuir salários com alternância, será correspondente aos seis últimos meses. Todos os cálculos terão como base no salário da genitora e serão realizados pelo INSS. Aos pais somente é garantida a licença de 5 dias.

A legislação germânica possui alguns paradigmas parecidos, como por exemplo, a empregada grávida não pode exercer atividades pesadas, são proibidas de trabalhar aos domingos, não podem trabalhar no turno da noite e não podem ser demitidas nos quatro meses posteriores ao nascimento da criança. Segundo Andrea Schmelz, a estabilidade na Alemanha da genitora será de até quatro meses consecutivos ao nascimento da criança.

A licença a maternidade começou a vigorar na Alemanha em meados de 1952, ao qual a trabalhadora podia se afastar “seis semanas antes e seis semanas depois do parto. Com o passar do tempo, esta licença foi sendo modificada.” (GERICHE; 2018, s.p.).

Se a mulher estiver trabalhando ela não tem obrigação de informar ao responsável pela empresa que está grávida, principalmente enquanto não estiver no terceiro mês de gestação, possibilitando que a gestante tenha um período para que

fique comprovada a certeza de que está realmente grávida, não há um limite de tempo ou regulamentação. (WUNDERWEIB; 2018, s.p.).

A legislação alemã prevê a licença-parental, com o propósito de trazer para ambos os pais o acompanhamento e o crescimento da criança. A licença predominantemente pode chegar até três anos, além de existirem formas de auxílio tanto para a criança quanto para os pais. (SCHMELZ, 2018, s. p.).

Os filhos também recebem uma espécie de bolsa, *Kindergeld*, até completarem a sua maioridade. Essa bolsa é destinada para arcar com os custos da criança e podem ser economizados para os estudos do filho.

Ao contrário da crença popular, o benefício da criança não é um benefício social. embora d. R. pago pelos fundos da família, mas no final é uma compensação fiscal. O subsídio por filho é para isentar o nível de subsistência fiscal da criança e serve para os cuidados básicos das crianças que vivem na Alemanha, desde seu mês de nascimento. A reivindicação surge automaticamente, mas requer uma solicitação por escrito. (KINDERGELD.ORG; 2018, s.p.).<sup>3</sup>

As principais diferenças nos ordenamentos consistem que na Alemanha a licença maternidade é de no máximo 3 anos, existindo possibilidade de escolha de licença-maternidade total ou parcial, há divisão da responsabilidade e a licença parcial quando se trata de pais divorciados. Os estudantes também são recepcionados por tais direitos com relação à maternidade. De outra senda, a previsão do subsídio parental, pode se estender por tempo superior ao previsto na legislação brasileira quando se trata de salário maternidade.

## **ALGUMAS MEDIDAS TENDENTES À MAIOR PROTEÇÃO DA MATERNIDADE NO CONTEXTO LABORAL**

A mulher é a maior protagonista do ciclo da vida, é ela quem gera em seu ventre o nascituro, necessitando de proteção especial, tanto para a vida desta como da criança em desenvolvimento. A maternidade não é somente o tempo em que a criança está sendo gerada no ventre da mãe, mas também no período posterior, necessitando de amamentação e demais cuidados específicos.

Foram criadas legislações próprias para o momento da maternidade, com o fulcro de proteger a vida e os direitos humanos. Existem vários empecilhos que demandam reajustes e adaptações nas legislações vigentes, bem como na aplicabilidade das leis já existentes e sua fiscalização.

Paula Loureiro da Cruz (2019) trata como uma hipótese para a discriminação a criação de cotas, com a finalidade de igualar o acesso às oportunidades de trabalho e de carreira. É preciso efetuar igualmente uma reorganização na educação e na forma cultural, iniciando uma mudança de pensamento a partir da família, educação e da mídia, visando acabar com a divisão sexual de trabalho. Outra medida seria a criação de programas que possibilitam às mulheres conciliar a vida profissional com a familiar.

Além da discriminação também é possível destacar a não aplicabilidade da lei

---

<sup>3</sup> *Entgegen der weit verbreiteten Meinung, handelt es sich beim Kindergeld um keine Sozialleistung. Zwar wird es i. d. R. von den Familienkassen ausgezahlt, ist im Endeffekt aber eine steuerliche Sgleichszahlung. Das Kindergeld soll das steuerliche Existenzminimum des Kindes freistellen und dient der Grundversorgung der in Deutschland lebenden Kinder vom Geburtsmonat an. Dabei entsteht der Anspruch automatisch, setzt aber einen schriftlichen Antrag voraus.*

quanto à estabilidade de emprego às gestantes, proporcionando uma quebra de estabilidade financeira, prejudicando tanto a saúde como o bem-estar social.

“A estabilidade econômica trata-se de um conjunto de atos e garantias que visam fornecer segurança ao empregado de que a sua subsistência não sofra grandes abalos.” (DOTTO, 2019, p. 49). O período de estabilidade para a gestante foi criado com o fundamento de garantir acesso da mulher ao trabalho, e por consequência à subsistência.

A estabilidade da gestante é um direito de que a empregada não seja demitida durante o período gestacional, e caso seja, o empregador deverá indenizá-la pelo período ao qual estaria amparada, além de outros direitos previstos em lei. Tal direito possui previsão expressa na Constituição Federal de 1998, e no art. 10, inciso II, alínea b do ADCT (Atos das Disposições Constitucionais Transitórias).

A súmula 244 do TST estabelece que, se o empregador desconhecer o estado gravídico em que a empregada se encontra não afasta o dever de indenizar se ocorrer dispensa ou demissão no período da gestação.

Com relação a estabilidade na Alemanha, esse direito é elencado como fundamental, com fundamentos e princípios voltados para a maior proteção e fruição dos direitos relacionados à família. A licença-parental, além de preverá estabilidade, é um preceito que interrompe o aspecto laboral dos pais, para que estes dediquem-se ao cuidado e educação dos filhos, para cada pai e mãe, é assegurado o “tempo dos pais”. Consiste nos direitos relevantes à maternidade ou paternidade, que podem chegar até 3 anos para cada um, e podem ser solicitados até os 8 anos da criança.

Constata-se então que o período de estabilidade no Brasil é muito curto em comparação com a Alemanha, ademais, em consonância com as necessidades da criança, bem como para a subsistência dessa nova família, pois muitas empresas, passado o período de estabilidade, resolvem por demitir a empregada, prejudicando a subsistência da mulher e de sua família recém constituída.

Importante destacar que as normas vigentes necessitam de uma maior fiscalização para que sejam capazes de suprir a necessidade. Além do mais, verifica-se que seria de cunho muito importante caso fossem elaboradas novas leis, principalmente no ordenamento brasileiro, visando a maior proteção da mãe e da criança, além de programas com relação às políticas sociais e medidas afirmativas, que propiciam à mulher mais acesso aos ambientes laborais e a conciliação da vida familiar com o trabalho.

Baseando-se na legislação germânica, seria a majoração da licença maternidade e paternidade, instaurando assim a licença-parental, garantindo a ambos os pais maior contato com a criança, referenciando um direito a escolha, com base na licença-parental, ou com relação ao trabalho parcial no decorrer da licença, estabelecendo um trabalho em conjunto para a criação e educação para com os cuidados da criança.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS:**

O desenvolvimento do presente resumo, visando a evolução do direito da mulher com relação à maternidade no contexto laboral, permitiu uma análise frente à evolução e os preceitos do direito da mulher, com relação às desigualdades enfrentadas pela questão do gênero, conseqüentemente, as discriminações enfrentadas pelas mesmas com a reação ao fato biológico da maternidade. Nas perspectivas relacionadas à maternidade, tornou-se possível apontar que, por muitas vezes, o simples direito da estabilidade não a protege efetivamente.

Quanto ao comparativo entre Brasil e Alemanha, o país germânico possui um arcabouço de direitos que não estão previsto na legislação brasileira, dentre os quais a licença-parental de forma parcial e cooperativa entre os genitores, o tempo relacionado à licença que pode chegar a até três anos e os benefícios ou subsídios que são entregues aos pais e à criança. Já o ordenamento brasileiro versa sobre licenças mais reduzidas, tanto para os pais quanto para as mães, além de o salário-maternidade, que é pago pelo INSS, que corresponde ao valor igual ao do salário da genitora.

No que se refere às medidas tendentes a maior proteção da maternidade no âmbito laboral, consiste nas diligências a serem efetuadas para exterminar com a discriminação e a desigualdade, propiciando um ambiente com bem-estar social e livre de agressões verbais e psicológicas, relacionadas principalmente em face da mulher. Frente à estabilidade provisória, que também possui maior amplitude no país germânico.

Às principais normas que possam ser aplicadas para maior proteção da maternidade, seriam licença-parental por um tempo maior propiciaria inúmeras melhorias com as questões psicológicas e educativas quanto à criança, promovendo, assim, maior contato com ambos os pais, que devem dedicar-se aos cuidados e responsabilidades das crianças, compartilhando-os. De outra senda, legislações que permitam os mesmos benefícios aos estudantes e o direito, quanto aos pais divorciados, de cada um destes contribuir com a sua quota-parte para evolução e educação da criança, devendo esta permanecer 1/3 do tempo com cada um dos pais.

As normas e legislações germânicas possuem maior eficácia e implantações que as brasileiras, isso se deve à forte fiscalização efetuada pelo Estado e seus órgãos competentes, que permitem a eficácia de tais preceitos legais, bem como, a forma de aplicabilidade dos preceitos fundamentais correlacionados à vida e com relação ao contorno cultural sobre o enredo germânico. Neste diapasão, a proteção à maternidade não se trata apenas de conceitos culturais, filosóficos ou, simplesmente, justificáveis à proteção, no país germânico, isso se deve à natalidade baixa, e a proteção de tal acontecimento à mulher e também de seu filho.

Para solucionar os problemas apresentados no referente projeto, devem-se implantar normas, valorizando e protegendo o trabalho da mulher, também referenciando formas de conciliação entre a vida familiar e o trabalho, estabelecendo a proteção, subsistência e efetiva estabilidade. Assim, criar normas voltadas à proteção da família, propiciando o bem-estar social, mediante políticas públicas e medidas afirmativas com a conscientização e legislações que permitem às mulheres conciliar trabalho e vida doméstica, tornando a criação e educação dos filhos de forma mais cooperativa entre ambos os pais.

No entanto, para passarmos a evoluir quanto aos direitos protecionistas embasados com a legislação germânica, necessitamos de uma reorganização estatal, com medidas aplicáveis, eficazes e puníveis, quanto aos casos de discriminação, exterminando assim, com as desigualdades existentes, principalmente com relação à desigualdade salarial, bem como as discriminações quanto ao gênero. Somente após serem tratadas tais circunstâncias, poderia ser efetivado uma atualização legislativa, quanto a sua aplicabilidade, propiciando a criação de normas efetivas e, de forma mais rigorosa das estabelecidas no ordenamento brasileiro, tendo como fulcro a majoração da proteção à maternidade.

## REFERÊNCIAS

- ARBEITSRECHT. Abschluss und Auflösung des Arbeitsvertrages. Luxembourg: Chambre des Metiers, 2010.
- BEAUVOIR, Simone de. O segundo sexo: a experiência vivida. Vol. 2. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2016.
- BEAUVOIR, Simone de. O segundo sexo: fatos e mitos. Vol. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2016.
- BEAUVOIR, Simone de. Segundo Sexo, Fatos e Mitos. Vol. 1, 4ª ed. São Paulo: Difusão Europeia do livro, 1970.
- BIROLI, Flávia. Gênero e desigualdade limites da democracia no Brasil. 1ª ed. São Paulo: Editora Boitempo, 2017.
- BOFF, Salete Oro. O gênero no tempo: reflexões a respeito da inserção e da igualdade da mulher na sociedade. In: \_\_\_\_\_ BOFF, Salete Oro. (org.) Gênero Discriminação e Reconhecimento. Passo Fundo: IMED Editora 2011.
- BOUDIEU, Pierre. A dominação masculina. 11ª eds., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em 07 de set. 2022.
- BUNDESMINISTERIUM FÜR FAMILIE, SENIOREN, FRAUEN UND JUNGER. Elterngeld Plus, die neue Generation Vereinbarkeit: Hier geht es um das Eltern-Geld, das Eltern-Geld-Plus und die Eltern-Zeit. Disponível em: <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/service/publikationen/eltern-geld--eltern-geld-plus-undeltern-zeit/73782>. Acesso em 24 mai. 2019.
- BUTLER, Judith. Problemas de gênero Feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- CABRAL, Francisco; DIAZ, Margarita. Relações de gênero. Disponível em: [www.adolescencia.org.br/upl/ckfinder/files/pdf/Relacoes\\_Genero.pdf](http://www.adolescencia.org.br/upl/ckfinder/files/pdf/Relacoes_Genero.pdf). Acesso em 08 de abr. 2019.
- CALIL, Léa Elisa Silingowschi. História do Direito do trabalho da mulher, aspectos históricos- sociológicos do início da República ao final deste século. Editora LTDA, 2000.

COELHO, Renata. Direito da mulher na contemporaneidade das relações de trabalho. Disponível em: <https://btdt.ucb.br:8443/jspui/handle/tede/2245>. Acesso em 15 de mar. 2019.

COLLING, Ana Maria. Tempos Diferentes Discursos Iguais a construção do corpo feminino na história. Dourados- MS: Editora UFGD, 2014.

CRUZ, Maria Helena Santana. Empoderamento das mulheres. Disponível em: [revista.ibict.br/inclusão/article/download/4248/3732](http://revista.ibict.br/inclusão/article/download/4248/3732). Acesso em 22 de mar. 2019.

CRUZ, Paula Loureiro da. (Des)igualdade e direito de gênero. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2016. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/2864/5/Paula%20Loureiro%20da%20Cruz.pdf>. Acesso em 02 de set. 2019.

DOTTO, Camila. A estabilidade da gestante no contrato de trabalho por tempo determinado. Revista Eletrônica nº 195/2016-TRT da 4ª Região-RS-Ano XII. Disponível em: [trt4.jus.br/portais/media/258598/IndiceGeralArtigos.pdf](http://trt4.jus.br/portais/media/258598/IndiceGeralArtigos.pdf). Acesso 06 de set. 2019.

GIFFEY, Franziska. Elterngeld, ElterngeldPlus und Elternzeit: das Bundeselterngeld – und Elternzeitgesetz. In. Bundesministerium für familie, Senioren, Frauen und junger. Disponível em: <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/service/publikationen/elterngeld--elterngeldplus-und-elternzeit-/73770?fbclid=IwAR20CaeRT32REbZ2K1946BkrwYVVvcikDieCizO67W1B3a1G9xgKPVefr2l>. Acesso em: 24 de jan. 2019.

GOES, Hugo. Manual de Direito Previdenciário. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2012.

GONÇALVES, Nair Lemos. Contribuição para o estudo do Direito Comparado do Trabalho Alemão-Brasileiro na parte relativa aos Acidentes de Trabalho. Disponível em: <https://www.resvistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66332/38942>. Acesso em 15 de set. 2018.

HERINGER, Astrid. As discriminações de gênero na sociedade e no judiciário. In: \_\_\_\_\_ BOFF, Salete Oro. (org.) Gênero Discriminação e Reconhecimento. Passo Fundo: IMED Editora, 2011.

KINDERGEL.ORG. Kindergeld Ratgeber 2018. Disponível em <https://www.kinder.org>. Acesso em 02 nov. 2018.

LUIZA, Ana. O que é licença maternidade, como funciona, quando entra em vigor, nova lei. Disponível em: [minutosaudavel.com.br/licenca-maternidade/](http://minutosaudavel.com.br/licenca-maternidade/). Acesso em 15 nov. 2018.

MÃES BRASILEIRAS NA ALEMANHA. Licença paternidade. Disponível em: <https://maesbrasileirasnaalemanha.wordpress.com/category/licença-paternidade/>. Acesso em 15 nov. 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 30 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

MEROLA, Sérgio. Direitos da Mulher: A maternidade e os direitos que a protegem. Disponível em: <https://sergiomerola85.jusbrasil.com.br/noticias/440131742/direitos-damulher-a-maternidade-e-os-direitos-que-a-protegem>. Acesso em 02 jun. 2019.

MONTEIRO, Cristiane Schor. A mulher no espaço público e no espaço privado. In: \_\_\_\_\_ BOFF, Salete Oro. (org.) Gênero Discriminação e Reconhecimento. Passo Fundo: IMED Editora, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 37 ed. São Paulo: LTr, 2012.

NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira; BÔAS, Regina Vera Villas. Proteção da mulher: direito individual e social à igualdade de condições no mercado de trabalho e ao direito à maternidade. Disponível em: [http://www.portaltutor.com/index.php/conpedireview\\_old/article/view/127](http://www.portaltutor.com/index.php/conpedireview_old/article/view/127). Acesso em 02 de set. 2019.

NASCIMENTO; Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. Ed. 29. São Paulo: Saraiva, 2014 OLIVEIRA, Eleonora Menicucci de. A mulher, a sexualidade e o trabalho. São Paulo: Editora CUT, 1999.

POZZEBON, Roberto. As ações afirmativas no direito do trabalho. In. Org. SANTOS, André Leonardo; DEL´OLMO, Florisbal de Souza. Diálogo e entendimento: Direito e multiculturalismo e cidadania e novas formas de solução de conflito. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SCHMELZ, Andrea. Ihre Recht als Arbeitende Mutter. Disponível em: <https://www.elternwissen.com/familienanzen/familienrecht/art/tipp/ihre-rechte-alsarbeitende-mutter.html>. Acesso em 22 ago. 2018.

VIEIRA, Norma; SIQUEIRA, Deis; EVER; Marcella; GOES, Maria. Divisão sexual do trabalho e relação de gênero em contexto Estuarino- Costeiro Amazônico. Disponível em: <https://periódicos.ulpa.br/index.php/amazônica/article/view/1606/2017>. Acesso em 08 de abr. 2019.

WUNDERWEIB. 5+1 Gesetze, die alle Mütter kennen Solten. Disponível em: <https://www.wunderweib.de/5-gesetze-die-alle-muelter-kennen-solten-101049html>. Acesso em 22 ago. 2018.

## DANO EXTRAPATRIMONIAL NO DIREITO DO TRABALHO: ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 223-G DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO, A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017

Náthaly Fernanda Weber Lima<sup>1</sup>  
Maira Angélica Dal Conte Tonia<sup>2</sup>

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A pesquisa visa analisar a constitucionalidade do artigo 223-G da Consolidação das Leis do Trabalho, inserido pela Lei nº 13.467 de 2017, que fixa limites mínimos e máximos ao *quantum* indenizatório a ser arbitrado pelo Juízo, em caso de reparação por dano extrapatrimonial oriundo da relação de trabalho. Para tanto, por meio do método dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica são abordadas a legislação trabalhista e constitucional brasileira, as decisões proferidas pelo Tribunal Pleno e pelos Tribunais Regionais do Trabalho, e a doutrina sobre o tema.

As críticas da doutrina a respeito das mudanças legislativas positivadas na Consolidação das Leis do Trabalho, a partir da reforma trabalhista, e a relevância dos danos extrapatrimoniais nas relações de trabalho, notadamente por ser tema de interesse da maioria proletária brasileira, justificam o presente estudo. Deste modo, esta pesquisa tem por objetivo verificar os aspectos referentes ao dano extrapatrimonial nas relações de trabalho, bem como se é possível considerar constitucional a inserção do artigo 223-G da Consolidação das Leis do Trabalho. Orienta-se a pesquisa a partir do respeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia e aos direitos de personalidade do trabalhador.

### DESENVOLVIMENTO DO CONTEÚDO

Inicialmente, no Brasil, a responsabilidade civil era regulada com base no *Code Napoléon*. Com o advento do Código Civil de 1916, os seus pressupostos foram delineados e foram excluídas da obrigação de reparação de dano a ação em legítima defesa, no exercício regular do direito ou em caso de evitar perigo iminente. Orientado pela realidade social moderna, o Código Civil de 2002 passa a dispor sobre a obrigação de reparação de dano ao lesado, seja por culpa ou risco.

Nas palavras de Paulo Nader (2016, p. 33), “responsável é aquele que se sujeita às consequências pelo descumprimento do dever, e que deve garantir eventuais indenizações”. Nesse sentido, são elementos de caracterização do dever de reparar a ação ou omissão, a culpa ou o dolo do agente e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, previstos no artigo 186 do Código Civil de 2002.

Dentre as espécies de dano, o dano moral, tratado nesta pesquisa como sinônimo de dano extrapatrimonial, é previsto constitucionalmente no artigo 5º, incisos V e X, da Carta Magna, e compreende-se como todo aquele que lesione quaisquer

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Universidade de Passo Fundo. E-mail: nathaly.weber26@gmail.com.

<sup>2</sup> Doutora em Ciência Jurídica Univalli/UPF. Mestre em Direito pela Unisinos (2007). Especialista em Direito Processual Civil e Processo do Trabalho (2004). Especialista em Lei Geral de Proteção de Dados. Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo (1997). Advogada - OAB/RS 45621. Docente de Graduação na Universidade de Passo Fundo - UPF/RS. Direito Digital, atuando em processos de implementação da Lei Geral de Proteção de Dados, e-commerce e contratos digitais. E-mail: mairatonial@upf.br.

dos direitos de personalidade. De acordo com Reis (2008), todo e qualquer atributo que individualize a pessoa é considerado dano moral, bem como a repercussão de sentimentos negativos na esfera sociocultural em que o indivíduo está inserido.

Ainda, Gonçalves (2017b, p. 388) afirma que o dano moral é “lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc. (...)”. De mais a mais, os direitos lesionados em sede de dano moral não têm conteúdo pecuniário ou comercialmente redutível a dinheiro (GANGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

Desta feita, a Consolidação das Leis do Trabalho possuía uma lacuna legislativa ao não regular a matéria referente ao dano extrapatrimonial, fazendo com o que os juízes trabalhistas decidissem com base no Código Civil. Tal lacuna foi preenchida pela Lei nº 13.467 de 2017, mais conhecida como reforma trabalhista, contudo, a forma como a matéria restou positivada trouxe muitas discussões no que se refere à constitucionalidade de seus dispositivos.

O artigo 223-G, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe quanto à adoção do sistema tarifário, quantificando o valor de reparação de acordo com a gravidade da ofensa, que pode ser classificada como leve, média, grave ou gravíssima, observando como base de cálculo o salário contratual do ofendido. No entanto, o legislador não instruiu acerca da classificação da natureza do dano, mantendo sua avaliação à cargo do julgador.

Diante deste cenário, a maior problemática do tabelamento do dano extrapatrimonial encontra-se na utilização do salário contratual do ofendido como base de cálculo e na limitação entre 20 (vinte) e 50 (cinquenta) salários, de acordo com o grau da ofensa. Inobstante a Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017, tenha apresentado a solução quanto à vinculação do valor da reparação ao salário do ofendido, definindo que o cálculo deveria ser realizado segundo os valores gerais do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), diante da sua não conversão em lei, a redação original continuou a vigorar.

Importa referir que em 1967, com a Lei de Imprensa nº 5.250, também houve a tentativa de tabelar o valor da indenização, limitando o montante entre 2 (dois) a 20 (vinte) salários mínimos (BRASIL, 1967). Com efeito, a supracitada lei foi julgada inconstitucional em 2009. Diante disso, a Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça pacificou o tema ao estabelecer que “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa” (BRASIL, 2011, p. 288). Carlos Roberto Gonçalves (2017b, p. 409), por sua vez, adverte que na apreciação da atual Constituição Federal não há critério de “tarifação” ou “tabelamento” de danos imateriais.

Ao estabelecer critérios tarifários para a reparação de danos extrapatrimoniais, a legislação não observou um dos fundamentos basilares da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana. De acordo com Brito Filho (2018), todos os seres humanos devem ser tratados pelo ordenamento jurídico de igual forma, por serem dotados da mesma dignidade, o que é fundamento da universalidade dos direitos humanos. Por sua vez, Santos (2017) justifica que a dignidade humana não pode ser mensurada, pois “possui um valor inestimável em face da natureza insubstituível e única da personalidade humana, que nada tem a ver com as funções ou atribuições que cada um exerce no dia a dia, seja na vida profissional ou privada”. Além disso, ao calcular o valor da reparação do dano com base no último salário contratual do ofendido resta violado o princípio da isonomia, disposto no caput do artigo 5º da Constituição Federal.

O acórdão proferido nos autos do Recurso Ordinário Trabalhista sob o número 0021089-94.2016.5.04.0030, em 18 de março de 2020, quando do julgamento do recurso de embargos de declaração no processo em comento, a 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região declarou a inconstitucionalidade do §1º do artigo 223-G da Consolidação das Leis do Trabalho, na forma do disposto no artigo 143 do Regimento Interno daquele Tribunal, assim como dos artigos 948 e 949 do Código de Processo Civil, submetendo a matéria à apreciação do Tribunal Pleno, o qual ratificou a decisão.

A partir da decisão proferida pelo Tribunal Pleno, os demais Tribunais Regionais do Trabalho passaram a adotar o mesmo entendimento. Exemplo disso é o acórdão proferido pela 8ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, de relatoria de Rovirso Aparecido Boldo, decidindo pela inaplicabilidade do artigo 223-G, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Nesse contexto, a desigualdade salarial no Brasil é fator peculiar a ser analisado no que se refere às reparações serem justas se baseadas em salário contratual. Isso porque, no Brasil, segundo Alvarenga (2018), as mulheres recebem salários menores do que os homens que exercem a mesma função. Ademais, de acordo com Cavallini (2018), as mulheres ainda são minoria ocupando posições nos principais cargos de gestão.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, a pesquisa demonstra que o direito à personalidade, abarcando os direitos à honra, à imagem e à intimidade, é alterado de acordo com o contracheque do lesado. Do mesmo modo que todos os demais direitos fundamentais são presumidos de universalidade e devem ser protegidos independentemente da situação financeira do indivíduo, a natureza do dano extrapatrimonial reside na indiferença ao patrimônio do ofendido.

Por fim, chega-se à conclusão de que o tabelamento do dano extrapatrimonial na esfera trabalhista não se coaduna com a Constituição Federal, tampouco com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Resta cristalino, a partir das decisões proferidas pelo Tribunal Pleno e pelos Tribunais Regionais do Trabalho, que a inserção do artigo 223-G na Consolidação das Leis do Trabalho é inconstitucional.

## REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Darlan. Mulheres ganham em média 20,5% menos que homens no Brasil. **G1**, 08 março 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/dia-das-mulheres/noticia/2022/03/08/mulheres-ganham-em-media-205percent-menos-que-homens-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 28 jun. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Senado, 1943. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 28 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília/DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 28 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília/DF: Presidência da República, 2017a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm). Acesso em: 28 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967**. Brasília/DF: Presidência da República, 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5250.htm#:~:text=Regula%20a%20liberdade%20de%20manifesta%C3%A7%C3%A3o%20do%20pensamento%20e%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o.&text=Art%20.,lei%2C%20pelos%20abusos%20que%20cometer](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm#:~:text=Regula%20a%20liberdade%20de%20manifesta%C3%A7%C3%A3o%20do%20pensamento%20e%20de%20informa%C3%A7%C3%A3o.&text=Art%20.,lei%2C%20pelos%20abusos%20que%20cometer). Acesso em: 28 jun. 2023.

BRASIL. **Medida provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 nov. 2017b.

BRASIL. Súmula 281. **RSSTJ**, Superior Tribunal de Justiça, ano 5, n. 21, p. 281-321, ago./2011. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011\\_21\\_capSumula281.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_21_capSumula281.pdf). Acesso em: 28 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). **Processo TRT/SP: 1000689-28.2020.5.02.0363**. Relator Min. Rovirso Aparecido Boldo. Órgão Julgador: 8ª Turma, Cadeira 1. 02 setembro 2022. Disponível em: <https://pje.tst.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000689-28.2020.5.02.0363/3#d5f04a0>. Acesso em: 28 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4. Região). **Recurso Ordinário Trabalhista 0021089-94.2016.5.04.0030**. Julgamento em 01 de julho de 2020 Disponível em: <https://pje.trt4.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0021089-94.2016.5.04.0030/2#41c222a>. Acesso em: 28 jun. 2023.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

CAVALLINI, Marta. Mulheres ganham menos que os homens, em todos os cargos e áreas, diz pesquisa. **G1**, 07 março, 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/mulheres-ganham-menos-que-os-homens-em-todos-os-cargos-e-areas-diz-pesquisa.ghtml>. Acesso em: 28 jun. 2023.

GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil, volume 3**: responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.  
GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2017b.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 7.

REIS, Suely Pereira. **Dignidade Humana e Danos Extrapatrimoniais**. 2008. 112 p. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: [https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/12271/12271\\_1.PDF](https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/12271/12271_1.PDF). Acesso em: 28 jun. 2023.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O Dano extrapatrimonial na Lei 13.467/2017, da Reforma Trabalhista. **GEN Jurídico**, Trabalho, 22 ago. 2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/08/22/o-dano-extrapatrimonial-na-lei-13-4672017-da-reforma-trabalhista/>. Acesso em: 05 set. 2022.

## **A RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO INSTITUTO GARANTIDOR DA PROTEÇÃO À EMPRESA E AO TRABALHADOR**

*Nadini Casali Bandeira<sup>1</sup>  
Etiane da Silva Barbi Köhler<sup>2</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A empresa desempenha um papel fundamental para o crescimento e desenvolvimento econômico e social de uma sociedade, pois se caracteriza como um dos motores da economia, gerando renda, empregos, receitas tributárias para o Estado, produtos e serviços necessários à satisfação das necessidades das pessoas. Dessa forma, por ocupar uma função tão essencial dentro do universo capitalista, é inegável a necessidade de sua preservação, sempre que for possível manter essa organização. Assim, seja através da edição de leis, no âmbito Legislativo, sob o viés positivista, ou pela aplicação eficaz da lei pelo Poder Judiciário, elementar que se busque a efetividade do processo de recuperação judicial a fim de evitar a falência.

Esse instituto foi instituído pela Lei nº 11.101 de 2005 e apresenta como uma de suas estruturas basilares o princípio da preservação da empresa. Este pode ser entendido como a busca pela preservação da atividade empresarial, a fim de evitar a sua desconstituição, considerando a importância que ela exerce nas relações da sociedade, sobretudo na geração de empregos para muitos trabalhadores.

Diante disso, no presente resumo busca-se evidenciar a essencialidade do instituto da recuperação judicial como garantidor do princípio da preservação da empresa, bem como analisar as consequências geradas aos créditos trabalhistas quando deferida. A principal justificativa para o tema proposto é, como já mencionado anteriormente, o papel da atividade empresarial na promoção do desenvolvimento social. Assim, sempre que possível, é necessário que o Estado ofereça condições para que as empresas que permeiam o estado de crise econômica se recuperem, a fim de estimular a atividade empresarial, proteger os trabalhadores e corroborar com o crescimento econômico.

Urge, dessa forma, demonstrar qual é a vinculação do princípio da preservação da empresa com o instituto da recuperação judicial, bem como a importância da manutenção de sua atividade empresarial, uma vez que resulta na garantia de postos de trabalho e na sobrevivência de múltiplas famílias.

Quanto à abordagem, a pesquisa será do tipo qualitativa. Na sua realização será utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, através da seleção de bibliografia e documentos afins à temática e em meios físicos e na rede de computadores.

### **REFERENCIAL TEÓRICO**

Para Miriam de Menezes Vertelo (2010), a empresa é vista como uma instituição social, superando a visão de ser uma atividade que apenas gera lucros aos

---

<sup>1</sup> Graduanda do 9º semestre do Curso de Direito. Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. nadini.bandeira@sou.unijui.edu.br.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos. Professora de graduação da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. barbi@unijui.edu.br.

sócios. Sendo uma instituição, está predisposta a passar por momento de crise econômico-financeira, que podem levar à mortalidade da empresa, pela falência, por causas relacionadas a uma multidisciplinaridade de fatores.

Nesse sentido, Camila Aparecida Borges e Marcelo Benacchio (2016), discorrem que o princípio de preservação da empresa, basilar ao instituto da recuperação judicial, busca garantir a dignidade da pessoa humana a todos os indivíduos que possuem ligação à atividade empresarial, de forma direta ou indireta, seja por meio do trabalho desenvolvido ou pelo interesse do credor. A recuperação judicial surge como uma fonte de busca pela manutenção da atividade empresária.

Segundo Patrícia Fernandes Bega e Alexandre Magno Augusto Moreira (2016, p. 306),

O princípio trabalha a ideia de uma cadeia alimentar de subsistência, na qual a retirada da empresa pela falência provoca, como que em um efeito dominó, a insolvência de outros membros ligados a ela, em especial os direitos dos próprios trabalhadores. Ressalta-se, que o trabalhador ao conquistar uma vaga de emprego, amparado pela perspectiva de crescimento pessoal, cria planos para sua família visando seu crescimento dentro de determinada empresa.

Diante disso, Keila Bispo Suzart (2018), pontua que a busca pela superação dessa crise financeira da empresa, que visa à preservação dos empregos e atender aos interesses dos credores, é um dos objetivos da Lei nº 11.101 de 2005, a fim de se manter a economia organizada.

Borges e Benacchio (2016) evidenciam, também, que a partir da promulgação da referida lei supracitada, a recuperação judicial torna-se uma regra, enquanto a falência configura-se como exceção. Sendo assim, é essencial que haja a preocupação com as figuras que se relacionam ao processo da recuperação judicial, principalmente as maiores vítimas das consequências da determinação do plano, os trabalhadores e os credores. Essa visão apresenta respaldo em uma concepção humanista da empresa, quando volta seu olhar para os direitos humanos e para a garantia constitucional à proteção da atividade econômica.

Em relação aos trabalhadores, Bega e Moreira (2016), mencionam que a recuperação judicial está correlacionada ao princípio da proteção dos trabalhadores, seja na manutenção dos empregos e da atividade em que atuam, como, nas hipóteses em que a falência é decretada, na prestação dos créditos trabalhistas devidos. Ressaltam, ainda, que o princípio da proteção à empresa ampara a imposição de limites aos trabalhadores, a fim do não exaurimento dos recursos econômicos para que sejam mantidos os postos de trabalho diretos ou indiretos, como fornecedores e comerciantes.

Nessa perspectiva, Tarcísio Teixeira (2012, p. 184) corrobora que:

A nova legislação falimentar visa possibilitar a recuperação de agentes econômicos em estado de crise, mas que, no entanto, podem superá-la. Para tanto, a norma fornece condições para alcançar esse fim. Caso não seja possível a recuperação, a norma também contempla o instituto da falência como forma de liquidar a atividade empresarial, mas não é o seu escopo primordial. Por essa razão, pode-se dizer que a nova legislação tem um aspecto duplo, qual seja, de recuperar e/ou extinguir atividades empresariais em crise.

Outrossim, dentro do plano da recuperação judicial, o crédito trabalhista é valorado como primário, na ordem dos credores. Bessa (2020, p. 5) relata que “é conferido ao empregado imunidade absoluta frente às intempéries ocasionalmente sofridas pelo empregador”. Por ser crédito alimentar, ele tem preferência na fila dos credores.

Por conseguinte, Bega e Moreira (2016), aduzem que o crédito alimentar dos trabalhadores na ordem dos credores restringe-se ao limite de 150 (cento e cinquenta salários mínimos). Essa limitação decorre da necessidade de preservar o patrimônio da empresa, proporcionando aos demais credores e possibilidade de recebimento do crédito, como, por exemplo, o varejo e fornecedores. Assim percebe-se uma primazia do interesse coletivo sob o individual.

Sobre o procedimento, Bessa (2020, p. 13), afirma que:

[...] a Lei 11.101/05 estabelece que as ações de natureza trabalhista serão processadas perante a justiça especializada (trabalhista) até a apuração do respectivo crédito, porém não será pago nesse foro. O crédito deverá ser inscrito no quadro-geral de credores na recuperação judicial e pago conforme previsto no plano aprovado pelos credores ou, no caso de falência, conforme a ordem de prioridade estabelecida no art. 83 da mesma lei.

Ademais, é de se referir que a atividade econômica das empresas brasileiras é protegida constitucionalmente. Borges e Benacchio (2016) discorrem que o artigo 170 da Constituição Federal prevê a proteção da atividade econômica e a garantia do pleno emprego. Isto posto, a Lei nº 11.101 de 2005, no viés da recuperação judicial, garante aos indivíduos que se relacionam com a empresa em crise, a possibilidade de usufruir do seu direito de soerguimento, quando esta for preservada pelo Estado.

Borges e Benacchio (2016, p. 167), também defendem que:

É de fundamental importância, que o Estado, como principal condutor de proteção aos direitos humanos ao desenvolvimento, crie possibilidades para efetividade de um sistema de recuperação de empresas eficiente, com projeção concreta na realidade social, econômica e jurídica.

Assim sendo, a recuperação judicial almeja preservar, não somente a atividade empresarial, bem como direitos fundamentais previstos constitucionalmente, como o direito ao desenvolvimento e a proteção à própria dignidade humana.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A recuperação judicial surgiu como um instituto que visa, sobretudo, a preservação da atividade empresarial e evitar a falência. O delineamento desse instituto ocorreu devido ao fato de que nenhuma empresa está imune de enfrentar uma crise, seja decorrente da economia, da má-gestão, caso fortuito ou imprevisível, entre outras múltiplas causas que podem provocá-la.

A partir da promulgação da Lei nº 11.101 de 2005, o ordenamento jurídico brasileiro passou a contar com essa inovação na matéria falimentar, apresentando-se a possibilidade de o empresário ou sociedade empresária ingressar em juízo, na busca pelo deferimento do plano de recuperação que será apresentado a Assembleia de Credores que deliberará sobre a aceitação ou recusa deste.

O instituto demonstrou sua essencialidade sob o viés jurídico, uma vez que a empresa desempenha um papel fundamental no desenvolvimento econômico e social

de um país, pois além de gerar renda, movimentando assim a economia e produzindo os bens necessários à satisfação das necessidades das pessoas, também é criadora de postos de trabalho, recolhe tributos aos cofres públicos, desempenhando uma função social. Assim sendo, o Estado deve criar possibilidade de manter ativas essas atividades empresárias que estabelecem uma teia de relações sociais e econômicas.

Nesse sentido, a recuperação judicial é formulada baseada no princípio da preservação da empresa, sendo que esse princípio busca proteger todos aqueles indivíduos que dependem da atividade da empresa, através da manutenção dos postos de trabalho, atendimento ao interesse dos credores, desempenho de sua função social e estímulo à economia. Assim, percebe-se que se ultrapassa a fronteira da busca pelo lucro por parte do empresário, prestigiando uma visão da coletividade e promoção do bem-estar social.

Um reflexo disso é a relação que o princípio da preservação à empresa possui com o princípio da proteção ao trabalhador, uma vez que este é uma das principais vítimas da decretação da falência ou da limitação sofrida quando a empresa em que trabalha encontra-se em estado de crise.

Isto posto, há dois momentos em que o trabalhador é protegido durante o processo de recuperação judicial. No primeiro momento, quando se efetiva a manutenção da atividade empresarial e seu trabalho permanece sendo garantido, sem que haja necessidade de seu desligamento. E, caso o instituto da recuperação judicial não demonstre eficácia e seja decretada a falência, há preferência na ordem de pagamento de seus créditos trabalhistas, devidos até a data do pedido da recuperação judicial, frente aos demais credores, por se tratar de verba alimentar.

Por fim, menciona-se que o princípio da preservação da empresa, basilar do instituto da recuperação judicial, apresenta respaldo constitucional, sendo que a Constituição Federal garante, em seu artigo 170, a promoção da atividade econômica e o direito ao desenvolvimento como um dos direitos fundamentais inerentes aos cidadãos.

## REFERÊNCIAS

BEGA, Patrícia Fernandes. MOREIRA, Alexandre Magno Augusto. O princípio da cooperação judiciária no Novo Código de Processo Civil: uma análise a partir da proteção ao trabalhador frente ao instituto da recuperação judicial. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**, v. 2, n. 1, p. 301-322, jan/jun. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/467>. Acesso em: 28 maio, 2023.

BESSA, Ana Paula Alves de. **O crédito trabalhista e seus efeitos no processo de recuperação judicial**. Artigo (Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/bitstream/handle/26599/1/Ana%20Paula%20Alves%20de%20Bessa.pdf>. Acesso em: 28 maio, 2023.

BORGES, Camila Aparecida. BENNACHIO, Marcelo. A recuperação judicial e o direito ao desenvolvimento. **Revista Argumentum**, v. 17, p. 155-171, jan/dez. 2016. Disponível em:

<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/149>. Acesso em: 28 maio, 2023.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28 maio, 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: [planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm). Acesso em: 29 abr. 2023.

SUZART, Keila Bispo. **Proteção e preservação do crédito trabalhista na recuperação judicial**. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/30367/1/Keila%20Bispo%20Suzart.pdf>. Acesso em: 28 maio, 2023.

TEIXEIRA, Tarcisio. A recuperação judicial de empresas. **Revista Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v.106/107, p. 181-214, jan/dez. 2011/2012. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67943>. Acesso em: 29 abr. 2023.

VERTELO, Miriam de Menezes. **A Recuperação Judicial como mecanismo de efetivação do princípio de preservação da empresa**. 2010. Monografia (Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito), Faculdade de Direito, União Pioneira de Integração Social, Brasília, 2010. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-recuperacao-judicial-como-mecanismo-efetivacao-princlpio-preservacao.htm#:~:text=A%20recupera%C3%A7%C3%A3o%20judicial%20ingressa%20no,interesses%20de%20toda%20uma%20sociedade>. Acesso em: 04 mar. 2023.

## **A RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO INSTITUTO GARANTIDOR DA PROTEÇÃO À EMPRESA E AO TRABALHADOR**

*Nadini Casali Bandeira<sup>1</sup>  
Etiane da Silva Barbi Köhler<sup>2</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A empresa desempenha um papel fundamental para o crescimento e desenvolvimento econômico e social de uma sociedade, pois se caracteriza como um dos motores da economia, gerando renda, empregos, receitas tributárias para o Estado, produtos e serviços necessários à satisfação das necessidades das pessoas. Dessa forma, por ocupar uma função tão essencial dentro do universo capitalista, é inegável a necessidade de sua preservação, sempre que for possível manter essa organização. Assim, seja através da edição de leis, no âmbito Legislativo, sob o viés positivista, ou pela aplicação eficaz da lei pelo Poder Judiciário, elementar que se busque a efetividade do processo de recuperação judicial a fim de evitar a falência.

Esse instituto foi instituído pela Lei nº 11.101 de 2005 e apresenta como uma de suas estruturas basilares o princípio da preservação da empresa. Este pode ser entendido como a busca pela preservação da atividade empresarial, a fim de evitar a sua desconstituição, considerando a importância que ela exerce nas relações da sociedade, sobretudo na geração de empregos para muitos trabalhadores.

Diante disso, no presente resumo busca-se evidenciar a essencialidade do instituto da recuperação judicial como garantidor do princípio da preservação da empresa, bem como analisar as consequências geradas aos créditos trabalhistas quando deferida. A principal justificativa para o tema proposto é, como já mencionado anteriormente, o papel da atividade empresarial na promoção do desenvolvimento social. Assim, sempre que possível, é necessário que o Estado ofereça condições para que as empresas que permeiam o estado de crise econômica se recuperem, a fim de estimular a atividade empresarial, proteger os trabalhadores e corroborar com o crescimento econômico.

Urge, dessa forma, demonstrar qual é a vinculação do princípio da preservação da empresa com o instituto da recuperação judicial, bem como a importância da manutenção de sua atividade empresarial, uma vez que resulta na garantia de postos de trabalho e na sobrevivência de múltiplas famílias.

Quanto à abordagem, a pesquisa será do tipo qualitativa. Na sua realização será utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, através da seleção de bibliografia e documentos afins à temática e em meios físicos e na rede de computadores.

### **REFERENCIAL TEÓRICO**

Para Miriam de Menezes Vertelo (2010), a empresa é vista como uma instituição social, superando a visão de ser uma atividade que apenas gera lucros aos

---

<sup>1</sup> Graduanda do 9º semestre do Curso de Direito. Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. nadini.bandeira@sou.unijui.edu.br.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos. Professora de graduação da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. barbi@unijui.edu.br.

sócios. Sendo uma instituição, está predisposta a passar por momento de crise econômico-financeira, que podem levar à mortalidade da empresa, pela falência, por causas relacionadas a uma multidisciplinaridade de fatores.

Nesse sentido, Camila Aparecida Borges e Marcelo Benacchio (2016), discorrem que o princípio de preservação da empresa, basilar ao instituto da recuperação judicial, busca garantir a dignidade da pessoa humana a todos os indivíduos que possuem ligação à atividade empresarial, de forma direta ou indireta, seja por meio do trabalho desenvolvido ou pelo interesse do credor. A recuperação judicial surge como uma fonte de busca pela manutenção da atividade empresária.

Segundo Patrícia Fernandes Bega e Alexandre Magno Augusto Moreira (2016, p. 306),

O princípio trabalha a ideia de uma cadeia alimentar de subsistência, na qual a retirada da empresa pela falência provoca, como que em um efeito dominó, a insolvência de outros membros ligados a ela, em especial os direitos dos próprios trabalhadores. Ressalta-se, que o trabalhador ao conquistar uma vaga de emprego, amparado pela perspectiva de crescimento pessoal, cria planos para sua família visando seu crescimento dentro de determinada empresa.

Diante disso, Keila Bispo Suzart (2018), pontua que a busca pela superação dessa crise financeira da empresa, que visa à preservação dos empregos e atender aos interesses dos credores, é um dos objetivos da Lei nº 11.101 de 2005, a fim de se manter a economia organizada.

Borges e Benacchio (2016) evidenciam, também, que a partir da promulgação da referida lei supracitada, a recuperação judicial torna-se uma regra, enquanto a falência configura-se como exceção. Sendo assim, é essencial que haja a preocupação com as figuras que se relacionam ao processo da recuperação judicial, principalmente as maiores vítimas das consequências da determinação do plano, os trabalhadores e os credores. Essa visão apresenta respaldo em uma concepção humanista da empresa, quando volta seu olhar para os direitos humanos e para a garantia constitucional à proteção da atividade econômica.

Em relação aos trabalhadores, Bega e Moreira (2016), mencionam que a recuperação judicial está correlacionada ao princípio da proteção dos trabalhadores, seja na manutenção dos empregos e da atividade em que atuam, como, nas hipóteses em que a falência é decretada, na prestação dos créditos trabalhistas devidos. Ressaltam, ainda, que o princípio da proteção à empresa ampara a imposição de limites aos trabalhadores, a fim do não exaurimento dos recursos econômicos para que sejam mantidos os postos de trabalho diretos ou indiretos, como fornecedores e comerciantes.

Nessa perspectiva, Tarcísio Teixeira (2012, p. 184) corrobora que:

A nova legislação falimentar visa possibilitar a recuperação de agentes econômicos em estado de crise, mas que, no entanto, podem superá-la. Para tanto, a norma fornece condições para alcançar esse fim. Caso não seja possível a recuperação, a norma também contempla o instituto da falência como forma de liquidar a atividade empresarial, mas não é o seu escopo primordial. Por essa razão, pode-se dizer que a nova legislação tem um aspecto duplo, qual seja, de recuperar e/ou extinguir atividades empresariais em crise.

Outrossim, dentro do plano da recuperação judicial, o crédito trabalhista é valorado como primário, na ordem dos credores. Bessa (2020, p. 5) relata que “é conferido ao empregado imunidade absoluta frente às intempéries ocasionalmente sofridas pelo empregador”. Por ser crédito alimentar, ele tem preferência na fila dos credores.

Por conseguinte, Bega e Moreira (2016), aduzem que o crédito alimentar dos trabalhadores na ordem dos credores restringe-se ao limite de 150 (cento e cinquenta salários mínimos). Essa limitação decorre da necessidade de preservar o patrimônio da empresa, proporcionando aos demais credores e possibilidade de recebimento do crédito, como, por exemplo, o varejo e fornecedores. Assim percebe-se uma primazia do interesse coletivo sob o individual.

Sobre o procedimento, Bessa (2020, p. 13), afirma que:

[...] a Lei 11.101/05 estabelece que as ações de natureza trabalhista serão processadas perante a justiça especializada (trabalhista) até a apuração do respectivo crédito, porém não será pago nesse foro. O crédito deverá ser inscrito no quadro-geral de credores na recuperação judicial e pago conforme previsto no plano aprovado pelos credores ou, no caso de falência, conforme a ordem de prioridade estabelecida no art. 83 da mesma lei.

Ademais, é de se referir que a atividade econômica das empresas brasileiras é protegida constitucionalmente. Borges e Benacchio (2016) discorrem que o artigo 170 da Constituição Federal prevê a proteção da atividade econômica e a garantia do pleno emprego. Isto posto, a Lei nº 11.101 de 2005, no viés da recuperação judicial, garante aos indivíduos que se relacionam com a empresa em crise, a possibilidade de usufruir do seu direito de soerguimento, quando esta for preservada pelo Estado.

Borges e Benacchio (2016, p. 167), também defendem que:

É de fundamental importância, que o Estado, como principal condutor de proteção aos direitos humanos ao desenvolvimento, crie possibilidades para efetividade de um sistema de recuperação de empresas eficiente, com projeção concreta na realidade social, econômica e jurídica.

Assim sendo, a recuperação judicial almeja preservar, não somente a atividade empresarial, bem como direitos fundamentais previstos constitucionalmente, como o direito ao desenvolvimento e a proteção à própria dignidade humana.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A recuperação judicial surgiu como um instituto que visa, sobretudo, a preservação da atividade empresarial e evitar a falência. O delineamento desse instituto ocorreu devido ao fato de que nenhuma empresa está imune de enfrentar uma crise, seja decorrente da economia, da má-gestão, caso fortuito ou imprevisível, entre outras múltiplas causas que podem provocá-la.

A partir da promulgação da Lei nº 11.101 de 2005, o ordenamento jurídico brasileiro passou a contar com essa inovação na matéria falimentar, apresentando-se a possibilidade de o empresário ou sociedade empresária ingressar em juízo, na busca pelo deferimento do plano de recuperação que será apresentado a Assembleia de Credores que deliberará sobre a aceitação ou recusa deste.

O instituto demonstrou sua essencialidade sob o viés jurídico, uma vez que a empresa desempenha um papel fundamental no desenvolvimento econômico e social de um país, pois além de gerar renda, movimentando assim a economia e produzindo os bens necessários à satisfação das necessidades das pessoas, também é criadora de postos de trabalho, recolhe tributos aos cofres públicos, desempenhando uma função social. Assim sendo, o Estado deve criar possibilidade de manter ativas essas atividades empresárias que estabelecem uma teia de relações sociais e econômicas.

Nesse sentido, a recuperação judicial é formulada baseada no princípio da preservação da empresa, sendo que esse princípio busca proteger todos aqueles indivíduos que dependem da atividade da empresa, através da manutenção dos postos de trabalho, atendimento ao interesse dos credores, desempenho de sua função social e estímulo à economia. Assim, percebe-se que se ultrapassa a fronteira da busca pelo lucro por parte do empresário, prestigiando uma visão da coletividade e promoção do bem-estar social.

Um reflexo disso é a relação que o princípio da preservação à empresa possui com o princípio da proteção ao trabalhador, uma vez que este é uma das principais vítimas da decretação da falência ou da limitação sofrida quando a empresa em que trabalha encontra-se em estado de crise.

Isto posto, há dois momentos em que o trabalhador é protegido durante o processo de recuperação judicial. No primeiro momento, quando se efetiva a manutenção da atividade empresária e seu trabalho permanece sendo garantido, sem que haja necessidade de seu desligamento. E, caso o instituto da recuperação judicial não demonstre eficácia e seja decretada a falência, há preferência na ordem de pagamento de seus créditos trabalhistas, devidos até a data do pedido da recuperação judicial, frente aos demais credores, por se tratar de verba alimentar.

Por fim, menciona-se que o princípio da preservação da empresa, basilar do instituto da recuperação judicial, apresenta respaldo constitucional, sendo que a Constituição Federal garante, em seu artigo 170, a promoção da atividade econômica e o direito ao desenvolvimento como um dos direitos fundamentais inerentes aos cidadãos.

## REFERÊNCIAS

BEGA, Patrícia Fernandes. MOREIRA, Alexandre Magno Augusto. O princípio da cooperação judiciária no Novo Código de Processo Civil: uma análise a partir da proteção ao trabalhador frente ao instituto da recuperação judicial. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**, v. 2, n. 1, p. 301-322, jan/jun. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/467>. Acesso em: 28 maio, 2023.

BESSA, Ana Paula Alves de. **O crédito trabalhista e seus efeitos no processo de recuperação judicial**. Artigo (Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/bitstream/handle/26599/1/Ana%20Paula%20Alves%20de%20Bessa.pdf>. Acesso em: 28 maio, 2023.

BORGES, Camila Aparecida. BENNACHIO, Marcelo. A recuperação judicial e o direito ao desenvolvimento. **Revista Argumentum**, v. 17, p. 155-171, jan/dez.

2016. Disponível em:

<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/149>. Acesso em: 28 maio, 2023.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28 maio, 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: [planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm). Acesso em: 29 abr. 2023.

SUZART, Keila Bispo. **Proteção e preservação do crédito trabalhista na recuperação judicial**. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2018.

Disponível em:

<https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/30367/1/Keila%20Bispo%20Suzart.pdf>. Acesso em: 28 maio, 2023.

TEIXEIRA, Tarcisio. A recuperação judicial de empresas. **Revista Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v.106/107, p. 181-214, jan/dez. 2011/2012.

Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67943>. Acesso em: 29 abr. 2023.

VERTELO, Miriam de Menezes. **A Recuperação Judicial como mecanismo de efetivação do princípio de preservação da empresa**. 2010. Monografia (Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito), Faculdade de Direito, União Pioneira de Integração Social, Brasília, 2010. Disponível em:

<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-recuperacao-judicial-como-mecanismo-efetivacao-principio-preservacao.htm#:~:text=A%20recupera%C3%A7%C3%A3o%20judicial%20ingressa%20no,interesses%20de%20toda%20uma%20sociedade>. Acesso em: 04 mar. 2023.

## **A SENTENÇA PROFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA QUANDO SE TRATA DE DECLARAÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO - DISPOSIÇÕES ACERCA DO POSICIONAMENTO PREDOMINANTE NOS TRIBUNAIS**

*Valquíria Moro de Souza<sup>1</sup>  
Janete Rosa Martins<sup>2</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Diante da natureza predominantemente mandamental da sentença em mandado de segurança, existem inúmeras controvérsias sobre as decisões em mandado de segurança quando o assunto é indébito tributário.

Nesse contexto, temos decisões recentes chamando a atenção para a impossibilidade de o contribuinte ver o exaurimento da demanda ao ver a segurança almejada ser concedida.

Sendo assim, o presente artigo visa elucidar se o mandando de segurança é ou não a medida mais eficaz para a compensação do indébito tributário.

Para tanto, vamos discorrer sobre algumas das principais decisões dos tribunais quando se trata de o contribuinte requerer os seus recursos/valores pagos indevidamente, ou a maior, se utilizando da sentença mandamental.

### **DISPOSIÇÕES ACERCA DA SENTENÇA EM MANDADO DE SEGURANÇA QUE DECLARA O INDÉBITO TRIBUTÁRIO**

Inicialmente, quanto ao cumprimento de sentença após o trânsito em julgado das decisões proferidas em mandado de segurança que declaram o direito de o contribuinte haver o indébito tributário, dado a natureza do instrumento, fica evidente o caráter mandamental da sentença em mandado de segurança, ou seja, é eficiente no sentido de determinar uma ordem à autoridade coatora para que a mesma deixe de praticar tal ato ou o pratique.

Logo, a partir do momento em que se tem a sentença que concede ou denega a segurança pretendida se tem a definitividade da decisão dentro daquele processo (coisa julgada formal), e, via de regra, seus efeitos também deverão ser projetados para fora do respectivo processo (coisa julgada material) de forma que impeça o impetrante de renovar seu pedido por meio de ação própria ou outro mandado de segurança.

No entanto, nem sempre a eficácia que irá prevalecer na sentença que julga a segurança será mandamental, ou seja, uma ordem à autoridade coatora, nesse aspecto, a natureza da sentença será um reflexo do pedido formulado pelo impetrante na inicial.

---

<sup>1</sup> Acadêmica do Curso de Direito Noturno – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus Santo Ângelo/RS.

<sup>2</sup> Coordenadora do Curso de Direito - URI/SA - Doutora em Ciências Sociais - UNISINOS - São Leopoldo Mestre em Direito - UNISC - Santa Cruz do Sul - Especialista em Direito Público - UNIJUI – Ijuí - Bacharel em Direito - UNIJUÍ – Ijuí - Professora Permanente do Programa de Pós-graduação - Stricto Sensu em Direito - Mestrado e Doutorado, Professora da Graduação e Editora da Revista Direito e Justiça: Reflexões Socio jurídicas do Curso de Direito da URI/AS - Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6628832292034577> OAB/RS - 39.770.

Geralmente o regramento processual emanado do judiciário prioriza as sentença declaratórias preferida em mandado de segurança quando o assunto diz respeito a indébito tributário, como justificativa de ser mais eficaz e eficiente ao contribuinte, tal que o art. 515, inciso I, do CPC, esclarece que a sentença que reconhece a exigibilidade de uma obrigação de título executivo é uma forma de título executivo e, se tratando de mandado de segurança que reconhece o direito à compensação e a restituição é decisão que trata com clareza de obrigação exigível.

O relator do TRF4, Leandro Paulsen, em recente decisões, julgou que os efeitos pretéritos da sentença em mandado de segurança são automáticos quando se declara inoportuno o ato, ou seja, quando a sentença é procedente para desfazer o auto da autoridade coatora, e, nesses casos a consequência é, ou ao menos, deveria ser, automática, na medida em que fica reconhecido o direito do contribuinte requerer a compensação ou a restituição.

Se for o caso de o contribuinte escolher a via administrativa, a matéria está pacificamente resolvida, entretanto, a situação é bastante controvertida se for o caso de o contribuinte não querer optar pela via administrativa, uma vez que, na maioria das vezes o contribuinte se vê na obrigatoriedade de ingressar em juízo com uma nova ação, ação própria de cobrança, para haver o indébito quando verificada a ilegitimidade da cobrança por intermédio de mandado de segurança.

O fato é que, nesses casos, geralmente a sentença procedente em mandado de segurança irá apresentar reflexos patrimoniais pretéritos, ainda que esse não seja o objeto pedido do impetrante, porém, é condição automática, na maioria das vezes, da própria decisão judicial que proíbe o ato consequente da ordem de não fazer.

E eis que, a partir daí, surgem as incontroversas, uma vez que a súmula 269/STF diz que “o mandado de segurança não é substituto da ação de cobrança”, e o no texto da súmula 271/ST, “a concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação ao período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.”

Nesses casos, há diversas pretensões se utilizando do mesmo instrumento processual, como por exemplo quando a sentença reconhece o direito à compensação tributária, fica entreaberto quais as formas de recebimento dos valores indevidamente recolhidos, ou seja, a tutela almejada precisa analisar (reconhecer) a existência de um indébito, ainda que não haja a efetiva quantificação do indébito. E nesse ponto, quando nos reportamos a uma sentença com eficácia condenatória diferente da mandamental, é o momento em que a jurisprudência apresenta oscilação quando à repetição do indébito por via mandamental.

Em outras palavras, o contribuinte está na posse de um título executivo/judicial favorável sem obter dos meios necessários para a satisfação do seu direito, com isso, a fase executória é indispensável.

Nesse contexto, a exigência das Súmulas 269 e 271 do STF quanto a impetração de uma nova ação para receber os valores vencidos em data anterior a impetração do mandado de segurança, significa que o contribuinte provoque novamente o judiciário para receber seus créditos. Em virtude disso, o julgamento dos REsp n. 1.770.495/RS<sup>3</sup>, trouxe uma discussão sobre adequar o mandado de segurança como instituto possível de o contribuinte ter o direito a compensação tributária dos indébitos anteriores a impetração, observada a prescrição.

---

<sup>3</sup><https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28ERESP.clas.+e+%40num%3D%221770495%22%29+ou+%28ERESP+adj+%221770495%22%29.suce.>

Isto posto, em relação a grande incidência e reflexos dos respectivos entendimentos sumulados em âmbito tributário, o STJ afetou o Recurso Especial n. 1.111.164/BA (Tema 118)<sup>4</sup>, com a finalidade de verificar se seria ou não necessário apresentar prova pré-constituída sobre os valores recolhidos indevidamente a respeito do qual o contribuinte impetraria o mandado de segurança, o qual teve as seguintes teses fixadas:

- (a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito a compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, e suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido a verificação pelo Fisco; e (b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída, indispensável a proposição da ação.<sup>5</sup>

Conforme se percebe, a decisão trouxe à tona duas essencialidades, (...) a primeira, em que deverá ter limitado o seu direito de compensar, sem fazer juízo a respeito de valores concretos da própria compensação; e a outra, a situação da impetração, ou seja, à declaração de compensabilidade deverá ser um pedido específico sobre os elementos da própria compensação, ou seja, que vise a própria compensação.

Acerca dessas discussões, das diversas súmulas envolvendo o assunto, existem inúmeras divergências juntos aos tribunais quando se trata de sentença procedente em mandado de segurança, a seguir, faremos uma breve abordagem sobre algumas decisões dos tribunais.

## **INTERPRETAÇÃO ACERCA DE ALGUMAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS REFERENTES À SENTENÇA QUE DECLARA O DIREITO DE INDÉBITO POR MANDADO DE SEGURANÇA**

O mandado de segurança é uma ação preferida entre os contribuintes e, o impetrante poder dispor de uma medida mais eficaz para receber seus créditos, com certeza, é de uma relevância inquestionável.

Atualmente, nos deparamos com grandes incontroversas referentes à extensão dos efeitos patrimoniais em relação à sentença que declara o direito à compensação de crédito tributário. e nesse sentido surge a dúvida se seria o caso ou não de se utilizar a via mandamental quando envolver valores a serem restituídos.

---

<sup>4</sup>[https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=118&cod\\_tema\\_final=118](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=118&cod_tema_final=118)

<sup>5</sup>[https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=118&cod\\_tema\\_final=118](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=118&cod_tema_final=118)

Nessa senda, no entendimento de MEIRELLES (2014, p. 121) sobre o tema, “a segurança pode prestar-se à remoção de obstáculos a pagamentos em dinheiro, desde que a retenção desses pagamentos decorra de ato ilegal da Administração como.”

Ocorre que o contribuinte não almeja só a devolução de seus valores, visto que com o decorrer do tempo há uma desvalorização do capital e, por conseguinte, um enriquecimento ilícito por parte do órgão arrecadador. Por isso, o contribuinte requer a integralidade de seus recursos com a maior brevidade possível, e, eis um problema, pois a súmula 271 veda a produção de efeitos patrimoniais em relação a período pretérito por mandado de segurança.

Por vez, percebemos que o entendimento predominante, mais remoto, é no sentido de a sentença em mandado de segurança não suporta a devolução de valores pretéritos mesmo, e, quando for o caso, o interessado dever recorrer ao judiciário uma segunda vez para ajuizar ação própria.

Nesse viés identificamos várias decisões do TRF da 4ª Região que prevê restrita observância à negativa de o impetrante ser beneficiado com a sentença procedente em mandado de segurança quanto aos efeitos pretéritos, por vez, é inegável que o atingimento de efeitos pretéritos no mandado de segurança decorre naturalmente do desfazimento do ato coator cujo impetrante requer afastar, logo há uma certa incoerência nessa restrição. Diante desse entendimento, o ministro Zavascki já se posicionou no REsp nº 614.577/SC, de que “não teria sentido algum — mas, ao contrário, afrontaria princípios constitucionais e processuais básicos — submeter as partes a um novo, desnecessário e inútil processo de conhecimento”, logo é notório as oscilações das decisões nesse tema, como bem aponta os autores<sup>6</sup> CASTRO e SPINA (2021) acerca do tema.

Nesse sentido, outras decisões trazem expressamente a necessidade de o contribuinte ingressar novamente em juízo com ação própria para requerer os valores declarado como seu em sentença mandamental.

Ademais, de fato, identificamos diferentes decisões acerca do mesmo tema, um exemplo disso é a decisão lançada abaixo que dispõe:

Quanto à restituição judicial, reconhecido o indébito em sede de mandado de segurança, não vejo nenhuma restrição para que se promova o cumprimento da sentença, [...] Assim, **diante uma sentença em mandado de segurança que, dotada de eficácia mandamental e declaratória, certifica o direito de crédito do contribuinte que recolheu indevidamente o tributo e permite a restituição tributária, é possível ao contribuinte optar, no cumprimento do julgado do mandado de segurança, pela repetição via precatório, sem que isso constitua ofensa à coisa julgada. (grifei)[...]** 5. Dispositivo. [...]. (TRF4, AC 5017486-37.2019.4.04.7100,

<sup>6</sup> [https://www.conjur.com.br/2021-dez-26/processo-tributario-mandado-seguranca-feitos-patrimoniais-preteritos#\\_ftn7](https://www.conjur.com.br/2021-dez-26/processo-tributario-mandado-seguranca-feitos-patrimoniais-preteritos#_ftn7)

<sup>7</sup> O STJ tem jurisprudência muito oscilante a respeito deste tema, com a 1ª Turma se posicionando no sentido de que o mandado de segurança é a via adequada para se pleitear a declaração do direito à compensação, inclusive dos períodos não abrangidos pela prescrição, (AgInt nos EDcl no REsp 1.616.074/SC e AgInt no REsp 1.563.406/SP) , enquanto a 2ª Turma se posiciona no sentido de que “pretensão manifestada na via mandamental de condenação da Fazenda Nacional à restituição de tributo indevidamente pago no passado, viabilizando o posterior recebimento desse valor pela via do precatório, implica utilização do mandado de segurança como substitutivo da ação de cobrança, o que não se admite, conforme entendimento cristalizado na Súmula nº 269 do STF” (REsp 1.864.092/PR).

PRIMEIRA TURMA, Relator LEANDRO PAULSEN, juntado aos autos em 09/11/2022).<sup>8</sup>

Ante o exposto, diante de uma sentença procedente em mandado de segurança que certifica o direito de crédito ao contribuinte é possível que opte por requer os créditos por precatório, sem que isso constitua ofensa à coisa julgada.

Logo, diferente de outras Turmas, para as quais é possível e adequada a propositura de nova ação, ordinária, para a restituição dos valores reconhecidos como inexigíveis em ação essencialmente declaratória, tal qual o mandado de segurança, sem implicar ofensa à coisa julgada e não havendo falar em preclusão, todavia, restringe o cumprimento de sentença, de modo que o contribuinte necessite ingressar com ação própria,

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em virtude do exposto, sendo o caso de repetição de indébito, quando o contribuinte ingressa pela via mandamental com o fim de pleitear em juízo os valores a receber referente a indêbitos tributários, conseqüentemente haverá efeitos patrimoniais pretéritos e, diante disso, o entendimento sumulado que norteia, atualmente, a maioria das decisões configuram medida desarrazoável porque onera e atrasa a restituição do indébito ao contribuinte.

Diante disso, ficou demonstrado que a sentença prolatada em mandado de segurança se torna ineficaz na medida em que o próprio judiciário obsta empecilhos para a impossibilidade de haver o cumprimento de sentença quando o assunto diz respeito ao indébito.

Porém, embora sejam bem recentes as decisões que permitem o cumprimento de sentença quando é o caso de o contribuinte portar título executivo judicial em sede de mandado de segurança que lhe garanta o direito de receber valores pagos indevidamente ou a maior, o instituto do mandado de segurança é medida mais eficaz para a declaração do indébito tributário.

## **REFERÊNCIAS**

AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro, 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONJUR, [https://www.conjur.com.br/2021-dez-26/processo-tributario-mandado-seguranca-feitos-patrimoniais-preteritos#\\_ftn7](https://www.conjur.com.br/2021-dez-26/processo-tributario-mandado-seguranca-feitos-patrimoniais-preteritos#_ftn7), Acesso em 20 de dezembro de 2022.

JURISPRUDÊNCIA, TRF/4. Disponível em <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=%201>. Acesso em 10 de novembro de 2022.

JURISPRUDÊNCIA, STJ. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/paginas/Sob-medida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia.aspx>. Acesso em 02 de julho de 2022.

---

<sup>8</sup>[https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&numero\\_gproc=40003527468&ve rsao\\_gproc=3&crc\\_gproc=d9e7166f](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40003527468&ve rsao_gproc=3&crc_gproc=d9e7166f)

JURISPRUDÊNCIA, STF. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em 15 de julho de 2022.

MACHADO, Hugo de Brito. Mandado de segurança em matéria tributária, Ed. Atlas, 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data, São Paulo, Saraiva, 2014.

PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário, 6ª. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SEGUNDO MACHADO, Hugo de Brito. Processo tributário. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

TAVARES, Alexandre Macedo. Fundamentos de direito tributário, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

## **A FAMÍLIA EXTENSA OU AMPLIADA, A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: REFLEXOS E DIREITOS NA SOCIEDADE<sup>1</sup>**

*Miriane Drabik<sup>2</sup>*

*Orientadora: Luana Maíra Moura de Almeida<sup>3</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O presente estudo visa proceder uma análise da família extensa ou ampliada, sua importância/proteção e seus reflexos no âmbito das relações sociais, considerando a observância e a prevalência dos direitos fundamentais, bem como a do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento constitucional do Estado brasileiro, ponderando a transformação histórica da família, de instituição patriarcal a núcleo afetivo que visa a promover a dignidade de todos os seus membros. O debate a respeito do tema da família extensa ou ampliada tem por finalidade a busca de elementos capazes de demonstrar a proteção implícita de outras formas de família, que passaram a ter existência e relevância jurídica, a partir da Constituição Federal de 1988, recepcionando, assim, a igualdade, a monoparentalidade, bem como afastando quaisquer barreiras ao reconhecimento dos filhos.

### **RELEXÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A FAMÍLIA ENQUANTO ESPAÇO PARA O DESENVOLVIMENTO E REALIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Abordar o tema família é uma tarefa complexa e temporal, visto que ao longo dos anos as composições familiares sofreram modificações constantes, as quais são motivadas por questões internas e externas ao âmbito familiar, que estão dialeticamente interligadas ao meio no qual estão inseridas. O modelo de família patriarcal composto por pai, mãe e filhos não pode mais ser considerado o padrão generalista do que se entende como família em tempos hodiernos. Esse fato é explicado pelas mais variadas mudanças ocorridas na sociedade, que impulsionou, com a proteção constitucional, o surgimento e reconhecimento jurídico de outros tipos de estruturação familiar, os quais demonstram de forma benéfica a realidade vivenciada pelos núcleos familiares.

Para Diniz, a família pode ser definida por diversas acepções. Em sentido amplo, abrange todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, abrangendo além dos cônjuges e seus filhos, também os parentes em linha reta ou colateral, assim como os afins. No sentido restrito, está voltada à comunidade formada pelos pais e sua prole, unidos ou não pelo matrimônio. (2023, p. 10).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a ampliação da compreensão de família, todos os familiares foram reconhecidos e tratados como sujeitos de direitos, adquirindo proteção especial aos seus direitos fundamentais,

---

<sup>1</sup> Trabalho desenvolvido a partir das reflexões oportunizadas na disciplina de Direito Civil VII, no Curso de graduação em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Santo Ângelo.

<sup>2</sup> Acadêmica do curso de Direito do 5º semestre. URI Campus Santo Ângelo. E-mail: drabikmiriane@gmail.com

<sup>3</sup> Professora Mestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Santo Ângelo. E-mail: luana.mmalmeyda@san.uri.br.

conforme ordenado no artigo 226, da Constituição Federal<sup>4</sup>. Assim, tem-se a proteção da família como núcleo natural e fundamental da sociedade, que deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado e serve, fundamentalmente, para a realização da dignidade da pessoa humana, pois “a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa, de tal sorte que todas as esparsas disposições pertinentes ao Direito de Família devem ser focadas sob a luz do Direito Constitucional [...]” (MADALENO, 2022, p. 86).

Ressalta-se, ainda, que o caput do artigo 226 da Constituição Federal dispõe que qualquer família merece a proteção do Estado. O Código Civil de 2002, por sua vez, em subtítulo específico do casamento, consagra a entidade familiar enquanto caracterizada pela comunhão plena de vida entre as pessoas, o que não é mais caracterizado apenas pelo instituto do casamento, mas fundadas em laços de afeto, das mais várias formas, pela abertura constitucional às novas formas de se constituir família.. (BRASIL, 1988; BRASIL, 2002). Importante lembrar, contudo, que “Mesmo os modelos de entidades familiares lembrados pela Constituição Federal de 1988 não abarcam a diversidade familiar presente na contemporânea sociedade brasileira, cujos vínculos provêm do afeto (feitos um para o outro) [...]” (MADALENO, 2022, p. 38). Em todas as configurações de entidades familiares possíveis, contudo, primordial a proteção integral da criança e adolescente em razão da sua vulnerabilidade.

## **A IMPORTÂNCIA DA FAMÍLIA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL**

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) determina em seu artigo 4º, em sua parte final, que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com total prioridade, os direitos referentes à convivência familiar e, também, comunitária. Ainda, acentua o artigo 19, do mesmo Estatuto, a convivência familiar e comunitária em local que garanta de modo eficaz o seu desenvolvimento. Tal dispositivo encontra amparo constitucional, no artigo 227, que prevê a convivência familiar como direito de toda criança e adolescente. (BRASIL, 1990; BRASIL, 1988).

Ademais, o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, consubstanciado no artigo 227 da Constituição Federal e no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, traz a absoluta preeminência de tratamento que as crianças e adolescentes devem receber. A criança é elevada a um patamar acima dos adultos, não se busca a isonomia para a criança, o que se quer é que ela seja ainda mais protegida, em todos os aspectos da sua formação. (BRASIL, 1988; BRASIL, 1990).

Nucci diz que as crianças e os adolescentes dispõem de um plus, e que o princípio da proteção integral é o extremo do princípio da dignidade da pessoa humana quando houver qualquer cenário conflituoso, objetiva-se essa garantia no seu mais amplo aspecto. Alega que “Possuem as crianças e adolescentes uma hiperdignificação da sua vida, superando quaisquer obstáculos eventualmente encontrados na legislação ordinária para regular ou limitar o gozo de bens e direitos.” (2021, p. 25).

Na mesma linha, entende-se que:

[...] a prioridade tem um objetivo bem claro: realizar a proteção integral, assegurando primazia que facilitará a concretização dos direitos enumerados no art. 227, caput da Constituição da República e

---

<sup>4</sup> “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” (BRASIL, 1988).

enumerados no caput do art. 4º do ECA. Ainda, Levando em conta a condição de pessoa em desenvolvimento, pois a criança e o adolescente possuem uma fragilidade peculiar de pessoa em formação, correndo mais riscos que um adulto, por exemplo. (AMIN in MACIEL [Coord.], 2022, p. 32).

Rossato, por sua vez, entende a proteção integral como um metaprincípio que orienta os direitos inerentes às crianças e aos adolescentes, de modo a conceder a estes sujeitos um status jurídico especial, já que apesar de estarem em fase de 26 desenvolvimento possuem o direito de oposição, inclusive a vontade de seus próprios pais, bem como subordinando o estado e a sociedade ao cumprimento de seus direitos. (2019, p. 65).

Sendo assim, compreende-se doutrinariamente que a proteção integral é considerado um princípio norteador dos direitos das crianças e dos adolescentes, adotado pela própria Constituição Federal (BRASIL, 1988) e materializado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), que consagra tais sujeitos como titulares dos mesmos direitos que os adultos, independentemente da situação em que se encontrem, subordinando o Estado e a sociedade ao cumprimento de suas necessidades e direitos, pela sua condição de sujeito em peculiar estágio de desenvolvimento.

## **A FAMÍLIA AMPLIADA NO CONTEXTO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E ADOLESCENTE**

Para abordagem desse tema, é necessário trazer o conceito de família extensa ou ampliada, o qual está previsto no artigo 25, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)<sup>5</sup>, que dispõe que a família extensa ou ampliada é aquela que se estende para além da unidade pais, pois abrange também os parentes próximos, cujo fundamentos são vínculos de afinidade e afetividade, dispondo o seguinte:

A família extensa é, então, a família natural vista sob perspectiva mais ampla, para além da perspectiva nuclear. O legislador valorizou as várias relações jurídicas que a criança pode formar com os mais diversos familiares, a partir de vinculações afetivas relevantes mutuamente entre os membros de uma família, propiciando-lhes, assim, direitos recíprocos, principalmente no que se refere à convivência familiar. (CASSETTARI, 2019, s.p.).

A relevância das correlações afetivas é em sentido de mutualidade, não apenas dos parentes colaterais, mas também da criança e do adolescente. Assim, o que se depreende da inovação constitucional é que o legislador considerou variadas relações jurídicas que a criança pode formar, com diversos integrantes de uma família.

Dessa forma, criam-se direitos recíprocos entre os componentes, especialmente no que se refere à convivência familiar, em prol do melhor interesse da criança e do adolescente, afinal, os seres humanos têm a necessidade de trocar experiências e aprendizados a partir do convívio e interação social e familiar. Tendo em vista que, a família é o primeiro contato que a criança tem com outras pessoas e os erros compartilhados propiciam o desenvolvimento desta. Com isso, o direito à convivência familiar é a juridicização dessa necessidade humana.

---

<sup>5</sup> “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.” (BRASIL, 1990).

Conforme Rossato, primitivamente, o ECA (BRASIL, 1990), só reconhecia precisamente a família natural e a família substituta. Todavia, esses agrupamentos familiares não eram capazes de abarcar todas as situações que existiam de fato no cotidiano. Sendo assim, por meio da Lei Nacional da Adoção (BRASIL, 2009), foi incluída a família extensa ou ampliada como forma de entidade familiar. (2019, p. 162).

Abaixo, julgado do Superior Tribunal de Justiça em que foi reconhecida a prevalência da família extensa à substituta para manutenção de infante:

DIREITO CIVIL. CRIANÇA E ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR QUE SE ENCONTRA NA "POSSE DE FATO" DE TERCEIROS. MANUTENÇÃO DA CRIANÇA NO SEIO DA FAMÍLIA AMPLIADA. [...] 3. Quando se discute a guarda de menor, não são os direitos dos pais ou de terceiros, no sentido de terem para si a criança, que devem ser observados; é a criança, como sujeito - e não objeto - de direitos, que deve ter assegurada a garantia de ser cuidada pelos pais ou, quando esses não oferecem condições para tanto, por parentes próximos, com os quais conviva e mantenha vínculos de afinidade e afetividade. 4. Em regra, apenas na impossibilidade de manutenção da criança no seio de sua família, natural ou ampliada, é que será cogitada a colocação em família substituta, ou, em última análise, em programa de acolhimento institucional. 5. Recurso especial conhecido e desprovido. (REsp 1356981/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 08/11/2013). (grifo nosso). (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

Sendo assim, pode-se entender família extensa como a entidade familiar composta por familiares próximos, além dos pais, com quem a legislação pertinente exige que a criança ou adolescente tenha laços de afinidade ou afetividade, ressaltando-se que a família extensa prevalece à família substituta, em situações de perda do poder familiar, por exemplo. (BRASIL, 1990).

Dessa forma, é importante frisar que o direito à convivência familiar não está ligado ao vínculo biológico, mas ao afeto, que não está derivado dos laços de sangue, mas intrinsecamente ligado ao direito à felicidade, que promove o desenvolvimento de seus membros. Ora, às crianças e aos adolescentes, na situação frágil e peculiar que se encontram, deve ser garantida a melhor formação possível do seu caráter e personalidade, sendo certo que a família é peça indispensável para alcançar, por se tratar de necessidade vital da criança.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como se demonstrou, a família tem sofrido alterações em seu processo. Assim, deixou de ser vista como instituição hierarquizada e nuclear, passando a representar uma possibilidade de autodeterminação, e um núcleo voltado para a realização dos interesses dos indivíduos que a compõem. Nesse sentido, frente a essa modificação estrutural, houve uma "inversão de prioridades": o patriarca deixou de ser o referencial, que passou a centrar-se nos filhos, pois as decisões devem ser tomadas tendo em vista a preservação do seu melhor interesse.

Por seguinte, pode-se dizer que a é função do Direito garantir a convivência entre a criança, o adolescente e sua família extensa e, ainda, garantir a aplicação de seus princípios e o reconhecimento de um direito de convivência, que perpassa pela necessidade de validação do sentimento ali existente, para que também seja fonte de reconhecimento jurídico e corresponsabilidade e não escape à sua proteção, na

medida em que importam em segurança e efetivas possibilidades de contribuição para o crescimento biopsíquico saudável dos menores. No mais, devido às mudanças legislativas operadas pela Constituição Federal de 1988, passou-se a reconhecer a família para além do vínculo consanguíneo. Com isso, a família singular cedeu lugar à família extensa, em função da necessidade de os membros estreitarem laços, valorizando a convivência entre eles das mais várias formas.

Por fim, o suporte emocional que se alcança a partir dessas relações, da construção e manutenção dos vínculos intrafamiliares são essenciais na formação da personalidade da criança e do adolescente. De modo que, permite e propicia encontros das crianças com os tios, avós e primos, assim, garantindo o direito fundamental à dignidade da pessoa humana, respeitando os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e sua proteção integral na esfera social.

## REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 14. ed. São Paulo : SaraivaJur, 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 14 mai. 2023.

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: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 4 mai. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.356.981**. Direito civil. Criança e adolescente. Relator: Min. Nancy Andrichi, 05 de novembro de 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 14 mai. 2023.

CASSETTARI, Beni Lara de Moraes. **A configuração da família socioafetiva como família extensa em atendimento ao dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente**. IBDFAM. Data de publicação: 19/08/2019. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1352/A+configura%C3%A7%C3%A3o+da+fam%C3%A9lia+socioafetiva+como+fam%C3%ADlia+extensa+em+atendimento+ao+dispositivo+do+Estatuto+da+Crian%C3%A7a+e+do+Adolescente>. Acesso em: 28 mai. 2023.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família** - v. 5. 37. ed. São Paulo : SaraivaJur, 2023.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

## **GT3: INTERNET, DIREITO FUNDAMENTAIS**

## O EFEITO DA MÍDIA PERANTE AS DECISÕES JUDICIAIS

*Alice Balin Santos*<sup>1</sup>

*Juliana Luiza Schallenger*<sup>2</sup>

*Orientadora: Taciana Marconatto Damo*<sup>3</sup>

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A legislação brasileira, por meio de seus artigos defende o princípio da publicidade, estabelecendo que os procedimentos de âmbito judicial serão públicos, exceto nas situações que se prioriza o direito da privacidade das partes. Entretanto, persistem episódios nos quais as publicações pelos recursos de comunicação externos ao ambiente jurídico, resultam em repercussões que prejudicam o trâmite processual.

Diante desse fato, observado frequentemente, o presente trabalho busca expor a consagração do princípio constitucional referido, como também as leis que procuram proteger sua efetividade, e conseqüentemente analisar os impactos de sua aplicação, principalmente na promulgação de sentenças.

### METODOLOGIA

A metodologia aplicada foi a utilização do método de abordagem dedutivo; o método monográfico, referente ao procedimento; e a aplicação de meios de pesquisa indireta, jurisprudencial e bibliográfica.

### ANÁLISE E DISCUSSÕES

As redes midiáticas são utilizadas como o método mais preponderante para a divulgação de ações do âmbito jurídico, portanto, se destacam como uma forma de proteção a liberdade de expressão consagrada no artigo quinto, inciso nono, da Constituição Federal de 1988, sendo reforçada a sua guarnição pela Lei 5.250/67, que sanciona sobre a livre manifestação da imprensa, resguardando os difusores de informação de possível censura a qual podem vir a ser sujeitados por atos inconstitucionais.

Observa-se que expressões incompatíveis com preceitos do Estado Democrático de Direito são proferidas por agentes pertencentes aos três regimes constituídos, podendo um juiz formular veredito desconsiderando a ordem judiciária proveniente ao caso em litígio. Nessa perspectiva, os promulgadores de notícias representam um auxílio ao controle de fundamentos do Poder Judiciário.

Visto que, enquanto expoentes de dados promovem a transparência dos julgamentos, fazendo o magistrado cumprir com ordenado no artigo noventa e três, inciso nono, da Carta Magna Brasileira, sendo obrigado o juízo a justificar corretamente parecer e viabilizar para existência de embargos imparciais entre litigantes. Conseqüentemente, os canais midiáticos, oportunizam despachos

---

<sup>1</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada ao Alto Uruguai e Missões (URI), Campus de Santo Ângelo. E-mail: [alicebalinab@gmail.com](mailto:alicebalinab@gmail.com)

<sup>2</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada ao Alto Uruguai e Missões (URI), Campus de Santo Ângelo. E-mail: [juturra589@gmail.com](mailto:juturra589@gmail.com)

<sup>3</sup> Doutora em Direito, professora na URI campus Santo Ângelo.

consoantes ao lícito processamento da esfera legislativa, propagando as discussões dos setores judiciais à sociedade.

Logo, se desenvolve, uma intercomunicação entre o sistema jurídico e a coletividade, que se entende, por condição essencial para a resolução de conflitos do plano comum de convivência. Destarte, a transmissão de acontecimentos significativos do judiciário aproxima o cidadão da lei e dificulta a ocorrência de atos arbitrários, tornando incontestável a presença dos meios de propagação de opiniões pelos mais diversos instrumentos no cotidiano dos indivíduos.

No entanto, a influência das redes de mídia possui de contravenções para o espaço judicial, principalmente quando utilizada de forma indevida. Podendo apresentar consequências irreversíveis e prejudiciais aos pleitos judiciais.

A forma como a mídia apresenta os fatos, pode gerar na sociedade revolta e o próprio julgamento dos casos. A descrição e interpretação errada, podem acarretar um julgamento errôneo e injusto, do qual, a mídia é responsável, fazendo com que a sociedade enxergue a verdade que ela quer e conseqüentemente, leva a sociedade cobrar do responsável pelo caso, que normalmente é o juiz, decidir a favor daquilo que eles acreditam ser o correto, pensando que estão fazendo justiça, como ocorreu em um caso recente, que ocorria em segredo de justiça, até ser exposto pela mídia.

O caso teve início no dia 04 de maio de 2022, quando uma mãe cuja identidade foi preservada, levou sua filha de 11 anos até o Hospital Universitário Polydoro Ernani de São Thiago, em Florianópolis (SC), para realizar um aborto. A menina, cuja identidade também foi preservada, estava com 22 semanas de gestação e alegou ser vítima de um estupro. Porém, o procedimento não foi realizado pois a equipe médica se negou a efetuar-lo. Segundo a força da lei, só é permitido efetuar abortos em algumas hipóteses que constam no art. 128, Código Penal. Com isso, ocorreu um caso judicial, até então mantido em segredo de justiça, solicitando que o aborto ocorresse dentro dos parâmetros da lei.

Os dados do caso, que até então estavam sendo mantidos em segredo, foram vazados por sites e jornais, o que levou a um conhecimento nacional sobre o que estava ocorrendo no estado catarinense. As informações precipitadas sobre o caso levaram diversos grupos de feministas manifestarem repúdio pela conduta da magistrada e exigindo o direito de aborto em casos de estupro, como a lei define.

Porém, a mídia não divulgou de fato todas as informações, o que levou a sociedade ter conclusões precipitadas, logo mais, foi exposto que, na verdade, a menina de 11 anos não tinha sido abusada por um adulto, como a mídia deu a entender, ela tinha relações consentidas com um menino de 13 anos de idade, logo inimputável.

É inegável que a mídia trabalhou de forma suspeita e negligente para gerar uma repercussão do seu próprio interesse, além de expor um caso que era mantido como segredo de justiça, no qual, ao expor de forma indevida, poderia prejudicar ainda mais a vida da menor de idade, a mesma mídia publicou notícias inverídicas que levou a opinião popular manifestar repúdio e proferir ameaças contra a magistrada responsável, a qual manteve total transparência e ética, mesmo sofrendo retaliações da parte contrária.

A relação da mídia com o Poder Judiciário deve ser totalmente transparente e ética visando estritamente o bem comum e a segurança dos envolvidos. Este caso, mencionado acima, não é o primeiro caso de segredo de justiça a ser vazado pela mídia, na qual não age visando o bem social, mas age em prol de seus próprios interesses.

Por tal, nota-se uma interação ineficaz entre as redes comunicativas e o campo jurídico, persistindo uma tentativa de subordinação com o objetivo de controle do judiciário por parte da mídia, sem cálculos dos possíveis efeitos de medidas que atendam somente ambições de grupos particulares ou de uma área específica.

Não obtendo de cabimento legislativo esse espécime de providência, por ofender prerrogativas legais estabelecidas com o intuito de tutelar a exposição de eventos verídicos. Amparasse pelo regulamento brasileiro, especialmente pela Lei 2.083/53, regramentos de seguimento obrigatório pelas empresas de comunicação, com a finalidade de advertência a ações que possam vir a negligenciar proveitos básicos a sujeito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perante o relatado, deve-se afirmar a importância da mídia como garantidora de ordens primárias para a contemplação absoluta de direitos associados à livre ideia e aquisição de conhecimento, contribuindo para a participação concreta da comunidade, impossibilitando ações de origem autoritária que visse reprimir a circulação de informação. Contudo, se perfaz necessário haver controle na divulgação desenfreada e ilegítima, buscando-se maior eficácia quando aplicada a norma para incidentes que infrinjam a ordem legal.

Dessa forma, se faz indispensável a fiscalização e real punição, como forma de prevenção a ocorrências dessa índole, protegendo garantias individuais e mantendo o devido processo legal.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 25 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 2.083 de 12 de novembro de 1953**. Planalto governo brasileiro, disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l2083.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2083.htm)> . Acesso em: 25 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 5.250 de 9 de fevereiro de 1967**. Planalto governo brasileiro, disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5250.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5250.htm)>. Acesso em: 25 maio 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Planalto governo brasileiro, disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 25 de maio 2023.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF. **Liberdade de Imprensa X Liberdade de Expressão**. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/liberdade-de-imprensa-x-liberdade-de-expressao#:~:text=A%20liberdade%20de%20imprensa%20decorre%20do%20direito%20de,jornais%20ou%20meios%20similares%2C%20dentro%20do%20territ%C3%B3rio%20nacional.>> Acesso em: 25 maio 2023.

Souza, Welder Silva. **A influência da mídia nas decisões judiciais**. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-influencia-da-midia-nas-decisoes-judiciais.htm>> Acesso em: 25 maio 2023.

Cavassini, Vanessa Medina. **A influência da mídia no tribunal do júri**. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-influencia-midia-no-tribunal-juri.htm>> Acesso em: 25 maio 2023.

Fiorillo, Bruno Viudes. **Os limites da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/os-limites-da-liberdade-de-imprensa-no-estado-democratico-de-direito/185532154>> Acesso em: 25 maio 2023.

Gazeta do Povo. **Rede Pró-Aborto distorceu caso de menina grávida de 11 anos, diz relatório da CPI em SC**. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/rede-pro-aborto-distorceu-caso-de-menina-gravida-de-11-anos-diz-relatorio-de-cpi-em-sc/>> Acesso em: 25 maio 2023.

Poder 360. **SC terá CPI para apurar aborto em menina de 11 anos**. Disponível em: <[https://www.poder360.com.br/brasil/sc-tera-cpi-para-apurar-aborto-em-menina-de-11-anos/#:~:text=A%20Alesc%20\(Assembleia%20Legislativa%20de,comunicou%20na%203%C2%AA%20feira%20\(19](https://www.poder360.com.br/brasil/sc-tera-cpi-para-apurar-aborto-em-menina-de-11-anos/#:~:text=A%20Alesc%20(Assembleia%20Legislativa%20de,comunicou%20na%203%C2%AA%20feira%20(19)> Acesso em: 25 maio 2023.

## UMA ANÁLISE CIENTÍFICA DO ATO ADMINISTRATIVO DA EXONERAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS

*Rafael Kasteler Bortolazzi*<sup>1</sup>

*Janete Rosa Martins*<sup>2</sup>

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A exoneração de servidores públicos é um tema relevante no contexto administrativo, pois afeta diretamente a estabilidade do funcionalismo, a imparcialidade das decisões e a confiança dos cidadãos na administração pública. A falta de critérios claros e objetivos para a exoneração pode resultar em ações arbitrárias, politizadas e prejudiciais para a eficiência dos serviços prestados pelo Estado. Nesse sentido, utilizando o método hipotético dedutivo questiona-se: De que maneira o ocorre a exoneração dos servidores públicos? Parte-se da premissa que a exoneração de servidores públicos no contexto de ato administrativo contribui para identificar os desafios, as lacunas legais e as possíveis soluções para promover um sistema mais justo, transparente e eficiente na gestão de recursos humanos no setor público.

### REFERENCIAL TEÓRICO

Falar de atos administrativos, é busca em Celso Antônio Bandeira de Mello. A sua definição

o ato administrativo como a manifestação de vontade de um órgão ou agente público que busca produzir efeitos jurídicos, no exercício da função administrativa do Estado, são unilaterais, ou seja, são emitidos por um único sujeito e são guiados pelos atributos da presunção de legitimidade, autoexecutoriedade e imperatividade, também são dotados dos elementos da competência (poder conferido ao agente para a prática do ato), finalidade (objetivo a ser alcançado pelo ato), forma (observância dos requisitos formais) e motivo (fundamento que justifica a prática do ato). (MELLO, 2015, p.391)

Cabe ressaltar ainda que exoneração e demissão “desligam” o agente de seu cargo, não obstante, ambas, exoneração e demissão, diferem em sua conceituação e conseqüente aplicação. Às expensas das diferenças entre demissão e exoneração, traz-se à baila os ensinamentos de Mello no que diz respeito à exoneração:

[...] Exoneração é o desligamento sem caráter sancionador, tanto pode ter lugar ‘a pedido’ do servidor quanto ex officio, isto é, por deliberação

---

<sup>1</sup> Acadêmico do 8º semestre do Curso de Direito da URI

<sup>2</sup> Doutora em Ciências Sociais pela UNISINOS – São Leopoldo/RS, Mestre em Direito pela UNISC – Santa Cruz do Sul/RS e Especialista em Direito Público e Bacharel em Direito pela UNIJUI – Ijuí/RS, Professora da Pós-graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado e Doutorado e da Graduação em Direito, Coordenadora do Curso de Direito, Editora da Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas, Pertencente ao Grupo de pesquisa Conflito, Cidadania e Direitos Humanos, vinculado a Linha de Pesquisa II – Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos, pesquisadora em Mediação URI – Universidade regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – campus de Santo Ângelo/RS. E- mail: janete@san.uri.br.

espontânea da Administração [...] (I) quando se tratar de desinvestir alguém de um cargo em comissão; (II) quando, em cargo de provimento efetivo e antes de completado o triênio para estabilidade, o servidor se revela inadequado ao cargo e a Administração o desliga depois de regular aferição de sua ausência de capacidade para permanecer;(III) quando, na avaliação periódica de desempenho, este haja sido considerado insatisfatório; (IV) quando o servidor, depois de nomeado e empossado, não entrar em exercício no prazo legal; (V) quando o servidor incorrer, de boa-fé, em acumulação proibida, sendo-lhe permitido optar pelo cargo em que deseja persistir. (MELLO, 2006, p. 290).

Trazendo à baila, uma vez mais, os ensinamentos proferidos por Figueiredo, no que concerne aos princípios do contraditório e da ampla defesa, tem-se:

Ao ato de demissão, [...], deverão preceder o contraditório e a ampla defesa – o “devido processo legal” [...] Não prescinde, ainda, da designação de defensor ad hoc, pois há o direito, e, conseqüentemente, o dever de a Administração possibilitar a defesa técnica. (FIGUEIREDO, 2006, p. 655).

Em contradição aos dizeres de Figueiredo, temos jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que assegura a defesa do servidor público por advogado constituído, inclusive na fase instrutória do processo administrativo disciplinar. Para tanto, veja-se:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. [...] CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-CONFIGURAÇÃO. DEFESA ESCRITA APRESENTADA POR ADVOGADO REGULARMENTE CONSTITUÍDO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ATOS DE NATUREZA GRAVE. ARGUMENTAÇÃO INSUFICIENTE. SEGURANÇA DENEGADA. [...] O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, em observância ao princípio da ampla defesa, é indispensável a presença de advogado ou de defensor dativo realizando a defesa de acusado em processo administrativo disciplinar, inclusive na fase instrutória [...] (BRASIL, 2008c).

Neste contexto onde a administração pública faz diversos atos, um deles é o ato da exoneração dos servidores públicos. A exoneração está prevista na Lei 8112/90 Dos Servidores Públicos Civis da União que regulamenta o regime jurídico dos servidores públicos, precisamente no artigo 33, 34 e 35, onde é tida como uma das formas de ocorrer a vacância de cargos públicos. A exoneração dar-se-á a pedido do próprio servidor ou de ofício como forma de ato. Como forma de ato, a exoneração ocorre quando não satisfeitas as condições do estágio probatório ao qual o servidor está submetido, quando, tendo tomado posse, o servidor não entrar em exercício no prazo estabelecido.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2020 p.488) explora o procedimento de exoneração, destacando que, em geral, é necessária a instauração de um processo administrativo para garantir o contraditório e a ampla defesa do servidor. Ela enfatiza a importância do devido processo legal e da observância dos princípios constitucionais no procedimento de exoneração. O servidor exonerado perde o vínculo com o cargo público, deixando de exercer suas atribuições e perdendo os direitos e vantagens decorrentes do cargo. O controle da exoneração dos servidores públicos pode ser submetido ao controle administrativo, judicial e legislativo assim evitando abusos ou arbitrariedades por parte da Administração. A falta de critérios claros e objetivos para a exoneração pode gerar situações problemáticas no contexto administrativo, levando a ações arbitrárias, politizadas e prejudiciais para a eficiência do setor público.

Muitas vezes, a exoneração de servidores públicos é baseada em avaliações subjetivas ou insuficientes de desempenho. A falta de critérios claros e objetivos para a avaliação do trabalho dos servidores pode gerar decisões discricionárias e injustas, prejudicando tanto os servidores quanto a qualidade dos serviços prestados. Isso compromete a meritocracia e a eficiência do setor público, além de minar a confiança dos cidadãos na administração. A falta de transparência nos processos de exoneração contribui para a sensação de arbitrariedade e injustiça. A divulgação inadequada dos motivos e fundamentos das exonerações pode gerar desconfiança por parte dos servidores e do público em geral, comprometendo a legitimidade e a credibilidade do sistema. É essencial assegurar que os servidores tenham a oportunidade de se manifestar e apresentar sua versão dos fatos antes de serem exonerados, respeitando os princípios constitucionais do devido processo legal.

Ainda abordando a obra de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2020, p 499) podemos aplicar princípios e conceitos presentes em seus livros para propor soluções. Alguns aspectos relevantes são:

**a) Definição de critérios claros e objetivos:** Seguindo a abordagem doutrinária a respeito da necessidade de objetividade nas ações administrativas, é importante estabelecer critérios claros e objetivos para a avaliação do desempenho dos servidores. Esses critérios devem ser previamente estabelecidos e conhecidos pelos servidores, garantindo a transparência e evitando a arbitrariedade nas decisões de exoneração.

**b) Avaliação de desempenho baseada em indicadores consistentes:** Di Pietro destaca a importância da eficiência e da qualidade dos serviços públicos. Nesse contexto, a avaliação de desempenho dos servidores deve ser baseada em indicadores consistentes e mensuráveis, que reflitam de forma adequada o desempenho individual e coletivo. Isso contribui para uma análise mais justa e transparente, evitando decisões arbitrárias ou politizadas.

**c) Criação de mecanismos de controle:** Di Pietro também enfatiza a necessidade de controle efetivo da Administração Pública. No contexto da exoneração de servidores, é fundamental estabelecer mecanismos que garantam a conformidade com os critérios estabelecidos, bem como a imparcialidade e a legalidade dos processos. Isso pode envolver a criação de comissões independentes de avaliação, a revisão e o monitoramento das decisões de exoneração e a prestação de contas por parte da Administração.

Dito isso, destaca-se que a exoneração poderá se dar nos seguintes cenários: quando o servidor a requer; quando o funcionário não passa no estágio probatório; quando a Administração decide; quando o funcionário não tomar posse do cargo no prazo estipulado.

**Exoneração de cargo em comissão ou de confiança** - As chamadas vagas comissionadas, isto é, os **cargos de confiança** não dão **direito à estabilidade**. Logo, o poder público pode exonerar os servidores que ocupam esse tipo de função pública a qualquer momento. Isso acontece bastante quando se inicia um novo mandato, já que ministros, diretores e outros cargos podem ser substituídos de um governo para outro. Porém, as mudanças são decisões puramente administrativas, sem nenhuma conotação condenatória.

**Exoneração de ofício** - A exoneração também é cabível quando o servidor não é aprovado na **avaliação de desempenho** de seu teste probatório. Por fim, outra forma de haver essa espécie de desligamento é quando o profissional não inicia suas atividades no tempo determinado por lei, que é de 15 dias.

**Exoneração a pedido** - A exoneração a pedido vem especificada no artigo 34 da Lei 8.112/90 e pode ser solicitada pelos próprios funcionários, tanto os comissionados como os que foram devidamente aprovados em concurso público.

Para explorar os benefícios de um sistema justo e transparente de exoneração, podemos recorrer aos princípios defendidos por Diogenes Gasparini, renomado jurista brasileiro especializado em Direito Administrativo. Embora não exista uma obra específica de Gasparini sobre a exoneração de servidores públicos, podemos aplicar conceitos presentes em seus livros para abordar esse tópico. Alguns benefícios de um sistema justo e transparente de exoneração são:

- 1- Essas propostas de solução baseiam-se nos princípios gerais do Direito Administrativo, aos quais Di Pietro dedica atenção em suas obras, como "Direito Administrativo" e "Curso de Direito Administrativo". Embora Di Pietro não tenha um livro específico sobre exoneração de servidores públicos, suas obras oferecem embasamento teórico para abordar questões relacionadas à gestão de recursos humanos no setor público de forma justa, transparente e eficiente.
- 2- Fortalecimento da confiança dos cidadãos: Um sistema de exoneração justo e transparente fortalece a confiança dos cidadãos na administração pública. Quando os processos de exoneração são conduzidos de forma objetiva, imparcial e em conformidade com critérios estabelecidos, a percepção de que as decisões são tomadas com base no mérito e na legalidade aumenta. Isso resulta em maior confiança da população nos serviços públicos e nas instituições governamentais.
- 3- Melhoria na qualidade dos serviços públicos: Um sistema de exoneração que permite a saída de servidores que não atendem aos critérios estabelecidos contribui para a melhoria da qualidade dos serviços públicos. Ao garantir a permanência de servidores eficientes e competentes, a administração pública é capaz de oferecer serviços mais eficientes, ágeis e de melhor qualidade para os cidadãos. Isso impacta diretamente a satisfação dos usuários dos serviços públicos e o bem-estar da sociedade como um todo.
- 4- Prevenção de ações arbitrárias e politizadas: Um sistema de exoneração justo e transparente serve como salvaguarda contra ações arbitrárias e politizadas. Com critérios claros e objetivos estabelecidos, as decisões de exoneração não estão sujeitas a influências indevidas ou interesses pessoais, garantindo a igualdade de tratamento e a imparcialidade. Isso promove a confiança dos servidores no sistema e evita situações de injustiça ou discriminação. (GASPARINI 2003, p.131)

Esses benefícios estão alinhados com os princípios gerais do Direito Administrativo, abordados por Diogenes Gasparini em suas obras.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS:**

A exoneração de servidores públicos é um tema complexo e relevante no contexto administrativo. A falta de critérios claros e objetivos, a ausência de um processo transparente e o risco de ações arbitrárias podem comprometer a estabilidade do funcionalismo, a qualidade dos serviços públicos e a confiança dos cidadãos na administração pública. Neste sentido, a aplicação do método científico na análise da exoneração de servidores públicos, aliada aos referenciais teóricos de juristas renomados como Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Diogenes Gasparini, contribui para identificar os desafios, lacunas legais e possíveis soluções para promover um sistema mais justo, transparente e eficiente na gestão de recursos humanos no setor público.

Propostas como a definição de critérios claros e objetivos para a avaliação do desempenho dos servidores, baseados em indicadores consistentes e mensuráveis, garantem a transparência e evitam decisões arbitrárias. Além disso, a criação de mecanismos de controle, como comissões independentes de avaliação e a revisão das decisões de exoneração, assegura a conformidade com os critérios estabelecidos, a imparcialidade e a legalidade dos processos. Um sistema justo e transparente de exoneração fortalece a confiança dos cidadãos na administração pública, melhora a qualidade dos serviços oferecidos, previne ações arbitrárias e politizadas e promove a igualdade de tratamento e a imparcialidade. O diálogo entre teoria e prática, aliado a uma análise crítica dos desafios existentes, pode contribuir para a construção de um sistema de exoneração mais eficiente e justo no setor público.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 8112/90 – disponível em [www.brazil.gov.br](http://www.brazil.gov.br). Mai 24/05/2003

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. Malheiros Editores, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de Direito Administrativo**. Editora Atlas, 2020.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. Editora Saraiva, 2022.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Editora . Malheiros, 2006

Superior Tribunal Justiça – STJ. Mandado de Segurança. Relator Ministro ArnaldoEsteves Lima. Brasília, DF, 06 de ago. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 24 mai de 2023

## OS DESAFIOS JURÍDICOS NO USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA PREVENÇÃO E MITIGAÇÃO DE DESASTRES: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS NORMAS E REGULAMENTAÇÕES EXISTENTES

*Francisca Cecília de Carvalho Moura Fé<sup>1</sup>*

*Juliana Lopes Scariot<sup>2</sup>*

*Délton Winter de Carvalho<sup>3</sup>*

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A revolução tecnológica propiciou modificações estruturais em diversos setores e o seu aprimoramento – além de causar controvérsias por “substituir”, muitas vezes, o homem, relegando-o a coadjuvante na estrutura social – mostrou-se eficaz na atenuação dos impactos de muitas catástrofes. A utilização da Inteligência Artificial (IA) para a prevenção e mitigação de desastres apresenta uma série de desafios jurídicos que precisam ser analisados pormenorizadamente. Sem dúvidas, a IA tem o potencial de melhorar a capacidade de detecção, resposta e recuperação diante de desastres naturais e eventos extremos, porém, seu uso levanta questões complexas no âmbito legal. Assim, o presente trabalho busca investigar os desafios jurídicos relacionados ao uso da IA nessas situações, com foco na análise crítica das normas e regulamentações existentes.

Um exemplo ainda em desenvolvimento ocorre na região da Serra do Mar, no Rio Grande do Sul, por meio do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE), que se utiliza de métodos de inteligência artificial, como o Raciocínio Baseado em Casos (RBC) e o Sistema Especialista (SE) aplicados ao sistema de alertas. Busca-se, com essa inovação tecnológica, melhorar a qualidade dos alertas e inserir a maior quantidade de informações que contribuam para as tomadas de decisões por parte das autoridades envolvidas a fim de dirimir os impactos materiais e evitar as mortes dos moradores dos municípios da região.

Essa abordagem pode trazer benefícios significativos, como aprimorar a capacidade de detecção e resposta a eventos catastróficos, reduzir riscos e salvar vidas. No entanto, o uso da IA também traz consigo desafios e implicações legais importantes que devem ser devidamente abordados. Dessa forma, os objetivos propostos pelo trabalho buscam: (a) analisar as normas e regulamentações existentes relacionadas ao uso da Inteligência Artificial (IA) na prevenção e mitigação de desastres; (b) identificar os desafios jurídicos enfrentados na aplicação da IA para prevenção e mitigação de desastres; (c) realizar uma análise crítica das normas e regulamentações existentes, considerando sua adequação e eficácia na abordagem dos desafios jurídicos identificados.

A metodologia utilizada parte de uma pesquisa bibliográfica e documental para identificar e analisar as normas e regulamentações existentes que abordam o uso da IA para prevenção e mitigação de desastres. Ademais, fontes como artigos científicos,

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), bolsista CAPES/Proex. E-mail: ceciliamourafe@gmail.com

<sup>2</sup> Mestranda em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), bolsista CAPES/Proex. E-mail: ScariotJuliana@edu.unisinos.br

<sup>3</sup> Pós-Doutor em Direito Ambiental e Direito dos Desastres pela University of California, Berkeley, CA, USA. Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos).

documentos legais, diretrizes internacionais e relatórios técnicos. A análise crítica das normas e regulamentações será realizada considerando os desafios jurídicos específicos relacionados à privacidade, responsabilidade legal, transparência, violações dos direitos humanos e governança.

## **REFERENCIAL TEÓRICO**

### **A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA PREVENÇÃO E MITIGAÇÃO DE DESASTRES**

Conforme descrito por Feigenbaum (1981, apud FERNANDES, 2003), a inteligência artificial é uma área da ciência da computação que se dedica ao desenvolvimento de sistemas computacionais inteligentes, ou seja, sistemas capazes de exibir características que se assemelham ao comportamento humano inteligente. Essas características incluem habilidades como compreensão da linguagem, aprendizado, raciocínio e resolução de problemas.

A partir disso, muitos sistemas foram aprimorados com a intenção de minimizar os impactos ambientais. Como exemplo, o Laboratório de Análise e Processamento de Imagens de Satélites (LAPIS) desenvolveu o protótipo de um sistema APP-Web a fim de realizar o monitoramento de incidentes de poluição por óleo na região litorânea do Brasil (BURITI; BARBOSA, 2020). A plataforma fornece dados de vigilância marinha e imagens de satélites para análise, gestão e tomada de decisão, apoiando a prevenção, preparação e resposta a incidentes de poluição por óleo no mar.

Nesse mesmo sentido, segundo Abid et al (2021), o ciclo de gerenciamento de desastres (do inglês, Disaster Management Cycle – DMC) é o processo para reduzir o impacto de um desastre por meio de inteligência artificial, auxiliando organizações de agências, a sociedade civil e agentes governamentais na prevenção de desastres. Segundo os autores, um Sistema de Informação Geográfica (SIG), que utiliza dados de várias fontes tem relevante papel na prevenção de desastres, pois, em uma situação de desastre ambiental, ter os dados relevantes e no momento certo, se apresentados de forma lógica, é essencial para responder e tomar medidas imediatas para prevenir ou mitigar os desastres (ABID et al, 2021)

Ainda que incipientes nas ações públicas municipais quanto à mitigação de riscos socioambientais, as geotecnologias (equipamentos e técnicas de geoprocessamento) têm suprido a falta de técnicos capacitados e de precisão, relativamente ao volume de informações geradas por mapas (SILVA, 2020). Essas ferramentas, quando associadas a sites e aplicativos disponíveis, podem ser eficazes “para a divulgação de informação em tempo real ou para o monitoramento e para a fiscalização de alterações no uso do solo, que podem causar eventos de risco, em áreas social e ambientalmente vulneráveis” (SILVA, 2020, p.311).

Durante a ocorrência de um desastre ambiental, os trabalhadores que lidam diretamente com a urgência (bombeiros, servidores da Defesa Civil, etc.) precisam ter acesso a informações de diversos âmbitos, como distribuição elétrica do local, sistema de drenagem, georreferenciamento, etc. Nesse contexto, por meio da Inteligência Artificial, seria possível que todos esses setores se comunicassem, com informações por meio de bancos de dados, em aplicativos gerados por IA, sobre uma área geográfica previamente delimitada, utilizando um SIG (ADIB et al, 2021).

O Centro Nacional de Monitoramento e Alertas de Desastres Naturais (Cemaden) – unidade de pesquisa do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações – promoveu um evento, em 2022, com a finalidade de discutir acerca do desenvolvimento de ferramentas que auxiliem a tomada de decisão nas atividades de

monitoramento e emissão de alertas de risco de desastres deflagrados por eventos hidrometeorológicos. Na ocasião, o tecnologista e cientista da computação do Cemaden, João Victor Garcia, apresentou as potenciais aplicações e os desafios quanto ao uso da Inteligência Artificial.

Garcia explicou que a complexidade do projeto de Inteligência Artificial é fundamentada nas bases da Motivação, em que se considera a previsão de riscos de desastres geo-hidrológicos e os dados disponíveis; da Técnica, utilizando-se técnicas como árvore de decisão classificatória, um tipo de roteiro computacional; e da Aplicação, que determina o tipo de alerta ou finalidade do projeto (CEMADEN, 2022).

A aplicação da Inteligência Artificial pode ser incorporada em todos os estágios desses processos, incluindo a definição da rota ideal mais eficiente para a realização do cronograma de manutenção dos equipamentos da Rede Observacional do Cemaden. Conforme destacado pelo cientista, as redes neurais artificiais são consideradas a vanguarda dos desafios tecnológicos na ciência da computação (CEMADEN, 2022).

Nesse sentido, a IA pode ser utilizada, inclusive, após a ocorrência do desastre, como, por exemplo, no caso de inundações, que, por muitas vezes, ocasionam doenças infecciosas, que resultam em infecções por vírus, é possível que se utilize a IA como instrumento que forneça informações e suporte para monitorar e mitigar – ou mesmo, evitar a propagação – desse tipo de doença, por meio de um mapeamento que utilize a IA (ADIB et al, 2021).

## **NORMAS E REGULAMENTAÇÕES EXISTENTES**

Ao buscar ferramentas com o objetivo de propiciar bem-estar para a sociedade e, conseqüentemente, mitigar os desastres, tais mecanismos, em muitos casos, são desviados de suas finalidades e transformam-se em meios de controle capazes de desrespeitar garantias fundamentais. A expansão e o aprimoramento das diversas facetas da Inteligência Artificial mostraram-se capazes de prevenir catástrofes, mas sua instrumentalização indevida pode acarretar em crimes ou violações sem precedentes.

No sentido de estabelecer uma base legal para o desenvolvimento e utilização da Inteligência Artificial (IA) por parte do poder público, empresas, entidades e pessoas físicas, o Projeto de Lei 21/20 foi proposto como um marco regulatório (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2020). O texto tem como propósito estabelecer princípios, direitos, deveres e instrumentos de governança para a IA.

No seminário “A Construção do Marco Regulatório da Inteligência Artificial no Brasil”, realizado no Conselho da Justiça Federal (CJF), em Brasília, Andrea Renda – professor da Escola Transnacional de Governança da European University Institute e diretor do CEPS da Unidade Global Governance, Regulation, Innovation & Digital Economy – afirmou que, globalmente, há uma crescente demanda por uma regulamentação adaptativa que se baseie em resultados (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2023). Para o pesquisador, o desenvolvimento responsável da Inteligência Artificial (IA) requer uma abordagem abrangente que considere tanto as questões éticas como as legislativas. Isso implica levar em conta a autonomia humana, a governança de dados, o respeito à diversidade e a transparência. Segundo Renda, é essencial estabelecer princípios sólidos e mecanismos regulatórios eficazes que garantam o uso ético e seguro da IA, protegendo os direitos individuais e promovendo a confiança e a aceitação pública dessa tecnologia em constante evolução.

Nesse contexto, é importante ressaltar que a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), estabelecida pela Lei 13.709 de 2018, desempenha um papel relevante ao inserir o Brasil entre os países que possuem uma legislação específica para proteção de dados pessoais. É crucial destacar que, embora a lei se refira à "proteção de dados pessoais", seu foco principal é a proteção dos indivíduos que são detentores desses dados, incluindo tal direito entre os direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional nº 115 de 2022.

A LGPD se torna indispensável para assegurar o desenvolvimento de sistemas de Inteligência Artificial confiáveis, baseados no processamento e transferência de dados pessoais por meio de consentimento livre e informado (OLIVEIRA, 2022). Dessa forma, a entrada em vigor da LGPD representa uma conquista significativa, pois viabiliza uma futura posição do Brasil como polo de produção e/ou recebimento de investimentos na área de Inteligência Artificial na América Latina (OLIVEIRA, 2022).

A legislação busca garantir a privacidade e proteção dos dados pessoais, promovendo a transparência no uso dessas informações e estabelecendo diretrizes para o tratamento adequado dos dados pelas organizações e entidades envolvidas. A LGPD contribui, assim, para criar um ambiente propício para o desenvolvimento ético e responsável da Inteligência Artificial, fortalecendo a confiança dos cidadãos e promovendo o respeito aos direitos individuais no contexto da transformação digital (OLIVEIRA, 2022).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O uso da Inteligência Artificial (IA) para prevenção e mitigação de desastres apresenta uma série de desafios jurídicos que precisam ser enfrentados. Alguns desses desafios incluem: a privacidade e a proteção de dados; a responsabilidade e o accountability; a transparência e a explicabilidade; a violação de direitos fundamentais; a regulamentação e a adaptação legislativa.

No âmbito da privacidade e proteção de dados, o processamento de grandes quantidades de dados para a prevenção e mitigação de desastres requer o acesso a informações sensíveis, como dados pessoais e geolocalização. É necessário garantir que esses dados sejam coletados, armazenados e utilizados de forma adequada, respeitando as leis de proteção de dados e a privacidade dos indivíduos.

Em que pese a responsabilidade e accountability, com a utilização da IA, surgem questões relacionadas à responsabilidade por eventuais danos causados por decisões automatizadas. É necessário estabelecer mecanismos claros de responsabilização, determinando quem será responsável por eventuais erros ou danos decorrentes do uso da IA.

Quanto à transparência e a explicabilidade, os sistemas de IA utilizados na prevenção e mitigação de desastres podem ser complexos e opacos. É importante garantir que esses sistemas sejam transparentes e que suas decisões sejam explicáveis, permitindo que os indivíduos afetados compreendam como as decisões são tomadas e possam contestá-las, se necessário.

Na questão da violação de direitos fundamentais, o uso inadequado da IA pode resultar na violação de direitos fundamentais, como o direito à privacidade, à não discriminação e à segurança. É essencial estabelecer salvaguardas legais e regulatórias para garantir que a IA seja utilizada de forma ética e em conformidade com os direitos humanos.

Assim, a rápida evolução da IA requer uma constante adaptação das leis e regulamentações existentes. É necessário promover uma regulamentação adequada, considerando os avanços tecnológicos e os desafios específicos da utilização da IA na prevenção e mitigação de desastres. Esses desafios jurídicos exigem a criação de um ambiente legal e regulatório que proporcione o desenvolvimento responsável e ético da IA, garantindo a proteção dos direitos individuais, a transparência nas decisões tomadas pelos sistemas de IA e a responsabilização por eventuais danos causados. A colaboração entre especialistas em direito, tecnologia e áreas afins torna-se fundamental para enfrentar esses desafios e promover o uso seguro e benéfico da IA no contexto de prevenção e mitigação de desastres.

## REFERÊNCIAS

ABID, S. K., et al. Toward an Integrated Disaster Management Approach: How Artificial Intelligence Can Boost Disaster Management. **Sustainability**. v. 13, n. 12560, 2021, pp. 01-17. Disponível em: <https://www.mdpi.com/2071-1050/13/22/12560>. Acesso em 24 maio 2023.

BURITI, Catarina de Oliveira; BARBOSA, Humberto Alves. Monitoramento do desastre por derramamento de óleo no litoral brasileiro, a partir do satélite Sentinel-1A. In: Lourenço Magnoni Junior et. al.. (Org.). **Redução do risco de desastres e a resiliência no meio rural e urbano**. 2ed.São Paulo-SP: CPS, 2020, v. 2, p. 290-299.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto cria marco legal para uso de inteligência artificial no Brasil**. 04/03/2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/641927-projeto-cria-marco-legal-para-uso-de-inteligencia-artificial-no-brasil/#:~:text=O%20Projeto%20de%20Lei%202021,de%20governan%C3%A7a%20para%20a%20IA>. Acesso em 22 mai. 2023.

CEMADEN. **Uso da Inteligência Artificial para monitoramento e emissão de alertas de desastres é apresentado pelo Cemaden na SNCT**. Atualizado em 14/01/2022. Disponível em: <https://www.gov.br/cemaden/pt-br/assuntos/noticias-cemaden/uso-da-inteligencia-artificial-para-monitoramento-e-emissao-de-alertas-de-desastres-e-apresentado-pelo-cemaden-na-snct> Acesso em 22 mai. 2023.

FERNANDES, Anita Maria da Rocha. **Inteligência artificial: noções gerais**. Florianópolis: Visual Books, 2003.

OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo de. (2022). Desafios da regulação do digital e da inteligência artificial no Brasil. **Revista USP**, (135), 137-162. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.i135p137-162>.

SILVA, Christian Nunes. Geotecnologias e informações de risco socioambiental em sites e aplicativos de celular. In: Lourenço Magnoni Junior et. al.. (Org.). **Redução do risco de desastres e a resiliência no meio rural e urbano**. 2ed.São Paulo-SP: CPS, 2020, v. 2, p. 290-299.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Ministro Villas Bôas Cueva aponta urgência na regulamentação da inteligência artificial no Brasil**. 17/04/2023 17:35 Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/17042023->

Ministro-Villas-Boas-Cueva-aponta-urgencia-na-regulamentacao-da-inteligencia-artificial-no-Brasil.aspx Acesso em 23 mai. 2023.

## A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A DECISÃO JUDICIAL: O IMPACTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS SOBRE O ATO DE JULGAR

Ariane Langner Antonioli<sup>1</sup>  
Felipe Galhardo Barbosa Silva<sup>2</sup>

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As novas tecnologias, de forma inevitável, tornaram-se intrínsecas a todas as searas da vida humana, não sendo diferente com o Direito. Recentemente, o que se avoluma é uma crescente inserção da chamada inteligência artificial no Judiciário, sendo que o foco do presente trabalho, mais especificamente, é possibilidade concreta dessa tecnologia produzir decisões judiciais compatíveis com a Teoria da Decisão própria do Constitucionalismo Contemporâneo.

Tal discussão é fundamental, afinal é patente ânsia pela celeridade, contudo, é preciso levar a questionamento a possibilidade concreta de ser feito a qualquer custo. A matriz teórica adotada será a fenomenológica-hermenêutica, que parte da compreensão que o pesquisador, diante de sua condição de ser-no-mundo, é capaz de atribuir significado à problemática processual levantada.

### REFERENCIAL TEÓRICO

É de grande relevância uma progressiva inserção da inteligência artificial no Judiciário, o que, segundo Momolli (2020, p. 75), seria inevitável, diante das inúmeras possibilidades decorrentes das novas tecnologias como a “criação de algoritmos para processar informações jurídicas e formular estatísticas ordenadas capazes de prever decisões e valorar provas, o acoplamento de dispositivos ao corpo do julgador e acesso a dispositivos físicos” (MOMOLLI, 2020, p. 75).

Ao que se verifica, o objetivo principal, em nome de uma pretensa celeridade, seria desenvolver ferramentas que possibilitem reunir casos entendidos como repetitivos e aplicar uma decisão paradigma. Nota-se um avanço no

[...] terceiro campo da informática jurídica no Brasil, aquele que pretende o uso de inteligência artificial para a tomada de decisão em processo judicial (Web 4.0). O poder judiciário brasileiro despertou para a criação de algoritmos capazes de, por meio de diagramas de fluxos, ordenarem a infinidade de dados armazenáveis pelas máquinas, formulando estatísticas precisas a partir da fidedignidade das informações, e automatizar tarefas de juízes e servidores, mesmo que decompostas e parcialmente, lançando decisões padronizadas em processos semelhantes assim identificados pelo sistema. Há inclusive intenção de que as soluções judiciais aos feitos sejam pré-ditas. Também, já aparece, mesmo que em fase inicial, a simbiose homem-máquina do julgador, diante do exponencial aumento do número de dispositivos acoplados ao corpo e de dispositivos físicos com tecnologia embarcada que permitem busca de informações para a tomada de decisão, numa conexão permanente (MOMOLLI, 2020, p. 64).

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), na linha de pesquisa “Direitos na Sociedade em Rede”. Analista processual da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Lattes (<http://lattes.cnpq.br/3202621907128764>). Endereço eletrônico: [arianelangner@hotmail.com](mailto:arianelangner@hotmail.com).

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pelo CNEC de Santo Ângelo. Técnico Administrativo da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Membro da International Center for Criminal Studies.

Nesse ponto, é importante inferir que, há muito, resta superado o entendimento de jurisdição como secundária, diante das atividades legislativa e executiva, nos termos dos ensinamentos de Chiovenda. A jurisdição cria normas a partir dos julgamentos, afinal “o juiz, que é o intérprete do Direito, sempre cria, pois, ao interpretar, participa e, ao participar, interpreta. O compreender é “participar” num sentido, numa tradição, numa conversa” (HOMMERDING, 2007, p. 166).

Por certo, mesmo que se acredite, na possibilidade concreta da inteligência artificial aprender de forma automática, em termos de decisões judiciais, há um limite evidente, afinal, há uma complexidade que não se resume a técnica e a ciência. Nesse ponto, é importante inferir que tal equívoco não é recente. O Direito tem sido relegado mera instrumentalidade, imerso em uma “cultura estandardizada, no interior da qual a dogmática jurídica trabalha com prê-à-porters significativos” (ESPINDOLA, 2015, p. 67). A própria jurisdição perde seu sentido por esse excesso de objetificação, afinal, é (ou deveria ser) criação.

Uma decisão judicial a partir de uma inteligência artificial sempre chegaria atrasada, seria, enfim, retirar a hermenêutica do processo. E aqui reside ponto central, “a ciência só traz soluções para os problemas. Sem a filosofia, não seremos capazes de perceber os problemas das soluções. Talvez isso explique a lógica de uma política que pretende matar de fome os cursos de “humanas”” (STRECK, 2019).

Trata-se da utilização da ciência da experimentação para alcançar as verdades no direito. Em nome de uma maior celeridade, coloca-se em risco a importância ao direito material sobre o qual se busca a tutela. Pode-se ir além, falando-se na própria usurpação da postura hermenêutica, pois, por certo, não ser observadas devidamente as peculiaridades de cada caso concreto. A verdade será sempre conteudística, fruto da compreensão que sinônimo de interpretação, pois entre fato e direito tão-somente existe uma diferença ontológica (STRECK, 2014, p. 134-137).

O “juiz, inserido na linguagem, sempre exerce atividade criadora, pois é, compreensão, quando o ser emerge na linguisticidade, que, o mundo, em seu acontecer, se abre para ele. O juiz nunca repete o passado” (HOMMERDING, 2007, p. 173). Compreender, assim, assume a condição de “forma originária de realização da pré-sença, que é ser-no-mundo” em Heidegger (GADAMER, p. 347). Heidegger realizou um giro linguístico, que desconstruiu a metafísica, ao afirmar que:

[...] somente há ser enquanto se der a compreensão do ser. Somente há ser-aí, já que este pré-determina o processo de compreensão. Somente há verdade enquanto há ser-aí, [...] já que o filósofo parte do fato do ser-aí, que é ser-no-mundo, renunciando o sujeito ideal, o eu puro, a consciência em geral, a filosofia transcendental. (ISAIA, 2012, p. 204-205)

Acompanhar o giro linguístico ontológico é apreender que os sentidos não estão pré-concebidos, nem são possíveis de se positivar, muito menos universalizar, será sempre a pré-compreensão da Constituição e a posição de ser-no-mundo do intérprete que conferirá os sentidos (ISAIA, 2010, p. 56). Veja-se que

[...] a literalidade, com ou sem comillas, é muito mais uma questão da compreensão e da inserção do intérprete no mundo, do que uma característica, por assim dizer, “natural” dos textos jurídicos. Além disso, não há textos sem contextos. O texto não (r)existe na sua “textitude”. Ele só “é” na sua norma. Mas essa norma tem limites. Muitos. E, por quê? Pela simples razão de que não se pode atribuir qualquer norma a um texto ou, o que já se transformou em bordão que inventei há algum tempo, “não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”. Uma palavra, ainda:

hermeneuticamente, a questão não está nem na literalidade ingênua, nem tampouco no discricionarismo solipsista. Na verdade, a questão é similar ao problema “realismo filosófico v.s. realismo jurídico”. O significado não brota “da coisa”. Todavia, também não é uma construção de uma consciência racional. O significado é encontrado porque o ser humano é um ser-no-mundo. Não há uma ponte entre esses dois polos porque, como diz o Michell Inwood: o que precisa ficar estabelecido é que o ser humano se apresenta no centro do mundo, reunindo os fios deste. Esse ser humano (chamemo-lo de Dasein) traz consigo o mundo inteiro. Para explicitar melhor. A partir da hermenêutica, é possível perceber que — quando se defende limites semânticos ou algo do gênero — não se está a afirmar uma volta ao exegetismo literalista. O sentido se dá em um a priori compartilhado. Esse processo não é arbitrário. E, ao mesmo tempo, não representa um processo de representação de um objeto (nem é a sua “fotografia”). A questão se coloca a partir de um acontecer, que transcende o “sujeito” e o atira no mundo. Daí que, diante dos extremos positivistas “literalidade-discricionariedade”, estamos situados no meio, ou seja, no sentido que se constitui no ser humano enquanto ser-no-mundo (STRECK, 2012).

O equívoco da possibilidade de, mesmo em menor medida, o juiz ser substituído pela inteligência artificial, é, parafraseando Milan Kundera, uma verdadeira festa da insignificância. Reflexos de um tempo “de obscurantismo, de anti-intelectualismo, tempos em que é bonito ser idiota” (STRECK, 2019). A ascensão do Estado Democrático de Direito impôs a superação dos positivismos.

Nesse sentido, recai-se no mesmo problema, há muito, denunciado por Lenio Luiz Streck, ou seja, o grande erro de separar questão de fato e questão de direito, do qual decorre uma série de outros problemas enfrentados pela jurisdição, como entendimento equivocado de que o caso concreto poderia existir sem seu sentido, o qual viria a ser acoplado posteriormente (STRECK, 2014, p. 134). “Ora, sentidos não estão à disposição do intérprete. Não pode haver cisão entre compreensão e aplicação. O ser não pode ser visto. O ser não é um ente” (STRECK, 2014, p. 135).

Na hermenêutica, interpretar é aplicar, de modo que entre fato e direito há apenas uma diferença ontológica, pois “compreender só é possível se o homem é um ser-no-mundo, o acesso a esse mundo só é possível pela linguagem. Heidegger externa muito bem essa ideia dizendo que a linguagem é a casa (morada) do ser” (ESPINDOLA, 2006, p. 97). Considerando que o projeto interpretativo depende sempre de um sujeito inserido no mundo e que se relaciona harmonicamente com o objeto, conclui-se que a técnica e suas implicações colocam em risco o projeto hermenêutico ao atingir frontalmente a temporalidade e a facticidade, bem como sufoca as possibilidades interpretativas.

A conclusão necessária é que, a decisão advinda na inteligência artificial não possui amparo na hermenêutico-jurídico “uma vez que a aplicação/concreção é finita e livre, não absolutamente condicionada por esquemas pré-fixados ou arbitrária, mas produtiva na intersubjetividade (tradição) – Ser-aí” (MOMOLLI, 2020, p. 138). É evidente o limite filosófico na virada hermenêutico-ontológica realizada por Heidegger, seguido de Gadamer, a solução jurídica é sempre produtiva, interpretar é aplicar.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na intersecção entre o contraponto entre a complexidade do tema (e os múltiplos ângulos em que a questão pode ser trabalhada) e os limites do trabalho proposto, entende-se possível retirar algumas conclusões, que de forma alguma podem ser pontuadas de finais. É importante ressaltar que a pesquisa partiu do

pressuposto que há um interesse crescente na inserção da inteligência artificial no Judiciário brasileiro. Contudo, é imprescindível a problematização da possibilidade de se obter decisões judiciais advindas da inteligência artificial.

A jurisdição constitucional, exigida por um Estado Democrático de Direito, impõe que os juízes levem em consideração todo o contexto em que estão inserido (tradição, coerência e integridade do direito, condições de tempo e espaço), uma vez que são ser-no-mundo. Tendo em conta essa pré-compreensão e a necessidade de um acontecer hermenêutico da Constituição e a concretização dos direitos, o intérprete somente a partir de um ato incindível de compreender-interpretar-aplicar proferirá sua decisão.

## REFERÊNCIAS

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. **Entre a insustentabilidade e a futilidade: a jurisdição, o direito e o imaginário social do juiz**. In.: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura. São Paulo: Atlas, 2015.

ESPINDOLA, Angela de Araujo da Silveira; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Constituir a Constituição para a cidadania: A Compreensão e a Linguagem na Nova Crítica do Direito Afastando os Mitlaufers Jurídicos**. In: LUCAS, Douglas Cesar (coord.). Olhares Hermenêuticos sobre o Direito: em busca de sentido para os caminhos do jurista. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 63-132.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 341.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: facticidade e oralidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

\_\_\_\_\_. **Processo Civil e Hermenêutica: a crise do processo ordinário e o redesenhar da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito**. Curitiba: Juruá, 2012.

KUNDERA, Milan. **A festa da insignificância**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

MOMOLLI, Andréia. **Hermenêutica jurídica e inteligência artificial no processo jurisdicional da sociedade em rede**. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Direitos Emergentes na Sociedade Global, Linha de Pesquisa Direitos na Sociedade em Rede, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, 2020. Disponível em: <<https://repositorio.ufsm.br/handle/1/23071>>. Acesso: 16. mai. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **E a professora disse: "Você é um positivista"**. 23 ago. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-ago-23/senso-incomum-professora-disse-voce-positivista>>. Acesso: 15 mai. 2023.

\_\_\_\_\_. **Lawtechs, startups, algoritmos**: Direito que é bom, nem falar, certo? Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-16/senso-incomum-lawtechs-startups-algoritmos-direito-bom-nem-falar-certo>>. Acesso: 11. mai. 2023.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

## **DESAFIOS DA ERA PÓS-VERDADE: FAKE NEWS E SUA NOCIDIDADE PARA A AUTONOMIA PESSOAL DEMOCRÁTICA**

*Eliel Rocha Dorneles<sup>1</sup>  
Guilherme de Souza Wesz<sup>2</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O presente trabalho tem por fim discorrer acerca dos ruídos de comunicação narrativa nas redes sociais sob o prisma dos fenômenos conhecidos como Pós-Verdade e Fake News. Assim, realizar-se-á, inicialmente, uma exposição dos pontos de maior relevância do livro, *Pós-Verdade: A Nova Guerra Contra os Fatos em Tempos de Fake News* do autor Matthew D'ancona, concatenando com a emblemática Torre de Babel, sob a percepção de Luis Alberto Warat.

A temática em questão possui essencial relevância, sendo necessária a sua discussão, uma vez que a falta de diálogo entre aqueles que estão no poder e os cidadãos comuns têm gerado um sentimento generalizado de desconfiança e indignação em relação ao atual panorama político. Com isso, questiona-se em que medida as *Fake News* configuram, assim, uma ameaça à essência democrática, qual seja, a autonomia pessoal da livre escolha.

Portanto, com o intuito de lançar um olhar esclarecedor sobre o assunto, de forma objetiva e fundamentada, utilizou-se a metodologia de abordagem qualitativa com base em pesquisa bibliográfica dedutiva sobre a era da pós-verdade: a substituição dos fatos pela emoção - os motivos de sua ocorrência e a ameaça das fake news à autonomia pessoal democrática.

### **A ERA PÓS-VERDADE: A SUBSTITUIÇÃO DOS FATOS PELA EMOÇÃO - OS MOTIVOS DE SUA OCORRÊNCIA**

O fenômeno da pós-verdade, termo consagrado como palavra do ano em 2016 pelo prestigioso dicionário Oxford, carrega consigo o significado intrínseco da primazia dos apelos emocionais em detrimento dos fatos objetivos. Neste contexto, vive-se o momento em que as narrativas ganham uma relevância superior à dos fatos tangíveis, em que a *doxa* suplanta a *episteme*. Todavia, não se trata meramente de uma fabricação de mentiras, mas sim de uma narrativa engajada, permeada por intenções e objetivos. A fim de compreender as raízes e desdobramentos desse fenômeno da pós-verdade, o autor Matthew D'ancona apresenta os principais sintomas que o caracterizam, bem como as possíveis ações a serem tomadas frente a essa realidade complexa e desafiadora.

Na atual conjuntura, o populismo ameaçador tem atacado intensamente as instituições democráticas, uma vez que os líderes políticos promovem em seus discursos expressões que minam a confiança nas organizações que sustentam a

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação strictu sensu – Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo. Bolsista CAPES. Bacharel em Direito pela Faculdade CNEC, Campus Santo Ângelo (2023). E-mail: elielrochadorneles@hotmail.com

<sup>2</sup> Aluno do Programa de Mestrado da URI Santo Ângelo/RS, contemplado com bolsa CAPES. Especialista em Direito Previdenciário pela UNISC. Bacharel em Direito pela URI Santo Ângelo/RS. Email guilhermeswez@gmail.com

democracia. Como resultado, é evidente que a sociedade enfrenta uma fase de tensão política e intelectual, pois há uma falta de discussão e análise dos problemas de forma técnica e racional, sendo o sensacionalismo o principal foco das discussões políticas. Segundo Manuel Castells (2018), no contexto da comunicação contemporânea, evidencia-se a ascensão das redes sociais baseadas na disseminação de informações falsas, caracterizadas como pós-verdade. Além disso, esse fenômeno possui uma maior magnitude: a ruptura do vínculo entre aqueles que governam e os governados. Nesse cenário, a desconfiança nas instituições prevalece, ecoando o grito "não nos representam". Cumpre salientar, todavia, que tal movimento não representa um repúdio à democracia como princípio, mas sim à democracia liberal, fundada na regência e limitação por meio de uma constituição.

Outrossim, é possível concatenar com o que Luís Alberto Warat vislumbrou, na emblemática torre de Babel, uma representação eloquente da inexistência de um diálogo, de uma linguagem, entre aqueles que se encontram no ápice e aqueles que ocupam a base. Warat (2010) critica o poder homogeneizador do saber acadêmico, o denominando desonesto, pois na academia são construídos magníficos espetáculos na Torre do conhecimento, porém sem um efetivo propósito de auxiliar aqueles menos privilegiados que se encontram na base da Torre. A percepção de Warat sobre o saber represado na academia pode ser interpretada, de igual modo, como a ausência de comunicação dos governantes com os governados, gerando uma desconfiança e indignação da população que os motiva a procurar um líder que os represente, que lhes fale na mesma língua.

À vista disso, a população tem deixado de lado o critério da honestidade ou veracidade nas suas escolhas e trocas políticas, levando em consideração seus valores pessoais mesmo que de maneira oposta aos fatos. Ao citar David Roberts, Matthew D'ancona (2018) afirma que, na era do pós-verdade, as pessoas escolhem um partido levando em consideração seus valores pessoais, seguem o que lhes é apresentado pela tribo, buscam argumentos que sustentem suas manifestações e depois buscam fatos que atestem suas alegações. Assim, percebe-se claramente que os agentes políticos contemporâneos têm atuado com o intuito de entreter seus eleitores, substituindo discursos e propostas voltadas para a veracidade e o progresso do país por performances que se assemelham ao universo do espetáculo.

Um dos fatores apontados como fundamental para a era do pós-verdade é o que D'ancona elencou como o colapso da confiança, situação essa que abalou a forma de viver em sociedade, pois a confiança é um mecanismo fundamental da sobrevivência humana e da organização social. Na obra, é apresentado o escândalo da classe política da Grã-Bretanha em 2009, a qual suplementou o salário oficial para a limpeza de fossa, casa para patos, tampa de banheira e filmes pornográficos, o que ocasionou uma queda drástica de confiança da população para com a política. No Brasil, a quebra da confiança se deu progressivamente em razão dos escândalos de corrupção que vão desde os anões do orçamento à operação Lava Jato.

No entanto, em conformidade com D'ancona (2018), aqueles que se dedicam a compartilhar a verdade devem ser capazes de falar não apenas para as mentes, mas também para os corações. É necessário estabelecer uma conexão emocional com o público, a fim de transmitir a importância e o impacto da verdade em um nível mais profundo e pessoal. Dessa forma, a verdade se torna mais acessível e poderosa, capaz de transcender barreiras e inspirar mudanças significativas na sociedade.

Assim, verifica-se que o pós-verdade é fruto de uma ausência de comunicação dos governantes com os governados, uma vez que as barreiras comunicacionais e as distâncias sociais impedem a harmoniosa interação política da sociedade. O

distanciamento gerado, promoveu uma onda de indignação e desconfiança da população com a política, especialmente pelas práticas de corrupção. Portanto, a existência de uma política ativa, comunicativa e transparente é o caminho para uma revalorização da verdade factual e emocional como forma de combate à pós-verdade.

## **A AMEAÇA DAS FAKE NEWS À AUTONOMIA PESSOAL DEMOCRÁTICA**

Se não bastasse o fenômeno do pós-verdade, emergiu a indústria da desinformação, a qual atua com o intuito de difundir sistematicamente mentiras através de organizações de fachada em favor de grupos que buscam suprimir a informação verdadeira. O objetivo da desinformação é gerar confusão no público e nutrir conflitos antes inexistentes. Em sua obra, D'ancona (2018) exemplifica o que ocorreu no ano de 2009, quando o servidor da Unidade de Pesquisas Climáticas da University of East Anglia foi hackeado. Aqueles que divulgaram as conversas entre os cientistas selecionaram frases e parágrafos fora de contexto, dando a entender que não era possível explicar a falta de aquecimento global no momento. O impacto disso foi observado com o levantamento feito pela universidade de Yale, onde se constatou que o apoio público à ciência do aquecimento global caiu de 71% para 57% entre 2008 e 2010. Nesse diapasão, Trump twittou que o conceito de aquecimento global foi criado pelos chineses para tornar o setor norte-americano não competitivo. Assim, evidencia-se que as campanhas de desinformação cooperaram de forma significativa para a era do pós-verdade, tendo como objetivo claro a busca por semear dúvida em vez de definir algo. O propósito é manter a discussão em andamento, sem dar uma resposta ao problema, com o intuito de que nunca se chegue a uma conclusão.

Outrossim, a revolução digital é apontada como potencializador das causas do pós-verdade acima descritas, especialmente pela chamada Web 2.0, a qual permitiu fazer encontros agendados e acessar informações através do Google, Facebook, YouTube, etc. Nesse ínterim, os gigantes da tecnologia armazenam bilhões de informações do usuário, o chamado *big data*, sendo considerados os cinco grandes, o Google, a Microsoft, a Apple, o Facebook e a Amazon. Os referidos sistemas oferecem conteúdos gratuitos em seus sites em troca de dados pessoais, os quais formam um perfil de cada usuário, sendo possível identificar seus gostos, intenções e convicções. Segundo Yuval Noah Harari (2016), os referidos sistemas de processamento de dados não se limitam apenas aos organismos individuais, mas também se estendem a sociedades inteiras.

Conforme as observações de D'ancona (2018), é possível constatar que nas redes sociais há o estímulo do viés de confirmação, e não a busca pela divulgação acurada. Os algoritmos e hashtags da mídia digital tendem a dirigir as pessoas para o conteúdo de seu gosto e para as pessoas que coadunam com as suas convicções. Como consequência, as opiniões são reforçadas, e as mentiras incontestadas. Tendo em vista que os usuários consomem aquilo que gostam nas redes sociais, o algoritmo reduz as conexões com páginas ou manifestações contrárias às suas convicções, sendo as notícias falsas um ponto de muitíssima relevância, vez que tudo que tem importado é que as histórias pareçam verdadeiras, que elas sejam repassadas pelos internautas. Com relação a isso, o autor dá exemplos do ocorrido em 2016, quando foi divulgado uma conspiração ligando Hillary Clinton a crimes sexuais com crianças. Ainda, dispõe que a principal característica do pós-verdade é que as pessoas escolhem a sua própria realidade.

Levando em consideração o impacto prejudicial às democracias causado pelas Fake News, Luis Alberto Warat (2004) brilhantemente argumentou que ser cidadão

vai além do exercício do direito ao voto, pois implica ter voz, poder expressar opiniões e tomar decisões de forma autônoma. Assim, percebe-se que a manipulação dos fatos em prol de uma ideia ou objetivo desconectado da realidade resulta em uma forma de alienação das pessoas, torna-se evidente a violação da autonomia, levando o cidadão a viver em um estado de heteronomia.

Além disso, em consonância com D'ancona (2018), evidencia-se que a disseminação de notícias falsas é potencializada entre particulares, haja vista que as denominadas "bolhas" nutrem confiança entre seus membros e não nas pessoas que estão fora de seu círculo. Desse modo, uma notícia compartilhada que se coaduna com o propósito do grupo digital, ainda que destituída de veracidade, exerce um poder de persuasão emocional que sobrepuja a própria verdade. Assim, constata-se que o fenômeno da pós-verdade constitui uma questão complexa e intrínseca à sociedade contemporânea, demandando estudos, explicações e, sobretudo, medidas para seu enfrentamento.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ante o exposto no presente trabalho, verifica-se que o fenômeno da pós-verdade representa um desafio complexo para a sociedade contemporânea. Caracterizado pela primazia dos apelos emocionais sobre os fatos objetivos, esse fenômeno resulta em um cenário em que as narrativas ganham mais relevância do que os fatos tangíveis, minando a confiança nas instituições e aprofundando a polarização política. A falta de diálogo entre governantes e governados, aliada à disseminação de desinformação e fake news, contribui para a erosão da verdade factual e para a manipulação da opinião pública.

A crise da confiança nas instituições democráticas e o distanciamento entre os detentores do poder e a população comum intensificam a descrença no sistema político, levando muitos a buscar líderes que lhes pareçam mais autênticos e capazes de representá-los. Nesse contexto, o critério da veracidade e da honestidade cede lugar a valores pessoais e a narrativas que sustentem suas convicções, mesmo que em contraposição aos fatos.

A indústria da desinformação, por sua vez, desempenha um papel crucial na disseminação do pós-verdade, utilizando-se de estratégias para gerar confusão e semear dúvidas, com o objetivo de manter a discussão em andamento e evitar que se chegue a conclusões claras. A revolução digital e a ascensão das redes sociais contribuem para essa realidade, ao promoverem o viés de confirmação e a segmentação dos indivíduos em bolhas, onde informações falsas podem ser disseminadas e reforçadas, alimentando a polarização e minando a autonomia pessoal democrática.

Dessa forma, evidencia-se que as Fake News representam uma ameaça à essência da democracia, pois comprometem a autonomia pessoal do indivíduo ao manipular fatos e espalhar informações falsas, resultando em alienação e violação da liberdade de escolha do cidadão.

Diante desse quadro, é essencial que se promova uma política ativa, comunicativa e transparente, buscando uma revalorização da verdade factual e emocional. Além disso, é preciso investir em educação midiática e no desenvolvimento do pensamento crítico, capacitando os indivíduos a discernir entre informações verdadeiras e falsas. A responsabilidade também recai sobre as plataformas digitais e as organizações de mídia, que devem estabelecer mecanismos eficazes de combate à desinformação e garantir a promoção de conteúdo confiável.

Em suma, a compreensão e enfrentamento do fenômeno da pós-verdade exigem esforços conjuntos da sociedade como um todo. Somente por meio da valorização da verdade, do diálogo construtivo e do acesso a informações confiáveis é possível preservar a autonomia pessoal democrática e fortalecer as bases de uma sociedade informada e engajada.

## REFERÊNCIAS

CASTELLS, Manuel. **Ruptura: A crise da democracia liberal**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

D'ANCONA, Matthew. **Pós-verdade: a nova guerra contra os fatos em tempos de Fake News**. Tradução: Carlos Szlak. - 1.ed - Barueri: Faro Editorial, 2018.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. Tradução Paulo Geiger. - 1ª ed. - São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio! Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia**. Tradução e organização de Vivian Alves de Assis, Júlio César Marcelino Jr. e Alexandre Morais da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca: o Ofício do Mediador**. Vol. III. Florianópolis: Fundação BOITEUX, 2004. (pp. 11-218).

## CONFLITOS E POSSÍVEIS TRATAMENTOS NO VIÉS DA MEDIAÇÃO

Guilherme de Souza Wesz<sup>1</sup>  
Laurence Viana Bialy<sup>2</sup>

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente texto, mesmo de forma resumida frente à complexidade, bem como a amplitude do tema, objetiva uma reflexão sobre conflitos e possíveis tratamentos sob o olhar da mediação, por meio de uma análise bibliográfica de obras e textos que permitem trazer conclusões ao debate. Para tanto, foi utilizado o método dedutivo para a abordagem da pesquisa, sendo necessário tratar questões ligadas à mediação e formas alternativas de resolução de conflitos.

### REFERENCIAL TEÓRICO

O Estado garante o tratamento dos conflitos sociais por meio de leis positivadas, entretanto, o resultado advindo em inúmeros casos traz prejuízos emocionais e econômicos aos sujeitos, o que faz que seja necessário pensar em maneiras alternativas de tratá-los, a fim de que cause um sofrimento menor às pessoas envolvidas e um resultado satisfatório quanto aos interesses.

Deutsch em sua obra *The resolution of conflict: constructive and destructive processes*, ao anotar sobre conflitos sugere a importância de, primeiramente, se entender o contexto que esse surgiu. São diversas as possibilidades que florescem desde o contexto do ambiente social, as características dos sujeitos envolvidos (valores, motivações, aspirações e objetivos), os relacionamentos prévios entre eles considerando suas concepções, crenças e expectativas sobre o outro, a natureza da questão que germina o conflito, os espectadores interessados no conflito e as consequências resultantes para cada participante (DEUTSCH *in* AZEVEDO, 2004).

O conceito de fraternidade vem no sentido biopolítico, pois nela se conservam as formas e os paradoxos dos sistemas sociais. Assim, a fraternidade ressurgiu no sentido de promover um compartilhamento de identidade comum, de mediação e é um direito conjunto e livre de obsessão, defendendo a liberdade e igualdade. Interpretar a fraternidade significa alicerçar uma sociedade humana. Nesse sentido, as palavras de Resta lembrando que *não basta ser humano para ter humanidade*, reforça o pensamento que atualmente passamos por um déficit de reflexão política. Neste pensamento, Resta aposta o código da fraternidade, pois se trata de um espaço onde deve materializar um modelo de vida compartilhada. A fraternidade obriga os sujeitos a colocar-se no lugar do outro. A fraternidade é aprendida dia a dia. Nesse cenário o direito fraterno traz uma dimensão cosmopolita, que é uma proposta de compartilhamento não violento entre as pessoas (RESTA, 2020). Esse pensamento de Resta leva a uma idéia de jurisdição mínima e de uma ponderação ecológica da relação justiça e sociedade.

---

<sup>1</sup> Aluno do Programa de Mestrado em Direito da URI Santo Ângelo/RS, contemplado com Bolsa CAPES. Especialista em Direito Previdenciário pela UNISC. Bacharel em Direito pela URI Santo Ângelo/RS. Email: guilhermeswesz@gmail.com

<sup>2</sup> Mestrando no PPGDireito da URI Santo Ângelo/RS. Bolsista CAPES. Bacharel em Direito pela URI Santo Ângelo/RS. Email: bialylaurence@gmail.com

O direito fraterno é um instrumento alternativo de resolução de conflitos, que propõe recomposições para a sociedade num viés de jurisdição mínima.

Resta anota:

O circuito *conflito/remédio* é aquele em que o reequilíbrio ecológico se torna mais difícil. Trata-se de tendências comuns aos países ocidentais; elas colocam em evidência a inadequação já estrutural do caráter exclusivamente monopolista do sistema judiciário na resolução dos conflitos; apresentam demandas de revogação do caráter estadocêntrico da administração da justiça; alargam, sem inutilizar, a dimensão da “legalidade” (RESTA, 220, p. 69).

Para Resta, uma sociedade fraterna se faz além de relações amigas e solidárias e o uso do instrumento da mediação é uma maneira de auxiliar os sujeitos, a fim de que construam uma decisão boa para ambos. A mediação é uma maneira de realização do direito fraterno, pois ela transforma o conflito em comunicação, tornando possível que as partes apresentem idéias e proposta a fim de resolver o litígio. É claro que para consolidar uma sociedade fraterna através da mediação é acreditar na própria humanidade, onde as relações deverão ser baseadas na amizade e na igualdade entre todos. Nesse sentido, resolver os conflitos sob o direito fraterno é uma maneira de humanização em razão do caráter defensor da dignidade da pessoa humana. É importante anotar que não se nega o valor do Poder Judiciário, mas simplesmente o monopólio estatal da jurisdição.

Nesse sentido, a mediação de conflitos é uma forma que tem por objetivo a restauração da sensibilidade e busca promover o crescimento interior de um sujeito a fim que esse possa resolver o conflito em que está submetido. O conflito não some, apenas passa por transformações. Para intervir neste conflito se faz necessário ponderar os sentimentos dos envolvidos. Um dos sentimentos envoltos nos conflitos, como relata Warat, é o medo. O autor diz que esse sentimento aumenta o sofrimento e acaba fazendo com quem nos escondemos, pois são capazes de criar inúmeras maneiras para isso. O medo nos impede de passarmos pela vida, de enfrentá-la. O autor vai além quando anota que “o medo é tão traiçoeiro que pode criar uma bravura ao redor de si” (WARAT, 2004, p. 23). Os sujeitos com o passar do tempo aprendem a simular sentimentos, colocam sorrisos onde existe raiva. Todavia, se for possível manter a integridade quando a raiva sumir, estarão, mediados.

Os conflitos surgem da mente do sujeito que não anda em sintonia com o sutil e com o invisível. O invisível não pode ser visto no comum das coisas, necessita, portanto, de uma análise refinada. Os olhos que miram no invisível devem conter uma harmonia e silêncio. Este ponto é importante, pois vejamos que a sensibilidade é a percepção do invisível e, assim, a consciência que promove a mediação se dá através dessa sensibilidade. Temos que ficar mais sensíveis em qualquer coisa que façamos, mesmo em uma coisa que pareça tão trivial como beber uma xícara de chá (WARAT, 2004). Para o autor, o grande segredo da mediação é tão simples que acabamos não percebendo. No cenário de um conflito, muitas coisas são impossíveis de se entender, mas fáceis de sentir e, ao tentar entendê-las, se corre o risco de agravá-las.

Warat adverte:

Para mediar, como para viver, é preciso sentir o sentimento. O mediador não pode se preocupar por intervir no conflito, transformá-lo. Ele tem que intervir sobre os sentimentos das pessoas, ajudá-las a sentir seus sentimentos, renunciando à interpretação. Os conflitos nunca desaparecem, se transformam; isso porque, geral-mente, tentamos intervir sobre o conflito e

não sobre o sentimento das pessoas. Por isso, é recomendável, na presença de um conflito pessoal, intervir sobre si mesmo, transformar-se internamente, então, o conflito se dissolverá (se todas as partes comprometidas fizeram a mesma coisa) (WARAT, 2004).

O mediador deve entender a diferença entre intervir no conflito e nos sentimentos das partes. O mediador deve ajudar as partes, fazer com que olhem a si mesmas e não ao conflito, como se ele fosse alguma coisa absolutamente exterior a elas mesmas. Warat, diz que estamos inseridos em uma sociedade onde os resultados, o êxito pessoal e a construção da imagem pessoal são simulacros que realizam a vida e fazem com que acabamos nos afastando do que genuinamente sentimos (WARAT, 2004). A contaminação se torna inevitável se deixarmos de lado as necessidades do coração.

Warat anota que existem duas formas de pensar o Direito, sendo a primeira por meio das reflexões normativas e a segunda pela desconstrução de idéias que foram se acumulando numa cultura dominante. A primeira maneira de pensar o Direito é predominante entre os juristas e faz com que esses fiquem insensíveis com os outros e o mundo. Não são capazes de criticar a cultura dominante e sua ideologia, mas caem no canto da sereia e são devorados pelas próprias ideologias. O autor refere que as ideologias nascem do racionalismo tóxico que não é capaz de mostrar uma sensibilidade e barbariza o Direito.

O autor adverte que:

Atingir a finitude dos infinitos possíveis é uma utopia impossível. O caráter infinito das linguagens está entre os homens para impedir que realizem sua soberba de Babel. O rosto secreto de Deus, lhe conto, é a diferença; na produção das diferenças o homem se encontra com este secreto. No mundo do direito e suas linguagens o rosto secreto de Deus se chama mediação (WARAT, 2010, p. 07).

Warat anota: “A mediação seria uma resposta ecológica de resistência às formas jurídico-institucionais do poder. Biopoliticamente falando o homem da condição moderna é um animal em cuja política está posta em questão sua vida” (WARAT, 2010, p. 42). Nesse diapasão, Warat traz uma nova maneira de olhar para o direito num viés sensível.

Warat diz que:

O eixo central, fundante e que atravessa todo o desenvolvimento de uma concepção do Direito emancipatória é a alteridade. Uma concepção surrealista dos direitos humanos (no sentido de atribuir ao surrealismo uma genuína atitude filosófica de questionamento e fuga dos lugares comuns como estratégia de emancipação) sob o signo dos vínculos e a fuga dos novos lugares comuns, estereótipos e as simplificações vulgarizadoras que construíram a mitologia e as narrativas ideológicas da concepção normativista e burguesa dos direitos humanos (WARAT, 2010, p. 87).

Com isso, a título de exemplo, a Justiça Restaurativa objetiva um processo de cooperação e envolvimento entre todas as pessoas que possuam interesse no melhor resultado para a solução de um determinado conflito e, ainda, a reparação do dano advindo desse. O papel do mediador é no sentido de ajudar pessoas a redescobrir a comunidade que fazem parte e reconectar com o sentimento de estar em comum. Warat diz que a modernidade nos impôs a necessidade de fazermos tudo sozinho. Agora é necessário alguém que nos ajude a aprender a fazer tudo em comum

(WARAT, 2010, p. 39). A mediação traz um valor, o qual vai além da prevenção e administração dos conflitos, pois possibilita o encontro de um sentido nesses. Ademais, ela humaniza o Direito por meio da concretização do viés democrático e ainda efetiva os direitos humanos, os quais são garantias fundamentais. Transformando assim o empoderamento pessoal e a realização de autonomia por meio do diálogo.

Warat mais uma vez colabora:

Ajudar aos excluídos a recuperar sua memória e a única forma de começar a devolver-lhes a esperança pela vida. A mediação como esperança. Basta de suavizar ideologicamente as coisas, basta de chamar o terror por nomes mais benevolentes: coerção, sanção, pena, Direito, democracia. Basta simular que o Estado de direito é um Estado de paz jurídica (WARAT, 2010, p. 47).

Warat propõe a observação do mundo de uma forma mais sensível, sem a necessidade de buscar conceitos já conhecidos, mas sim poder sentir o mundo a sua volta a partir da sensibilidade. Assim, por meio dos sentimentos, se busca uma nova maneira de praticar o direito lançando um olhar cuidadoso com o seu semelhante.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta da mediação de conflitos é vista como um valor para, na prática as sociedades compreenderem e escutarem os conflitos que permeiam a realidade de seus cidadãos. Conflitos psicossociais que se originam muitas vezes no seio familiar e, dessa maneira, ser um caminho para possíveis restaurações de laços familiares e comunitários, estabelecendo acordos que venham restabelecer vínculos que foram rompidos durante os conflitos, sem julgamentos predeterminados ou pré-conceitos. O principal objetivo é proporcionar o diálogo e a reflexão.

A problemática vem em decorrência da ausência da conversa, do desabafo, por parte dos desviados sobre fatos que lhes aprisionam emocionalmente. Para resolver os problemas conflituais é necessária análise crítica e, inevitavelmente, isso somente é possível coletando informações inerentes à vida daquela pessoa, por meio de uma justiça pacificadora, cientificando-o dos seus direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, é possível perceber que o grande desafio é aprimorar os meios de mediar conflitos e fortalecer os círculos restaurativos. De um modo geral, a disseminação dessa alternativa de resolver o conflito de forma não violenta nos possibilita resultados positivos em longo prazo, como uma das alternativas de garantir minimamente um processo mais democrático.

Apesar de a temática ter avançado positivamente, ainda é uma técnica em processo incipiente, com isso surge a necessidade de maior debate e notoriedade da importância desse tema. Faz-se necessário uma mudança nos hábitos culturais nos quais a sociedade brasileira está inserida. As práticas de perdão se fazem imprescindíveis.

## REFERÊNCIAS

DEUTSCH, Morton. **A resolução do conflito**. In AZEVEDO, André Gomma de. Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. Brasília. UNB, 2004.

WARAT, Luís Alberto. **A rua grita Dionísio**. Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Juris, 2010.

WARAT, Luís Alberto. **Surfando na pororoca**: ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

RESTA, Eligio. **O direito fraterno**. – 2. ed. – Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020.

## **PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO ORIENTADOR E PROMOTOR DE CONDUTAS ÉTICAS NAS REDES SOCIAIS: REFLEXÕES A PARTIR DO PROJETO DE LEI Nº 2.630 DE 2020**

*Alexia Giordana Backes Ziemniczak<sup>2</sup>  
Liandra Tailane da Silva Lower<sup>3</sup>  
Orientadora: Luana Maíra Moura de Almeida<sup>4</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A pesquisa busca investigar o princípio da boa-fé objetiva como orientador e promotor de condutas íntegras nas redes sociais, procedendo a análise da aplicação do Projeto de Lei (PL) nº 2.630 de 2020. O estudo se justifica em virtude da ascensão que a internet tem tido nos últimos anos e no impacto que gera em inúmeras esferas sociais. Nesse sentido, a pergunta que orienta a pesquisa é: de que modo se percebem as noções de boa-fé objetiva a orientar e promover a conduta de usuários das redes sociais? Vislumbra-se, inicialmente, algumas hipóteses provisórias como o resguardo da eticidade nas relações virtuais e na proteção da dignidade da pessoa humana. Assim, o trabalho considera a evolução das redes sociais e sua influência social e política. Posteriormente, demonstra a necessidade de regulamentar e tipificar atos que ferem um dos princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, a boa-fé objetiva. Ao final, analisa-se o PL nº 2.630 de 2020, seus objetivos e consequências. A pesquisa utiliza o método hipotético dedutivo para a pesquisa, método de procedimento bibliográfico e técnica de pesquisa indireta.

### **A FEBRE DAS REDES SOCIAIS**

A era da virtualidade se faz presente de forma direta e indireta na sociedade. O que há cerca de 10 anos era novidade, atualmente faz parte do cotidiano dos indivíduos, sendo palco de todo tipo de comportamento humano. Segundo dados da empresa de pesquisas Statista, “em 2010, menos de um bilhão de pessoas estavam inseridas nestas plataformas. Já em 2020, o número saltou para 3,6 bilhões e a projeção para 2025 é de 4,41 bilhões de usuários”. Cerca de 60% dos brasileiros estão em redes sociais, mesmo aqueles que não fazem uso das redes estão sob influência indireta da mesma. (CASTRO, 2017).

As redes sociais possuem, atualmente, papel fundamental nas relações sociais, moldando opiniões e influenciando decisões. De fato, nos últimos 10 anos, a ascensão das redes sociais tem sido percebida de forma avassaladora se tornando uma das principais formas de expressão social.

---

1 Trabalho desenvolvido a partir das reflexões oportunizadas pela disciplina de Direito dos Contratos, no 3º semestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *campus* de Santo Ângelo.

2 Acadêmica do 3º Semestre do Curso de Graduação em Direito da da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *campus* de Santo Ângelo. E-mail: liandratlowe@aluno.santoangelo.uri.br

3 Acadêmica do 3º Semestre do Curso de Graduação em Direito da da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *campus* de Santo Ângelo. E-mail: alexiagbziemniczak@aluno.santoangelo.uri.br

4 Professora Mestre do Curso de Graduação em Direito da da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), *campus* de Santo Ângelo. E-mail: luana.mm Almeida@san.uri.br

A internet possui como vantagem o rápido acesso à informação e notícias. Entretanto, percebe-se também que uma série de empresas estão se utilizando das redes sociais, utilizando-se dos dados que as pessoas fornecem para comercializar os mais diversos produtos, usando de algoritmo para produzir tais vendas, entregando, para a sociedade, aquilo que sabe que gostariam de consumir, desde roupas até ideologias. Dessa forma, sua influência não se restringe apenas às vendas de produtos, mas também de ideais.

Quanto mais informações se difundem fácil e rapidamente pelas redes sociais, mais oportunistas buscam suas ferramentas como palco para disseminação de notícias falsas, bullying, discursos de ódio, etc. Apesar de o ordenamento jurídico contar com avanços na reprimenda do uso de má-fé nas redes sociais, ainda se faz exponencial o uso das intituladas “fake news”.

A virtualidade da existência se perpetua por seus usuários como espelho de seu próprio ego. O mal nesse sistema se faz no fato de que nem todos possuem um filtro de ética, acabam propagando e destilando discursos de ódio ou inverdades apenas para alimentar suas próprias opiniões, sem noção de responsabilidade civil nesse âmbito.

Além das pessoas que disseminam tais notícias, há também interessados que criam as mesmas, a fim de manipular o usuário da rede social. Esses, vão desde grandes empresas querendo vender produtos até sites de fofocas que usam notícias sensacionalistas, ou simplesmente falsas, para difamar famosos, chegando até mesmo a usar notícias irreais para injuriar ou celebrar políticos. Isso porque, conforme aduz Joseph Goebbels, “Uma mentira repetida mil vezes torna-se verdade”.

## **INICIATIVA DE REGULAMENTAÇÃO DOS COMPORTAMENTOS NA INTERNET: O PROJETO DE LEI Nº 2.630 DE 2020 E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA**

A regulamentação das plataformas de redes sociais chamadas “Big Techs”, empresas transnacionais responsáveis por plataformas sociais de grande alcance, está sendo discutida em vários países devido a toda influência que as mídias sociais possuem. No Brasil, a regulamentação vem sendo discutida através do Projeto de Lei nº 2.630 de 2020, que institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Segundo seu artigo 1º a lei “estabelece normas, diretrizes e mecanismos de transparência de redes sociais e de serviços de mensageira privada através da internet, para desestimular o seu abuso ou manipulação com potencial de dar causa a danos individuais ou coletivos [...]” (SENADO FEDERAL, 2020). Ainda, tem como viés, de acordo com art. 3º, o seguinte:

- I - o fortalecimento do processo democrático por meio do combate à desinformação e do fomento à diversidade de informações na internet no Brasil;
- II – a busca por maior transparência sobre conteúdos pagos disponibilizados para o usuário;
- III - desencorajar o uso de contas inautênticas para disseminar desinformação nas aplicações de internet. (SENADO FEDERAL, 2020).

Tais medidas trazem como imprescindível o princípio da boa-fé objetiva como regulamentadora de condutas dos usuários nas redes sociais.

Dito isso, é importante frisar que se tem princípio enquanto base, fundamento e pilar de algo que foi construído. Por isso, tem grande importância para o Direito Civil, pois são os princípios norteadores que auxiliam na resolução de conflitos. Desse

modo, a lei precisa estar em acordo, tanto na sua interpretação quanto na aplicação. No ordenamento jurídico brasileiro, os princípios possuem força normativa, são efetivados através de regras, entretanto, por si só são detentores de força normativa. Tartuce, inclusive, aduz que “não se pode esquecer a grande importância assumida pelos princípios constitucionais em nosso ordenamento jurídico.” (2022, p. 76).

Além disso, pode-se afirmar que

Os princípios se irradiam por todo segmento jurídico, preservando a unidade da ordem jurídica, com a manutenção do direito como um efetivo sistema e desempenham o papel de organizar e coordenar, coerentemente, todo ordenamento jurídico, ao ponto de a doutrina os qualificar como “normas-chaves de todo sistema jurídico” (Paulo Bonavides), “fundamento da ordem jurídica” (Frederico de Castro), “Super-fonte” (Flórez-Valdez), verdadeiros “mandamentos de otimização” (Robert Alexy). (BARROSO, s.a., p. 123).

O princípio da boa-fé objetiva está relacionado à conduta das partes, que precisam comportar-se de forma honesta, correspondendo à confiança depositada pela outra parte. O princípio incide principalmente nos vínculos contratuais, determinando o comportamento ético e social que precisa ser respeitado entre as partes. De acordo com Flávio Tartuce, o princípio em questão, com previsão expressa no Código Civil de 2002 “consagra a necessidade de as partes manterem, em todas as fases contratuais, sua conduta de probidade e lealdade.” (2022, p. 140).

As relações contratuais nas redes sociais, por sua vez, se dão, atualmente, entre a rede e o usuário, ao fazer o cadastro na mesma, os “termos de uso” são em suma o contrato de adesão proposto pela rede, a assinatura de tal contrato se dá com a concordância do usuário com tais termos.

Além disso, segundo a doutrina, a boa-fé objetiva possui três funções como função interpretativa, também chamada de hermenêutica; função integrativa ou supletiva e a função de controle ou reativa. A função integrativa está disposta no artigo 113 do Código Civil de 2002 (CC/2002), retrata que ele é um método hermenêutico que serve como critério para aplicador do direito. Neste sentido, o juiz deve se basear em regras que se referem à ética e à moral, levando em conta o contexto e os fins sociais que a norma se destina. Já a função de controle, está elencada no artigo 187 do CC/2002. O princípio, sob essa perspectiva, é um limitador do exercício de direitos subjetivos, onde o comportamento do cidadão deve conformar-se às funções econômicas, sociais, pelos bons costumes, para a tentativa de humanizar as relações contratuais. E por fim a função integrativa, que está elencada no artigo 422 do CC/2002, que ele retrata que deve-se criar deveres para as partes, além dos já estabelecidos pelas partes. (TARTUCE, 2022).

A partir disso, mostra que são necessárias várias medidas e funções para que o abuso de direito não ocorra. O principal objetivo do princípio da boa-fé objetiva é esse, de acordo com a doutrina Rosenvald e Farias. Pois tem-se, ainda, as figuras correlatas ou parcelares da boa-fé objetiva “é importante tecer considerações acerca de alguns tipos específicos de atos abusivos, que, embora reunidos ao redor da cláusula geral de boa-fé objetiva (CC, arts. 113 e 422), possuem características próprias, particulares” (2013, p. 707 in NASCIMENTO, 2016, s.p.).

A doutrina de Flávio Tartuce, explicita que existe quatro tipos de figuras parcelares ou correlatas do princípio da boa fé objetiva: *venire contra factum proprium*, *supressio* e *surrectio*, *tu quoque* e *duty to mitigate the loss*. (2022).

Contudo, o princípio retratado nesta pesquisa faz ligação com o princípio da eticidade, que, de forma sucinta, direciona a criação de normas que vivam sempre

traçadas premissas éticas, priorizando a observância da boa-fé, da equidade e dos demais critérios éticos.

Visto isso, o princípio da boa-fé objetiva se faz extremamente necessário no que tange as relações nas redes sociais, uma vez que regula valores éticos e morais que devem ser observados pelas partes tanto usuárias quanto fornecedoras das redes, sendo tal princípio relacionado ao objetivo do projeto de Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Ainda que não seja mencionado expressamente pelo Projeto de Lei, percebe-se que muito do seu conteúdo de coaduna com as perspectivas e luzes lançadas no ordenamento jurídico pelo referido princípio.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em relação aos argumentos apresentados, de que modo se percebem as noções de boa-fé objetiva a orientar e promover a conduta de usuários das redes sociais? É possível constatar ao decorrer do trabalho que a boa-fé objetiva é primordial para ordem manter a ética, respeito, harmonia e entre tantos outros comportamentos que são essenciais para regula-las.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Leonardo. **A Força Normativa dos Princípios Fundamentais como Vetores da Formação do Estado Ideal**. s.a. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica\\_118.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_118.pdf). Acesso em: 28 mai. 2023.

CASTRO, Roberto C. G. Era da virtualidade chegou ao cotidiano, diz Grossmann. **Jornal da USP**. 21/06/2017. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/era-da-virtualidade-chegou-ao-cotidiano-diz-grossmann/>. Acesso em: 28 mai. 2023.

NASCIMENTO, Marina Georgia de Oliveira e. As Figuras Parcelares da Boa-Fé Objetiva. **Conteúdo Jurídico**. 16 jun 2014. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39788/as-figuras-parcelares-da-boa-fe-objetiva#:~:text=Conforme%20destaca%20a%20doutrina%2C%20temos,abusividad e%20no%20exerc%C3%ADcio%20do%20direito>. Acesso em: 25 mai. 2023.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 2630, de 2020**. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. AUTORIA: Senador Alessandro Vieira (CIDADANIA/SE). Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8110634&disposition=inline>. Acesso em: 28 mai. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

## O FUTURO É AGORA: O IMPACTO DAS INTELIGÊNCIAS ARTIFICIAIS E A SUA REGULAÇÃO JURÍDICA ATRAVÉS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Marco Antonio Compassi Brun<sup>1</sup>

Tamara Cossetim Cichorski<sup>2</sup>

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A existência de um mundo com robôs e computadores inteligentes remonta a ideias que surgiram muito antes da tecnologia viável ser uma realidade. Desde os anos 50, pesquisadores já vislumbravam a possibilidade de reproduzir redes neurais humanas em máquinas, enquanto autores de ficção exploravam a temática em obras literárias e filmes.

No entanto, a aplicação da responsabilidade civil à IA é desafiadora devido à sua complexidade e diversidade. Cada situação envolvendo a IA deve ser avaliada individualmente, levando em consideração suas características e impactos. É fundamental encontrar um equilíbrio entre o desenvolvimento tecnológico e a proteção dos direitos e da dignidade humana diante dos avanços da IA.

### A FERRAMENTA TECNOLÓGICA DA DÉCADA

A existência de um mundo com robôs<sup>3</sup> e computadores inteligentes encontra ponto de partida muito antes de existir tecnologia viável e com capacidade para tanto. Na pesquisa científica, ainda nos anos 50 do século XX, McCarthy *et al* (1955) já visualizavam um futuro de reprodução das redes neurais humanas em máquinas com a publicação do artigo: “Uma Proposta para o Projeto de Pesquisa de Verão de Dartmouth sobre Inteligência Artificial”<sup>4</sup>. Enquanto na ficção, autores como Fritz Lang, com *Metropolis* (1927) e Phillip K. Dick, com “*Androides Sonham com Ovelhas Elétricas?*” (1968) inauguraram, também, a temática em diferentes representações cinematográficas e em obras literárias.

As diferentes retratações e interpretações de inteligência artificial (IA) apresentadas ao longo das décadas e os inúmeros avanços em diferentes áreas elencadas apenas reforçam o caráter dinâmico, não uniforme e de diversas facetas da tecnologia que é o epicentro da chamada revolução 4.0<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direitos Humanos do Programa de Pós-Graduação da Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul (PPGD) com Bolsa Gratuidade (UNIJUI). Graduado em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Pós-graduando em Proteção de Dados: LGPD & GDPR pela Fundação Escola Superior do Ministério Público e Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Endereço eletrônico: marcoantonio\_brun@outlook.com.

<sup>2</sup> Mestranda em Direitos Humanos do Programa de Pós-Graduação da Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul (PPGD) com Bolsa Gratuidade (UNIJUI). Pós graduada em Direito Imobiliário. Endereço eletrônico: tamaracossetim@gmail.com.

<sup>3</sup> O uso da palavra robô será utilizado no sentido de *softwares* e *hardwares* inteligentes, ou, para simplificar, máquinas dotadas de inteligência artificial.

<sup>4</sup> Traduziu-se, no original: “A Proposal for the Dartmouth Summer Project on Artificial Intelligence”.

<sup>5</sup> A denominação de revolução 4.0 é sinônimo de Quarta Revolução Industrial, que segue a história moderna e contemporânea, com o atual período marcado pelo desenvolvimento tecnológico e as mudanças nas relações sociais, econômicas, políticas e de trabalho (FORSTER; BITENCOURT; PREVIDELLI, 2018, p. 188).

Para Bathaee (2020, p. 138), a inteligência artificial pode ser interpretada como uma classe de programas de computador e, nesse caso, estende-se para *softwares*<sup>6</sup> e *hardwares*<sup>7</sup>, capazes de construir resoluções para problemas, com planejamento, experiência, raciocínio lógico e testes. E, a partir disso, tomar decisões baseadas em informações nem sempre predeterminadas, classificação, otimização e percepção.

Com maior objetividade, Abiodun e Lekan (2020, p. 24) descrevem a IA como um “[...] campo da ciência da computação que lida com a capacidade e simulação de uma máquina para imitar o comportamento humano inteligente”<sup>8</sup>. Apesar da recente intenção de afastamento do uso da expressão: imitação. Por se entender que se trata de uma limitação aos próximos passos evolutivos da ferramenta (MEDON, 2022, p. 99-100).

Ainda assim, o funcionamento efetivo de uma IA, dentre as diversas possibilidades existentes, decorre, principalmente, em razão de subcampos que a integram. Como é o caso dos algoritmos, os quais, em sentido amplo, se referem a basicamente todo procedimento computacional que carregue valor informacional (NICHOLAS, 2020, p. 714).

Não obstante, a técnica, dentre as inclusas nos subcampos da IA que melhor representa os notórios avanços alcançados por essa tecnologia, é o *machine learning*<sup>9</sup>. Neste procedimento, a partir do uso de um algoritmo de aprendizado, a máquina é treinada para inferir, determinar e reconhecer padrões dentro de uma grande quantidade de dados (MOURBY; CATHAOIR; COLLIN, 2021, p. 2; NICHOLAS, 2020, p. 714).

Enquanto para a identificação de padrões e conceitos em camadas ainda mais profundas de dados e em mais de um nível hierárquico, utiliza-se a técnica derivada do *machine learning*: o *deep learning*<sup>10</sup>.

A partir desses conceitos iniciais, tem-se a IA como uma das principais ferramentas tecnológicas das últimas décadas, além do seu caráter disruptivo e multidisciplinar, com potenciais de desempenho sem precedentes. As vantagens e as facilidades concedidas à vida humana permitem mais tempo para focar em atividades ligadas unicamente ao cérebro do homem ou a produzir resultados com acurácia e eficiência inéditas – mesmo nas tarefas preexistentes. Nesse sentido, observa-se que a atual tecnologia tem criado e remodelado métodos, com tendências de desvinculação de um programador determinado, com finalidade na autonomia operacional e de aprendizagem.

No entanto, ao passo em que são alcançados e desenvolvidos novos computadores para abrigar os potenciais projetados nas máquinas, escancara-se – ainda mais – a fragilidade dos direitos e da dignidade da pessoa humana em face dos referidos avanços. A partir disso, realçado pela necessidade de assegurar as garantias contra danos causados pela IA, almeja-se encontrar, no instituto da

---

<sup>6</sup> *Softwares* podem ser definidos como programas de computadores (ANTUNES, 2019, p. 143), com uma sequência de instruções escritas e programadas para permitir a interpretação de máquinas que vão executar as tarefas no mundo virtual.

<sup>7</sup> *Hardwares* se referem aos equipamentos. Ou seja, aos itens físicos e tangíveis de um dispositivo (ANTUNES, 2019, p. 143), os quais são compostos de peças e componentes para hospedar o funcionamento dos softwares.

<sup>8</sup> Traduziu-se, no original: “[...] field of computer science dealing with the capability and simulation of a machine to imitate intelligent human behavior”.

<sup>9</sup> Aprendizado de máquina, em português.

<sup>10</sup> Aprendizado (de máquina) profundo, em português.

responsabilidade civil, importante mecanismo de regulação e proteção das sociedades que atualmente convivem – em crescente frequência – com robôs.

## RESPONSABILIDADE CIVIL APLICADA À INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A complexidade e a extensão da capacidade, dos modelos e das possíveis utilizações da IA fazem com que a aplicação do instituto da responsabilidade civil, se torne uma árdua tarefa que depende, por consequência, de uma análise criteriosa. Nesse sentido, essencial que – para além da regulação geral – sejam observadas as especificidades de cada situação e dos tipos e níveis distintos das máquinas inteligentes e de suas atuações (MEDON, 2022, p. 160-161).

Assim, em um modelo detalhado, a IA classifica-se e divide-se em ANI (*artificial narrow intelligence*<sup>11</sup>), AGI (*artificial general intelligence*<sup>12</sup>) e ASI (*artificial super intelligence*<sup>13</sup>) (SAGHIRI et al., 2022, p. 1-2). A despeito da maior tecnicidade, a ANI e a AGI representam, respectivamente, a mesma definição da IA fraca e IA forte. Isto é, em que a primeira representa as máquinas criadas para desempenhar tarefas repetitivas e específicas, enquanto a segunda para realizar decisões intelectuais em patamares semelhantes ao de um ser humano – ainda inexistente no atual estado da arte.

Apesar de a IA não ter alcançado patamares gerais como se pretende com a IA forte, a IA fraca demonstra, por si só, ser uma ferramenta de alta complexidade e de diferentes medidas de dependência humana, o que influencia diretamente a intensidade e a gravidade de seus riscos. Ademais, seus eventuais danos também se tornam mais nocivos ao se considerar que suas ações se esvaem de transparência, o que amplifica a sua opacidade e a sua imprevisibilidade (NERSESSIAN; MANCHA, 2021, p. 79).

Como consequência dessas condições apontadas na arquitetura de uma inteligência artificial, decorrem diversos efeitos deletérios. Todavia, estes não se limitam apenas aos prejuízos materiais e físicos, como nos quase 400 acidentes – alguns fatais – causados por carros autônomos em 10 meses de análise nos Estados Unidos da América (BOUDETTE; METZ; EWING, 2022) ou com a queda de dois aviões *Boeing 737 Max*, nos voos pelas companhias *Lion Air* da Indonésia – em 2018 – e *Ethiopia Airlines* – em 2019 – que apontou o uso prematuro da tecnologia de IA como uma das causas dos eventos (RHUE; WASHINGTON, 2020, p. 362-363). Isso porque há, também, o risco de danos silenciosos, causados pelo enviesamento de algoritmos, em decisões automatizadas com teor discriminatório.

A compreensão desse cenário, aventa, inclusive, a composição de novos mecanismos para a responsabilidade civil, bem como sobre conceder personalidade jurídica à IA, o que a elevaria ao patamar de sujeito de direito (DE TEFFÉ; MEDON, 2020, p. 320). Para Lior (2020, p. 94), todavia, as máquinas inteligentes aproximam-se das características de um produto ou serviço, o que torna apropriado o regime da responsabilidade civil objetiva – em uma extensão do Código de Defesa do Consumidor. Ademais, essa interpretação explica-se, também, a partir da inviabilidade da teoria subjetivista. Sobretudo, em virtude da opacidade e falta de transparência da IA, o que limita o conhecimento humano sobre o seu funcionamento e, como

---

<sup>11</sup> Inteligência artificial estreita, em português.

<sup>12</sup> Inteligência artificial geral, em português.

<sup>13</sup> Super inteligência artificial, em português.

consequência, obsta a identificação de elementos como a culpa – requisito a ser comprovado pela vítima e verificado pelo julgador (LIOR, 2020, p. 94).

Apesar da preliminar conclusão, não há como se adotar um regime como regra ao denotar os distintos cenários em que o uso da IA pode ser considerado. No caso dos robôs que operam como auxiliares de saúde, depreende-se que estes serão absorvidos pela responsabilidade civil do médico, a qual é de natureza subjetiva (BONNA; SÁ, 2021, p. 57). Porém, de acordo com Schweikart (2021, p. 4), “essas questões são desafiadoras [...]”<sup>14</sup>. Pois se mostra incerto se o profissional ajudado por algoritmos deve ser responsabilizado integralmente após seguir uma recomendação dada pela máquina.

Ao se seguir o espelhamento do Código de Defesa do Consumidor, o resultado lógico é a aplicação solidária. Esse entendimento, aplicado ao exemplo do médico anterior, acrescentaria ao dever de reparação – pelo menos – dois agentes: o fabricante (corporações como a IBM, e.g); e os programadores (especialistas responsáveis por escrever os códigos de execução do algoritmo).

Contudo, a decisão sobre o modelo de responsabilidade civil cabível aos atos da IA terá outro fator de influência relativo aos seus níveis de autonomia. Uma vez que muitas máquinas – como drones de entrega da empresa *Neolix* (MEDON, 2022, p. 165) – conseguem realizar escolhas próprias, como tomar os melhores e mais rápidos caminhos para chegar ao destino. Diferentemente dos citados robôs que servem de apoio ao médico, mas que delegam a palavra final ao último.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa forma, depreende-se que a complexidade somada ao dinamismo da IA impede que a responsabilidade civil, em sua arquitetura tradicional, seja, de maneira viável, transferida e replicada ao contexto em que máquinas produzem danos. Ainda assim, com adaptações que considerem os tipos e características da inteligência artificial, bem como seus níveis de autonomia, mostra-se possível construir uma estrutura legal que permita que o ser humano beneficiado pela era 4.0 não seja injustamente prejudicado pelo uso desta.

Por fim, conclui-se que, diante da imprevisibilidade e opacidade da IA, prima-se pela aplicação da responsabilidade civil assimilada às diretrizes éticas existentes e àquelas que serão constituídas. Sobretudo nos modelos que consideram a introdução de noções de direitos humanos, dignidade e – nesse caso, de responsabilidade – desde a concepção da máquina. Em um conceito de prevenção de danos alinhado a partir de seu projeto de criação e desenvolvimento, o que é exequível em razão das presentes características de programação e de controle humano sobre a IA – as quais devem ser preservadas.

## REFERÊNCIAS

ABIODUN, O. S.; LEKAN, A. J. Exploring the potentials of artificial intelligence in the judiciary. **International Journal of Engineering Applied Sciences and Technology**, Ilaro, v. 5, n. 8, p. 23-27, 2020. Disponível em: <http://ijeast.com/papers/23-27,Tesma508,IJEAST.pdf>. Acesso em: 17 out. 2022.

---

<sup>14</sup> Traduziu-se, no original: These questions are challenging [...].

ANTUNES, H. S. Inteligência artificial e responsabilidade civil: enquadramento. **Revista de Direito da Responsabilidade**, Coimbra, n. 1, p. 139-154, 2019.

Disponível em: <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2019/inteligencia-artificial-e-responsabilidade-civil-enquadramento/>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BATHAEE, Y. Artificial intelligence opinion liability. **Berkeley Technology Law Journal**, Berkeley, v. 35, p. 113-170, 2020. Disponível em:

[https://btlj.org/data/articles2020/35\\_1/03\\_Bathae\\_WEB.pdf](https://btlj.org/data/articles2020/35_1/03_Bathae_WEB.pdf). Acesso em: 22 fev. 2022.

BONNA, A. P.; SÁ, V. V. Responsabilidade civil do médico por erros ocasionados no uso da inteligência artificial. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, Florianópolis, v. 7, n. 1, p. 45-66, 2021. Disponível em:

<https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/7754>. Acesso em: 31 out. 2022.

BOUDETTE, N. E.; METZ, C.; EWING, J. Tesla autopilot and other driver-assist systems linked to hundreds of crashes. **The New York Times**, 2022. Disponível em:

<https://www.nytimes.com/2022/06/15/business/self-driving-car-nhtsa-crash-data.html>. Acesso em: 05 nov. 2022.

DE TEFFÉ, C. S.; MEDON,. Responsabilidade civil e regulação de novas tecnologias: questões acerca da utilização de inteligência artificial na tomada de decisões empresariais. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 301-333, 2020. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/383>. Acesso em: 02 nov. 2022.

DICK, P. K. **Androides sonham com ovelhas elétricas?** 3ª. ed. São Paulo: Aleph, 2019.

FORSTER, J. P. K.; BITENCOURT, D.; A. PREVIDELLI, J. E. Pode o "juiz natural" ser uma máquina? **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 19, n. 3, p. 181-200, 2018. Disponível em:

<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1631>. Acesso em: 01 set. 2020.

LIOR, A. AI strict liability vis-à-vis AI monopolization. **The Columbia Science & Technology Law Review**, New York, v. 22, n. 1, p. 90-126, 2020. Disponível em:

<https://journals.library.columbia.edu/index.php/stlr/article/view/8055>. Acesso em: 28 fev. de 2022.

MCCARTHY, J. et al. A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence. **Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence**, n. 1, p. 1-13, 1955. Disponível em:

<http://jmc.stanford.edu/articles/dartmouth/dartmouth.pdf>. Acesso em: 23 set 2020.

MEDON, F. **Inteligência artificial e responsabilidade civil: autonomia, riscos e solidariedade**. São Paulo: JusPodivm, 2022.

METROPOLIS. Direção: Fritz Lang. Produção: Universum Film. [S.l.]: [s.n.]. 1927.

MOURBY, M.; CATHAOIR, K. Ó.; COLLIN, C. B. Transparency of machine-learning in healthcare: the GDPR & European health law. **Computer Law & Security Review**, Amsterdã, v. 43, p. 1-14, 2021. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364921000844>. Acesso em: 06 mar. de 2022.

NERSESSIAN, D.; MANCHA, R. From automation to autonomy: legal and ethical responsibility gaps in artificial intelligence innovation. **Michigan Technology Law Review**, Ann Arbor, v. 27, n. 55, p. 54-96, 2021. Disponível em: [https://repository.law.umich.edu/mtlr/vol27/iss1/3/?utm\\_source=repository.law.umich.edu%2Fmtlr%2Fvol27%2Fiss1%2F3&utm\\_medium=PDF&utm\\_campaign=PDFCoverPages](https://repository.law.umich.edu/mtlr/vol27/iss1/3/?utm_source=repository.law.umich.edu%2Fmtlr%2Fvol27%2Fiss1%2F3&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages). Acesso em: 23 abr. 2022.

NICHOLAS, G. Explaining Algorithmic Decisions. **Georgetown Law Technology Review**, Washington D.C., v. 4, n. 2, p. 711-730, 2020. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3523456](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3523456). Acesso em: 30 mar. 2022.

RHUE, L.; WASHINGTON, A. L. AI's wide open: premature artificial intelligence and public policy. **Boston University Journal of Science & Technology Law**, Boston, v. 26, n. 2, p. 353-378, 2020. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3720944](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3720944). Acesso em: 27 fev. 2022.

SAGHIRI, A. M. et al. A survey of artificial intelligence challenges: analyzing the definitions, relationships, and evolutions. **Applied Sciences**, Basel, v. 12, n. 8, p. 1-21, 2022. Disponível em: <https://www.mdpi.com/2076-3417/12/8/4054>. Acesso em: 22 out. 2022.

SCHWEIKART, S. J. Who will be liable for medical malpractice in the future? How the use of artificial intelligence in medicine will shape medical tort law. **Minnesota Journal of Law, Science & Technology**, Minneapolis, v. 22, n. 2, p. 1-22, 2021. Disponível em: [https://scholarship.law.umn.edu/mjlst/vol22/iss2/2/?utm\\_source=scholarship.law.umn.edu%2Fmjlst%2Fvol22%2Fiss2%2F2&utm\\_medium=PDF&utm\\_campaign=PDFCoverPages](https://scholarship.law.umn.edu/mjlst/vol22/iss2/2/?utm_source=scholarship.law.umn.edu%2Fmjlst%2Fvol22%2Fiss2%2F2&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages). Acesso em: 29 abr. 2022.

## A TUTELA DOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS FRENTE A CRESCENTE CONSTITUIÇÃO DE AVATARES VIRTUAIS

Estela Bernardi Scarparo<sup>1</sup>

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O processo de globalização, que levou ao crescimento exponencial das plataformas de mídias sociais, segue modificando drasticamente a maneira com que relacionamos a vida íntima e a esfera digital. À vista disso, a ânsia em expor os mais supérfluos detalhes deu luz à criação de ferramentas de representação da imagem, as quais possibilitam uma espécie de presença virtual, capaz de exprimir sentimentos e reações, com características cada vez mais semelhantes às do usuário.

Nesse contexto, a pesquisa em tela intenciona tecer considerações acerca de quais são os limites jurídicos que englobam a caracterização da imagem e demais atributos da pessoa humana, através dos chamados "avatares", quando criados por intermédio de inteligência artificial e publicamente disponibilizados. Definida a problemática, o presente texto justifica-se através da contemporaneidade do assunto, cujo debate vem a ser necessário como matéria de Direito, dada a ascensão do objeto protagonista.

Esta pesquisa, em geral, visa abordar a proteção dos direitos personalíssimos, como intransferíveis e irrenunciáveis, na forma do artigo 11 do Código Civil Brasileiro, frente a crescente constituição de avatares - ainda que criados voluntariamente - haja vista encontrarem-se implementados em relevante número nas plataformas digitais. Outrossim, pretende discorrer sobre a demanda virtual em relação à norma positiva, e demais desdobramentos que se vislumbre pertinentes.

O método de procedimento utilizado é o dialético-materialista, a partir de uma pesquisa qualitativa que analisa aspectos sociais subjetivos, e técnica de pesquisa bibliográfica em um estudo exploratório, aproveitando-se dos dispositivos legislativos e demais obras posteriormente referenciadas.

### DESENVOLVIMENTO

Em primeira análise, define-se como avatar virtual a representação gráfica ou visual de uma pessoa ou personagem em determinado ambiente digital, tais como redes sociais, fóruns, universos ficcionais (o Metaverso, por exemplo), e jogos online.

De origem religiosa, o termo "avatar" nasceu no sânscrito *avatara* – na literalidade, "descida do céu à terra" – para designar cada uma das formas humanas ou animais assumidas pelo deus hindu Vixnu (RODRIGUES, 2020).

A notoriedade atribuída aos avatares deu-se através do livro *Snow Crash*, de autoria de Neal Stephenson no ano de 1992 – década do advento dos jogos online *multiplayer* – cujo termo passou a se popularizar no cenário dos *video games*, assim considerado:

As pessoas são pedaços de *softwares* chamados avatares. Eles são os corpos audiovisuais que as pessoas utilizam para se comunicarem umas com

---

<sup>1</sup> Acadêmica do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (campus Santo Ângelo). E-mail: scarparo\_estela@hotmail.com

as outras no metaverso. [...] Seu avatar pode ter a aparência que você quiser, limitada somente por seu equipamento. Se você é feio, pode tornar seu avatar bonito. Se você acabou de sair da cama, seu avatar pode estar vestindo roupas bonitas ou com maquiagem profissional (STEPHENSON, 1992, p. 33-34).

Nesse norte, para a informática o "avatar é um cibercorpo inteiramente digital, uma figura gráfica de complexidade variada que empresta sua vida simulada para o transporte identificatório de cibernautas para dentro dos mundos paralelos do ciberespaço" (SANTANA, 2022).

Os avatares ajudam a criar uma sensação de presença e engajamento, o que torna as interações digitais mais imersivas, pois viabiliza a participação em atividades com outras pessoas ou com o espaço. Desse modo, é oferecido ao usuário uma forma de expressão e identificação online, que, por sua vez, podem ser tanto realistas, figurando como personagens tridimensionais altamente detalhados, quanto estilizados, de modo a reproduzirem ícones simples ou fantasiosos.

Nesse seguimento, a inteligência artificial (IA) é um campo de estudo que se dedica a criar sistemas capazes de realizar tarefas que normalmente exigiriam capacidades exclusivas do ser humano. Ela envolve a criação de algoritmos e modelos computacionais capazes de aprender, raciocinar, tomar decisões e interagir com o ambiente físico ou virtual. Doutrina Ingo Wolfgang Sarlet o seguinte:

[...] a IA se refere a uma capacidade de, por meio da tecnologia, se alcançar panoramas informacionais muito além dos outrora conhecidos, introduzindo novos critérios de tomada de decisão em função da absoluta incapacidade do cérebro humano, em sua conformação atual, de alcançar padrões de armazenamento ou de velocidade comparáveis aos que tipicamente são atribuídos aos computadores e algoritmos de última geração (SARLET, 2022, p. 08)

A IA tem sido amplamente utilizada na criação de avatares digitais, como na aplicação "Lensa"<sup>2</sup> - uma das maiores *trends*<sup>3</sup> da rede social Instagram - que consiste em um editor de fotos com o recurso *Magic Avatars*, no qual é possível criar avatares únicos e realistas do usuário, mediante o upload de *selfies*.

Hodiernamente, o desenvolvimento dos avatares virtuais marca um ponto de inflexão na interação entre seres humanos e o espaço digital. Em razão dos contínuos progressos da tecnologia de captura de movimento e renderização em tempo real, esses avatares tornaram-se visualmente realistas e capazes de esboçar emoções de forma convincente. Contudo, à medida em que isso ocorre, são suscitados novos questionamentos e desafios no âmbito jurídico, em especial no que concerne a extensão dos direitos da personalidade.

Sob essa ótica, conforme preceitua o art. 11 do Código Civil de 2002: "Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária", entende o professor Rubem Valente (2022), que a finalidade desses direitos é proteger a essência e a existência do ser humano. Por conseguinte, a proteção à personalidade do indivíduo é de suma importância para garantir sua integridade e dignidade, pois

---

<sup>2</sup> Leia mais a respeito em: <https://macmagazine.com.br/post/2022/11/30/como-funciona-o-lensa-app-que-cria-avatares-magicos-com-ia/>.

<sup>3</sup> "*Trends*", no Instagram e outras redes sociais, são conteúdos que ganham popularidade durante determinado período. Em geral as *trends* (ou "tendências", em português) ficam em alta por um curto tempo, quando os usuários interagem e reproduzem publicações semelhantes (TECHTUDO, 2022).

reconhece que certos direitos são inerentes à condição humana de tal modo que não podem ser objeto de negociação ou renúncia.

Em observação ao que dispõe o dispositivo supra, depreende-se que, ao afirmar a inalienabilidade dos direitos da personalidade, assegura que esses não podem ser transferidos para terceiros, ou seja, nenhum indivíduo pode dispor da sua própria dignidade, honra, imagem, nome, intimidade, privacidade e outro que se julgue fundamental. Outrossim, estabelece também a irrenunciabilidade, visando evitar a abdicação voluntária, sobretudo em situações que envolvem abuso ou coerção. Ademais, a proibição no que concerne a limitação voluntária, reforça a ideia de que esses direitos são fundamentais e devem ser plenamente exercidos, sem restrições arbitrárias impostas por terceiros ou pelo próprio indivíduo.

É verdade que, em alguns casos, as leis jurídicas relacionadas à proteção de imagem - e aos demais aspectos da personalidade - podem parecer ultrapassadas em relação aos avanços tecnológicos e às mudanças na forma como as imagens são produzidas, compartilhadas e utilizadas atualmente. A gama de legislações que tutelam esses direitos fora estabelecida em uma época anterior ao surgimento dessas novas ferramentas e não conseguem acompanhar adequadamente as mudanças no cenário digital. Por consequência, estabelecer limitações ao uso da imagem vem sendo um notório problema da matéria, pois não se vislumbram abordagens para situações específicas, tornando as pessoas vulneráveis a abusos, em decorrência de lacunas legais.

Logo, em uma era alicerçada sobre complexos algoritmos e dominada pela imensurável influência das redes sociais, o número de seguidores, likes e reações tornou-se um parâmetro ímpar para a sociedade moderna, o que transforma a proteção da imagem um desafio complexo. Vê-se, então, que os direitos da personalidade e os direitos humanos se interseccionam e refletem assim a convergência entre direito público e direito privado em direção ao mesmo objetivo, representado pelo necessário e incondicionado respeito à dignidade da pessoa humana, valor universal e cerne de todo o ordenamento jurídico (MARIGHETTO, 2019).

A natureza transnacional da internet apresenta um desafio adicional. As leis de proteção de imagem variam de país para país, o que torna difícil aplicar uma legislação consistente e coerente em um contexto global. A falta de harmonização legal internacional pode levar a situações em que uma imagem pode ser considerada legalmente protegida em um país, mas não em outro.

Todavia, vale ressaltar que alguns países têm atualizado suas leis para enfrentar esses desafios. Por exemplo, a União Europeia implementou o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR)<sup>4</sup>, que aborda questões de privacidade, incluindo o uso de imagens pessoais. Essa legislação introduziu medidas mais rigorosas para proteger a privacidade dos indivíduos e impor sanções às organizações que violam essas regras. Para além, uma relação harmoniosa entre a norma jurídica positiva e a demanda de avatares nas redes sociais é de suma importância no equilíbrio entre a liberdade tecnológica e a segurança dos cidadãos na era digital.

---

<sup>4</sup> O GDPR (*General Data Protection Regulation*) é um regulamento da União Europeia que visa proteger a privacidade e os dados pessoais dos cidadãos da UE. Ele estabelece direitos para os indivíduos em relação aos seus dados, como acesso, retificação, exclusão e portabilidade. O GDPR impõe obrigações às organizações que coletam e processam dados pessoais, exigindo transparência, consentimento explícito e segurança adequada. Disponível na íntegra em: <https://gdpr-info.eu>

Dessarte, as normas jurídicas estabelecem limites e responsabilidades para os provedores de redes sociais em relação aos avatares utilizados em suas plataformas. Nos termos da Lei Geral de Proteção de Dados, é exigível dos desenvolvedores a proteção das informações pessoais dos usuários, incluindo os dados associados aos avatares. Isso implica na adoção de medidas de segurança e privacidade adequadas, devendo o indivíduo estar ciente de forma clara e detalhada sobre como seu avatar será utilizado, os propósitos específicos para os quais será empregado e quaisquer outras imposições, sobretudo, quanto a possibilidade de revogação ágil do consentimento.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ainda que não se possa, ou sequer pretenda, aqui tratar de todas as faces que englobam este tema, são nítidas a complexidade e os desafios legais que surgem com o avanço da tecnologia. À medida em que a criação e a utilização de avatares virtuais se tornam cada vez mais comuns, é crucial examinar como os direitos personalíssimos devem ser protegidos nesse contexto.

Ao longo do estudo, foi possível constatar que a construção desses avatares suscita diversas questões relacionadas aos aspectos fundamentais da dignidade e da autonomia da pessoa humana, como o direito à imagem, à privacidade e à identidade. Embora possam trazer benefícios, a exemplo da possibilidade de interação e representação em espaços digitais, ao serem utilizados em detrimento a sua finalidade, resultam em violações passíveis de punição. Os usuários e desenvolvedores devem estar cientes das implicações legais envolvidas e das responsabilidades associadas à utilização dessas representações digitais. Ademais, a pesquisa destacou a necessidade de conscientização e educação sobre os direitos da personalidade em relação aos avatares virtuais.

Nesse contexto, também fora constatado que a proteção dos direitos supracitados em relação aos avatares virtuais demanda uma abordagem jurídica atualizada e adaptada às peculiaridades do mundo digital. É fundamental que a legislação acompanhe as transformações tecnológicas e ofereça mecanismos eficientes para garantir a tutela desses direitos. Contudo, pode-se perceber que o ordenamento jurídico brasileiro caminha a passos lentos para absorver o "novo normal".

Por fim, é fundamental que os poderes públicos, as instituições e os operadores do Direito estejam atentos às transformações tecnológicas e sejam proativos na atualização da legislação e na criação de mecanismos eficazes de tutela dos direitos personalíssimos frente à constituição de avatares virtuais. A proteção dos direitos fundamentais deve ser garantida no ambiente digital, assegurando que as pessoas tenham o controle sobre suas identidades e sejam respeitadas em sua individualidade, independentemente do contexto em que se encontrem.

Em síntese, o trabalho buscou tecer considerações acerca da tutela dos direitos da personalidade diante da criação de avatares. Á vista do exposto, infere-se que a proteção desses direitos exige uma abordagem multidisciplinar, envolvendo o Direito, a ética, a tecnologia e a conscientização social. Somente por meio de uma atuação conjunta será possível construir um ambiente digital mais justo, respeitoso e inclusivo para todos os indivíduos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MARIGHETTO, Andrea. **A dignidade humana e o limite dos direitos da personalidade**. Consultor Jurídico, 21 ago. 2019. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2019-ago-21/marighetto-dignidade-humana-limite-direitos-personalidade#\\_ftn1](https://www.conjur.com.br/2019-ago-21/marighetto-dignidade-humana-limite-direitos-personalidade#_ftn1). Acesso em: 23 maio 2023.

NASCIMENTO, Douglas. **Como funciona o Lensa, app que cria “avatares mágicos” com IA**. MacMagazine, 30 nov. 2022. Disponível em: <https://macmagazine.com.br/post/2022/11/30/como-funciona-o-lensa-app-que-cria-avatares-magicos-com-ia/>. Acesso em: 23 maio 2023.

RODRIGUES, Sérgio. **Avatar: a palavra que desceu do céu à tela**. Veja, 31 jul. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/sobre-palavras/avatar-a-palavra-que-desceu-do-ceu-a-tela>. Acesso em: 20 maio 2023.

SANTANA, Rodolfo. **A história dos VTubers e Avatares Virtuais**. Avatar Studio, 23 mar. 2022. Disponível em: <https://www.avatarstudio.com.br/post/the-evolution-of-video-game-animation>. Acesso em: 20 maio 2023.

STEPHENSON, Neal. **Snow Crash**. Tradução: Fábio Fernandes. São Paulo: Nevasca, 2008.

TECHTUDO. **O que é trend no Instagram? Veja significado e exemplos**. TECHTUDO, 10 out. 2022. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2022/10/o-que-e-trend-no-instagram-veja-significado-e-exemplos.ghml>. Acesso em: 20 maio 2023.

VALENTE, Rubem. **Direito Civil Facilitado**. São Paulo: Grupo GEN, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645510/>. Acesso em: 26 maio 2023.

WOLFGANG SARLET, Ingo. **Inteligência artificial, proteção de dados pessoais e responsabilidade na era digital**. São Paulo: Saraiva, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599527/>. Acesso em: 24 maio 2023.

## A IMPORTÂNCIA DA HUMANIZAÇÃO DO CONFLITO POR INTERMÉDIO DA MEDIAÇÃO PARA WARAT

Laurence Viana Bialy<sup>1</sup>  
Elieel da Rocha Dorneles<sup>2</sup>

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

O presente texto tem como intenção abordar alguns aspectos relacionados à complexidade da postura humana diante dos conflitos resultantes das interações sociais e o importante papel dos raciocínios e pensamentos de Luís Alberto Warat na obra *Surfando na Pororoca: o ofício do mediador* sobre a mediação no processo de humanização dos embates entre pessoas.

Compreende-se que a problemática central é entender como a mediação pode tornar as pessoas mais humanas, nos termos descritos pelo autor, e qual é a importância disso para a sociedade pós-moderna. Dessa forma, justifica-se que compreender essa ideia possa possibilitar um aumento gradativo da paz social e um papel mais cidadão para as pessoas.

Diante disso, utilizou-se como base as abordagens metodológicas de abordagem qualitativa com base em pesquisa bibliográfica dedutiva de autores que contribuem para a temática.

### CONFLITO, SENSIBILIDADE E MEDIAÇÃO

Para se alcançar o objetivo proposto no presente resumo expandido, é imprescindível a abordagem de algumas ideias sobre conflito. Sabe-se que, no campo teórico do tema, existem várias noções e divergências sobre a conceituação deste termo. Destarte, torna-se necessário, mesmo que de forma pouco profunda, compreender algumas percepções de autores relevantes para o assunto.

Diante destas diferentes noções, Julien Freund propôs uma conceituação que, em sua opinião, deveria ser seguida pelos demais pensadores que abordam o tema. Justificou seu trabalho argumentando que tais divergências impossibilitam uma concepção acadêmica e científica mais definida e clara. Dessa forma, apontou que o conflito configura-se como um enfrentamento por choque com um comportamento hostil, geralmente objetivando estabelecer, reestabelecer ou afirmar um direito que se compreenda ter e, para isso, busca-se romper com a resistência do outro, mesmo que, em situações mais drásticas, signifique tentar o seu aniquilamento físico (FREUND, 1995).

Diante da ideia de extermínio físico do outro, naturalmente, pode-se entender o potencial destrutivo que um conflito pode resultar. Dessa forma, o Estado, com o intuito de proteger os cidadãos, estabelece uma política de luta regulamentada em que, por meio do poder judiciário (um terceiro em relação ao conflito), busca solucionar as divergências impondo o seu entendimento sobre o problema alheio (FREUND, 1995).

---

<sup>1</sup> Aluno do PPG Mestrado em Direito da URI Santo Ângelo/RS. Bolsista CAPES. Email: bialylaurence@gmail.com

<sup>2</sup> Mestrando no PPG Direito da URI Santo Ângelo/RS. Bolsista CAPES. Email: elielrochadorneles@hotmail.com

Destarte, são necessárias duas percepções sobre essa dinâmica de resolução de conflitos em que as partes envolvidas outorgam o poder de decidir sobre suas demandas aos magistrados. Primeiramente, consoante aponta Elígio Resta ao abordar as cartas trocadas entre Albert Einstein e Sigmund Freud sobre o porquê da guerra, a tendência do ser humano entrar em um conflito possui a sua razão no mundo das pulsões da psique (RESTA, 2020)

Em segundo lugar, conforme esclarece Luis Alberto Warat, torna-se imprescindível compreender que "solucionar" os conflitos por meio de um processo judicial, em muitos casos, não passa de uma ilusão. Pois, ele entende que a razão por de trás de um conflito pode ser de natureza sentimental dos envolvidos. Dessa forma, sabe-se que, com a judicialização da demanda, os sentimentos das partes não são apreciados, tampouco são ouvidos, pois a única realidade que interessa é a presente nos autos. Então, pode-se entender que ao optar pela tutela jurisdicional para resolução do conflito não necessariamente o resolve, visto que o seu âmago não é apreciado e, diante disso, pode gerar mais problemas e sofrimento para os envolvidos no futuro (WARAT, 2004)

Diante disso, aceitar as duas percepções mencionadas significa entender que o poder judiciário, ao apreciar uma demanda conflitiva, não encerra de fato o conflito, pois não trata das questões sentimentais das partes. Dessa forma, a tendência é que o conflito continue, pois sua força advém das pulsões da psique humana. Nesse contexto, torna-se imprescindível a emergência da mediação como forma de resolução de conflitos, uma vez que, por meio dela, as partes podem gerir suas controvérsias de forma sensível.

Segundo Warat, para ser mediado necessita-se que a pessoa seja autêntica. Ou seja, que compreenda a sua reserva selvagem que, de forma interpretativa e análoga, pode assemelhar-se com a concepção de Resta sobre "vida instintiva" que é traduzida por Freud nos instintos pulsionais anteriormente apontados. Contudo, para compreendê-la, há a necessidade de se desconstruir de conhecimentos teóricos preestabelecidos para que se aprenda a sentir, o que pode resultar em sofrimento (WARAT, 2004)

Dessa forma, sofrer possui uma característica positiva, pois dessa condição, utilizando-se de uma abordagem criativa, o indivíduo pode adquirir aprendizado. Entretanto, o sofrimento pode ser devastador quando não é enfrentado de forma autêntica, como o exemplo de outorgar sua demanda para apreciação jurisdicional. Então, pode-se entender que a humanização do conflito por meio da mediação cooperativa possui o potencial de estabelecer um marco na temporalidade da relação entre as partes, em que aprendam a gerir as divergências de forma criativa, para que o conflito possua um resultado positivo (WARAT, 2004).

Destarte, Mortom Deutsch corrobora para esse entendimento ao apontar que o resultado de um conflito pode ser positivo ou negativo e isso depende de qual será a forma de abordagem para sua resolução. Assim, elenca algumas formas em que o resultado pode ser benéfico: estimula interesse e curiosidade; meio pelo qual os problemas são apontados e há a possibilidade de se chegar a uma solução; previne estagnações; é a raiz da mudança social. É importante salientar que o autor afirma que esse rol não é taxativo (DEUTSCH, 2004)

Contudo, entende-se que para o conflito ter bons resultados a sua gestão deve ser cooperativa, para ser mediado é imprescindível entender o sentimento do outro, pois a mediação nada mais é do que "[...] a realização com o outro dos próprios sentimentos." Dessa forma, compreende-se que por meio dela uma pessoa possa buscar o autoconhecimento de seu âmago, encontrando e produzindo, assim, os

pontos *entre-nós* da sensibilidade. Warat reafirma durante várias oportunidades, porque aparentemente é uma das questões centrais de sua obra, que não há como racionalizar o conflito, ele precisa ser sentido, é preciso sê-lo para compreendê-lo (WARAT, 2004, p. 28).

Assim, o autor aponta que a mediação que busca a sensibilidade, com a ajuda do mediador, só é possível se as partes deixarem de sentir o conflito pelos seus egos. Precisam senti-lo tendo por referência os sentimentos que guardam na reserva selvagem. Isso ocorre porque quando outra pessoa gera um conflito, isso pode atingir o outro de certa forma que ego multiplique o sentimento. Destarte, pode haver o impedimento de sentir o conflito ou a relação sob a perspectiva do amor e de uma abordagem construtiva, o que pode resultar na quebra de vínculos (WARAT, 2004).

Diante disso, pode-se extrair desses entendimentos que: o ser humano, ao buscar explicações racionais e teorizações para os sentimentos, desaprenderam a sentir; aprender a sentir requer um renascimento que, por sua vez, resulta em sofrimento; o sofrimento possui uma dualidade no sentido de poder resultar em aprendizado e de poder resultar em mais conflitos; a mediação pode ajudar as pessoas a sentirem os seus sentimentos e a superar os conflitos de forma criativa, por meio da sensibilidade com os outros; o sentimento não se encontra na noção de verdade.

## **MEDIAÇÃO E MEDIADOR**

Ao notar a grande importância de se humanizar os conflitos através da mediação cooperativa torna-se necessário compreender alguns aspectos concernentes à atividade do mediador, desde sua formação, até alguns pontos importantes para o melhor desempenho do seu papel em relação ao conflito. Além disso, é imprescindível apontar formas que a mediação pode valer-se para o (re)estabelecimento de vínculos entre as partes.

Warat faz uma crítica à forma como os mediadores são formados. Ele afirma que grande parte das escolas de mediação apenas ensinam técnicas de negociação e modelos preestabelecidos para que o profissional possa conduzir o diálogo entre as partes. Contudo, mediar não é uma ciência que possa ser explicada, ela é uma arte que tem que ser experimentada (WARAT, 2004).

Nesse sentido, contribui Josep Aguiló Regla afirmando que técnica e arte são duas formas de saber realizar determinado ofício, sendo a primeira uma maneira de racionalidade instrumental (utilizando-se de conhecimentos científicos) e a segunda um saber que impescinde de um conhecimento prático (advindo da experiência) e reconhecimento da intersubjetividade presente nas relações sociais (REGLA, 2018).

Dessa forma, ao tentar introduzir a percepção de Regla em termos waratianos, pode-se entender que a mediação como arte pressupõem que o mediador compreenda a importância de vivenciar o conflito para que possa contribuir na identificação dos sentimentos presentes no conflito.

Para isso, há a necessidade de a formação do mediador ter como grande pauta a sensibilidade, pois por meio dela pode-se alcançar a sabedoria sobre os sentimentos. Portanto, entende-se que o mediador deve ser uma espécie de psicoterapeuta, que é capaz de realizar o reencontro amoroso. Ou seja, deve tentar ajudar as partes a reencontrar os vínculos amorosos a partir de suas próprias identidades, diante de uma perspectiva de vínculos conflitivos. Destarte, há de se destacar o que o autor entende por ser o amor. Em síntese, acredita que existe um

paradoxo no conceito de amor: Ao mesmo tempo em que o amor é um modo de vida, ele dá sentido à ela, sem ter em si mesmo nenhum sentido (WARAT, 2004).

Dessa forma, Warat aponta um possível significado para a mediação, que possui potencial inteligível para os juristas. Uma perspectiva que se aproxima do seu entendimento. Para ele, mediar é uma forma de promover a autocomposição de conflitos assistida por um terceiro (mediador). Assim ele compreende, pois o conflito é gerido pelas próprias partes que, por meio do autoconhecimento promovido pelos sentimentos alheios e próprios, buscam o acordo, encontrando os aspectos afetivos, jurídicos, patrimoniais ou de outros tipos que permitam gerar o diferente, o novo, uma espécie de marco na temporalidade do conflito (WARAT, 2004).

A respeito do sentido da mediação, o autor entende que há uma grande diferença do seu pensamento para o dos juristas em geral. Pois, para ele, os efeitos da mediação de um determinado conflito devem ser observados por uma perspectiva mais psicológica do que jurídica. Visto que, Para os juristas o conflito resume-se em litígio e para a mediação não importa a verdade formal dos autos e sim os sentimentos que resultaram a situação conflituosa (WARAT, 2004).

Outro aspecto de grande importância para a noção de Warat para a mediação é que ela sempre é realizada em nome de um acordo. Ou seja, o que se busca em uma mediação é que as partes envolvidas no conflito possam através da autocomposição buscar o acordo. Contudo, não se pode confundir essa ideia com a função prioritária que, para o autor, é a produção da diferença através do reencontro amoroso, instalando o novo na temporalidade (WARAT, 2004).

Nesse sentido, corrobora Regla ao afirmar que um "não-acordo" pode ocorrer por falta de uma abordagem de diálogo cooperativo frente ao conflito ou por simplesmente as partes não quiserem entrar em acordo por mera vontade. Assim, pode-se entender que para a primeira situação o mediador possui responsabilidade e para a segunda não (REGLA, 2018).

Ainda, a mediação se caracteriza pelo terceiro que é responsável por mediar, e afirma-se que ele deve ser imparcial, não tem o poder de decidir o conflito, apenas de ajudar as partes na (re)construção simbólica que possibilitará a criação dos vínculos entre-nós, podendo se alcançar um acordo. Contudo, há de se destacar que a imparcialidade aqui tratada difere-se da aplicada às noções de juiz e arbitro (WARAT, 2004).

Sob os aspectos apresentados anteriormente, é importante salientar que a mediação possui um papel de gerar autonomia, democracia e cidadania, que nada mais são do que formas de convivência com a conflitividade. Diante disso, Warat entende que a mediação ultrapassa a noção de que é "apenas" uma forma não adversarial de resolução de conflitos. Para ele, ela possui resultados que são ecologicamente exitosos, como: a estratégia educativa; a realização da política da cidadania; o fortalecimento da garantia dos direitos humanos e da democracia (WARAT, 2004)

Diante disso, aponta que a conceituação de mediação em sentido estrito pode ser de *Terapia do Reencontro Mediado* (TRM) ou de *Terapia do amor mediado* (TAM). Para Warat, a TAM serve para que as pessoas possam compreender seus conflitos de forma menos combativa e hostil, que possam, através do afloramento da sensibilidade, retirar a carga negativa do conflito para que possam solucioná-lo com maior criatividade (WARAT, 2004).

Ainda, o autor entende que esses meios de resolução de conflito sirvam para que as pessoas possam (re)encontrar pontos entre-nós. Ele ressalta a necessidade que o ser humano tem do outro, uma relação de interdependência. Aponta que desde

a infância necessitamos do auxílio do outro para sobrevivermos e isso molda nosso subconsciente. Essa noção pode colocar as pessoas em vínculos nocivos de codependência (WARAT, 2004).

Diante disso, encarar os próprios sentimentos e os conflitos causados por eles em um procedimento de mediação possibilita um melhor autoconhecimento, que por sua vez pode possibilitar o aumento de autoestima, fazendo com que as pessoas regulem seus relacionamentos de uma forma saudável ou deixem de ter relações nocivas (WARAT, 2004).

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que quando um conflito é decidido pelo poder judiciário há grande probabilidade de ele não se encerrar na vida cotidiana das pessoas, pois a tutela jurisdicional não aprecia os sentimentos que o geraram, apenas a realidade dos autos importa e não a das partes.

Sendo assim, entende-se que, ao abordar o conflito de forma criativa e cooperativa com o outro, ambas as partes podem obter um resultado positivo do sofrimento causado. Isso se explica, por exemplo, com a ideia de a mediação pautada pela sensibilidade possibilitar que as pessoas aprendam a sentir seus sentimentos e a ouvir sua reserva selvagem e, dessa forma, tornando-se mais humanas.

Destarte, para se alcançar os objetivos propostos pela mediação, é necessária a compreensão de que ela pode ser técnica mas também deve ser arte. Pois, necessita que o mediador experencie o conflito das partes, para que possa ajudá-los a identificar os seus sentimentos para que possam senti-los.

Diante dessa percepção, nota-se ser imprescindível que o conflito seja observado sob uma perspectiva mais psicológica do que jurídica. Assim, consoante aponta Warat, o mediador tem o papel que se assemelha ao de um psicoterapeuta que, por meio da terapia do reencontro mediado, auxilia as partes a gerir os próprios conflitos utilizando-se de uma autocomposição.

Como resultado, é possível entender que a mediação favorece um ambiente de fortalecimento da democracia, da autonomia e da cidadania, pois permite que as partes compreendam a importância de conviver com a conflitividade e abordar essa questão de forma criativa e cooperativa. Então, possibilita que as pessoas regulem as suas relações de forma mais saudável e, dessa forma, deixem de ter relações que são nocivas para o meio social, compreendendo-se como de extrema importância para a sociedade complexa da pós-modernidade.

## REFERÊNCIAS

DEUTSCH, Morton. **A resolução dos conflitos:** processos construtivos e destrutivos. In: GOMES DE AZEVEDO, André. Estudos em arbitragem, mediação e negociação. 3. ed. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.

FREUND, Julien. **Sociología del conflicto.** Tradução livre. 3. ed. Madrid: Ministério de Defesa, 1995.

REGLA, Josep Aguiló. **A arte da mediação:** argumentação, negociação e mediação. Curitiba: Alteridade, 2018.

RESTA, Elígio. **O direito fraterno**. 2. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

## **GT4: DIREITO, MULHERES E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

## **A FALTA DE RECONHECIMENTO JURÍDICO E SOCIAL DA FAMÍLIA PARALELA/SIMULTÂNEA COMO ENTIDADE FAMILIAR: REFLEXOS DA CONCEPÇÃO MONOGÂMICA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS BRASILEIRO<sup>1</sup>**

*Tháise Oliveira de Souza<sup>2</sup>  
Luana Maíra Moura de Almeida<sup>3</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O Direito de Família evoluiu grandemente no decorrer dos anos, devido a ocorrência de intensas mudanças socioculturais. Desta forma, a família que era estabelecida no ordenamento jurídico como mero instituto com fins patrimoniais, passou a ser vislumbrada como um instrumento de realização da dignidade da pessoa humana e a ser orientada por uma gama de princípios fundamentais à sua formação, manutenção e proteção perante o Estado. Em razão disso, novas entidades familiares passaram a ser reconhecidas pelo Direito, e não somente a família matrimonializada, formada através do casamento, como única forma de constituição familiar.

Nessa perspectiva, o presente resumo visa o enfrentamento de uma dessas novas entidades familiares, a denominada “família paralela ou simultânea” e a ausência do seu reconhecimento jurídico em virtude da adesão a uma concepção de monogamia no direito das famílias brasileiro. Para esse fim, através da metodologia de abordagem hipotético-dedutiva e de pesquisa doutrinária, inicialmente, se procede uma breve elucidação a respeito deste grupo familiar. Posteriormente, o resumo propõe um aprofundamento da temática embasando-se na concepção monogâmica, com a intenção de esclarecer as razões da falta de reconhecimento jurídico dessa entidade familiar.

### **A FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO PÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: BREVES REFLEXÕES SOBRE A FAMÍLIA SIMULTÂNEA**

Inicialmente, deve-se compreender que família paralela ou simultânea se trata de uma entidade familiar formada pela união simultânea entre uma pessoa e outras, sendo uma delas o componente comum nas uniões estabelecidas. Para exemplificar, este “membro em comum”, significa que ele (a) pode estar casado (a) com determinado indivíduo e estar mantendo, concomitantemente, uma relação afetiva duradoura com outra pessoa; ou, ainda, em outra hipótese, pode não ser casado (a), mas estar mantendo várias “uniões estáveis” ao mesmo tempo, em diferentes coabitações.

Nesse sentido, considerando que, em princípio, não há o reconhecimento jurídico desta modalidade familiar, é necessário avaliar o preenchimento de requisitos e atributos principiológicos da noção de entidade familiar. De tal modo, “as entidades familiares, assim entendidas as que preenchem os requisitos de afetividade,

---

<sup>1</sup> Trabalho desenvolvido a partir das reflexões oportunizadas na disciplina de Direito Civil VII, no Curso de graduação em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Santo Ângelo.

<sup>2</sup> Discente no Curso de graduação em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Santo Ângelo. E-mail: thaisেসouza@aluno.santoangelo.uri.br.

<sup>3</sup> Professora Mestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Santo Ângelo. E-mail: luana.mm Almeida@san.uri.br.

estabilidade e ostensibilidade, estão constitucionalmente protegidas, como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo direito de família” (LÔBO, 2002, p. 55). Além disso, a família é orientada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da afetividade, da autonomia e da monogamia, além de vários outros princípios que servem para sustentar as relações construídas pelos indivíduos em suas respectivas famílias.

A partir dessa breve elucidação a respeito da família simultânea, verifica-se que, hoje, a doutrina majoritária não qualifica a família paralela como uma entidade familiar, em razão de não estar em conformidade com os atributos e princípios trazidos à noção de família. Dentre as justificativas apresentadas pelos doutrinadores, tem-se o argumento de que tal entidade familiar é uma afronta ao “princípio ou valor da monogamia”, o qual refere que uma família matrimonial é formada apenas pela comunhão entre dois indivíduos, não havendo espaço para outra pessoa na relação afetiva. Logo, é indubitável a incongruência da família simultânea com o princípio da monogamia, já que esta entidade familiar é formada por uma relação amorosa envolvendo mais de duas pessoas concomitantemente.

A monogamia sempre foi ordenadora da sociedade ocidental, sendo relevante fator de organização social; tem raízes bíblicas, ao estabelecer que cada homem deve ter sua mulher e vice-versa. Influenciou a cultura da civilização ocidental e, reflexamente, seu arcabouço jurídico. [...] No entanto, o contexto histórico se transformou acentuadamente [...], razão pela qual se faz necessário refletir se ainda é coerente se pensar na imposição jurídica da monogamia às entidades familiares, caracterizando-a, portanto, como princípio (TEIXEIRA; TEPEDINO, 2022, p. 26).

Diante disso, deve-se levar em consideração que a monogamia tem um enraizamento cultural e religioso, sendo identificada por muitos familiaristas como um traço inseparável da área das Famílias. No entanto, entente-se que não é coerente a sua aplicabilidade atualmente, se sopesados outros princípios que tem um valor mais significativo e adequado à sociedade atual. Nesse sentido, incidem os princípios da liberdade e do livre planejamento familiar, que são garantidores da não interferência de terceiros no modo de cada indivíduo constituir família, devendo prevalecer o exercício do livre arbítrio na formação e manutenção do núcleo familiar. De forma geral, tais preceitos são respeitados, no entanto, referente à família simultânea, ainda há barreiras no âmbito do Poder Legislativo e Judiciário brasileiros.

Embora a área das Famílias tenha evoluído muito, em razão da ideia de pluralismo, de diversidade e de solidariedade familiar trazidas constitucionalmente, ainda há dificuldades no reconhecimento de certas entidades familiares como a entidade familiar objeto desta pesquisa. Nesse sentido, verifica-se que o princípio da monogamia é argumento voltado a limitar esse reconhecimento jurídico, tendo em vista ser essencialmente voltado à estrutura do casamento, que orienta as relações entre apenas duas pessoas em um núcleo familiar de afeto, considerando que o próprio Código Civil evidencia a fidelidade como deveres de ambos os cônjuges no casamento. (BRASIL, 2002).

Apesar disso, deve-se considerar que hoje se atribui nova definição à noção de entidade familiar, de modo que, “na busca do conceito de entidade familiar, é necessário ter uma visão pluralista, que albergue os mais diversos arranjos vivenciais.” (DIAS, 2021, p. 11).

Portanto, constitucionalmente, há previsão de mais de uma entidade familiar e não apenas a família matrimonializada. Além disso, o texto constitucional é

meramente exemplificativo, o que viabiliza o reconhecimento de outras entidades familiares e, por consequência, a diversidade familiar na sociedade. No entanto, com relação às famílias paralelas, o seu reconhecimento não se tem perfectibilizado perante os Tribunais, e a principal justificativa é a ofensa ao princípio ou valor da monogamia. Mesmo que este princípio não se encontre expresso na Constituição, tampouco possui relação com o propósito constitucional de pluralidade e inclusão no Direito de Família, hoje, mais adequada a designação de “Direito das Famílias”, ele ainda é concebido como base estrutural da comunhão entre os indivíduos.

## **FAMÍLIAS PLURAIS: A INADEQUAÇÃO DA IMPOSIÇÃO DA MONOGAMIA QUANDO PRESENTE A BOA-FÉ**

Considerando o ideário constitucional de famílias plurais, igualitárias e solidárias, há de se reconhecer a inadequação da monogamia enquanto princípio, que não mais se identifica com os valores culturais e sociais da atualidade, principalmente quando presente a boa-fé e/ou o exercício de autonomia de todas as pessoas envolvidas. Dito de outra forma, não é mais coerente a aplicação de um “princípio” que, em geral, não é efetivo e nem condizente com a sociedade atual. Com base nisso, é inegável a necessidade de se reconhecer as uniões simultâneas como entidade familiar, haja vista a sua existência fática, o que implica na repercussão em aspectos existenciais e patrimoniais. Em verdade, o que se percebe é que “O Código Civil continua punindo a concubina cúmplice de um adultério, negando-lhe os direitos assegurados à companheira na união estável. [...]”. A despeito disso, é importante ponderar que apesar de esses relacionamentos não terem a possibilidade de conversão em casamento “não significa que mereçam ficar fora do âmbito do Direito das Famílias. São relações que geram consequências merecedoras de tutela, principalmente quando existem filhos ou aquisição de patrimônio.” (DIAS, 2021, p. 641).

Diante disso, se percebe que “A doutrina majoritária reconhece as uniões paralelas somente na área do direito obrigacional para não gerar um enriquecimento ilícito do cônjuge infiel, mas admite as uniões estáveis putativas desde que a segunda companheira esteja movida pela boa-fé.” (AZEREDO, 2020, s.p.). Essas considerações, contudo, são admitidas quando presente o elemento da boa-fé, enquanto dever de lealdade, ou seja, em situações em que “Desconhecendo a deslealdade do parceiro casado, instaura-se uma nítida situação de união estável putativa, devendo ser reconhecidos os direitos do companheiro inocente, o qual ignorava o estado civil de seu parceiro afetivo, e tampouco a coexistência fática e jurídica do precedente matrimônio [...]” (MADALENO, 2022, p. 1338).

Assim, deve-se ter presente que mesmo não havendo o reconhecimento enquanto uma entidade familiar, no que corresponde a questões de índole pessoal, é necessário que haja o amparo referente a questões de índole patrimonial. Pois toda e qualquer relação familiar tem influência sobre o patrimônio formado em decorrência da contribuição oriunda dos esforços dos componentes da relação estabelecida. Por isso há a necessidade de reconhecimento e regulamentação dos direitos decorrentes das uniões simultâneas, das quais, em grande parte, se originam filhos e há esforço em comum de ambos os envolvidos para aquisição de bens.

Nesse viés, percebe-se que a concepção monogâmica de que uma entidade familiar deve ser apenas reconhecida quando formado um único relacionamento amoroso entre duas pessoas, decorre de características inerentes do seu conceito como a fidelidade e a lealdade. Isso porque, conforme se viu, tem-se a fidelidade

reconhecida no ordenamento como dever matrimonial de ambos os cônjuges, no entanto, ser fiel é um aspecto de consciência moral, uma condição que deveria ser estipulada pelos próprios nubentes quando da formação da entidade familiar, pois é intrínseco ao planejamento familiar estabelecido e, portanto, não é condizente alocá-lo como dever legal.

Presentes na cultura ocidental o princípio e o espírito da monogamia, em seus estreitos limites, até agora, majoritariamente, não têm sido reconhecidos perante os tribunais superiores a possibilidade de constituição de uma família paralela que segue direcionando cônjuges e conviventes para uma relação da mais absoluta fidelidade de sentimentos, propósitos e atitudes. (MADALENO, 2022, p. 133).

Dessa forma, em razão de posicionamentos morais e culturais, a monogamia segue como princípio orientador e limitador do surgimento e reconhecimento de novas entidades familiares. Nesse sentido, inclusive, o Supremo Tribunal Federal (STF) consolidou, em 2021, a tese de que

É incompatível com a Constituição Federal o reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada, porquanto o concubinato não se equipara, para fins de proteção estatal, às uniões afetivas resultantes do casamento e da união estável. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2021).

Importante considerar, contudo, que no Tema 526 acima, “as famílias concomitantes não tinham conhecimento uma da outra, de sorte que não se chancelaria uma escolha de vida de todos os envolvidos.” (BONFIM, 2023, s.p.). Disso depreende-se que a condição de fidelidade recíproca nas famílias matrimonializadas e o entendimento da lealdade recíproca nas famílias informais, as uniões estáveis, ainda imperam no ordenamento jurídico e são consagrados nas decisões judiciais.

Decisão ainda mais recente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), também afirmou que “É incabível o reconhecimento de união estável paralela, ainda que iniciada antes do casamento.” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2022). Por conseguinte, há a falta de respaldo jurídico das famílias paralelas existentes na sociedade, o que implica a ausência de proteção estatal e efetivação de direitos inerentes à constituição familiar para essas entidades familiares.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do que foi exposto, nota-se que a monogamia ainda prevalece no ordenamento jurídico, possuindo uma valoração decorrente de aspectos históricos e culturais já superados. No entanto, ainda se concebe na sociedade a ideia de família formada apenas por duas pessoas em uma relação amorosa, o que dificulta a efetivação da pluralidade familiar assegurada pela Carta Magna. Pois em relação às famílias paralelas, a estrutura familiar é formada por mais de duas pessoas na relação amorosa constituída, subsistindo as características da afetividade e estabilidade.

Em razão disso, é necessário que ocorra a desvinculação do Direito das Famílias da ideia de família monogâmica, que é um impeditivo à formação e ao reconhecimento das uniões simultâneas, tanto no âmbito jurídico quanto cultural. Para tanto, deve haver uma desconstrução do pensamento monogâmico já não mais equivalente às novas formas existentes de constituir família. Isso, considerando a

amplitude constitucional que possibilita a formação de novas modalidades familiares e o reconhecimento jurisprudencial de determinados tipos de família.

Por fim, a partir da pesquisa doutrinária realizada, conclui-se que a sociedade, ainda que, de forma residual, é influenciada por aspectos éticos e morais na formação dos posicionamentos jurídicos. Nesse sentido para a ocorrência de mudanças no âmbito legislativo e judiciário, no sentido de reconhecer a família paralela como entidade familiar, em consonância com os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade, tal mudança deve refletir também no âmbito sociocultural.

## REFERÊNCIAS

AZEREDO, Christiane Torres de. **União simultâneas nos tribunais. IBDFAM.**

Data de publicação: 21/12/2020. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/artigos/1617/Uni%C3%B5es+simult%C3%A2neas+nos+tribunais>. Acesso em: 19/05/2023.

BONFIM, Marcos. **Famílias simultâneas: uma análise do reconhecimento jurídico à luz da concepção eudemonista de família. IBDFAM.** Data de

publicação: 17/04/2023. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/artigos/1968/Fam%C3%ADlias+simult%C3%A2neas%3A+uma+an%C3%A1lise+do+reconhecimento+jur%C3%ADdico+%C3%A0+luz+da+concep%C3%A7%C3%A3o+eudemonista+de+fam%C3%ADlia>. Acesso em: 19/05/2023.

BRASIL. Lei 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](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 19/05/2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Tema 526 - Possibilidade de concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários.** Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4757390&numeroProcesso=883168&classeProcesso=RE&numeroTema=526>. Acesso em: 19/05/2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **É incabível o reconhecimento de união estável paralela, ainda que iniciada antes do casamento.** Notícias. 15/09/2022.

Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/15092022-E-incabivel-o-reconhecimento-de-uniao-estavel-paralela--ainda-que-iniciada-antes-do-casamento.aspx>. Acesso em: 19/05/2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 14. Ed. rev. Ampl. E atual – Salvador: JusPodivm, 2021.

LÔBO, **Entidades Familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus.** Revista Brasileira de Direito de Família, n. 12, Porto Alegre: Síntese, 2002

MADALENO, Rolf. **Direito de Família.** Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559644872. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br>.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina B. **Fundamentos do Direito Civil: Direito de Família**. v.6. Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559643936.  
Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br>.

## **FAMÍLIA EUDEMONISTA: UMA NOÇÃO À SERVIÇO DA DIGNIDADE HUMANA<sup>1</sup>**

*Giovana Panzenhagen<sup>2</sup>  
Luana Maíra Moura de Almeida<sup>3</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A pesquisa investiga a livre escolha dos vínculos de afeto como exercício fundamental ao princípio da dignidade da pessoa humana por meio do estudo do instituto contemporâneo da família eudemonista. Busca-se evidenciar e explicitar as situações que envolvem esse modelo familiar. Assim, a produção contextualiza a família eudemonista como instrumento de desenvolvimento do ser e, posteriormente, demonstra a sua relação com o princípio da dignidade humana. Deste modo, a análise parte do seguinte questionamento: de que modo a noção de família eudemonista colabora com a perspectiva de família enquanto instrumento de realização da dignidade da pessoa humana? O método de abordagem é o dedutivo e o método de procedimento analítico por meio da pesquisa indireta de revisão bibliográfica.

### **A FAMÍLIA NA CONTEMPORANEIDADE: DAS FÁBULAS À REALIDADE**

Os maiores clássicos da Disney não recebem tal denominação sem quaisquer razões. Pelo contrário, não há quem desconheça a história dos anões, especificamente sete deles, que entre os trabalhos nas minas e as voltas para a casa, abrigam em seu lar uma moça simpática que foge de uma bruxa e sua maçã envenenada. Ainda, a descoberta de que seria possível o Tio Patinhas amar mais seus sobrinhos Huguinho, Zezinho e Luizinho do que sua fortuna. Até mesmo a peixinha esquecida que surge de repente e se torna laço inseparável dos peixes-palhaço Marlin e Nemo. Além dessas famosas histórias, todo o acervo cinematográfico dos estúdios Disney busca sustentar as suas tramas em pilares de valores extremamente importantes à sociedade, dentre eles: a família.

A visão de família na sociedade ao longo dos anos perpassou por muitas interpretações e a perspectiva em torno de seu significado foi se ampliando. Primeiramente, as famílias localizavam-se primordialmente em zonas rurais, caracterizadas por sua patriarcalidade e extensão, visto que a economia e a produção dependiam do estímulo à procriação. Posteriormente, com a busca das famílias pelos centros urbanos em processo de industrialização, novas características foram agregadas ao modelo familiar. As mulheres conquistaram seu ingresso no mercado de trabalho e, com isso, alteraram o seu papel não somente na sociedade, mas também em seus núcleos familiares, passando de uma função procriativa para produtiva. (MADALENO, 2022, p. 72).

---

<sup>1</sup> Trabalho desenvolvido a partir das reflexões oportunizadas na disciplina de Direito Civil VII, no Curso de graduação em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Santo Ângelo.

<sup>2</sup> Discente no Curso de graduação em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Santo Ângelo. E-mail: gipanzenhagen@hotmail.com.

<sup>3</sup> Professora Mestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Santo Ângelo. E-mail: luana.mmalmeyda@san.uri.br.

Nesse sentido, a família com o decorrer dos anos sofreu diversas transformações, destacando-se a passagem da perspectiva de família enquanto instituto para a visão desta como um instrumento de desenvolvimento do ser. Assim como refere Madaleno

Em verdade, a grande reviravolta surgida no Direito de Família com o advento da Constituição Federal foi a defesa intransigente dos componentes que formulam a inata estrutura humana, passando a prevalecer o respeito à personalização do homem e de sua família, preocupado o Estado Democrático de Direito com a defesa de cada um dos cidadãos. E a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa, de tal sorte que todas as esparsas disposições pertinentes ao Direito de Família devem ser focadas sob a luz do Direito Constitucional. (MADALENO, 2022, p. 85).

Desta forma, percebe-se que o núcleo familiar, ao invés de somente preocupar-se com o necessário à sobrevivência do ser, tem atuação direta e essencial no processo de desenvolvimento de seus integrantes enquanto pautados sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana. Assim, o papel enquanto família seria a mediação das relações internas, a liberdade de poder falar e ser ouvido, tendo em vista que o frequente diálogo auxilia na resolução de conflitos fortalecendo o companheirismo e deixando os integrantes pacificados em sua busca pessoal pelos objetivos de vida.

O referido princípio da dignidade humana, este atributo inerente a todos pela condição de ser humano, busca a igualdade substancial entre as pessoas, para que sustentem laços, amenizem dores e cultivem realizações independente de suas características individuais. Este fundamento da República encontra sua concretude na realização da autonomia da vontade, que mais facilmente se concretizará quando na existência dos laços de afeto e de suporte obtido nas pessoas que em seu convívio estabelecem essa livre busca semelhante pela realização pessoal, uma realização autônoma e individual dos planos de vida. O princípio da dignidade sustenta o ideal de família com participação indiscutível na visão instrumental do núcleo familiar.

As famílias representadas pelos contos clássicos demonstram a variedade existente de modelos do núcleo familiar, ensinam que a base afetiva nem sempre se encontra na família natural, mas sim nas pessoas que perpassam os caminhos da vida ao longo de uma jornada emaranhada de encontros. Pessoas reais que, assim como as personagens fictícias da Branca de Neve e a Dory, descobrem sua família nos laços de afeto que encontram ao longo da vida e no estabelecimento comum de busca pela tão requisitada felicidade. A ficção imitando a realidade.

## **FAMÍLIA EUDEMONISTA: A CENTRALIDADE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Das telas de cinema à realidade do mundo contemporâneo, percebe-se, então, a Família Eudemonista. O complexo termo grego para a palavra eudemonismo, *eudaimonia*, é o oposto do que parece. Na verdade, ele simboliza algo simples como a “felicidade”. Segundo Rolf Madaleno, “o termo família eudemonista é usado para identificar aquele núcleo familiar que busca a felicidade individual e vive um processo de emancipação de seus membros” (MADALENO, 2022, p. 64). Assim, as pessoas que adotam e integram esse modelo familiar preconizam, precipuamente, a realização

pessoal de cada um dos seus integrantes de maneira autônoma e independente, ainda que unidos pelo laço do afeto.

Até então, percebe-se a família eudemonista quase como um modelo ideal das entidades familiares, um conceito amplo de família focada nas realizações pessoais que serviria de respaldo para as outras classificações. Nesse sentido, tem-se que

Foi com o advento da Constituição Federal de 88, alçando a dignidade humana a valor-fundante do ordenamento jurídico brasileiro, que os operadores do direito foram, efetivamente, convocados a assumir uma concepção eudemonista, ou seja, de uma família como lócus privilegiado da busca pela realização existencial, que deve ser protegida na pessoa de cada um de seus membros (art. 226, §8º, da Constituição Federal). (BONFIM, 2023, s.p.)

Todavia, os roteiros dos filmes da Disney não representam a realidade do ordenamento jurídico. O debate sobre a família no conjunto de leis existentes ainda é lento e pautado por pequenos avanços em uma realidade que, por sua vez, avança de maneira veloz, desconstruindo e reconstruindo suas percepções acerca do tema. Nesse contexto, deve ser enfatizado que a égide utilizada para a proteção da Família Eudemonista é a da Constituição Federal de 1988, a qual em condição de avanço passou a adotar os seguintes textos:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] §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. [...] (BRASIL, 1988).

Nesses termos, havia uma controvérsia no que diz respeito ao rol do artigo 226 da Constituição Federal. Questionava-se se o artigo apresentava um rol taxativo, *numerus clausus*, ou seja, regulamentado de modo que somente aqueles claramente descritos em lei que seriam admitidos como entidade familiar, ou não. Com a adoção dos entendimentos dos parágrafos 3º e 4º supracitados e, também, a declaração do Supremo Tribunal Federal quanto ao reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, determinou-se o início de uma nova visão acerca dos modelos familiares, compreendendo que a sociedade contemporânea vivia realidades que iam além do que havia sido escrito nas páginas da Carta Magna 1988 e, portanto, a interpretação do rol, em processo de transição, passou a ser vista de modo amplo e inclusivo. Flávio Tartuce, contudo, pondera que “De qualquer forma, é interessante deixar claro que alguns juristas e professores ainda entendem que esse rol é taxativo, *numerus clausus*, muitas vezes por um apego a valores sociais e religiosos do passado.” (2023, p. 65).

Ainda, é válido ressaltar que este modelo de instituição familiar não requer para sua constituição qualquer vínculo, seja ele jurídico ou biológico. Não se fundamenta na finalidade procriativa, na função de gerar descendentes ou perpetuar gerações, a finalidade baseia-se puramente na busca pela felicidade autônoma de cada membro, conforme se observa do artigo 1.565, parágrafo 2º, no Código Civil de 2002.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> “§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.” (BRASIL, 2002).

Assim, os novos modelos familiares carregam consigo, pela interpretação em prol do Princípio da Dignidade, a característica do livre planejamento familiar, amparando a possibilidade ou não da constituição de prole e como tal escolha, seja ela positiva ou negativa, não funciona como condição de se ter caracterizada uma família. Portanto, as definições de família têm como base o amor, os laços de afeto, o companheirismo e a livre busca pela organização familiar que melhor se adapta nos planos de vida individual deste carinhoso coletivo de integrantes.

Diante dessas reflexões, importante considerar que

O exercício das liberdades não é absoluto. A liberdade nasce internamente limitada pela solidariedade, na medida em que se vive em sociedade, na intersubjetividade e em correlação. A pessoa só constrói sua autonomia na interação com o outro, na troca de experiências, no processo dialético do seu amadurecimento e aprendizado, pois são nesses espaços de intersubjetividade que ela edifica sua personalidade. Dentre outros fatores, para que esse ambiente familiar pudesse de fato cumprir seu novo escopo, foi preciso estabelecer igualdade e democracia dentro da família, além de proteção diferenciada àqueles que não se encontram em efetiva posição de igualdade.

Nesse locus privilegiado de interação, a família ultrapassa o seu perfil eudemonista, para se tornar, também, solidarista, vez que os membros se corresponsabilizam uns pelos outros, principalmente quando existir algum tipo de vulnerabilidade. (TEPEDINO; TEIXEIRA, 2022, p. 16)

Desse modo, além de centrada no desenvolvimento do ser e todas as suas potencialidades, entre os membros de uma família há ainda esse dever de solidariedade, que também colabora e corrobora com o fundamento da dignidade da pessoa humana, uma vez que auxilia na sua efetivação na mesma medida que garante que não se desampare ou abandone o outro na busca pela satisfação pessoal e individual. Da mesma forma que o Estado Liberal se submete e busca coesão com o Estado Social, a noção eudemonista precisa ainda considerar que “Nós não somos ilha, para citar a ideia do poeta inglês John Donne (1572-1631), mas somos arquipélago. Isso significa que vivemos de maneira coletiva, mas nenhum de nós é idêntico ao outro.” (CORTELA, 2017, p. 125).

Ainda que, se perceba os passos dados em direção ao avanço no âmbito do reconhecimento das mais diversas noções de família, refere-se que a sociedade contemporânea, em toda a sua diversidade de vivências, apresenta uniões afetivas que se encontram à margem do reconhecimento enquanto entidades familiares. Nessa circunstância têm-se as uniões poliafetivas e os trisais, visto que, assim como refere Madaleno “o princípio da monogamia continua sendo um princípio ordenador de uma conduta humana ao menos preferencial de organização das relações jurídicas da família do mundo ocidental” (Madaleno, 2023, p. 61). Portanto, por não se enquadrarem nos dispositivos monogâmicos presentes na Constituição Federal e no Código Civil acabam não encontrando o devido amparo no ordenamento jurídico. Buscam, assim, o reconhecimento enquanto família pela proteção dos princípios da igualdade, autonomia privada, liberdade, afetividade e diversidade familiar.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Mediante o exposto, destaca-se fundamental a percepção dos novos modelos familiares que surgem através da adequação dos seres no meio em que vive e na maneira como estabelecem suas relações afetivas. É válida a interpretação dos

dispositivos legais em uma adequação à realidade contemporânea, na qual os vínculos de afeto tornam-se mais amplos e variados compreendendo inovações na constituição das famílias como instrumentos de desenvolvimento do ser.

É importante, por fim, ressaltar que a contemporaneidade vive sua liquidez, os modos de cultivo dos laços afetivos transformam-se em um piscar de olhos e, ainda que não tão abrangente como as obras dos estúdios Disney, refere-se à existência dos dispositivos legais que, mesmo dispondo de uma necessária interpretação abrangente, buscam tutelar, à sua medida, os novos modelos familiares que surgem, incluindo a família da referida eudemonista. Todavia, alerta-se sobre o fato de se ter o princípio da monogamia como orientador do reconhecimento das relações jurídicas de família, pois este acaba deixando outros modelos familiares, como as uniões poliafetivas e os trisais, sem quaisquer dispositivos específicos e legais de amparo, ainda que a eles se resguardem o princípio da dignidade humana, basilar para a proteção da igualdade, autonomia privada, liberdade, afetividade, diversidade familiar.

Logo, a Família Eudemonista colabora com a perspectiva de família enquanto instrumento de realização da dignidade da pessoa humana no momento em que prioriza em suas vivências de afeto a garantia deste princípio tão essencial que precede os demais e busca, principalmente, garantir a aplicação dos ideais de liberdade, igualdade, autonomia das vontades, busca pela felicidade, planos de realização individual e livre gerenciamento de seus afetos, valores basilares à constituição de família integrada por membros realizados em seus projetos de vida.

## REFERÊNCIAS

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

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

BONFIM, Marcos. Famílias simultâneas: uma análise do reconhecimento jurídico à luz da concepção eudemonista de família. **IBDFAM**. Data de publicação: 17/04/2023. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1968/Fam%C3%ADlias+simult%C3%A2neas%3A+uma+an%C3%A1lise+do+reconhecimento+jur%C3%ADdico+%C3%A0+luz+da+concep%C3%A7%C3%A3o+eudemonista+de+fam%C3%ADlia> . Acesso em: 08/05/2022.

CORTELLA, Mario Sergio, **Família: urgências e turbulências**. São Paulo: Cortez, 2017

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**, 12ª. Edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos do direito civil: direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

## **A EXCEPCIONALIDADE DA FAMÍLIA SUBSTITUTIVA A PARTIR DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE<sup>1</sup>**

*Isadora Freitas Grandó<sup>2</sup>*

*Orientadora: Luana Maíra Moura de Almeida<sup>3</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A criança, nas relações familiares, ocupa uma posição que exige atenção, cuidado e proteção, tendo em vista sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e vulnerabilidade. É de suma importância que esteja enfatizada a sua subjetividade jurídica, sendo amparada em todas as áreas de sua vida.

Naturalmente, as famílias passam por dificuldades ao longo da vida, tanto financeiras, quanto emocionais. A família é a estrutura onde encontra-se amparo emocional e força para construir a biografia humana. É no seio dela que se manifesta, enquanto dever ser, um conjunto de esforços e cuidados mútuos. Entretanto, muitos pais e mães se perdem em seus próprios problemas, fazendo com que o ambiente não seja mais adequado para a criança, de forma que atinja sua dignidade.

Diante de situações de abandono e desamparo, é necessário que se busque um espaço que permita o desenvolvimento saudável e promissor da criança. De forma inegável, a instituição familiar é a responsável pela formação de caráter dos novos membros da sociedade, sendo a melhor opção para aquela criança ou adolescente a inserção em uma família capaz de realizar tal papel, cenário em que a família substitutiva entra como um resgate. Diante disso, a presente pesquisa busca investigar a excepcionalidade da família substitutiva a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo como fim último o melhor interesse da criança.

Dessa forma, o questionamento encara a família enquanto direito fundamental, com efetiva tutela na Constituição Federal de 1988, bem como explicitando situações que envolvam a perda do poder familiar natural, gerando a necessidade de colocação em família substituta, que é medida excepcional. O método de abordagem é o dedutivo e o método de procedimento analítico por meio de pesquisa indireta de revisão bibliográfica.

### **FAMÍLIA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL**

A Constituição Federal de 1988 determinou a família como um direito fundamental, com previsão no Artigo 227. O objetivo atual da instituição familiar é ser um núcleo de potencial realização dos demais direitos fundamentais previstos na Carta Magna, uma vez que nela repousa a possibilidade de se encontrar afeto, educação, lar, saúde, habitação, entre outros aspectos.

---

<sup>1</sup> Trabalho desenvolvido a partir das reflexões oportunizadas na disciplina de Direito Civil VII, no Curso de graduação em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Santo Ângelo.

<sup>2</sup> Discente no Curso de graduação em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Santo Ângelo. E-mail: isadoragrandoo@hotmail.com

<sup>3</sup> Professora Mestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Santo Ângelo. E-mail: luana.mmalmeida@san.uri.br.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem com absoluta prioridade, direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

Até a sua promulgação, as famílias estavam à serviço do Estado, devendo encaixar-se nas diretrizes estabelecidas para obterem a proteção legal. Atualmente, como se verifica no dispositivo legal supracitado, ela é um local de desenvolvimento da personalidade de seus membros, devendo a comunidade familiar ser preservada (apenas) como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana. Em adição, crianças e adolescentes tornaram-se os principais protagonistas do processo educacional, o foco institucional é voltado para eles.

Nesse sentido, importa pontuar uma noção da fundamentabilidade de alguns direitos na ordem constitucional brasileira, para que seja possível identificar a família enquanto um desses direitos elementares para a realização da dignidade da pessoa humana e que, conforme visto, encontra guarida na Constituição Federal:

é possível definir direitos fundamentais como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2023, p. 147).

É nesse sentido que Madaleno afirma que “E a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa, de tal sorte que todas as esparsas disposições pertinentes ao Direito de Família devem ser focadas sob a luz do Direito Constitucional [...]” (2022, p. 86).

Embora a previsão constitucional garanta amparo efetivo para as famílias e jovens, muitas vezes é apenas um plano ideal. Tendo em vista as complicações sociais e das relações privadas, o lar familiar, que deveria ser na realidade o projeto previsto em lei, é onde acontecem as maiores violações.

## **BREVES APONTAMENTOS SOBRE A EXCEPCIONALIDADE DA FAMÍLIA SUBSTITUTA, ADOÇÃO E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA**

Com a finalidade de garantir tal direito fundamental, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) entra em vigor com o intuito de complementar a matéria, de maneira a garantir absoluta prioridade a esses sujeitos de direitos. Por essa razão, quando há violações que atinjam a dignidade da criança e adolescente dentro da família natural, entra a necessidade da família substitutiva, para acolher essas crianças e garantir aquilo que não foi possível em seu seio familiar originário.

Apesar disso, no artigo 19, fica evidente a excepcionalidade da família substitutiva “Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, **excepcionalmente, em família substituta**, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.” (BRASIL, 1990, grifo nosso). Percebe-se, então, que o Estatuto prevê três modalidades para a colocação de crianças e adolescentes em famílias substitutas:

guarda, tutela e adoção. Dessa forma, cria-se um vínculo afetivo, muitas vezes até mais forte do que o vínculo consanguíneo.

De acordo com a doutrina de Guilherme de Souza Nucci, a guarda prevista no ECA tem o objetivo de zelar pelos filhos, mantendo o menor em companhia dos cuidadores, sob sua proteção e cuidados. (NUCCI, 2020, p. 148). Dispõe o Estatuto que a guarda tem o dever de prestar “assistência material, moral e educacional” (BRASIL, 1990), visando proteger, assistir, sustentar e educar, entre demais deveres.

Por sua vez, a tutela é o instituto da proteção integral da criança e adolescente, representando-o até atingir a maioridade. Ao tratar acerca do assunto, Nucci destaca que o menor permanece na mesma família, passando apenas a ser conduzido pelo tutor, lhe conferindo o direito-dever de manter a criança em sua companhia, zelando pelo seu bem-estar. (NUCCI, 2020, p. 164).

Já a adoção é o “estabelecimento do vínculo legal de paternidade e/ou maternidade a uma pessoa que, biologicamente, não é filho.” (NUCCI, 2020, p. 168). A sua determinação baseia-se na afetividade e na intencionalidade de dar as condições necessárias para o melhor desenvolvimento da criança e/ou adolescente. Além do mais, a adoção é um ato voluntário, espontâneo e irrevogável. Uma vez concedida, é definitiva, conforme preconiza o art. 39, parágrafo primeiro, do ECA<sup>4</sup>.

Sobre isso, importa ponderar que muito se confunde os institutos da tutela e da adoção, porém é necessário registrar a grande diferença entre eles: na tutela o menor permanece na mesma família, enquanto na adoção ele desvincula-se por completo da sua família anterior, passando a viver uma nova realidade.

Portanto, a adoção é meio que confere à criança e ao adolescente todos os direitos de um filho, sem nenhuma distinção em relação a um descendente natural. O art. 41<sup>5</sup> do ECA reforça a igualdade entre os filhos quando evidencia que, dentre estes direitos, incluem-se os direitos sucessórios. (BRASIL, 1990).

Além do mais, é possível inclusive proceder a adoção póstuma, ou seja, aquela que ocorre após a morte do interessado, bastando a prova inequívoca de seu desejo na adoção, podendo se dar por todos os meios admissíveis. Entretanto, deve-se observar um requisito indispensável, a existência do processo de adoção.<sup>6</sup> Essa possibilidade garante com que a intenção do adotante, mesmo após sua morte, seja concretizada e que o adotando tenha direitos como membro de sua família. Dessa forma, a família substitutiva consagra o princípio da igualdade da filiação, de forma que os filhos afetivos são equivalentes aos sanguíneos.

Analisando de forma breve as três modalidades, é possível afirmar que a semelhança entre todas elas é zelar pelo melhor interesse da criança e do

---

<sup>4</sup> “Art. 39. A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei. § 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. [...]” (BRASIL, 1990).

<sup>5</sup> “Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.” (BRASIL, 1990).

<sup>6</sup> O ECA prevê que “§ 6º 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.” (BRASIL, 1990). Apesar disso, O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já afirmou que “Para as adoções post mortem, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2012). Assim, mesmo esse requisito legal poderia ser ponderado com o princípio do melhor interesse da criança.

adolescente, diante de situações que o seu núcleo familiar natural não está atendendo as necessidades exigidas para seu crescimento saudável. Quando o espaço familiar, que deve ser um lugar de suporte e proteção, se torna violento e nocivo, crianças e adolescentes são extremamente afetados, de modo que pode vir a resultar em traumas psicológicos para o resto da vida. Em tais contextos, a família substitutiva é meio de refúgio, concretizando a proteção da prole.

Por essa razão, importa tanto o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, norma que deve se sobrepôr aos demais. Tal princípio busca proteger de forma integral esse indivíduo em desenvolvimento, de modo que seus direitos fundamentais sejam assegurados. Assim, a criança e o adolescente devem ser colocados enquanto prioridade do Estado e da sociedade, a fim de que se propicie o ambiente mais promissor para o seu desenvolvimento, mesmo que isso signifique seu afastamento da família natural ou a adoção da medida excepcional da inserção em família substitutiva.

Importa, ainda, considerar que o princípio em questão é fundamento basilar nas decisões do Poder Judiciário quando o assunto é guarda, tutela e adoção, devendo ser aplicado em todos os casos. Conforme exposto por Guilherme de Souza Nucci “o ideal, em todas as sociedades, é a união da família natural pelo bem de todos. Ocorre que nem sempre isso é viável e quem termina por sofrer é a parte mais fraca da relação: a criança ou adolescente.” (2020, p. 92). Por esta razão, como preceitua a revista IBDFAM “o princípio não é uma recomendação, mas sim uma norma determinante” (FLORENZANO, 2021). Dessa forma, a sua observância permite a quebra do rigorismo da lei (p. 243), para que faça com que o protagonista do cenário socioeducativo seja a criança e ao adolescente.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Dessa forma, a criança ou adolescente, preferencialmente, devem permanecer com a sua família natural. Portanto, a família substituta é medida excepcional, cabível para os casos em que se busca promover e garantir a eficácia da proteção de seus direitos fundamentais, ou seja que preserve o princípio do melhor interesse.

A família substitutiva e a adoção vêm para afirmar que não existe hierarquia entre laços sanguíneos e laços afetivos, que relações precisam ser nutridas. Dentre as diversas modalidades de instituição familiar existentes, esta é mais uma que bem representa a força do amor, de modo que constitui a base da vida dos indivíduos que integram as entidades familiares. O cumprimento do disposto no ECA é de suma importância para garantir uma família afetuosa e companheira a fim proporcionar o desenvolvimento saudável e promissor de todos os seus membros.

Assim, a família substitutiva é meio que garante os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, da mesma forma que realiza o sonho de muitas pessoas que desejam viver a parentalidade. Com o amparo do ordenamento jurídico brasileiro, a formação desta modalidade familiar é essencial para a formação de jovens cidadãos, sujeitos de direitos com a merecida proteção, afinal sorrir para nossas crianças é sorrir para o futuro.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15/05/2023.

BRASIL. 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:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 15/05/2023.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente – Comentado**. 5ª ed. São Paulo: Forense, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo : SaraivaJur, 2022.

FLORENZANO, Beatriz Picanço. Princípio do melhor interesse da criança: como definir a guarda dos filhos. **Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBFAM**.

Data de Publicação: 24/02/2021. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/artigos/1653/Princ%C3%ADpio+do+melhor+interesse+da+crian%C3%A7a+como+definir+a+guarda+dos+filhos%3F>. Acesso em: 16/05/2023.

## **FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS: A NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO PARA ALÉM DA JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO<sup>1</sup>**

*Susielli Kétrin Tofolo<sup>2</sup>*

*Orientadora: Luana Maíra Moura de Almeida<sup>3</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Relações não tradicionais têm sido consideradas torpes ou pecaminosas desde a queda do Império Romano e do crescimento do Cristianismo no mundo ocidental. Do mesmo modo, a discriminação contra homossexuais ao longo dos anos tem sido causa impeditiva para que casais de pessoas do mesmo sexo encontrem segurança jurídica para viverem seus afetos, repercutindo de tal modo que muitas pessoas procurem seguir a receita cultural imposta pelos padrões heteronormativos, levando uma vida clandestina, dúplice ou infeliz.

Neste sentido, o presente resumo expandido tem o objetivo de analisar a perspectiva do afeto dentro das famílias homoafetivas que hoje, após diversos julgados, ainda são vistas como absurdo por parte de uma sociedade que não despertou para a realidade posta do século XXI, ou seja, da necessidade de aceitar e respeitar as diferenças. Questão esta que deve ser pugnada, uma vez que é objetivo da República Federativa do Brasil, pautado no princípio da igualdade e não discriminação, promover o bem de todos e todas, independentemente de sua orientação sexual.

Em um Estado Democrático, todo e qualquer ser humano, independentemente de gênero ou orientação sexual, conforme se traduz na Constituição Federal, é sujeito de direitos e merecedor da dignidade. Ou seja, da mesma forma que ocorre com a família heteroafetiva, a família homoafetiva deve ser considerada como entidade familiar formada por pessoas capazes de levar o amor e o carinho para seus entes. Desse modo, a pesquisa, a qual adotada a metodologia de abordagem hipotético dedutiva, de procedimento bibliográfico com análise jurisprudencial, tem como propósito investigar os obstáculos vivenciados pelas famílias homoafetivas na contemporaneidade. Para tanto, faz-se necessária a superação da ideia de família tradicional em prol da perspectiva da família plural, a fim de obter o reconhecimento da união estável homoafetiva enquanto entidade familiar em prol da dignidade humana.

### **A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA IDEIA DE FAMÍLIA TRADICIONAL EM PROL DA PERSPECTIVA DA FAMÍLIA PLURAL**

Desde a Idade Média a família tradicional, oficializada perante o Estado através do casamento entre um homem e uma mulher, era vista como única entidade familiar possível e merecedora do amparo estatal. Pessoas que não seguissem esse ideal

---

<sup>1</sup> Trabalho desenvolvido a partir das reflexões oportunizadas na disciplina de Direito Civil VII, no Curso de graduação em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Santo Ângelo.

<sup>2</sup> Discente no Curso de graduação em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Santo Ângelo. E-mail: ketrintofolo@gmail.com

<sup>3</sup> Professora Mestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Santo Ângelo. E-mail: luana.mmalmeyda@san.uri.br.

eram rotuladas, discriminadas e deixadas à margem da sociedade, tendo a sua sexualidade julgada como prática torpe e pecaminosa. Assim, os sujeitos homossexuais ao se verem rodeados pelo preconceito, passavam a adotar um estilo de vida que busca se conformar com os padrões impostos pela sociedade, deixando de lado seus desejos e sexualidade.

Com o passar dos tempos, o ordenamento jurídico brasileiro passou a reconhecer outras entidades familiares para além do casamento. A Constituição Federal de 1988 (CF/88), inclusive, traz a proteção de uma tríade formada pelo casamento, união estável e família monoparental. Nas suas disposições expressas, contudo, apesar da abertura para novas formas de se constituir família, acabou deixando a mercê as entidades não tradicionais, sendo privilegiadas juridicamente, apenas as famílias constituídas entre homem e mulher, conforme se apresenta no art. 226 da CF/88. O §3º do referido dispositivo trata de forma clara a proteção do Estado em prol de uma entidade familiar específica, referindo que “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.” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Diante disso, a Carta Constitucional, na literalidade do artigo que consagra às famílias acaba deixando uma parcela da população desprotegida no âmbito de seus afetos. Apesar disso, quando consagra a luta pela erradicação da desigualdade e preconceito traça como objetivos fundamentais, “III - reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988). Disso se depreende que a dignidade da pessoa humana, fundamento da República, conforme art. 1º, inciso III, é direito de todos. Para a sua fruição, contudo, necessário que as pessoas possam ter autonomia e liberdade em suas escolhas pessoais, fato este que muitos sujeitos homossexuais não conseguem adquirir a condição *sine qua non* para uma vida digna e feliz, pois seus desejos e aceitação são discriminados e violados.

Assim, a dignidade da pessoa humana acaba sendo fragilizada frente a uma sociedade que se declara democrática, mas que possui raízes preconceituosas e discriminatórias diante de pessoas com diferentes orientações sexuais ou identidade de gênero.

Desta forma, fez-se necessária a proteção do Estado, por intermédio de outras esferas de Poder, para além do Legislativo, a fim de conformar o ordenamento jurídico com a realidade de muitas pessoas no Brasil.

## **O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA ENQUANTO ENTIDADE FAMILIAR**

Assim, a união estável entre homoafetivos, passou, acertadamente, a ser reconhecida pela jurisprudência, uma vez que a questão da hetero ou homoafetividade não se faz elementar para que se reconheça uma união fundada no companheirismo, união, convivência, objetivo de se constituir família e, principalmente, afeto. Nesse sentido, a primeira discussão referente ao reconhecimento de famílias homoafetivas, ocorreu em março do ano de 2001, pelo desembargador José Carlos Teixeira Giorgis. A decisão é da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e foi um marco no enfrentamento da questão ao afirmar que “Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades

que o Judiciário não pode ignorar.” (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2001).<sup>4</sup>

Assim, os princípios que baseiam essa nova concepção se ampliaram na medida em que se discutiu este tema fazendo com que fosse superada a literalidade das disposições que não permitiam a união entre pessoas do mesmo sexo, para que ganhasse espaço uma interpretação conforme a Constituição e os valores constitucionalmente eleitos, a partir da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277/DF, diante das quais o Supremo Tribunal Federal afastou o entendimento de que o art. 1723<sup>5</sup>, do Código Civil, impede o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo.

Com isso, através de uma interpretação sistemática, as decisões dos tribunais superiores culminaram com o reconhecimento da família homoafetiva, uma vez que a proteção do Estado é dirigida à família, e não pela forma que a mesma é constituída. O julgamento do REsp. nº 1.183.378/RS, em 11 de maio de 2011, apontou que a todos os casais homoafetivos estão aptos a constituir família e receber especial proteção do Estado. Não significando, portanto, dizer, que a união homoafetiva seja sinônimo de união estável, pelo contrário, são modalidades distintas de entidades familiares na sociedade, todas válidas, justas, tão boas quanto outras, mas que têm como ponto comum o fato de estarem centradas no afeto entre seus integrantes.

Sendo assim, muitos casos foram julgados com o reconhecimento de entidade familiar entre cônjuges do mesmo sexo desde 2011, alcançando reconhecimento familiar às famílias homoafetivas quando preenchidos os requisitos da união estável, entre eles que o relacionamento seja duradouro, público e contínuo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE **UNIÃO** ESTÁVEL **HOMOAFETIVA**. REQUISITOS. ÔNUS DA PROVA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA CONFIRMADA. 1. NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO CIVIL VIGENTE, PARA O RECONHECIMENTO DA **UNIÃO** ESTÁVEL, INCUMBIRÁ A PROVA, A QUEM PROPUSER O SEU RECONHECIMENTO, DE QUE A RELAÇÃO HAVIDA ENTRE O CASAL FOI PÚBLICA, CONTÍNUA, DURADOURA E DESTINADA À CONSTITUIÇÃO DE UM NÚCLEO FAMILIAR. 2. NÃO COMPROVADA A PRESENÇA DA AFFECTIO MARITALIS NO RELACIONAMENTO DESCRITO NOS AUTOS, MISTER A CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE A PRETENSÃO. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível, Nº 50181573920218210001, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em: 22-10-2022). (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2022).<sup>19</sup>

Neste contexto, é importante ressaltar que mesmo estando amparados juridicamente pela proteção do Estado, essa proteção deveria iniciar na sociedade de forma cotidiana, no qual os demais respeitem os semelhantes que não desejam

<sup>4</sup> Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=70084878180&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=70084878180&conteudo_busca=ementa_completa), acesso em 20/05/2023

<sup>5</sup> “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.” (BRASIL, 2002).

<sup>19</sup> Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=50181573920218210001&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=50181573920218210001&conteudo_busca=ementa_completa), acesso em 20/05/2023

constituir uma família tradicional, mas querem constituir família com amor na mesma proporção. Hodiernamente, sabe-se da dificuldade no reconhecimento das pessoas homossexuais, apesar de todos os avanços e conquistas já alcançadas. Sabe-se que

Não é incomum que os integrantes de grupos estigmatizados sejam excluídos, de modo explícito ou não, do acesso equitativo a direitos atribuídos aos demais membros da sociedade. A exclusão não apenas os priva de bens materiais importantes, mas é, em si mesma, um sinal de desrespeito, que corresponde à imposição de um selo oficial de inferioridade. Pelo menos sob o ângulo moral, esses são os casos mais “fáceis” que envolvem o direito ao reconhecimento. (SAMENTO, 2016, p. 256).

Diante disso, muitas pessoas homossexuais acabam por viver de forma marginalizada na sociedade, adotando, muitas vezes, atitudes heterossexuais, a fim de não serem discriminados e prejudicados pelas consequências da homofobia.

É de se ressaltar que deveria ser comum observar pessoas do mesmo sexo trocando laços afetivos e até mesmo construindo família, no entanto a sociedade os vê como insulto e acaba por julgá-los, fato este incoerente, pois não cabe a sociedade julgar enquanto certo ou errado a orientação sexual do indivíduo, tendo em vista que isso compõe a sua identidade, intimidade e privacidade, direitos de personalidade muito caros à dignidade da pessoa humana.

## **O RECONHECIMENTO EM PROL DA DIGNIDADE HUMANA**

O Brasil é o país em que mais ocorrem violências contra os grupos homossexuais, e, a partir disso, gera um preconceito maior com o aspecto familiar. Famílias homoafetivas são marginalizadas pelo Estado, muitas vezes por omissão, e pela sociedade de modo a proclamar que “as relações afetivas tradicionais merecem respeito, mas não aquelas mantidas por parceiros do mesmo sexo. Com isso, ele desmerece a identidade homossexual e lhe inflige uma séria lesão moral [...]” (SARMENTO, 2016, p. 258).

Ressalta-se que o direito positivo brasileiro não possui uma lei que trata especificamente sobre as relações homossexuais, deixando-os desamparados diante de uma sociedade desumana, preconceituosa e discriminatória. Apesar disso, O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2013, aprovou a Resolução nº 175, que veda “às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.” (CNJ, 2013), o que representou mais um avanço e um marco na história de reconhecimento da pluralidade familiar e da homossexualidade como mais uma, dentre outras, forma de se viver os afetos.

A partir dessas questões, a Jurista Maria Berenice Dias apresenta de forma clara esse aspecto, onde aborda que

[...] é indispensável ter uma visão plural das estruturas familiares e inserir no conceito de entidade familiar os vínculos afetivos que, por envolverem mais sentimento do que vontades merecem a especial proteção que só o Direito das Famílias consegue assegurar. Por isso é necessário reconhecer que, independente da exclusividade do relacionamento ou da identidade sexual do par, as uniões de afeto merecem ser identificadas como entidade familiar, gerando direitos e obrigações aos seus integrantes. (2008, p. 292).

Assim, a entidade familiar não é vista apenas como uma relação entre homem e mulher, mas uma relação de laços afetivos entre indivíduos que se cruzam apenas com um único objetivo: o amor. Ressaltando diretamente a presença do princípio da afetividade, uma vez que as relações se baseiam no afeto entre seus membros. Assim, a família é o projeto de vida em comum, partilhando e se apresentando o afeto, amor e o respeito entre eles, sentimentos estes que são construídos e constituídos por uma família homoafetiva.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em tempos onde a família é vista como proteção e suporte para os membros, querer discriminar uma parcela de indivíduos que não optam pela família tida enquanto tradicional é apresentar que a sociedade esta regredindo em seu âmbito social e, principalmente, humanitário, uma vez que esses membros irão construir o sentimento mais importante dentro de uma relação familiar: o amor. Sentimento este que muitos da sociedade que os julga como errados e pecadores, não possuem. Sendo assim, não basta a jurisprudência e a Constituição Federal reconhecerem as relações homoafetivas, faz-se necessário que a sociedade acolha e reconheça esta parcela de indivíduos que escolheram o afeto como fato primordial em suas relações conjugais.

Nesta senda, o direito positivo garante o poder de se relacionar com quem deseja, uma vez que as relações homoafetivas estão amparadas pelo princípio da isonomia. Além de possuir forte garantia com os princípios da dignidade humana, estando, assim, presentes a liberdade e a segurança por parte do Estado que apoia todos os membros da sociedade, independentemente do sexo, gênero ou orientação sexual, uma vez que esses direitos que compõem a dignidade da pessoa humana.

Destarte, faz-se necessária a conscientização por parte de uma sociedade desumana que não aceita as diferenças, para que se perceba e de uma vez por todas reste evidente que todas as pessoas são capazes de amar e formar uma família.

## **REFERÊNCIAS**

**BRASIL. Tribunal Regional do Rio Grande do Sul, 7ª Câmara Cível.** Apelação cível nº 70084878180. Relator: Sandra Brisolara Medeiros. Santana do Livramento, 24 de março, 2021. Lex: jurisprudência do TJRS, marc. 2021.

**BRASIL. Tribunal Regional do Rio Grande do Sul, 7ª Câmara Cível.** Apelação cível nº 50181573920218210001. Relator: Sandra Brisolara Medeiros. Porto Alegre, 22 de março, 2022. Lex: jurisprudência do TJRS, out. 2022.

**CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução do CNMP impede manifestação contrária do Ministério Público em processos de casamento civil ou conversão de união estável entre pessoas do mesmo sexo, 2023.** Brasília: CNJ, [2023]

**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidente da República, [2016].

DIAS, Maria Berenice. **Família além dos Mitos.** Editora Del Rey, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana** conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

## **ANÁLISE JURÍDICA DO DIREITO DE FAMÍLIA NO SÉCULO XIX NAS OBRAS MADAME BOVARY E DOM CASMURRO<sup>1</sup>**

*Amanda Bischoff*<sup>2</sup>

*Orientadora: Luana Maíra Moura de Almeida*<sup>3</sup>

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O presente trabalho tem como objetivo a análise jurídica dos institutos do casamento, separação e divórcio do Direito de Família no século XIX, através do chamado Law in Literature, onde a literatura é empregada como ferramenta analítica do Direito. Para esse fim, utilizou-se como instrumento de pesquisa o exame das obras literárias, Madame Bovary de Gustave Flaubert, e Dom Casmurro de Machado de Assis, ambas ambientadas no século em estudo, em comparativo nessa ordem, com a lei francesa e brasileira vigentes nesse período.

### **LITERATURA E O CONTEXTO HISTÓRICO DAS OBRAS DO SÉCULO XIX:**

O ato de contar história é tão antigo quanto a humanidade, assim, existem evidências que na pré-história as lendas e mitologias eram escritas como forma de preservar as histórias orais importantes para cada cultura. Nesse sentido, posteriormente surgiu o termo literatura que de forma literal pode ser entendido como “qualquer coisa escrita”, sendo principalmente associada a obras de ficção, teatro e poesia. (GLOBO, 2016, p. 12).

Na Antiguidade Clássica para o filósofo Platão a literatura era considerada perigosa, principalmente para os jovens, pois ela distraía o homem da tarefa real de viver, obscurecendo os pensamentos para as questões importantes da sociedade. (SUTHERLAND, 2017, p. 08).

Conforme John Sutherland a literatura pode ser definida da seguinte forma:

[...] a literatura é a mente humana no auge de seu talento para expressar e interpretar o mundo ao nosso redor. A literatura, em sua melhor forma, não simplifica, mas expande nossas mentes e sensibilidades numa medida pela qual podemos lidar melhor com a complexidade – mesmo que, como acontece muitas vezes, não concordemos inteiramente com aquilo que estamos lendo. (2017 p. 09).

Outro significado empregado é que a literatura está unida à sociedade em que se origina, sendo o resultado das relações humanas entre escritor, leitor e sociedade. Ocorre que, além da procura pela definição do que seria a literatura, houve a busca pela categorização dos movimentos literários como forma de melhorar compreensão e estudo, e entre todos os movimentos destaca-se o realismo. Trata-se da corrente literária de ambos os escritores nos livros abordados no presente estudo, sendo o

---

<sup>1</sup> Trabalho desenvolvido a partir das reflexões oportunizadas na disciplina de Direito Civil VII, no Curso de graduação em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Santo Ângelo.

<sup>2</sup> Discente no Curso de graduação em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Santo Ângelo. E-mail: amandabischoff@aluno.santoangelo.uri.br.

<sup>3</sup> Professora Mestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Santo Ângelo. E-mail: luana.mmalmeyda@san.uri.br.

movimento contrário ao romantismo o qual idealizava a vida, os sentimentos e a mulher. O realismo pretende apresentar a realidade da época. Para isso, a corrente literária exhibe os problemas encontrados na vida conjugal, ou seja, “encaravam a obra de arte como utensílio, arma de combate, a serviço da metamorfose do mundo e da sociedade: não mais a arte romântica desinteressada, e, sim, a arte comprometida, engajada.” (MOISÉS, 2004, p. 379).

## **MADAME BOVARY E A LEGISLAÇÃO FRANCESA**

Madame Bovary, de Gustave Flaubert, publicada em 1856, é a obra marco inicial do realismo na França. O livro retrata a vida de Emma Bovary, uma jovem ambiciosa que idealizava o casamento. No entanto, após contrair matrimônio com Charles, Emma se torna cada dia mais infeliz e passa a buscar a sua satisfação antes depositada na vida conjugal nos amantes e nas compras imoderadas.

Em análise da legislação da época, o Código Civil francês entrou em vigor em 1804 e possuía artigos dedicados ao casamento, os quais asseguram a superioridade do homem, fato explicitado no artigo 213, o qual relata que o marido deveria proteger sua esposa, e a ela devia obediência ao seu marido. (FRANÇA, 1804).

Na obra de Flaubert, Emma se encontra totalmente dependente financeiramente de seu marido, tanto que devido as dívidas adquiridas, que ela não possui condições de quitar a não ser com o dinheiro de Charles, que somado a infelicidade no casamento, ela acaba recorrendo ao suicídio como forma de se livrar das contas pendentes e do julgamento social.

O divórcio era somente suportável, sendo construído principalmente sob a forma do divórcio com culpas, sobretudo em razão do adultério. Ao mesmo tempo que o marido poderia evocar o adultério da sua esposa, esta poderia também pedir o divórcio contra seu marido adúltero, mas apenas quando ele tivesse uma concubina no domicílio comum, sendo o divórcio um ato judicial, formalista e pesado, e por fim, havia também uma sanção penal contra a mulher adúltera. (C DA LUZ, 2004, p. 27).

Na história de Emma, ainda que o divórcio aparentemente fosse uma opção, por ser previsto na legislação na época da personagem, ela não poderia escolher esse caminho, pois a mulher divorciada naquela época não tinha valor para a sociedade, sendo considerada um fracasso. Com o divórcio, suas chances de ascender socialmente eram anuladas. O pensamento desse período é bem representado por Simone Beauvoir que afirmava que “para a mulher é apenas uma possibilidade abstrata, não tendo ela meios de ganhar a própria vida.” (2019, p. 274).

## **DOM CASMURRO, DE MACHADO DE ASSIS**

Obra do realismo brasileiro escrita por Machado de Assis e publicada no ano de 1899. O livro retrata as memórias de Bento Santiago o qual relata o possível adultério da sua grande paixão de infância e esposa Capitu com o seu amigo Escobar.

Para melhor compreensão da obra e do ordenamento jurídico da época é necessário examinar a legislação brasileira do seu primórdio até a edição do Decreto 181/90 vigente na publicação do romance em 1899.

Assim, o Direito brasileiro começou a existir durante o período da colonização, como forma de regularizar a colônia os portugueses transportaram sua organização jurídica para o Brasil, dessa maneira havia uma legislação comum entre os países. Assim, vigoraram as chamadas Ordenações do Reino Afonsinas de 1.446, Manuelinas 1.521 e por fim as Filipinas de 1.603. Inclusive essas ordenações continuaram

vigentes no Brasil mesmo após serem revogadas em Portugal e ainda, mesmo após a Proclamação da República em 15 de novembro de 1889. Uma das principais características das ordenações era o forte poder marital:

No livro direito português, continua rígido o poder marital: castigos (ordenações Afonsinas Liv. V, Título 6, § 1º); cárcere privado pelo tempo que exigisse a emenda (Livro V, Título 30 § 1º); direito de morte, se a surpreendida em flagrante adultério, exceto e fidalgo o réu (Livro IV, Título 103, § 1º); (MIRANDA, 1981, p. 52)

Posteriormente, ocorreu a independência do Brasil, e assim surgiu a necessidade de uma identificação como nacionalidade brasileira, conforme definido por Antônio Candido, “O Brasil tem uma natureza e uma população diferentes de Portugal, e acaba de mostrar que possui também uma organização política diferente; a literatura é relativa ao meio físico e humano; logo, o Brasil tem uma literatura própria, diferente de Portugal.” (CANDIDO, 2011, p. 178).

Já em análise da legislação penal da época, no Brasil o adultério era considerado crime somente deixou de ser penalizado com a Lei 11.116 de 2005. Vejamos:

Art. 250. A mulher casada, que commetter adultério, será punida com pena de prisão com trabalho por um a três anos.

Art. 251. O homem casado, que tiver concubina, teúda, e manteúda, será punido com as penas do artigo antecedente.

Art. 252. A accusação deste crime não será permitida a pessoa, que não seja marido ou mulher; e estes mesmos não terão direito de acusar, se algum tempo tiverem consentido no adultério.

Art. 253 A accusação por adulterio deverá ser intentada conjunctamente contra a mulher, e o homem, com quem ella tiver cometido o crime, se fôr vivo; e um não pode ser condemnado sem o outro. (BRASIL, 1830) .

Com o advento do Decreto 181 de 24 de janeiro de 1890 o casamento deixou de ser exclusivamente realizado pela igreja e passou a ser considerado um contrato que precisava de maiores garantias para a sua eficácia, podendo assim ser celebrado o casamento civil.

#### DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO

Art. 23. Habilitados os contrahentes, e com a certidão do art. 3º, pedirão á autoridade, que tiver de presidir ao casamento, a designação do dia, hora e logar da celebração do mesmo.

Art. 24. Na falta de designação de outro logar, o casamento se fará na casa das audiencias, durante o dia e a portas abertas, na presença, pelo menos, de duas testemunhas, que podem ser parentes dos contrahentes, ou em outra casa publica ou particular, a aprazimento das partes, si uma dellas não puder sahir da sua, ou não parecer inconveniente aquella autoridade a designação do logar desejado pelos contrahentes.

Art. 25. Quando o casamento for feito em casa particular, esta deverá conservar as portas abertas, durante o acto, e as testemunhas serão tres ou quatro, si um ou ambos os contrahentes não souberem escrever.

Art. 26. No dia, hora e logar designados, presentes as partes, as testemunhas e o official do registro civil, o presidente do acto lerá em voz clara e intelligivel o art. 7º e depois de perguntar a cada um dos contrahentes, começando da mulher, si não tem algum dos impedimentos do mesmo artigo, si quer casar-se com o outro por sua livre e espontanea vontade, e ter de ambos resposta

affirmativa, convidal-os-ha a repetirem na mesma ordem, e cada um de per si, a formula legal do casamento. (BRASIL, 1890).

Além do casamento não ser mais celebrado pela igreja, ainda, o Estado poderia dispor sobre as hipóteses de anulação, nulidade, e se tornou possível realizar a separação de corpos sem a extinção do vínculo matrimonial, a partir da vontade das partes; adultério; sevícia ou injúria grave, e abandono voluntário do domicílio conjugal por dois anos contínuos. No entanto, apesar da previsão legal, o casamento continuou indissolúvel até o ano de 1977 que deu nova redação ao §1 do art.175 da Constituição de 1969 e passou a ser possível casar-se novamente.

Durante a história de Dom Casmurro o matrimônio, como em Madame Bovary, é esperado com muitas expectativas, demonstrado pelo seguinte trecho da obra:

O casamento em Dom Casmurro é até a sua celebração repleto de sonhos e expectativas, como expresso no seguinte trecho da obra:

Foi em 1865, uma tarde de março, por sinal que chovia. Quando chegamos ao alto da Tijuca, onde era o nosso ninho de noivos, o céu recolheu a chuva e acendeu as estrelas, não só já conhecidas, mas ainda as que só serão descobertas daqui a muitos séculos. (ASSIS, 2013, p. 192).

Acontece que como na história de Emma, após o casamento Bento assumiu o seu papel de provedor da família e Capitu abraçou o seu papel de mulher dona de casa. No entanto, Bentinho o narrador da história desconfia que a sua esposa tenha o traído com o seu melhor amigo Escobar e que dessa relação extraconjugal nasceu o seu “filho” Ezequiel.

Diferente da obra Madame Bovary o casal cogita realizar a separação, conforme o demonstrado na seguinte passagem do livro:

Não, Bentinho, ou conte o resto, para que eu me defenda, se você acha que tenho defesa, ou peço-lhe já a nossa separação: não posso mais!

A separação é coisa decidida – redargui pegando-lhe na proposta.

Era melhor que fizéssemos por meias palavras ou em silêncio, que a senhora insiste, aqui vai o que posso dizer, e é tudo. (ASSIS, 2013, p. 238).

Em análise legal do trecho era impossível na época cogitar a separação pelo simples fato da relação dar mais certo, diferente dos dias atuais na qual essa hipótese está prevista no artigo 1.574 do Código Civil de 2002: “dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção”, sendo possível, inclusive, o divórcio direto, desde 2010, com a Emenda Constitucional nº 66.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Apesar de serem histórias ambientadas e escritas por pessoas de países diferentes, podem ser percebidas semelhanças entre os aspectos históricos e culturais. Há a influência de um pensamento voltado a manter e proteger o instituto do casamento, além da forte interferência da moral religiosa, principalmente ligada a prática do adultério. Além disso, existe nas obras um relato da submissão da figura feminina aos homens no século XIX, onde a sua vontade e felicidade da mulher termina ao contrair o casamento.

Por fim, em análise com a legislação fica claro que apesar dos livros serem de ficção eles demonstram de forma clara como era o Direito de Família no século XIX em países completamente distintos, muito diferente do que se percebe em um Estado que se pretende Social e Democrático de Direito, no século XXI, quando imperam preceitos de igualdade, liberdade à serviço da dignidade.

## REFERÊNCIAS

TEIXEIRA, S, Letícia. **Uma reflexão acerca do casamento na obra Madame Bovary**. FAE Centro Universitário, 2020. Disponível em: (<https://memorialtcccadernograduacao.fae.edu/cadernotcc/article/view/299>). Acesso em: 12/05/2023

PAPALEO, K, Marcia. **Dom Casmurro**: estudo sobre as relações conjugais no Brasil do final do século XIX, 2014. UFRGS Lume repositório digital. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/106460>.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 24/05/2023.

FACCHINI, N, Eugênio. **Code civil francês**: Gênese e difusão de um modelo. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496956>. Acesso em: 24/05/2023

STREAK, L. Lenio; TRINDADE, K. André. **Direito e literatura**. São Paulo: atlas, 2013.

SUTHERLAND, John. **Uma breve história da literatura**. Brasil: LPM, 2017.

FLAUBERT, Gustave. **Madame Bovary**. Porto Alegre: L&PM, 2008

MOISÉS, Massaud. **Dicionário de termos literários**. 12. ed. São Paulo: Cultrix, 2004.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019. v. 1: Fatos e Mitos

BRASIL. **DECRETO Nº 181, DE 24 DE JANEIRO DE 1890**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d181.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d181.htm). Acesso em: 24/05/2023.

BRASIL. **LEI DE 16 DE DEZEMBRO DE 1830**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm) Acesso em: 24/05/2023.

MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. **Dom Casmurro**. Porto Alegre: L&PM, 2013

DA LUZ, Christiane. **Como o Código Civil Francês se Adaptou ao Longo do Tempo**. Revista da EMERJ, v. 7, n. 26, 2004. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista26/revista26\\_24.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_24.pdf). Acesso em: 24/05/2023

## **DO NOVO CONCEITO DE “FAMÍLIA”: A MONOPARENTALIDADE E SEUS DESAFIOS<sup>1</sup>**

*Luíse Pazini de Albuquerque<sup>2</sup>*

*Orientadora: Luana Maíra Moura de Almeida<sup>3</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A família é, desde sempre, instituição social central da humanidade, e, todavia, ao longo dos anos, sofreu modificações em seu conceito. Com a Constituição Federal de 1988 percebeu-se a abertura da “entidade familiar”, até então limitada à matrimonialidade, à parentalidade e ao caráter institucional, a aspecto mais amplo e plural, tornando-se, a família, meio de afetividade e instrumento de dignidade da pessoa humana. Com tal ampliação, novas formas de família passaram a ser protegidas pelo Estado, merecendo destaque a entidade monoparental, expressamente amparada na Carta Magna, e que, embora cada vez mais frequente, encontra, ainda, inúmeros desafios para atingir seus objetivos. Nessa perspectiva, o presente resumo busca compreender a evolução do conceito de família, e os princípios que nortearam tais modificações, refletindo sobre a monoparentalidade e as barreiras que ela encontra para se efetivar como espaço de desenvolvimento do ser.

Para tal, utilizou-se da pesquisa bibliográfica e do método histórico-dedutivo, analisando doutrinas jurídicas, pesquisas e dados relativos ao tema, bem como as transformações sociais que se deram na humanidade.

### **A FAMÍLIA COMO PRODUTO SOCIAL: EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA HUMANIDADE E A ABERTURA DO CONCEITO DE “ENTIDADE FAMILIAR”**

A família é uma das instituições sociais mais antigas do mundo, e assume papel fundamental na formação e desenvolvimento dos seres humanos. Sendo responsável pela “socialização primária” do homem, conforme a idéia do sociólogo clássico David Émile Durkheim (1999), é nela que a vida, em sua forma mais básica, se inicia, constituindo-se como ambiente que permite ao ser tornar-se apto ao convívio em sociedade. Não é à toa, portanto, que o Estado, enquanto responsável pelo bem-estar e proteção sociais, busca estabelecer formas de regular o instituto familiar, preservando os fins a que este se destina.

A família, todavia, nem sempre foi compreendida da forma como é hoje, e o direito familiar, enquanto instrumento estatal de regulamentação das relações, também foi se modificando a fim de atender às novas demandas do tema. Portanto, interessante compreender brevemente sobre como tais entidades eram vistas, em outros momentos históricos, até atingirem a compreensão atual.

Inicialmente, as famílias eram compreendidas sob caráter bastante institucional, isto é, sendo ditadas pelo Estado, a fim de servir às demais instituições

---

<sup>1</sup> Trabalho desenvolvido a partir das reflexões oportunizadas na disciplina de Direito Civil VII, no Curso de graduação em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Santo Ângelo.

<sup>2</sup> Acadêmica do 7º semestre do curso de direito. Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Campus de Santo Ângelo. [luisedealbuquerque@hotmail.com](mailto:luisedealbuquerque@hotmail.com)

<sup>3</sup> Professora Mestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Santo Ângelo. E-mail: [luana.mmalmelida@san.uri.br](mailto:luana.mmalmelida@san.uri.br).

sociais existentes. Estava-se diante de um conceito limitado, em que o matrimônio e a parentalidade eram fatores determinantes, e a desigualdade entre homens e mulheres, bem como com relação aos filhos, considerando a existência do pátrio poder, também era evidente. Portanto, somente aquelas entidades que se encaixassem em tais características recebiam a proteção estatal. (MADALENO, 2022).

Ocorre que, com o desenvolvimento social, alavancado pelas inúmeras revoluções do mundo, e com as novas demandas da humanidade, a “família-instituição” passou a ser questionada. É com a Constituição Federal de 1988 e com a ascensão dos direitos fundamentais que passou a se verificar modificação importante no entendimento acerca de tal conceito, e, agora, na sociedade moderna, não mais havia espaço para um entendimento limitado e restrito de “entidade familiar”, sendo evidente a necessidade de novas perspectivas sobre o tema. A família, então, se tornou espaço de concretização da dignidade da pessoa humana, assumindo caráter instrumental e passando a ser vista com meio de desenvolvimento do ser. Novas formas de família, portanto, baseadas na afetividade, passaram a receber amparo. (MADALENO, 2022).

É o que se mostra a partir da leitura do artigo 226 e seus parágrafos, da Constituição Federal de 1988, que trazem à tona a abertura da proteção estatal às famílias, não apenas oriundas do casamento, mas também àquelas provenientes de uniões estáveis e monoparentais, conforme adiante será narrado, bem como para além de tal tríade expressamente mencionada na Carta. A partir disso, novas leis e entendimentos jurisprudenciais passaram a se consolidar, e inúmeras entidades familiares, em concepções distintas daquela família clássica, tornaram-se legítimas. O Direito de Família, portanto, em especial o Código Civil de 2002, passou a integrar em si novos princípios, de caráter constitucional, para regulamentar as relações. Acerca destes, passa-se a refletir a seguir.

## **A FAMÍLIA MODERNA E OS PRINCÍPIOS LEGAIS QUE A TUTELAM**

Fundamental ressaltar que a entidade familiar sofreu modificações tanto sob o âmbito externo, quanto de forma interna, em processos concomitantes de publicização e de privatização de suas relações. O primeiro resta evidente quanto à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, através da qual os princípios constitucionais passaram a integrar até mesmo as relações privadas, tornando-se, a família, objeto de preocupação e de proteção do Estado. Ao mesmo tempo em que se tornou matéria de interesse público, a família, em âmbito interno, também sofreu a privatização de sua formação, não mais sendo ditada pelo ente estatal, mas podendo se organizar de forma mais livre e autônoma, e merecendo, em qualquer ocasião, tutela e proteção. (MADALENO, 2022).

Nessa perspectiva, em primeira mão, destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana, que integra, hoje, o conceito de entidade familiar. Não há mais falar em família senão enquanto espaço de desenvolvimento do ser, bem como de construção de um projeto de vida em comum e de concretização dos sonhos e aspirações de seus membros. A família torna-se, assim, um direito fundamental.

Aliado a isso, merecem destaque os princípios da liberdade e do livre planejamento familiar, sem os quais não há qualquer dignidade. A família, agora, é livre para se estabelecer de modo a melhor atender os interesses de seus membros, o que é amparado pelo artigo 1.513 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), cuja disposição estabelece a vedação a qualquer interferência no seu planejamento.

Do mesmo modo, não há dignidade sem igualdade. A legislação atual atribui à família a igualdade entre homem e mulher, entre os filhos, bem como nas tarefas e deveres que decorrem destas relações. Não há mais falar, portanto, em “pátrio poder”, mas sim em “poder familiar”, tampouco em filhos “bastardos” ou “legítimos”. Nessa perspectiva, surge, também, o princípio da solidariedade, que preza pela assistência mútua e reciprocidade entre os integrantes do núcleo de convívio. É o que se depreende dos artigos dispostos nos artigos 1.511, 1.565, 1.568 e 1596 do Código Civil Brasileiro. (BRASIL, 2002).

Não há como deixar de citar, ainda, os princípios da afetividade e da pluralidade familiar, que se tornam, também, centrais, passando, inclusive, a servirem de argumento aos tribunais, em prol do reconhecimento de novas entidades familiares.

Conforme julgado do Tribunal Gaúcho:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. INSURGÊNCIA QUANTO AO MARCO FINAL DA UNIÃO ESTÁVEL RECONHECIDA PELO JUÍZO A QUO. INVIABILIDADE. ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE CONFIRMAM A EXISTÊNCIA DE DUAS UNIÕES CONJUGAIS CONCOMITANTES. CONFRONTO AO PRINCÍPIO DA MONOGAMIA. REJEIÇÃO. **PREPONDERÂNCIA DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.** [...] O Princípio da monogamia e dever de lealdade estabelecido em determinada época, deve ser revisto **diante da evolução histórica do conceito de família, a qual está em constante evolução para se amoldar ao contexto social a que está inserida, devendo ser reconhecida como base de sustentação os princípios de afeto, dignidade da pessoa humana e igualdade entre todos.**[...].(Apelação Cível, Nº 70078719952, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em: 07-06-2019) (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2019, grifo nosso).

Pois bem. Estes são alguns dos princípios que, hoje, embasam o entendimento de “família”.

## **O PARADOXO ENTRE O RECONHECIMENTO CONSTITUCIONAL DA MONOPARENTALIDADE E OS INÚMEROS DESAFIOS QUE ELA ENCONTRA PARA SE EFETIVAR**

Com a Constituição Federal de 1988, e a ampliação do conceito de “família”, a entidade familiar monoparental é uma que, dentre outras, passou a ser expressamente reconhecida pelo Estado, conforme o artigo 226, §4º da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Assim, fundamental compreender no que ela consiste bem como os desafios ela ainda encontra para efetivar-se como meio de dignidade.

Afirma Rolf Madaleno que “Famílias monoparentais são usualmente aquelas em que um progenitor convive e é exclusivamente responsável por seus filhos biológicos ou adotivos” (2022, p. 42), o que é bastante percebido na sociedade do século XXI. Isso porque, não raramente se observam filhos criados somente por pais ou mães, o que manifesta a quebra da biparentalidade, por anos preservada socialmente.

As causas da monoparentalidade podem ser as mais variadas. Como exemplo, destaca-se: a morte de um dos genitores; eventual decisão relativa à guarda dos filhos, em caso de divórcio ou separação do casal; a opção pela inseminação artificial; ou a adoção de alguém, por indivíduo solteiro(a). Por todas essas circunstâncias, pai

ou mãe assumem a criação dos filhos de forma individual e exclusiva, consistindo, nisso a família monoparental.

Embora frequente na sociedade, e mesmo com o reconhecimento constitucional e proteção expressa pelo Estado, todavia, não há como negar os desafios advindos da monoparentalidade. Ressalta-se a intensa atribuição de responsabilidades a apenas um progenitor, que tende, por exemplo, a relegar suas necessidades pessoais e colocar a educação do filho em detrimento daquelas, já que é seu único responsável. Nesses casos, a família monoparental encontra barreiras para se constituir como instrumento de dignidade do ser, e, ao contrário, pode se caracterizar como grande desafio.

Além da sobrecarga de um dos responsáveis, e em se tratando de situações de monoparentalidade decorrentes de divórcio ou separação, vale ressaltar as tendências ao abandono afetivo e à alienação parental que se acentuam. Isso porque, a depender da forma pela qual se dá o término do relacionamento, bem como da guarda que resta deferida e do modo como os genitores lidam com a situação, é possível que um dos pais monopolize “o controle sobre a pessoa do filho, a fim de desequilibrar seu relacionamento com o outro genitor.” (COSTA, 2009).

Cabe destacar, ainda, que, em uma sociedade de origem patriarcal, a monoparentalidade ocorre com muito mais frequência pelo sexo feminino. Isso porque, desde o início da humanidade, as tarefas domésticas e de criação da prole sempre foram atribuídas às mães, enquanto aos pais cabia prover o sustento familiar. Assim, hoje, a mulher, mesmo já tendo conquistado certo espaço na sociedade, segue sendo vista como a primeira opção, quando se trata de definir a responsabilidade sobre os filhos. É o que destaca Célia Parnes, secretária de desenvolvimento social do governo de São Paulo, no artigo “Monoparentalidade Feminina em Foco”, publicado no site do Governo de São Paulo em 12 de janeiro de 2021:

No que tange a monoparentalidade feminina, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), aponta que 12 milhões de mães criam seus filhos sozinhas, sendo mais de 64% as que vivem abaixo da linha da pobreza, de acordo com artigo publicado no site do Governo de São Paulo. (PARNES, 2021).

Mas também não se pode deixar de considerar o aumento expressivo de famílias monoparentais lideradas por pais, seja por opção ou por necessidade. Conforme dados do IBGE, do ano de 2015, “a proporção de divórcios cujo pai se responsabiliza pela guarda filial é de: 6,1% no Brasil e 5,1 no Estado de São Paulo”.

Desse modo, tendo em vista o aumento significativo de famílias monoparentais, bem como os desafios que delas decorrem, evidente que compete ao ente estatal investir em políticas públicas e projetos sociais que contribuam para o exercício desta entidade familiar, a fim de reduzir os desafios encontrados pelos genitores que, sozinhos, precisam exercer tal responsabilidade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A família, no século XXI, é compreendida como direito fundamental e instrumento de dignidade da pessoa humana, pautando-se, sobretudo, em laços de afetividade. Superando conceito limitado, a legislação atual demonstra preocupação em proteger novas entidades familiares, agregando em si inúmeros princípios constitucionais. A família monoparental, portanto, além de receber proteção expressa na Carta Magna, mostra-se cada vez mais frequente na sociedade, embora marcada,

ainda, por inúmeros desafios. Nessa perspectiva, cabe ao Estado, responsável pela proteção social, concretizar políticas públicas que protejam as entidades monoparentais, para que, então, essas possam atingir o objetivo da família moderna: constituir-se como instrumento de desenvolvimento do ser e de dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Senado Federal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 01 de maio de 2023.

BRASIL. Lei nº 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](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em 29 de abril de 2023.

DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. (2015). **Estatísticas do registro civil**.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. Disponível em: Minha Biblioteca, (12th edição). Grupo GEN, 2022.

PARNES, Célia. **Monoparentalidade feminina em foco**. 12 de janeiro de 2021. Disponível em <https://www.saopaulo.sp.gov.br/artigos/monoparentalidade-feminina-em-foco/#:~:text=No%20que%20tange%20a%20monoparentalidade,abaixo%20da%20linha%20da%20pobreza>. Acesso em 29 de abril de 2023.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70078719952. Processo nº 0237207-15.2018.8.21.7000. Relator: José Antônio Daltoe Cezar. Disponível em [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=APELA%C3%87%C3%83O+C%C3%8DVEL.+A%C3%87%C3%83O+DE+DISSOLU%C3%87%C3%83O+DE+SOCIEDADE+DE+FATO.+INSURG%C3%8ANCIA+QUANTO+AO+MARCO+FINAL+DA+UNI%C3%83O+EST%C3%81VEL+RECONHECIDA+PELO+JU%C3%8DZO+A+QUO.+&conteudo\\_busca=em\\_enta\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=APELA%C3%87%C3%83O+C%C3%8DVEL.+A%C3%87%C3%83O+DE+DISSOLU%C3%87%C3%83O+DE+SOCIEDADE+DE+FATO.+INSURG%C3%8ANCIA+QUANTO+AO+MARCO+FINAL+DA+UNI%C3%83O+EST%C3%81VEL+RECONHECIDA+PELO+JU%C3%8DZO+A+QUO.+&conteudo_busca=em_enta_completa). Acesso em 01 de maio de 2023.

## **A “MÃE PRETA” QUE NÃO PODIA SER A MÃE: A HISTORICIDADE DA (NEGAÇÃO À) MATERNÂNCIA DE MULHERES ESCRAVIZADAS NO BRASIL**

*Camilly Laís Lütkemeyer<sup>1</sup>  
Gabriela Felden Scheuermann<sup>2</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A presente pesquisa tem o objetivo central de compreender a maternância das mulheres negras escravizadas, tendo em vista que ela (não) era sentida e (nem) vivida de forma efetiva durante o período de escravidão no Brasil. Utilizando-se do modo de raciocínio dedutivo, pois adota-se como pano de fundo as teorias feministas de bell hooks e Ângela Davis, e da pesquisa bibliográfica, mediante análise de livros e artigos, questiona-se: como se dava e quais eram as formas (e se elas existiam) de negação da maternidade diante do contexto histórico de objetificação do corpo da mulher negra escravizadas?

Tal questionamento se justifica pelo fato de a temática da maternância das mulheres negras durante a escravidão ser esporadicamente abordada nas pesquisas que, utilizando a base histórica como fundamento, discutem a maternidade e suas implicações para a vida das mulheres. Ou então quando abordada, é analisada dentro do contexto da vivência de mulheres brancas, assemelhando, como se fosse possível, a historicidade dessa prática social.

### **REFERENCIAL TEÓRICO**

No início do século XIX, o tráfico negreiro começou a sofrer, principalmente pelo Parlamento Britânico, forte influência para ser abolido. Em 1831, a monarquia brasileira instituiu uma lei que declarava livre todos os escravos vindos de fora do Império, porém, foi ineficaz porque milhares de escravizados continuaram desembarcando nos principais portos do Brasil.

Após a lei de 1831, “os africanos eram desembarcados à noite nas praias e obrigados a marchas até os armazéns ou barracões clandestinos (ALBUQUERQUE; FRAGA FILHO, 2006, p. 60). Enquanto nos tratados políticos a nação se comprometia a fazer cessar o tráfico, o interesse da lavoura (em especial do café) exigia, cada vez mais, mão de obra escrava abundante (COSTA, 2012, p. 74).

Como contrarresposta, a Inglaterra aprovou a Lei Bill Aberdeen em 1845, autorizando a marinha britânica a perseguir e punir navios negreiros que transportavam escravizados pelo Atlântico Sul. Mas o pensamento escravagista no Brasil era tão acentuado que o tráfico negreiro resistiu (ALBUQUERQUE; FRAGA FILHO, 2006; COSTA, 2012). O tráfico de escravos da África para o Brasil já estava formalmente proibido “mas quem é que cumpria a lei?” (CRUZ, 2018, p. 19).

Segundo Eliana Alves Cruz (2018, p. 19), “os ingleses forçaram a situação aprovando a lei Bill Aberdeen, mas o engraçado é que [...] o comércio de escravizados ainda era um dos negócios mais lucrativos para a esmagadora maioria”. Finalmente,

---

<sup>1</sup> Estudante do quinto semestre do Curso de Direito da URI Campus Cerro Largo (RS). E-mail: camilly00lutkemeyer@gmail.com.

<sup>2</sup> Professora do Curso de Direito da URI Campus Cerro Largo (RS). Doutoranda em Direito pelo PPGD da URI Campus Santo Angelo (RS). Mestre em Direitos Especiais pelo PPGD da URI Campus Santo Angelo (RS). E-mail: gabischeuermann.gf@gmail.com.

depois de muita resistência, em 4 de setembro de 1850 foi aprovada no Brasil a Lei Eusébio de Queirós, proibindo definitivamente o tráfico negreiro.

Com a proibição do tráfico negreiro não era mais possível adquirir mão de obra escrava do mercado internacional. Por isso, o Brasil, assim como outros países escravagistas, tiveram que desenvolver formas internas para a manutenção da escravidão. Começou-se, assim, a enxergar o ventre da mulher escravizada como forma de manter o sistema, ou seja, a procriação para o nascimento de novos escravizados.

De acordo com Hooks (2020, p. 37), “a mulher negra escravizada não era tão valorizada quanto ao homem negro escravizado [...] o comércio de pessoas escravizadas, em princípio, era de homens negros”. Contudo, com a ideia da procriação, o cenário se inverte e a mulher negra escravizada passa a receber mais valor comercial. Para Davis (2016), elas eram avaliadas pela sua fertilidade. Aquelas que fossem potencialmente mãe de dez, doze ou mais, era um tesouro cobiçado.

No mesmo sentido, Hooks (2020, p. 66), afirma que “anúncios de venda de mulheres negras escravizadas usavam os termos ‘escrava reprodutora’, ‘parturiente’, ‘período de reprodução’, ‘muito velha para reproduzir’, para descrever individualmente as mulheres”. Como consequência, mulheres negras estéreis eram as que mais sofriam no sistema de reprodução (HOOKS, 2020). Com isso, inicia-se uma violenta<sup>3</sup> e opressora política contra os corpos de mulheres escravizadas, que eram obrigadas a parir não para serem mães, mas para fazer com que a escravidão fosse mantida (DAVIS, 2016).

Um dos livros que trabalha a questão da maternidade durante a escravidão é “Um defeito de Cor” escrito por Ana Maria Gonçalves, em que uma mãe negra, antes escravizada, viaja da África ao Brasil em busca do filho perdido. Dentre os relatos ao longo do livro, um deles, talvez o mais forte, traduz a cena de violência contra o corpo da mulher negra e a relação com a maternidade:

Eu queria morrer, mas continuava mais viva que nunca, sentindo a dor do corte na boca, o peso do corpo do sinhô José Carlos sobre o meu e os movimentos do membro dele dentro da minha racha, que mais pareciam chibatadas. Eu queria morrer e sair sorrindo, dançando e cantando, como minha mãe tinha feito. De todo o resto que aconteceu depois, **só tomei consciência quatro ou cinco meses mais tarde, quando meu filho começou a mexer dentro da minha barriga** (GONÇALVES, 2006, p. 171, grifou-se).

Assim, ressalta-se o fato de que, embora parissem seus filhos, as mulheres negras escravizadas não tinham o direito de serem mães. Isso, pois no projeto colonial de adestramento feminino, coube à mulher negra a “promiscuidade, escravidão, exploração, silenciamento e privação do direito de viver plenamente a maternidade” (SILVA; CARVALHO, 2021, p. 635-636). Seus filhos eram tirados ainda crianças, senão quando bebês, e postos à venda.

Para Davis (2016, p. 26), “era comum que as crianças fossem vendidas e enviadas para longe, como bezerros separados das vacas”. Nesse contexto, cita-se um trecho do discurso da abolicionista e ex-escravizada Sojourner Truth durante a Convenção das Mulheres em Ohio, em 1851: “[...] eu pari treze filhos e vi a maioria

---

<sup>3</sup> É importante destacar que a violência contra as mulheres escravizadas não começou somente em solo brasileiro e como forma de manutenção da escravidão. Muitas eram estupradas e ameaçadas ainda no navio negreiro. Contudo, depois, esse cenário de exploração se intensificou e a mulher escravizada passou a ser vista como um objeto sexual/reprodutivo (DAVIS, 2016).

deles ser vendida para a escravidão, e quando eu clamei com a minha dor de mãe, ninguém a não ser Jesus me ouviu” E eu não sou uma mulher?” (PINHO, 2014, 00).

Por isso, muitas vezes, as mulheres escravizadas provocavam o próprio aborto, com o objetivo de “ferir o sistema, impedindo o crescimento natural da mão de obra escrava” (RISÉRIO, 2012, p. 37). No mesmo sentido, segundo Giacomini (1988, p. 26), “os infanticídios [...] seriam, sobretudo, a única e trágica forma visualizada pela mãe escrava para livrar seus filhos da escravidão”, desmantelando também, com isso, a dimensão “de mulher escravizada e reprodutora do sistema escravista” (LIMA, 2021, p. 38).

Na figura da “mucama”, a mulher negra era utilizada

para garantir o lazer e o bem-estar de seus senhores: de sua senhora, na medida em que lhe cabia todo o trabalho doméstico, **além de cuidar das crianças brancas desde o seu nascimento (foi por aí, enquanto ama de leite e babá, que ela se transformou na famosa mãe preta)**; de seu senhor, na medida em que era utilizada como objeto de sua violência sexual (GONZALES, 2020, p. 245, grifou-se).

Ironicamente, à medida que a mulher negra não podia vivenciar a sua própria maternagem, na casa dos senhores ela era a “mãe preta”, aquela que devia, nas palavras de Gonzales (2020, p. 59), “amamentar as crianças nascidas do ventre “livre” das sinhazinhas”. Ela era a mãe preta, porém, não dos seus, mas sim dos filhos das suas senhoras, e caso surja dúvida em relação a isso Gonzales (2020, p. 101) indaga “quem é que amamenta, que dá banho, que limpa cocô, que põe pra dormir, que acorda de noite pra cuidar, que ensina a falar, que conta história e por aí afora? É a mãe, não é?”.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a abolição internacional do comércio de escravizados e a entrada em vigor da Lei Eusébio de Queirós que proibia definitivamente o tráfico negreiro no Brasil, foram procuradas outras formas de manter a escravidão. Sendo assim, os ventres das mulheres negras tornaram-se o foco dos senhores que utilizavam esses, violentando-as sexualmente, para a reprodução de novas mercadorias, ou seja, de seus filhos, que se tornavam os novos escravizados após o nascimento.

Doravante, as mulheres negras passaram a ser consideradas apenas instrumentos e objetos que reproduziam mercadorias e garantiam a utilização da força de trabalho escravo, fazendo a manutenção do sistema escravagista. Nesse sentido, as mulheres negras eram estupradas e obrigadas a parir seus filhos, porém, não para serem mães desses, pois isso lhes era negado no momento em que retiravam seus filhos e os colocavam à venda. Sendo assim, na tentativa de evitar a manutenção do sistema e de evitar que sua criança fosse escravizada, muitas mulheres sacrificavam sua prole mediante a prática do aborto.

Além disso, ao passo que era negado à mulher negra o direito de ser mãe dos próprios filhos, lhe era imposta a obrigação de ser a mãe preta dos filhos dos seus senhores. Portanto, verifica-se diante desse contexto a resposta à pergunta central da pesquisa de como se dava e quais eram as formas (e se elas existiam) de negação da maternidade diante do contexto histórico de objetificação do corpo da mulher negra escravizadas, afirmando-se que, das diversas formas expostas, era negado às mulheres negras o direito de vivenciar a própria maternância e de criar seus próprios filhos durante o período da escravidão.

## REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Wlamyra R. de; FRAGA FILHO, Walter. **Uma história do negro no Brasil**. Salvador: Centro de Estudos Afro-Orientais; Brasília: Fundação Cultural Palmares, 2006.
- COSTA, Emília Viotti da. **Da Senzala à Colônia**. 5.ed. São Paulo: Editora UNESP, 2010.
- CRUZ, Eliana Alves. **Água de barreira**. Rio de Janeiro: Malê, 2018.
- DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. São Paulo: Boitempo, 2016.
- HOOKS, Bell. **E eu não sou uma mulher?** Mulheres negras e feminismo. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2020.
- GIACOMINI, Sonia Maria. **Mulher e escrava**: uma introdução ao estudo da mulher negra no Brasil. Rio de Janeiro: Vozes, 1988.
- GONÇALVES, Ana Maria. **Um defeito de cor**. São Paulo: Record, 2006.
- GONZALES, Lélia. **Por um feminismo afro-latino-americano**. Rio de Janeiro: ZAHAR, 2020. E-book.
- LIMA, Taiane Alves de. **“Mãe solo é mãe sozinha”**: Tecendo vivências de mães negras em Fortaleza- CE e região metropolitana. Dissertação (Mestrado em Antropologia). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021.
- PINHO, Osmundo. E eu não sou mulher? Sojourner Truth. **Portal Geledés**. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/e-nao-sou-uma-mulher-sojourner-truth/>. Acesso em: 05 mai. 2023.
- RISÉRIO, Antônio. **A utopia brasileira e os movimentos negros**. 2.ed. São Paulo: Editora 34, 2012.
- SILVA, Rosemary Francisca Neves; CARVALHO, Gabriela Silva. A construção da Santa-Mãezinha e a maternidade da mulher negra no Brasil colônia. **Fragmentos de Cultura**, Goiânia, v. 31, n. 3, p. 631-639, 2021. Disponível em: <https://seer.pucgoias.edu.br/index.php/fragmentos/article/view/12099/5497>. Acesso em: 06 mai.

## DIREITO, SAÚDE E MIGRAÇÕES FEMININAS: A IMPORTÂNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Bianca Ávila Dickel<sup>1</sup>  
Janaína Machado Sturza<sup>2</sup>

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A presente pesquisa aborda o fenômeno dos fluxos migratórios no Brasil, levando em consideração os entraves em face da disparidade e da invisibilidade de gênero. Um estudo da realidade vivenciada pelas mulheres migrantes num país que, apesar de democrático, não atende às demandas necessárias para ampará-las.

Isto posto, o objetivo do trabalho é discorrer a respeito das dificuldades vivenciadas pelas mulheres migrantes no que tange ao acesso à saúde no Brasil, bem como apontar dados a fim de inferir a importância das políticas públicas voltadas a essa população. Para tal análise, o estudo foi construído através do método dedutivo e bibliográfico.

### DESENVOLVIMENTO

As relações entre saúde e imigração não são discussões novas no Brasil. O país recebe historicamente imigrantes desde as suas origens. De acordo com o Censo do IBGE (2010), o Brasil tem sua população composta por 0,4% de imigrantes mundiais. Da população residente, por nacionalidade e sexo, são 200.119 mulheres e 231.200 homens, no total, de estrangeiros. Ademais, há 72.567 mulheres e 88.683 homens naturalizados brasileiros.

Apesar de em 2010 o número de mulheres já estar próximo da quantidade de homens, pouco se discutiu o que esse dado diz sobre a experiência de migração no país e as demandas diferentes relacionadas ao gênero. Além desses dados, segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), as mulheres e crianças representam, ao menos, metade das pessoas deslocadas no mundo, encontrando-se em situação de vulnerabilidade. Conforme diz Boyd e Grieco:

O gênero está profundamente enraizado na determinação de quem se movimenta, como esses movimentos se dão e quais os impactos nas famílias e mulheres migrantes. Se as teorias de migração internacional integram as relações de gênero de maneira adequada e eficaz, devem levar em conta fatores sutis e óbvios que se misturam para criar diferentes experiências ao longo da migração. A definição e compreensão destes fatores melhor fundamentam as teorias de migração internacional e também as experiências

---

<sup>1</sup> Bolsista CNPq – Edital CNPq/MCTI/FNDCT N° 18/2021, do projeto de pesquisa: *Saúde e Trabalho: A Inclusão Social de Migrantes a partir dos marcos legais e das políticas públicas existentes no Brasil e na Itália*. Graduanda em Direito pela UNIJUI. E-mail: bianca.dickel@sou.unijui.edu.br

<sup>2</sup> Pós doutora em Direito pela Unisinos. Doutora em Direito pela Universidade de Roma Tre/Itália. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas também pela UNISC. Professora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI, lecionando na graduação em Direito e no Programa de pós-graduação em Direito - mestrado e doutorado. Integrante da Rede Iberoamericana de Direito Sanitário. Integrante do grupo de pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). Pesquisadora Gaúcha FAPERGS – PqG Edital N° 05/2019. Pesquisadora Universal CNPq - Chamada CNPq/MCTI/FNDCT N° 18/2021. E-mail: janasturza@hotmail.com.

individuais de mulheres migrantes em todo o mundo (BOYD; GRIECO, 2003, s.p)

Em uma abordagem mais ampla dos direitos assegurados aos migrantes, no caso do Brasil, temos a previsão legal no artigo 5º da Constituição Federal, que versa: “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 [...] (BRASIL, 1988)”. À vista disso, pode-se afirmar que não há distinção de brasileiros natos e estrangeiros em relação ao acesso à saúde, entretanto, essa afirmação não cabe às mulheres migrantes, que são o grupo mais vulnerável e o mais afetado pelas complexidades do sistema brasileiro.

Sob esse viés, a Lei de Migração (lei 13.446/2017), também, não abordou de modo sistemático as questões de gênero. Porém, há de se destacar que, apesar da invisibilidade das mulheres migrantes, o fator gênero está estritamente ligado ao processo de migração, pois as políticas migratórias e a atuação das autoridades são profundamente influenciadas por esses fatores. Segundo Pierre Bourdieu (1992 apud RANGEL, 2010).

As desigualdades são perpetuadas por mecanismos sutis de dominação que naturalizam e legitimam todo tipo de diferença. Percebe-se, portanto, que essas diferenças ficam incorporadas por toda a estrutura de atendimento aos migrantes (Rangel, 2010, p.3).

Ademais, também argumenta que essa questão relaciona-se com a diferenciação extrema entre certos grupos sociais, e aponta os conceitos de intra-grupo e extra-grupo de Robert Merton, o qual defende que o grupo tomado por referência é o intra-grupo, e o grupo estranho é o extra-grupo. Apesar de não haver nada tão evidente que os diferencie, certos aspectos são reforçados na sociedade e geram marginalização.

É de se observar que, em crises humanitárias, as meninas e mulheres refugiadas estão entre as populações mais afetadas. Para reduzir essa vulnerabilidade e oferecer alternativas à população feminina venezuelana que chega no Brasil, a Agência da ONU para Refugiados (ACNUR), a ONU Mulheres e o Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA) iniciaram, em 2019, uma ação conjunta que prevê o fortalecimento das redes de proteção e suporte, além da promoção do empoderamento econômico e da liderança feminina.

No tocante ao acesso à saúde, o SUS (Sistema Único de Saúde) surgiu em meio ao processo de redemocratização do Brasil, como lembra Rufino e Amorim (2012, p. 2) garantindo “a universalização da prestação de serviços de saúde pela rede pública, o que resultou na criação das Unidades Básicas do Sistema Único de Saúde. No entanto, até os dias de hoje, gestores e profissionais da saúde vivenciam dificuldades ao pleno funcionamento do SUS. A dinâmica do atendimento em saúde, somada às dúvidas das equipes de saúde, dificultam o atendimento à pessoa imigrante, especialmente quando não possuem os documentos legitimados pelas autoridades nacionais. Como constatado por Puccini (2013, s.p.):

[...] o detalhe aparentemente simples de exigência de RG, CPF, certidão de nascimento ou casamento para efetivar o cadastro do Cartão do SUS corre o risco de ser mais uma dificuldade ou dúvida frente ao direito de atendimento, também para pessoas indocumentadas, que pode gerar uma desnecessária contradição.

No Brasil, grande parte das migrações em saúde são motivadas por tratamentos relacionados ao vírus HIV e à aids. Como dito por Aranda (2006), o Brasil atrai migrações em saúde para tratamentos relacionados ao HIV por possuir um sistema de combate gratuito, considerado pela OMS como um dos melhores do mundo, pois nos países de primeiro mundo, apesar de serem extremamente desenvolvidos, os tratamentos de saúde, em especial o de HIV, são de alto custo, o que dificulta o acesso aos marginalizados. No entanto, caso a parcela de migrantes pela saúde venha a aumentar, pode se tornar um problema, por não haver os dispositivos necessários para assegurar essa população.

Tais fatos despertam a atenção para a importância da atuação de organismos internacionais, inclusive no estudo de soluções para os casos de aumento da demanda e dificuldades orçamentárias. De modo algum, levam à invisibilização das dificuldades enfrentadas no sistema de saúde, mas também não desencadeiam no congelamento de esforços para a atenção de imigrantes, como se as pessoas fossem um problema e não a razão para a existência de um sistema de saúde.

Nesse sentido, é indispensável que as autoridades se preparem, previamente, para atender à demanda e que a sociedade consiga respeitar o direito fundamental e inalienável de migrantes à saúde, fato já assegurado em tratados internacionais e na Constituição Federal. É importante que o SUS possa identificar as particularidades dos grupos imigrantes e possa oferecer um atendimento sensibilizado. Além disso, é necessário que os migrantes, em especial as mulheres, encontrem espaços para relatarem suas experiências e lutarem por seus direitos, a fim de potencializar os serviços e recursos já existentes, e, se necessários, a criação de novos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Deste modo, ante o exposto, pela análise de dados e relatos colhidos nessa pesquisa, pode-se concluir que, apesar de existirem, as políticas públicas voltadas à saúde não satisfazem a demanda de migrantes no país, especialmente a parcela feminina, a qual sofre com a vulnerabilidade e a disparidade de gênero.

Ainda, conclui-se, até aqui, a latente fragilidade e invisibilidade das mulheres migrantes em face ao acesso à saúde, uma vez que não recebem o amparo que lhe é cabível, tanto social quanto legislativo.

## REFERÊNCIAS

IBGE. **Errata Imigração Resultados Gerais de Amostra**. 28 de Junho de 2012.

Disponível em:

[https://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo\\_Demografico\\_2010/Resultados\\_Gerais\\_da\\_Amostra/errata\\_migracao.pdf](https://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Resultados_Gerais_da_Amostra/errata_migracao.pdf). Acesso em 11/05/2013

AGÊNCIA DA ONUS PARA REFUGIADOS. **Mulheres**. Disponível em:

<https://www.acnur.org/portugues/temas-especificos/mulheres/>. Acesso em 11/05/2023

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 12/05/2023

BRASIL. **Lei nº 13.446 de 25 de maio de 2017.** Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13446.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13446.htm).

AGÊNCIA DA ONUS PARA REFUGIADOS. **Agências da ONU reforçam atenção para meninas e mulheres migrantes e refugiadas no Brasil.** 25 de Janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2019/01/25/agencias-da-onu-reforcam-atencao-a-meninas-e-mulheres-migrantes-e-refugiadas-no-brasil/>. Acesso em 19/05/2023

MARTIN, Denise; GOLDBERG, Alejandro; SILVEIRA, Cassio. **Imigração, refúgio e saúde: perspectivas de análise sociocultural.** 2018. Disponível em:  
<https://www.scielo.org/article/sausoc/2018.v27n1/26-36/pt/>. Acesso em 13/05/2023

DORNELAS, Paula Dias. **Mulheres Migrantes: invisibilidade, direito à nacionalidade e a interseccionalidade nas políticas públicas.** O Social em Questão. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro Brasil. 2018. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/5522/552264297011/552264297011.pdf>. Acesso em 13/05/2023

ASSIS, Glaucia de Oliveira; KOSMINSKY, Ethel V. **Gênero e migrações contemporâneas.** 2017. Disponível em:  
<https://www.scielo.br/j/ref/a/mmyFk5JJH3x9fQJvvFySJGv/>. Acesso em 13/05/2023

SANTOS, Heloísa de Souza; MEDEIROS, André Aparecido. **Migração e Acesso aos Serviços de Saúde: A Necessidade da Pauta Intercultural para o Cumprimento dos Direitos Humanos.** Disponível em:  
<http://www.inscricoes.fmb.unesp.br/upload/trabalhos/20177311134.pdf> .Acesso em 19/05/2023

## **O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE ENQUANTO NORMA JURÍDICA E AS (IM)POSSIBILIDADES DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO NO ÂMBITO DA PARENTALIDADE**

*Eduarda Zago<sup>1</sup>*

*Isadora Fantine<sup>2</sup>*

*Orientadora: Luana Maíra Moura de Almeida<sup>3</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O presente resumo expandido traz uma reflexão acerca do Princípio da Afetividade e seu papel enquanto norma, assim como sua importância na construção do conceito de parentalidade. O presente resumo expandido, além de discorrer sobre as questões que envolvem novos modelos de parentalidade, também expõe como esses se organizam dentro do ordenamento jurídico pátrio. Assim, pretende-se evidenciar e esclarecer, por meio de pesquisa hipotética dedutiva, fundada em artigos científicos, revistas jurídicas e doutrinas, quais as (im)possibilidades no âmbito da parentalidade e do reconhecimento dos vínculos socioafetivos no ordenamento jurídico brasileiro.

### **O DIREITO DE FAMÍLIA E O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE**

Sabe-se que a alma da lei positivada são os princípios que a norteiam. Tal afirmação está em consonância com a definição proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello cujos ensinamentos apontam que

Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (2000, p.747-48).

No que tange aos direitos das famílias, a afetividade se mostra imprescindível, inegável e necessária, que não pode estar alheia às interpretações jurídicas deste referido ramo. Tão importante a afetividade no cenário atual das relações familiares que os doutrinadores e legisladores a compreendem como um princípio jurídico.

O professor e doutrinador Rolf Madaleno aduz que “A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto” (2022, p. 138). Sendo assim, fica evidenciado que, hodiernamente, não mais pode-se falar em família sem referir-se a característica da afetividade como valor primordial de sua formação.

---

<sup>1</sup> Acadêmica do curso de Direito do 5º semestre. URI Campus Santo Ângelo. [eduardazago@aluno.santoangelo.uri.br](mailto:eduardazago@aluno.santoangelo.uri.br).

<sup>2</sup> Acadêmica do curso de Direito do 4º semestre. URI Campus Santo Ângelo. [isadorafkrewer@aluno.santoangelo.uri.br](mailto:isadorafkrewer@aluno.santoangelo.uri.br).

<sup>3</sup> Professora Mestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Santo Ângelo. E-mail: [luana.mmalmeyda@san.uri.br](mailto:luana.mmalmeyda@san.uri.br).

A Constituição Federal de 1988, texto de maior importância no ordenamento jurídico, traz em seu artigo 226 que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado [...]” (BRASIL, 1988). Além disso, a família tem destaque na estrutura da sociedade, pois ela é o resultado do sistema social e, ao mesmo tempo, o combustível deste.

## **POSSIBILIDADES NO ÂMBITO DA PARENTALIDADE**

Muito se fala sobre o conceito de família, contudo, é necessário considerar a seguinte questão: quando os indivíduos podem se considerar aptos a exercer a parentalidade, que pode ser sintetizada “por cuidados realizados pelos pais/responsáveis aos seus filhos visando favorecer seu desenvolvimento saudável. O exercício real e diário da maternidade e da paternidade” (GUEDES, s.a., s.p.), e ter reconhecido seus laços afetivos?

De acordo com o Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), alterado posteriormente pelo Provimento nº 83/2019 do mesmo órgão, é possível o reconhecimento de laço socioafetivo de paternidade e/ou maternidade, desde que imbuído de alguns requisitos, tais como a relação entre os indivíduos ser estável e estar exteriorizada socialmente, ou seja, devem considerar-se e tratar-se como pais e filhos. Nesse sentido, fala-se em posse do estado de filho:

Não obstante a codificação em vigor não reconheça a filiação socioafetiva, inquestionavelmente a jurisprudência dos pretórios brasileiros vinha paulatina e reiteradamente prestigiando a prevalência da chamada posse do estado de filho, representando em essência o substrato fático da verdadeira filiação, sustentada no amor e no desejo de ser pai ou de ser mãe, em suma, de estabelecer espontaneamente os vínculos da cristalina relação filial. (MADALENO, 2022, p. 580).

Via de regra, esse reconhecimento é irrevogável, haja vista ser equiparado à parentalidade biológica, uma vez que a Constituição Federal de 1988 traz a igualdade de filiação, baseada no princípio da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, este vínculo só pode ser rompido pela via judicial, nas hipóteses de vício de vontade, fraude ou simulação. Este é o entendimento do Conselho de Justiça Federal (CJF) que, em seu Enunciado de nº 339 assevera que “A paternidade sócioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho.”

Além do reconhecimento da parentalidade socioafetiva, também é admissível o reconhecimento do vínculo de parentesco a partir da adoção. Segundo a civilista Maria Helena Diniz, a adoção:

É ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha. (2021, p. 416).

Assim, há o desligamento do adotado com seus laços afetivos anteriores à adoção, sendo necessária a construção de novos laços dentro do novo contexto familiar. O processo de adoção deve obedecer todos os requisitos e formalidades legais estabelecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), visando o melhor interesse do menor de idade.

Segundo o ECA, é autorizada a adoção conjunta aos indivíduos relacionados pelo matrimônio, ou ainda aqueles que vivem sob a organização de união estável. Tal declaração permitiu que casais do mesmo sexo pudessem ter filhos adotivos, frente à decisão dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que reconheceram a união estável para casais homoafetivos.

Entretanto, ainda há aspectos dentro da lei, doutrina e jurisprudência brasileiros, os quais carecem de atenção e disposição legal. Por exemplo, o reconhecimento de união matrimonial e/ou união estável de trisais, que traz à tona, novamente, no âmbito do exercício da parentalidade, o tema da multiparentalidade, que nada mais é do que a possibilidade de dupla maternidade ou dupla paternidade, o que,

[...] contudo, em tese, nada impede que exista maior número de progenitores, sendo que a pluriparentalidade surgiu no sistema jurídico brasileiro a partir da adoção conjunta para casais do mesmo sexo, existindo um sem-número de precedentes que acolhem o registro de filiação constando, nas hipóteses de casais homoafetivos, o nome de dois pais ou de duas mães ao invés do clássico registro de pai e mãe. (MADALENO, 2022, p. 569).

Sabe-se que a organização estatal brasileira tem tradição de proteger monogamia no âmbito das relações amorosas das pessoas, o que foi abordado pelo Supremo Tribunal Federal em Recurso Extraordinário<sup>4</sup> com análise de Repercussão Geral, firmando a seguinte tese:

A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e **da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro**. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2021, grifo nosso).

---

<sup>4</sup> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 529. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE COMPANHEIRA E COMPANHEIRO, DE UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES. IMPOSSIBILIDADE. [...] 3. É vedado o reconhecimento de uma segunda união estável, independentemente de ser hétero ou homoafetiva, quando demonstrada a existência de uma primeira união estável, juridicamente reconhecida. Em que pesem os avanços na dinâmica e na forma do tratamento dispensado aos mais matizados núcleos familiares, movidos pelo afeto, pela compreensão das diferenças, respeito mútuo, busca da felicidade e liberdade individual de cada qual dos membros, entre outros predicados, que regem inclusive os que vivem sob a égide do casamento e da união estável, subsistem em nosso ordenamento jurídico constitucional **os ideais monogâmicos**, para o reconhecimento do casamento e da união estável, sendo, inclusive, previsto como deveres aos cônjuges, com substrato no regime monogâmico, a exigência de fidelidade recíproca durante o pacto nupcial (art. 1.566, I, do Código Civil). 4. A existência de uma declaração judicial de existência de união estável é, por si só, óbice ao reconhecimento de uma outra união paralelamente estabelecida por um dos companheiros durante o mesmo período, uma vez que o artigo 226, § 3º, da Constituição se esteia no **princípio de exclusividade ou de monogamia**, como requisito para o reconhecimento jurídico desse tipo de relação afetiva inserta no mosaico familiar atual, independentemente de se tratar de relacionamentos hétero ou homoafetivos. [...] (RE 1045273, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 21/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-066 DIVULG 08-04-2021 PUBLIC 09-04-2021). (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2021, grifo nosso).

Nesse contexto, além de não haver o reconhecimento de relações simultâneas, ainda que, nesse caso, a filiação não seja afetada, prevalece a falta de reconhecimento dos trisais ou uniões poliafetivas enquanto entidades familiares, pois estaria em desacordo com os preceitos supracitados. Admite-se, contudo, no âmbito da doutrina que “Estamos em um momento de grandes mudanças na sociedade, com formações diferenciadas de pares afetivos. Os trisais estão entre essas configurações que demandam novas soluções do Direito.” Percebe-se, contudo, que ainda existe certa aversão social, a esse tipo de relacionamento e que muitas controvérsias e complexidades envolvem o seu reconhecimento jurídico. Isso não quer dizer, contudo, que esta situação não mereça “acomodação e tutela diferenciada, tanto agora quanto no porvir das relações familiares.” (CALDERÓN in IBDFAM, 2022, s.p.).

Apesar disso, em julho de 2022 uma criança “fruto de uma união afetiva entre três pessoas, foi registrado em um cartório de Londrina, no norte do Paraná, com três sobrenomes. O nascimento, compartilhado pelos pais nas redes sociais, acendeu debates sobre a multiparentalidade e as diferentes configurações familiares.” (IBDFAM, 2022).

Isso aconteceu mesmo diante da Recomendação do Conselho Nacional de Justiça, em 2018, no sentido de que suspendessem o registro de qualquer tipo de documento que declarasse a união estável de 3 pessoas ou mais. Sendo assim, conclui-se que, atualmente, ainda que o trisal não seja reconhecido juridicamente como entidade sujeita de direitos, não equiparando-se aos casais, em matrimônio ou união estável, seus filhos podem vislumbrar certa proteção e amparo em razão da possibilidade da multiparentalidade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Portanto, com base nas informações obtidas com a pesquisa, e a análise das mesmas, é evidente que a formação parental da sociedade atual já se mostra bastante desenvolvida. Especialmente considerando que a Lei Maior desta nação data do ano de 1988, e certamente retrata outra realidade social, diferente da qual vive-se hoje. Entretanto, o Princípio da Monogamia ainda orienta muitas decisões e define o que é (ou não é) família. Diante disso, não vê como possível a formação de trisais como unidade familiar sujeita de direitos. Apesar disso, caminha-se no sentido de reconhecer direitos como a parentalidade. É arriscado afirmar que tal interpretação do princípio supracitado seja errônea, ou até inadequada. O que é possível afirmar com os dados da pesquisa, é que a parentalidade pode ser exercida de diversas maneiras, desde que o principal pilar de sua formação seja a afetividade. Assim, pode-se esperar que o Princípio da Afetividade tome cada vez mais espaço dentro do ordenamento jurídico pátrio, sendo de fato a base essencial das relações humanas.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 19 mai. 2023.

BRASIL. RESOLUÇÃO Nº CJF-RES-2015/00339 de 10 de fevereiro de 2015. Brasília, DF: Conselho de Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/publico/biblioteca/Res%20339-2015.pdf>. Acesso em 19 mai. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Supremo reconhece união homoafetiva.

Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931&ori=1#:~:text=Os%20ministros%20do%20Supremo%20Tribunal%20Federal%20%28STF%29%2C%20ao,a%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel%20para%20casais%20do%20mesmo%20sexo.> Acesso em 19 mai. 2023.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Provimento Nº 63 de 14/11/2017. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 2017.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, v.5. São Paulo. Editora Saraiva jur, 2021.

FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas. Princípios Jurídicos. REVISTA UNIARA, n.20, 2007. Disponível em:

[https://www.uniara.com.br/legado/revistauniara/pdf/20/RevUniara20\\_03.pdf#:~:text=Para%20n%C3%B3s%20princ%C3%ADpio%20%C3%A9%20uma%20norma%20com%20alto,efic%C3%A1cia%20pode%20ser%20concretizado%20e%20gerar%20direitos%20subjativos.](https://www.uniara.com.br/legado/revistauniara/pdf/20/RevUniara20_03.pdf#:~:text=Para%20n%C3%B3s%20princ%C3%ADpio%20%C3%A9%20uma%20norma%20com%20alto,efic%C3%A1cia%20pode%20ser%20concretizado%20e%20gerar%20direitos%20subjativos.) Acesso em 19 mai. 2023.

GUEDES, Elida Garbo. O que é Parentalidade? Disponível em:

<https://materonline.com.br/o-que-e-parentalidade/>. Acesso em: 25 mai. 2023.

IBDFAM. Instituto Brasileiro do Direito de Família. Multiparentalidade: filho de trisal é registrado com os três sobrenomes no Paraná. Publicado em 21/07/2022. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/noticias/9887/Multiparentalidade%3A+filho+de+trisal+%C3%A9+registrado+com+os+tr%C3%AAs+sobrenomes+no+Paran%C3%A1#:~:text=Os%20filhos%20de%20trisais%20de,nem%20pelos%20provimentos%20do%20CNJ.> Acesso em: 25 mai. 2023.

MADALENO, Rolf. Direito de Família. 12. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MESTRINER, Angelo. Como funciona a relação e os direitos do trisal? Disponível em: [https://angelomestriner.adv.br/blog/blog\\_1215-trisal-tudo-que-voce-precisa-saber.html](https://angelomestriner.adv.br/blog/blog_1215-trisal-tudo-que-voce-precisa-saber.html). Acesso em 19 mai. 2023.

PARO, Felipe Martin; FERREIRA, Vivianne. Os dez anos do reconhecimento das famílias homoafetivas pelo STF. Folha de São Paulo. Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/05/os-dez-anos-do-reconhecimento-das-familias-homoafetivas-pelo-stf.shtml>. Acesso em 19 mai. 2023.

TEIXEIRA, Bianca. Adoção conforme o ECA. Jusbrasil. Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/adocao-conforme-o-eca/641578573>. Acesso em 19 mai. 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000

## IMPORTÂNCIA DAS REDES DE PROTEÇÃO ÀS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR<sup>1</sup>

*Michele Fogaça da Silva<sup>2</sup>*

*Orientadora: Profa. Dra. Rosângela Angelin<sup>3</sup>*

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O trabalho aborda o tema violência doméstica e familiar, delimitando-se à análise das contribuições das redes de proteção às mulheres no Brasil, a partir de estudo monográfico, baseado em consultas de obras, artigos e legislações pátrias. O questionamento condutor é o seguinte: Quais são as principais contribuições e os limites encontrados nas redes de proteção contra a violência doméstica e familiar contra mulheres no Brasil, as quais estão previstas pela Lei Maria da Penha?

### REFERÊNCIAL TEÓRICO

As relações entre homem e mulher foram marcadas pela visão do patriarcado, que segundo Giddens (2003), imprimiu elevado grau de complexidade às relações humanas, gerando diferenças epistemológicas e ontológicas entre as pessoas, formando as bases do conhecimento e a identificação das coisas como realmente existiam, dando sentido à sociedade e à construção do ser. Este contexto, para Barreda (in: OPIELA [Org.], 2012, p. 101), orientou a construção das relações de gênero ao longo do tempo, produzindo e reproduzindo ações de desigualdade, dominação e subordinação. E fez da violência de gênero, uma questão cultural de atribuição de papéis diferenciados e discriminatórios impostos a homens e mulheres, e supervalorização dos papéis masculinos em detrimento dos femininos. As restrições às mulheres marcaram tanto a história da humanidade que, Maders, Gimenez e Angelin (2019) observam que, o poder patriarcal estabeleceu que o corpo das mulheres servisse unicamente para dar prazer aos homens e gerar sua prole, alimentando a ideia da inferioridade feminina, ainda hoje existente na sociedade.

A Lei Maria da Penha com o objetivo de criar um mecanismo para combater a violência doméstica e familiar contra as mulheres, amparada no art. 226, § 8º, da Constituição Federal de 1988 e na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência Contra a Mulher, representa a luta de uma mulher (Maria da Penha), vítima de violência doméstica. Hoje esta lei é reconhecida pelas Nações Unidas para combater a violência contra a mulher. Popular e ativa, ela é conhecida por 98% das mulheres. (MORENO, 2014). A lei destina-se a toda mulher e, é responsabilidade das autoridades públicas a garantia de seus direitos e por fim a negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, para que esta possa exercer plenamente seus direitos. Também, configura os espaços e situações em que a agressão é classificada como violência doméstica: violência

---

<sup>1</sup> O presente trabalho é um extrato do trabalho monográfico da autora no Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), campus Santo Ângelo/RS.

<sup>2</sup> Bacharela em Direito, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) – Câmpus de Santo Ângelo. E-mail: mihfogaca@gmail.com

<sup>3</sup> Doutora em Direito. Professora Orientadora do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) – Câmpus de Santo Ângelo. Email: rosangela@san.uri.br

doméstica e familiar contra a mulher é qualquer ação ou omissão baseada em gênero que lhe cause morte, lesão ou sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. (BRASIL, 2006). Trouxe fôlego ao debate sobre a permanência do patriarcado na contemporaneidade, gerador de relações conturbadas, nas quais a mulher é a parte mais vulnerável. (ÁVILA, 2018). Para garantir a eficiência e a efetividade das medidas estabelecidas, endurece as sanções e proíbe a aplicação de multas, sujeitando os infratores às penalidades pessoais. (CARNEIRO; FRAGA, 2012). A Lei Maria da Penha institui medidas protetivas de urgência (mudança de casa, residência, proibição de acesso às vítimas e restrição ou suspensão de visitar membros da família). (BRASIL, 2006; MATIAS JÚNIOR, 2016). Esta lei vem sendo alterada para seu fortalecimento. A Lei nº 13.505/2017 acrescentou dispositivos sobre o direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar – atendimento policial e pericial especializado (MUDANÇAS..., 2021). Outras leis preveem como crime, a conduta do agente que descumprir medida protetiva imposta, e a violação da intimidade. (BRASIL, 2018). Também, se estabeleceu a obrigatoriedade do agressor frequentar centros de educação e de reabilitação, o registro de imediato, pela autoridade policial, das medidas protetivas de urgência em favor da mulher em situação de violência. (BRASIL, 2022). A seguir, analisam-se as contribuições e limites das redes de proteção às mulheres.

As políticas públicas e a integração do sistema de proteção de direitos com outros órgãos, derrubam barreiras e facilitam a igualdade. (SCHMITT, 2014). A Lei Maria da Penha apoiada por movimentos sociais reflete a necessidade de repensar as relações de gênero e a cultura de poder masculino perverso. O tratamento diferenciado da legislação confere à mulher o reconhecimento da existência de um papel social artificial, que a subordina familiar e econômica, atribuem encargos da casa e criação dos filhos. Essa cultura discriminatória, somada a dificuldade emocional de lidar com problemas familiares, mediante o diálogo e o respeito, gera ambiente à violência crescente no ambiente doméstico (ameaças, agressões e humilhações), viola direitos humanos básicos e corrói a sociedade. A Lei Maria da Penha reconhece a existência de um conjunto de poder simbólico, interiorizado desde a infância, que fragiliza e torna dependente a mulher, na relação de gênero, utilizado para justificar a desnecessidade de interferência efetiva do Estado para quebrar este ciclo. (ÁVILA, 2018). Juntam-se à situação discriminatória persistente, o reconhecimento de desigualdades entre as mulheres (renda, raça, cor, moradia, educação, sexo), que na falta de uma educação consistente, geram injustiça e discriminação, estando as raízes nas desigualdades de gênero. Leis foram criadas para classificar e criminalizar certas práticas, a dificuldade em cumpri-las, enfraquece-as, é preciso revigorá-las e rejeitar às práticas que violam os direitos humanos. (SCHMITT, 2016). A Lei Maria da Penha é a forma legal de proteger os direitos das mulheres, mas o aumento das ocorrências de violência doméstica e interpessoal traz preocupações quanto a sua aplicabilidade. Contudo, sua relevância como mecanismo de garantia à proteção das mulheres não pode ser negada. É fundamental que sua aplicabilidade seja discutida e contextualizada face à realidade. (CARNEIRO; FRAGA, 2012). A garantia da aplicação intersetorial de políticas favoráveis às mulheres, requer uma sociedade livre de preconceitos, discriminação ou exclusão. A Constituição Federal de 1988 dispõe sobre a igualdade de direitos entre homens e mulheres, mas a cultura patriarcal determina o avanço ou a estagnação da liberdade das mulheres. (SCHMITT, 2016). Na sequência, como funcionam as redes de proteção contra a violência doméstica e familiar contra mulheres no país.

Um olhar sobre a rede de proteção contra a violência doméstica e familiar contra mulheres no país evidencia que “a rede de proteção às mulheres é um conjunto de mecanismos de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar, oferecido por meio de instituições e serviços ao redor de todo o país.” (BRASIL, 2016, s.p.). A atuação dessas redes de proteção é articulada entre as instituições/serviços governamentais, não governamentais e a comunidade. (PARANÁ, 2021). A Lei Maria da Penha estipula a criação e manutenção de redes de proteção às mulheres vítimas de violência no Brasil, razão da existência de políticas públicas para esse segmento, como a Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180. (LOPES, 2011). Algumas redes de proteção contra a violência doméstica e familiar servem de exemplo: em São Paulo, SP, Centros de Referência da Mulher (CRM), Centros de Cidadania (CCM), casa de passagem, casa de abrigo sigiloso para mulheres em situação eminente de morte. Nos CRMs, as vítimas de violência doméstica recebem atendimento psicológico, social e orientação jurídica. Os CCMs trabalham à questão da autonomia e a independência emocional e financeira. (SÃO PAULO, 2019). As redes de proteção de mulheres vítimas de violência doméstica e familiar se compõem de diversas iniciativas públicas, nos estados e municípios, nos limites de suas competências (centros de atendimento integral e multidisciplinar para mulheres e dependentes em situação de violência doméstica e familiar; casas abrigos; delegacias, núcleos de Defensoria Pública, serviços de saúde centros de perícia médico-legal especializados; programas e campanhas de enfrentamento da violência; e centros de educação e de reabilitação para agressores). (BRASIL, 2006, s.p.). No Paraná, as redes de proteção às mulheres agregam Casas Abrigo e o Aplicativo do Pânico Paranaense – APP 190 (PARANÁ, 2021). No Rio Grande do Sul, existe a Rede Lilás que articula serviços públicos e ações coordenadas junto às instituições de acesso à segurança, à saúde, à educação, à assistência social, à justiça e ao mundo do trabalho; programas estaduais (Ônibus Lilás, Telefone Lilás). Existe o Centro Estadual de Referência da Mulher, um espaço de acolhimento, assistência psicológica e social, orientação e encaminhamento jurídico. No país existem apenas dois Centros Estaduais articuladores entre Município e Estado, o do Rio Grande do Sul e o da Paraíba. No *Guia para a Adesão de Políticas de Proteção às Mulheres nos Municípios*, é possível acessar informações sobre Casas Abrigo e outros serviços da Rede Lilás disponíveis em cada município gaúcho. (RIO GRANDE DO SUL, 2021). A rede de proteção às mulheres, não é uniforme em todas as localidades: São Gonçalo, RJ, um dos municípios mais violentos do Brasil, possui 10 unidades de atendimento para 101 unidades de saúde, há disparidades, não respondem às características da saúde da mulher. (NEVES, 2008 *apud* ALBUQUERQUE; FREIRE; PASSOS, 2014). Outro exemplo é São Borja, RS. A Federação das Mulheres do Rio Grande do Sul (FMG), em 2010, registrou que apenas 28% das mulheres agredidas no estado, naquele período denunciaram o agressor. Fica evidenciado que as mulheres vítimas de violência precisam poder sair do anonimato, ser estimuladas a conhecer seus direitos e exigir que sejam respeitadas. (CARNEIRO; FRAGA, 2012). As medidas protetivas de urgência criadas pela Lei Maria da Penha são revolucionárias, impõem responsabilidade direta aos agressores. (ÁVILA, 2018). As iniciativas públicas criadas a partir da Lei Maria da Penha para a proteção das vítimas evoluíram, mas ainda há um caminho a percorrer para a universalização da proteção às mulheres vítimas de agressores no âmbito doméstico e familiar.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reflexão feita a partir dos resultados encontrados aponta que, historicamente, reproduziram-se atitudes de desigualdade, dominação e subordinação para com as mulheres, a partir da construção social dos papéis atribuídos ao gênero, os quais foram impostos discriminadamente a homens e mulheres, onde a atribuição masculina foi supervalorizada, enquanto a feminina, desprezada e subjugada. Neste contexto, surgiu a violência de gênero que culmina até os dias atuais nos atos de violência contra as mulheres.

A Constituição Federal de 1988 tutela as mulheres em diversos artigos e, a Lei Maria da Penha, institui mecanismos de combate à violência doméstica, esclarecendo os tipos de violência e espaços de agressão, aplicando penalidades aos sujeitos causadores dos crimes e criando serviços de amparo e assistência.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, A.S.; FREIRE, M.F.S.C.; PASSOS, R.G. *et al.* Violência doméstica e saúde das mulheres: uma análise da experiência do município de São Gonçalo. **O Social em Questão**, ano XVIII, n. 3, 2014.

ÁVILA, T. **Lei Maria da Penha**. Uma análise dos novos instrumentos de proteção às mulheres. EGOV-UFSC. 2018. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13477-13478-1-PB.pdf>. Acesso em: 18 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em: 18 out. 2022.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. CNJ Serviço: Conheça a rede de proteção à mulher vítima de violência. 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-conheca-a-rede-de-protecao-a-mulher-vitima-de-violencia/>. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.641, de 3 de abril de 2018**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.html). Acesso em: 18 out. 2022.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania. Lei Maria da Penha completa 16 anos e muda realidades de mulheres em situação de violência no país. **Legislação**, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2022/>. Acesso em: 17 mar. 2023.

CARNEIRO, A.; FRAGA, C. A Lei Maria da Penha e a proteção legal à mulher vítima em São Borja no Rio Grande do Sul: da violência denunciada à violência silenciada. **Serv.**, São Paulo, n. 110, 2012.

GIDDENS, A. **A Constituição da Sociedade**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOPES, I. **Rede de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres**. Brasília: Ideal, 2011.

MADERS, A. M.; ANGELIN, R. Violência de Gênero Contra Mulheres em Sociedades Plurais: Uma Análise da Lei Maria da Penha ao Longo de seu Decênio de Vigência no Brasil. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, a. 3, p. 167-202, 2017.

MADERS, A.M.; GIMENEZ, C.P.C.; ANGELIN, R.M. **Vulnerabilidade e direito fraterno**: (des) caminhos da violência à dignidade sexual e reprodutiva. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

MATIAS JÚNIOR, W. **Violência doméstica e a aplicabilidade da Lei Maria da Penha**. 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo/violenciadomestica-e-a-aplicabilidade-da-lei-maria-da-penha,55646.html>. Acesso em 18 out. 2022.

MORENO, R. A Eficácia da Lei Maria da Penha. **DireitoNet**, 2014. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8757/>. Acesso em: 15 mar. 2023.

MUDANÇAS na Lei Maria da Penha: 2006 a 2021. **Não se cale**, 2021. Disponível em: <https://www.naosecale.ms.gov.br/mudancas-na-lei-maria-da-penha-2006-a-2021/>. Acesso em: 15 mar. 2023.

OPIELA, C. V. **Derecho a la identidad de género**: Ley 26.743. Buenos Aires: La Ley, 2012.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Guia da rede de proteção às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, 2021. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/e>. Acesso em: 15 mar. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Guia para a adesão de políticas de proteção às mulheres nos municípios. **Gov.RS**, 2021. Porto Alegre: Famurs, 2021, Disponível em: [https://famurs.com.br/uploads/noticia/25238/CARTILHA\\_DA\\_MULHER.pdf](https://famurs.com.br/uploads/noticia/25238/CARTILHA_DA_MULHER.pdf). Acesso em: 23 jan. 2023.

SÃO PAULO (Município). Prefeitura da Cidade. **Lei Maria da Penha**: conheça a rede de proteção à mulher em SP. São Paulo: Prefeitura Municipal, 2019. Disponível em: [https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/direitos\\_humanos/noticias/?p=281377](https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/direitos_humanos/noticias/?p=281377). Acesso em: 4 abr. 2023.

SCHMITT, N. C. **A Influência da Cultura Patriarcal na Produção de Violências e na Construção de Desigualdades entre Homens e Mulheres**: Um Olhar dos Profissionais que Atuam na Rede de Proteção Social no Município de Araranguá/SC. 30 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-Graduação) - Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL, 2016.

## SEXUALIDADE E PUNIÇÃO: FOGUEIRA, CONFINAMENTO E ENCARCERAMENTO FEMININO

Paloma Silveira Pique Dourador<sup>1</sup>

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Uma história da punição foi contada por Michel Foucault, cujo início pode ser atribuído ao conjunto de aulas lecionadas, no período de 1972-1973, no *Collège de France*, as quais constituem a obra *A Sociedade Punitiva*. O apogeu de seus estudos genealógicos sobre a punição é encontrado na obra datada de 1975, *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. Deste modo, a pesquisa utiliza dos resultados advindos do projeto genealógico de Michel Foucault para expor a prisão como elemento não estático nesta história punitiva. O regime penal do período clássico ostentava quatro formas de táticas punitivas, com origens históricas diferentes, segundo sociedades próprias e com papéis específicos, sendo elas: o exílio, o sistema de compensação, o suplício e a prisão (FOUCAULT, Michel. 2020, p.227).

Conforme pontua Michel Foucault, foi somente nos primeiros anos do século XIX que os teóricos atribuíram à prisão o projeto de penalidade e condição de transformação psicológica e moral do delinquente, mesmo que ela já existia como principal instrumento de penalidade, de modo que ela era a reinterpretação de uma prática do aprisionamento que se disseminara nos anos anteriores (2020, p.233).

No entanto, para as mulheres a punição possui uma história atrelada a um estatuto próprio, do qual a sexualidade é um elemento presente. Este estudo utiliza da pesquisa desenvolvida por Silvia Federici na obra *Calibã e a bruxa: Mulheres, corpos e acumulação primitiva* (2017) e, também em *Mulheres e caça às bruxas* (2019), para compreender a transgressão sexual como elemento partilhado pelas mulheres condenadas por bruxaria.

Conforme Silvia Federici, a bruxaria era considerada um crime feminino, em que a figura da bruxa sendo uma mulher era enfatizada pelos demonólogos e, ainda, em relação às bruxas, as acusações de perversão sexual e infanticídio tinham um papel central e eram acompanhadas pela demonização das práticas contraceptivas (2017, p.324). O discurso de transgressão sexual que sustentou a perseguição de mulheres, sob o crivo da repressão ao exercício da sexualidade feminina sem fins reprodutivos não foi exclusivo da Igreja, encontrando no direito um grande aliado (FEDERICI, Silvia. 2017, p.299), como, por exemplo, a obra escrita em 1484 pelos inquisidores Heinrich Kramer e James Sprenger, *O Martelo das Feiticeiras (Malleus Maleficarum)*.

É sob a imagem das mulheres consideradas bruxas que podemos identificar indícios da punição voltada, majoritariamente para mulheres, na medida em que mais de 80% das pessoas julgadas e executadas na Europa, nos séculos XVI e XVII pelo crime de bruxaria, eram mulheres (FEDERICI, Silvia. 2017, p.323) e, curiosamente, como aponta Isabel Laragnoit (2020, p.44), apesar da absurda caça às mulheres consideradas bruxas na Inquisição, entre o final da Idade Média e o século XIX, não

---

<sup>1</sup> Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas (PPGD - FDSM). Área de concentração: Constitucionalismo e Democracia. Linha de pesquisa: Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. E-mail: palomaspd@gmail.com

houve qualquer pensamento criminológico no sentido de estudar a repressão e perseguição dessas mulheres.

Para Carolina Rocha Silva (2017, p.70), os inquisidores não viam na figura da bruxa apenas uma pessoa que realizava magia prejudicial, mas também uma mulher que realizava um pacto diabólico, através do qual se tornava serva do mal. Lucía Tosi (2012, p.375) identifica que a sexualidade incontrolável da mulher era um dos elementos que a tornava a vítima privilegiada de Satã.

Soraia da Rosa Mendes (2017, p.147) aponta que nenhuma mulher escapou da custódia que caía sobre ela, sendo ela tida como bruxa ou não. Assim, mesmo a esposa, a mãe ou a filha dedicada trazia consigo o pecado original e, portanto, era vigiada de muito perto. O projeto de custódia instalado no final da Idade Média confinou mulheres ao espaço doméstico, constituindo carcereiros e impondo o trabalho como forma de melhoramento para sua periculosidade (MENDES, Soraia da Rosa. 2017, p.141).

Da fogueira ao confinamento, as mulheres encontraram espaço no fenômeno do encarceramento. Portanto, antes do termo encarceramento surgiu o confinamento, isto é, apesar do encarceramento em seu estágio atual — com características e especificidades próprias — se tratar de um fenômeno inconcebível em outros momentos punitivos, é possível identificar outras espécies de privações de liberdade fundamentadas no perigo apresentado pelas mulheres. Nesse sentido, Soraia da Rosa Mendes (2017, p.145), a partir dos estudos realizados sob a ótica da criminologia feminista, elucida que a reclusão (muitas vezes perpétua), no contexto de uma política de correção que oscilava entre a casa e o convento, já era destinada às mulheres séculos antes do advento do capitalismo industrial e das consideradas primeiras instituições prisionais.

Conforme os estudos criminológicos de Cesare Lombroso e Guglielmo Ferrero, a sexualidade feminina ainda era um vetor presente na análise da transgressão nos primeiros momentos do cárcere feminino, uma vez que a obra *A mulher delinquente: A prostitua e a mulher normal* aponta para presença de uma sensibilidade sexual superior à das mulheres normais em prostitutas e criminosas (2022, p.349).

Dados coletados até agosto de 2022 colocaram o Brasil na Lista Mundial de Aprisionamento Feminino, como terceiro país com a maior população prisional feminina do mundo, sendo, portanto, possível trabalharmos com o conceito de encarceramento feminino. Assim, retornar à história da punição feminina a partir da lente de leitura da sexualidade é um movimento necessário para responder questões atuais e urgentes sobre o sistema prisional feminino brasileiro.

## **REFERENCIAL TEÓRICO**

O referencial teórico utilizado pela pesquisa se perfaz na Criminologia Feminista em diálogo com pesquisas de cunho feministas, as quais se proponham a pensar o gênero enquanto recorte necessário para compreensão dos fenômenos punitivos. E, ainda, o estudo utiliza dos resultados filosóficos das pesquisas realizadas por Michel Foucault, principalmente no período conhecido como sua fase genealógica, para compressão do entrelaçamento entre punição e sexualidade feminina.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A partir do método dedutivo-exploratório de técnica bibliográfica, o estudo reconhece a hipótese da sexualidade como elemento presente na punição feminina, desde o movimento de caça às bruxas ao confinamento ao espaço doméstico, chegando, assim, ao sistema prisional feminino por meio do encarceramento. O estudo não buscou exaurir a temática, mas, pelo contrário, desenvolveu-se no sentido de iniciar um campo de investigações reconhecendo na sexualidade um elemento necessário para se pensar a história da punição feminina e, assim, tornar possível, novas respostas aos problemas próprios do sistema prisional em seu estágio atual.

## REFERÊNCIAS

- FAIR, Helen; WALMSLEY, Roy. **World female imprisonment list: Women and girls in penal institutions, including pre-trial detainees/remand prisoners.** Londres: Institute for Crime & Justice Policy Research, 2022. Disponível em: [https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world\\_female\\_imprisonment\\_list\\_5th\\_edition.pdf](https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_imprisonment_list_5th_edition.pdf). Acesso em: 29. mar. 2023.
- FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973).** Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão.** Tradução de Raquel Ramalheite. 42. Ed. Petrópolis: Vozes, 2018.
- FEDERICI, Silvia. **O Calibã e a bruxa: Mulheres, corpos e acumulação primitivo.** São Paulo: Editora Elefante, 2017.
- FEDERICI, Silvia. **Mulheres e caça às bruxas: da Idade Média aos dias atuais.** Tradução Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2019.
- KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras.** Tradução de Paulo Fróes. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2020.
- LARAGNOIT, Isabela. **Reflexões sobre encarceramento feminino no Brasil.** Rio de Janeiro, 2020.
- LOMBROSO, Cesare. FERRERO, Guglielmo. **A mulher delinquente: a prostituta e a mulher normal.** Tradução de Antonio Fontoura. Curitiba: Antoniofontoura, 2022.
- MENDES, Sorais da Rosa. **Criminologia Feminista: novos paradigmas.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.
- SILVA, Carolina Rocha. **As noivas de Satã: bruxaria, misoginia e demonização no Brasil colonial.** Dossiê Especial Cadernos de Estudos Sociais e Políticos: *Clássicas*, v. 6, n. 11, p. 68, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/CESP/article/view/32869>. Acesso em 29.mar. 2023.
- TOSI, L. **Mulher e ciência: a revolução científica, a caça às bruxas e a ciência moderna.** Cadernos Pagu, [S. l.], n. 10, p. 373, 2012. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/4786705>. Acesso em: 29. mar. 2023.

**GT5: DIREITOS CULTURAIS E IDENTIDADE NA PÓS-  
MODERNIDADE**

## O CONFLITO ENTRE O DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA E O DIREITO À SAÚDE NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19

*Vitória Maria Viana França<sup>2</sup>*

*Juliana Franck Brandão<sup>3</sup>*

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo tem como tema o conflito entre os direitos fundamentais, liberdade religiosa e direito à saúde, no contexto jurídico da pandemia de COVID-19 (corona-vírus). Dessa forma, diante da crise sanitária mundial iniciada em março de 2020, quando foi notificado o primeiro caso de infecção, os governos em âmbito federal, estadual e municipal tiveram que adotar medidas para conter a propagação do vírus, tendo em vista que se tratava de uma tragédia mundial que se prolongava por vários dias com o número de óbitos crescente.

Durante o período de pandemia mundial, observou-se o crescimento do número de caso submetidos ao crivo do Supremo Tribunal Federal Brasileiro (STF), tendo em vista se tratar de uma situação excepcional que trouxe consigo diversas discussões sobre a relativização de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

Nesse panorama de colisão de direitos fundamentais, a determinação do fechamento de igrejas e templos religiosos pelo Poder Público foi uma questão amplamente discutida, o que pois em conflito dois importantes direitos fundamentais. De um lado tinha-se a liberdade de culto e de reunião que são essenciais à prática religiosa, e de outro a necessidade de restringir a circulação de pessoas para controle e diminuição do contágio pelo vírus como forma de defender o direito à saúde.

Esse conflito de direitos evidenciou, de certa forma, as principais críticas às medidas adotadas pelo Poder Público e levantou a questão acerca dos limites do exercício de soberania e de restrições de direitos fundamentais em tempos de exceção sanitária. Tanto é assim que, foi pauta da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 811, proposta pelo Partido Social Democrático (PSD) perante ao Supremo Tribunal Federal.

Motivado pela pertinência social e atualidade do debate, bem como pela profunda importância dos direitos fundamentais ora em comento, o presente estudo buscou discorrer sobre os principais aspectos envolvendo a colisão de direitos fundamentais durante o período de pandemia, haja visto que a Constituição Federal não estabelece hierarquia entre as normais fundamentais, sendo necessário a atuação da doutrina e dos tribunais para solução desses impasses.

Dessa forma, o estudo se trata de uma pesquisa bibliográfica qualitativa exploratória, por meio da qual buscou-se analisar a natureza dos direitos fundamentais, liberdade religiosa e direito à saúde e a colisão desses direitos no caso

---

<sup>2</sup> Graduanda do Curso de Bacharelado em Direito. Universidade Estadual do Piauí. vianavitoriamaria@gmail.com

<sup>3</sup> Docente do Curso de Bacharelado em Direito. Universidade Estadual do Piauí. juuliana\_franck@hotmail.com

concreto da ADPF 811. Além disso, analisou-se a técnica de ponderação e como a doutrina e a jurisprudência tem se posicionado na resolução desses conflitos.

## REFERENCIAL TEÓRICO

Os direitos fundamentais são definidos como normas jurídicas relacionadas à ideia de dignidade da pessoa humana e limitação do poder. Nesse sentido, destaca-se sua natureza irrenunciável e inalienável, contudo, evidencia-se que tais direitos ora em estudo não possuem caráter absoluto.

Ademais, são considerados como direitos inerentes a todos os seres humanos e possuem como principal objetivo a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, sem os direitos fundamentais o homem não conseguiria viver, conviver e, em alguns casos, sobreviver (BULOS, 2007).

Embora expresso o caráter abrangente dos direitos fundamentais, insta pontuar acerca da possibilidade de que estes podem ser objetos de limitação, não sendo, pois, absolutos, tendo, por exemplo, o direito à vida que possui limitação no inciso XLVII, a, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada (BRANCO, 2007).

Nesse contexto, os direitos fundamentais, enquanto princípios, possuem como uma de suas principais características a relatividade, ou seja, não dispõem de caráter absoluto. Nessa perspectiva, os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Carta Magna não são ilimitados, uma vez que seus limites são encontrados nos demais direitos igualmente consagrados pela Lei Maior (MORAES, 2003). Por isso, não raramente os direitos fundamentais entram em colisão entre si ou colidem com outros valores também protegidos constitucionalmente (MASSON, 2020).

Robert Alexy (2015), em sua obra “Teoria dos direitos fundamentais” estabelece alguns critérios para solucionar a colisão entre dois princípios constitucionais, o conflito entre regra e regra e a colidência entre princípio e regra. Desse modo, o autor determina que diante de uma colisão entre princípios previstos em uma mesma Constituição, deverá ser realizado o sopesamento entre eles de forma que seja analisado no caso concreto qual princípio possuirá “maior peso”. Cumpre frisar que nenhum dos princípios irá deixar de existir, apenas diante da situação fática um prevalecera em detrimento do outro, mas ambos coexistirão no ordenamento jurídico.

No contexto de pandemia, ao analisar a colisão entre os direitos fundamentais liberdade religiosa e direito a saúde observa-se que a decisão de restringir os cultos religiosos durante o contexto pandêmico reflete uma clara violação de um preceito fundamental da constituição. Em contrapartida, em um cenário de crise sanitária, a limitação de alguns dos direitos fundamentais se fundamenta na necessidade de proteger a vida humana e garantir o direito à saúde de todos os indivíduos.

Destarte, o direito à liberdade religiosa está previsto no artigo 5º, inciso VI da Constituição Federal da República, sendo um direito imprescritível e inalienável que possui como objetivo proteger os cidadãos contra interferências indevidas do Estado em suas ideologias religiosas. Ou seja, esse direito consiste no posicionamento estatal neutro e independente diante da pluralidade de religiões e concepções filosóficas referentes a fenômenos sobrenaturais.

Toda via, vinculado ao direito a vida encontra-se o direito a saúde, sendo este um direito de todos e dever do Estado que deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário as ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Além disso, é fundamental mencionar que o direito a saúde está previsto no rol de direitos sociais da Constituição Federal, o que demonstra a relevância e a importância desse direito na vida dos brasileiros.

Sob a análise do dever fundamental do Estado em proporcionar a saúde, conforme disposto no art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil, é visível que o advento do direito à saúde, atuando como direito fundamental norteador, assegurou ao indivíduo o direito à proteção da saúde, no entanto, também vinculou ao Estado a imposição de prover tal cobertura, de modo concreto. Nesta seara, a saúde é direito inalienável de toda e qualquer pessoa e visa assegurar o bem-estar e o desenvolvimento social e mental, visando uma sociedade justa e igualitária.

No Brasil, durante a pandemia de COVID-19 no que tange a colisão entre Liberdade Religiosa e Direito à Saúde o Plenário do Supremo Tribunal Federal do Brasil (STF), ainda no ano de 2020, na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) 6341, decidiu que os estados e municípios teriam competência para legislar e adotarem medidas sanitárias voltadas ao enfrentamento da COVID-19.

O estado de São Paulo, dentre as 27 federações do país, foi o único que chegou a proibir, de fato, a presença de público durante as celebrações religiosas durante determinado período da pandemia. A decisão é do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, por meio do Juiz Randolpho Ferraz de Campos. O juiz afirmou durante sua decisão o fato que aconteceu na Coreia do Sul, onde apenas um evento religioso gerou 3 mil testes positivos. Nos demais estados brasileiros ocorreram apenas restrições, sendo necessário limitar o número de pessoas durante as celebrações e manter o distanciamento social.

No panorama da COVID-19, a ADPF 811 foi proposta pelo PSD, em cumprimento ao requisito de legitimidade para propositura da ação e distribuída ao Relator Ministro Gilmar Mendes. A ação contesta o artigo 2º, inciso II, “a”, do Decreto n. 65.563/2021 do Estado de São Paulo, que estabelece algumas medidas restritivas para enfrentamento da Pandemia da COVID-19 no estado de São Paulo. O referido inciso estabelece restrição a missas e outras atividades religiosas na sua modalidade presencial (RODRIGUES, 2021).

O Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ADPF 811. O julgado mencionado, trata sobre a restrição de cultos presenciais e foi considerado procedente apenas pelos ministros Nunes Marques e Dias Toffi. O relator da ADPF, ministro Gilmar Mendes, ao iniciar seu voto enfatizou os últimos números, na época, da Covid-19 no Brasil. Ademais, o relator argumentou sobre a “dúplice dimensão do direito à liberdade religiosa”. O conceito então mencionado considera que o direito à liberdade religiosa possuiria duas dimensões, a interna, que se trata de uma liberdade absoluta, cuja qual o Estado não pode intervir, e a externa, que consiste propriamente na liberdade de confissão e de culto.

O Ministro Nunes Marques, em seu voto, destacou que a sociedade assim como está vivendo a pior crise sanitária dos últimos cem anos, também está em uma das maiores crises dos direitos individuais e coletivos dos últimos cem anos. O ministro

ainda destacou que houve “extravasamento das leis e da Constituição”. Em continuidade, o ministro Alexandre de Moraes, realizou seu voto em concordância ao voto do relator. O ministro afirmou que o que estaria em jogo seria a defesa da vida, da saúde e de todos os brasileiros, independentemente da crença ou da religião. Para mais, o Ministro Edson Fachin, também deferiu seu voto enfatizando que as restrições não seriam somente para os templos religiosos, mas para qualquer atividade que pudesse provocar aglomerações. Ademais, o ministro Luís Roberto Barroso, afirmou durante seu voto que a população brasileira estaria pagando com vidas pelo negacionismo e pelo atraso em tomar medidas. O mesmo destacou, ainda, que a liberdade religiosa não contempla restrições externas, já a liberdade de culto, sim, e precisa ceder a outras demandas da sociedade.

Feita a análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 811, observou-se que alguns pontos não foram mencionados por nenhum dos ministros. Inicialmente, destaca-se o fato da liberdade religiosa ser a expressão da liberdade de crença, ou seja, as dimensões, interna e externa, do direito à liberdade religiosa se completam, não sendo possível garantir uma sem a outra. Destarte, é importante destacar que, durante a pandemia, diversos direitos fundamentais conflitaram, sendo essencial observar até que ponto tais direitos podem ser restringidos ou flexibilizados. No caso da liberdade religiosa, de acordo com o art. 18º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, as restrições ao direito da liberdade religiosa devem cumprir requisitos tais como, estar previstas em lei, serem necessárias à proteção da segurança, ordem e saúde pública ou da moral e das liberdades e direitos fundamentais de outrem, bem como possuir uma justificativa plausível para a restrição e demonstrar que não há outra medida como alternativa.

Diante do contexto apresentado, é evidente que a decisão de restringir os cultos religiosos durante o contexto pandêmico reflete uma clara violação de um preceito fundamental da constituição brasileira. Em contrapartida, no atual cenário de crise sanitária, a limitação de alguns dos direitos fundamentais se fundamenta na necessidade de proteger a vida humana e garantir o direito à saúde de todos os indivíduos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O estudo evidenciou que devido a pandemia de COVID-19 (corona-vírus) foi necessário a imposição de restrições aos locais que recebiam grande número de pessoas, dentre eles, igrejas, templos e locais de realização de atividades religiosas coletivas. É importante frisar que a medida tomada no Brasil, mais especificamente no estado de São Paulo, imposta pelo Decreto n. 65.563/2021, é semelhante à decisão tomada em diversos outros países que comprovaram pessoalmente o quanto a reunião de pessoas nesses locais oferece risco e acelera a transmissão do vírus.

No entanto, destaca-se que a religião é manifestação coletiva, sendo necessária para o desenvolvimento da humanidade e constituindo um importante meio para a compreensão dos fenômenos naturais. Além disso, se observa que devido as mudanças e revoluções históricas, cada vez mais o Estado e a religião foram se afastando, como no caso do Brasil em que o Estado permaneceu laico.

Por meio do estudo buscou-se compreender acerca dos limites dos direitos fundamentais a partir do conceito de sopesamento e ponderação de direitos. A observação em torno da possibilidade de restrição de algum dos direitos fundamentais demonstrou que como dispõe a ADPF n. 811/SP, não há violação de preceito fundamental, visto que em um dado caso concreto, quando ocorre o conflito entre dois direitos fundamentais, é realizado o sopesamento, de modo a descobrir qual direito deve prevalecer na situação em específico.

De acordo com o princípio da Unidade da Constituição, todas as normas que estão inseridas dentro do texto constitucional, apresentam o mesmo nível hierárquico. Nesse sentido, no que tange a forma de solucionar o conflito entre direitos fundamentais, a técnica aplicada será a de ponderação desses direitos e sopesamento entre eles. Sabe-se que os direitos fundamentais são o eixo de proteção da dignidade da pessoa humana e que são pressupostos fundamentais para a construção do Estado Democrático de Direito. No entanto, muito embora esses direitos sejam inerentes à pessoa humana, eles não possuem caráter absoluto, haja visto que, como já mencionado anteriormente, esses direitos podem sofrer restrições e limitações a sua efetividade quando for necessário.

A excepcionalidade trazida pela pandemia de COVID-19, não só no Brasil, mas também em contexto mundial, instaurou um quadro de calamidade pública, o que proporcionou força suficiente para ampliar os poderes dos Estados e permitir a adoção de medidas excepcionais. É evidente que o principal objetivo na aplicação dessas restrições era garantir a saúde coletiva e evitar o alastramento do vírus.

Por fim, cumpre destacar que as restrições impostas pelo Poder Público se trataram de medidas temporárias diante da dimensão da pandemia de COVID-19. Dessa maneira, as decisões jurídicas optaram por se basear em um razoável consenso científico que estabeleceu os riscos de contaminação durante atividades coletivas. Fica evidente, portanto, que com a proibição de cultos religiosos, o intérprete da norma não tinha a intenção de impedir o exercício do direito à liberdade religiosa e sim de preservar o direito à saúde e a vida do máximo de pessoas.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 1 ed. 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo; Saraiva, 2007.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 8 ed., Salvador: JusPODIVM, 2020.

MORAIS, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 61

RODRIGUES, Lara de Andrade S; GOMES, Fábio Cantizani. **O Direito Fundamental à Liberdade Religiosa em tempos de pandemia.** Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca. 2021.

## **POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO À SAÚDE: UMA ANÁLISE DA EXCLUSÃO DE CORPOS A PARTIR DO PENSAMENTO DESCOLONIAL**

*Cláudia Marília França Lima Marques<sup>1</sup>*

*Janaína Machado Sturza<sup>2</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Ao longo da história, a saúde foi considerada um assunto privado. Todavia, com o avanço social, a percepção mudou e a saúde passou a ser vista como um direito fundamental de todos os cidadãos, garantido pelo Estado. A Constituição Brasileira de 1988 é um exemplo importante dessa mudança. Em seu artigo 196, a saúde é definida como um direito de todos e dever do Estado, que deve garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde por meio de políticas públicas.

Assim, nota-se que todas as pessoas devem receber atendimento humanizado e respeitoso em qualquer unidade de saúde no Brasil. Entretanto, ainda há uma dificuldade em alcançar a universalidade da saúde devido a inúmeros fatores. Um dos motivos para essa inacessibilidade é o fato de o sistema de saúde ainda pensar o corpo de forma universal, considerando apenas o ideal criado pela lógica colonialista, resultando na exclusão de corpos que não se enquadram nesse padrão.

Nesse sentido, nota-se que, muitas vezes, o sistema não consegue contemplar a diversidade de demandas e necessidades dos diferentes grupos sociais, pois não leva em consideração os diferentes marcadores no desenho das políticas públicas de acesso à saúde. Isso implica na exclusão de determinados grupos sociais do acesso aos serviços de saúde, no agravamento das desigualdades sociais e na perpetuação de práticas discriminatórias no sistema de saúde.

Perante este contexto, a pesquisa tem o escopo de entender a lógica do colonialismo e da criação do corpo ideal criado, que exclui pessoas não incluídas neste padrão. Assim, a pesquisa reflete, sob o prisma do pensamento descolonial, acerca da necessidade de criação de políticas públicas que garantam um sistema de saúde que atenda todas as pessoas, independente do tipo de corpo que elas tenham.

Acerca da problemática, sabe-se que o corpo ideal é representado como branco e heteronormativo, desconsiderando marcadores de gênero, raça, classe, geração, sexualidade, entre outros, que são essenciais para garantir um acesso à saúde que atenda a todas as pessoas. Dessa forma, as políticas públicas devem levar

---

<sup>1</sup> Bolsista Capes Integral. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul, Ijuí/RS. Pós-Graduada em Direito Civil pela Universidade Dom Alberto, Santa Cruz do Sul/RS. Pós-Graduada em Direito Penal pela Universidade Dom Alberto, Santa Cruz do Sul/RS. Graduada em Direito pela Universidade de Cruz Alta, Cruz Alta/RS. E-mail: claudia.franca@sou.unijui.edu.br

<sup>2</sup> Pós doutora em Direito pela Unisinos. Doutora em Direito pela Universidade de Roma Tre/Itália. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas também pela UNISC. Professora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI, lecionando na graduação em Direito e no Programa de pós-graduação em Direito – mestrado e doutorado. Integrante da Rede Iberoamericana de Direito Sanitário. Integrante do grupo de pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). Pesquisadora Gaúcha FAPERGS – PqG Edital N° 05/2019 e Pesquisadora Universal CNPq – Chamada CNPq/MCTI/FNDCT N° 18/2021. E-mail: janasturza@hotmail.com.

em consideração esses marcadores, a partir do pensamento descolonial, a fim de evidenciar a diversidade dos corpos e garantir o direito à saúde a todas as pessoas.

A pesquisa é classificada como bibliográfica e qualitativa, uma vez que busca abordar a problemática por meio da interpretação de fenômenos relacionados, atribuindo significado a eles. É qualitativa porque considera a relação dinâmica entre o mundo real e a subjetividade do sujeito. Além disso, é bibliográfica, pois se baseia em fontes de informações secundárias, tais como livros e artigos científicos.

## REFERENCIAL TEÓRICO

Grosfoguel (2008) explica que o europeu, ao chegar na América, trouxe consigo as suas várias hierarquias globais enredadas e que este homem levou em consideração a sua perspectiva heterossexual, branca, patriarcal, cristã, capitalista e europeia para disseminar as suas ideias. Dessa forma, foi estabelecida uma estrutura de poder ampla e vasta nas Américas a partir do pensamento colonial.

Nesse sentido, mesmo que a maioria das colônias tenham se tornado Estados independentes e as administrações coloniais tenham sido quase todas eliminadas, os povos não-europeus ainda sofrem com a exploração e dominação europeia/euro-americana. As antigas hierarquias coloniais, que se baseavam na relação entre europeus e não-europeus, ainda estão presentes e enraizadas (QUIJANO, 2005).

Aníbal Quijano (2005), em seus estudos, comprovou que ainda vivemos em um mundo que mantém características do colonialismo, e precisamos ampliar nossa forma de pensar as relações coloniais para alcançar a descolonização, que é um sonho inacabado do século XX. Isso significa explorar novas possibilidades utópicas que não sejam limitadas pelo fundamentalismo eurocêntrico ou pelo "terceiro-mundismo".

É possível compreender o sistema-mundo atual como uma estrutura histórico-estrutural complexa, caracterizada por uma matriz de poder específica denominada "matriz de poder colonial" ou "padrão de poder colonial". Essa matriz afeta profundamente todas as esferas da vida social, incluindo a sexualidade, a autoridade, a subjetividade (QUIJANO, 2000).

Sobre o poder colonial, é necessário entender que a ideia de raça é utilizada para classificar as pessoas em uma ordem hierárquica, onde alguns grupos são considerados superiores e outros inferiores. Isso acaba se tornando um princípio organizador global e do sistema patriarcal. Ao contrário da perspectiva eurocêntrica, a raça, a diferença sexual, a sexualidade, a espiritualidade e a epistemologia não são fatores que se somam às estruturas econômicas e políticas do sistema capitalista global, mas são elementos fundamentais e integrantes do sistema patriarcal, capitalista, colonial e moderno europeu. Esses elementos estão entrelaçados e interligados em um pacote enredado (GROSFOGUEL, 2008).

Nesse sentido, no Brasil, uma ideologia racial foi implantada na sociedade durante o período colonial moderno, e acabou se tornando parte do nosso "inconsciente coletivo", com duas características principais: a normatização do corpo e a ideia de que há raças superiores e inferiores. (SOUZA, 2019).

Portanto, de acordo com os autores, o pensamento colonial ainda influencia a organização da nossa sociedade, sendo que a ideia de raça é utilizada para estabelecer uma hierarquia social, na qual alguns grupos são colocados em posição

superior em relação a outros que são considerados inferiores. A partir disso, surge a noção de que existe um tipo de corpo ideal, que é pautado pelos marcadores próprios do europeu branco, cristão e heterossexual.

No ponto, a ideia do corpo ideal tem reflexo direto no direito à saúde e o acesso universal. Souza (2019) levanta questões sobre o porquê de termos problemas em reconhecer corpos que não se enquadram na norma no desenho de políticas públicas de saúde e assistência médica.

Acerca da questão, Souza (2019) reflete que é essencial entender que a estrutura de poder estabelecida pelo colonialismo no Brasil resultou na formação de uma sociedade patriarcal, racista, sexista e heteronormativa, onde o corpo branco cis-heterossexual se tornou normatizado. Nesse sentido, a ideia de um corpo universal, que ignora os inúmeros atravessamentos que marcam os corpos dos indivíduos, produz efeitos nas práticas de saúde. Por isso, é essencial trazer o debate racial para o campo da saúde e reconhecer que a ideia de um corpo ideal foi construída pelo colonialismo, a fim de construir um sistema de saúde que acolha todos os tipos de corpos que circulam por lá.

Nesse contexto, em uma situação ideal, todas as pessoas deveriam receber atendimento humanizado e respeitoso em qualquer unidade de saúde, de acordo com os princípios de universalidade, equidade e integralidade (MELLO; GONÇALVES, 2012).

No entanto, mesmo com várias propostas de ações que buscam atender às discriminações diversas, ainda se pensa nos indivíduos de forma universal no mundo real das políticas públicas. Assim, embora haja uma tendência em reconhecer as singularidades identitárias, como raça, gênero e geração, dentro das políticas universais do governo, essas diferenças geralmente não são abordadas de forma interseccional. Isso ocorre porque os projetos e ações raramente têm como objetivo combater múltiplas diferenças e desigualdades que se relacionam a diversas formas de discriminação e exclusão social ao mesmo tempo (MELLO; GONÇALVES, 2012).

Nesse sentido, o campo das políticas públicas é um lugar onde podemos ver claramente os desafios enfrentados por pessoas não privilegiadas por classe social, escolaridade, raça, etnia, orientação sexual, identidade de gênero ou nacionalidade, entre outras questões (MELLO; GONÇALVES, 2012).

Dessa forma, compreender as múltiplas dimensões da desigualdade social e a interseccionalidade entre elas é fundamental para o desenvolvimento de políticas públicas mais inclusivas e eficazes. Souza (2019), sobre isso, reflete que há a necessidade de se pensar acerca de como desenhar políticas públicas que visem atender o sujeito, atravessando por todos os múltiplos marcadores sociais de diferença.

A partir deste enfoque, é possível entender que há a necessidade de se repensar toda a formulação de políticas de saúde para sujeitos não universais. Mello e Gonçalves (2012) mostram que surge a necessidade de que as pessoas marcadas por diferenças sociais lutem pela sua humanidade e por seus direitos sociais, mesmo que esses direitos sejam considerados universais em regimes democráticos, muitas vezes, essas lutas sejam travadas de forma solitária na arena política.

Assim, é necessário redefinir o rumo da saúde coletiva e reformular as políticas e práticas em saúde, caminhando em direção à descolonização. Para isso, é preciso

repensar o projeto de nação que foi imposto pelos colonizadores europeus há mais de 500 anos (SOUZA, 2019).

Portanto, é fundamental reconhecer a existência de marcadores sociais no desenho das políticas públicas de saúde, refletindo sobre o direito à saúde a partir do pensamento descolonial, a fim de garantir o acesso pleno a todas as pessoas, independentemente de seus corpos e respeitando suas identidades múltiplas.

Em vista disso, para que haja uma efetiva garantia do direito à saúde para todas as pessoas, é preciso pensar em políticas públicas mais inclusivas, que considerem as singularidades identitárias e as intersecções das opressões, para garantir atendimento humanizado e respeitoso a todas as pessoas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A pesquisa teve o escopo de refletir, a partir do pensamento descolonial, acerca da existência de um corpo ideal, criado pela lógica do colonialismo. Esse padrão idealizado é baseado em características físicas específicas que foram valorizadas e difundidas como sendo superiores a outras, o que exclui pessoas que não se enquadram. A lógica colonizadora impacta a saúde das pessoas, pois os indivíduos que não se encaixam nesse padrão ideal são frequentemente discriminados e impedidos de acessar cuidados de saúde de forma plena.

Em um primeiro momento, a pesquisa refletiu que ainda vivemos de uma forma que mantém as características do colonialismo e precisamos ampliar a nossa forma de pensar as relações para alcançar a descolonização. Nesse sentido, no Brasil, há uma ideologia racial, que foi implantada durante o período colonial e cria uma normatização do corpo. A normatização do corpo reflete no direito à saúde, pois há problemas em reconhecer corpos que não se enquadram no padrão, no momento de desenhar políticas públicas de saúde e assistência médica.

Assim foi possível observar, primeiro, que é necessário reconhecer a influência do colonialismo na criação de normas e como isso se reflete nas práticas de saúde, onde muitas vezes os corpos que não se enquadram na norma são ignorados ou discriminados, impedindo que exista um acesso pleno à saúde.

Nota-se, assim, que é importante reconhecer a existência de marcadores de raça, gênero, sexualidade, religião, classe social, entre outros, no desenho de políticas públicas de saúde, a fim de atender às demandas dos diversos grupos sociais e corpos que compõem nossa sociedade. Dessa forma, ao considerar a existência de múltiplos marcadores sociais de diferença, é possível promover um atendimento mais humanizado e efetivo para todas as pessoas.

Conclui-se, assim, que o sistema de saúde brasileiro tem avançado na promoção da equidade e da inclusão, com a implementação de políticas públicas que buscam atender às necessidades de grupos vulneráveis. No entanto, ainda existem desafios a serem enfrentados para garantir um atendimento humanizado e respeitoso a todas as pessoas, sem qualquer tipo de exclusão.

## **REFERÊNCIAS**

GROSGUÉL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, v. -, n. 80, p. 115-147, 2008.

MELLO, L.; GONÇALVES, E. Diferença e interseccionalidade: notas para pensar práticas em saúde. *Revista Cronos*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, 2012.

QUIJANO, Aníbal. *Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005.

SOUZA, Flavia de Assis. O saber-corpo e a busca pela descolonização da saúde coletiva. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 8, p. 189-202, 2019. FapUNIFESP.

## **POBREZA ALÉM DA RENDA: ANÁLISE DA ABORDAGEM DE CAPACIDADES DE AMARTYA SEN E SUAS IMPLICAÇÕES SOCIAIS**

Priscila S. Biandaro<sup>1</sup>  
César Bisol<sup>2</sup>

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Este ensaio apresenta a Abordagem de Capacidades (AC) de Amartya Sen como um quadro para o desenvolvimento social. A Abordagem de Capacidades (AC) de Amartya Sen é um quadro teórico que vai além da renda ao avaliar a qualidade de vida e a pobreza, focando nas capacidades individuais. Essas capacidades representam as liberdades que permitem que as pessoas vivam de acordo com seus valores e preferências, seja escolhendo um estilo de vida ou realizando diversas funcionalidades. Embora a AC seja reconhecida como um avanço, sua operacionalização e a especificação clara das capacidades têm gerado debates.

A aplicação da Abordagem de Capacidades enfrenta desafios devido à falta de especificação clara das capacidades e seus indicadores. Vários teóricos argumentam pela necessidade de identificar capacidades específicas, estabelecer limites e definir as condições essenciais para sua realização. Além disso, propõe-se a adoção de abordagens contextuais, como a lista proposta por Martha Nussbaum, para complementar a AC de Sen. Assim, pergunta-se: como a Abordagem de Capacidades de Amartya Sen pode ser aplicada como um quadro para o desenvolvimento social? Esse questionamento guiará a discussão e análise realizadas no texto por meio de levantamento bibliográfico em bibliotecas, bancos de dados acadêmicos, periódicos científicos, catálogos online etc. A pesquisa e o debate contínuos são necessários para alcançar um consenso sobre a implementação da abordagem, promovendo avaliações participativas e considerando diferentes listas de capacidades para diversos propósitos avaliativos.

### **A Abordagem de Capacidades de Amartya Sen**

Este ensaio tem como foco a Abordagem de Capacidades (AC) e sua estrutura para o desenvolvimento social. Nosso objetivo é delinear as principais características dessa abordagem a fim de identificar seu quadro de desenvolvimento. A análise é fundamentada nos ensinamentos de Sen apresentados em "*Development as Freedom*".

A abordagem de capacidade de Sen descreve como a qualidade de vida deve ser avaliada, levando em consideração as capacidades individuais. Ela entende a pobreza como a falta de capacidades básicas, não se limitando apenas à falta de renda. As capacidades são as liberdades que possibilitam que as pessoas vivam de acordo com seus valores e preferências (SEN, 2001, p. 87). Elas representam a liberdade de escolher um estilo de vida em detrimento de outro ou a capacidade de realizar diversas funcionalidades. Portanto, a medição da pobreza deve se concentrar

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito pela Universidade La Salle (UNILASALLE-RS). Bolsista CAPES/PROSUC. E-mail: [priscilabiandaro@gmail.com](mailto:priscilabiandaro@gmail.com).

<sup>2</sup> Mestre em Filosofia pela Universidade de Caxias do Sul (UCS-RS). Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS-RS). Bolsista CAPES/PROEX. E-mail: [cesar.bisol@hotmail.com](mailto:cesar.bisol@hotmail.com).

na liberdade das pessoas de alcançar diferentes funcionalidades (SEN, 2001, p. 87; COMIM, 2001, p. 4).

A filosofia de Sen é amplamente reconhecida por muitos economistas como um avanço na economia global, oferecendo perspectivas alternativas para entender e compreender a pobreza. No entanto, a recusa de Sen em determinar quais capacidades e funcionamentos são valiosos tem gerado debates sobre a aplicabilidade dessa abordagem.

Um dos teóricos, Flavio Comim, destaca que o maior desafio dessa estrutura está em sua operacionalização, em parte devido à falta de especificação clara (COMIM, 2001, p. 2). Mehrotra argumenta que a Abordagem das Capacidades é fundamentalmente avaliativa e utilizada para avaliação normativa. Ele sugere que a abordagem seria mais efetiva se identificasse funcionamentos específicos ou seus indicadores correspondentes, permitindo sua distribuição entre a população. Além disso, Mehrotra defende a necessidade de definir as "condições" essenciais para a realização efetiva dos funcionamentos básicos, a fim de tornar a abordagem das capacidades mais prática em termos de formulação de políticas e, conseqüentemente, redução da pobreza. Ele enfatiza que esse processo deve ocorrer em nível comunitário (MEHROTRA, 2001, p. 7).

Ingrid Robeyns afirma que a Abordagem de Capacitação, é uma estrutura de pensamento e uma ferramenta normativa, mas não é uma teoria completamente especificada que abarque todas as questões normativas, de modo que "não é um algoritmo matemático que prescreve como medir a desigualdade ou a pobreza, nem é uma teoria completa da justiça" (ROBEYNS, 2003, p. 64). Argumenta ainda, que a abordagem defende apenas que o espaço de avaliação deve ser baseado em capacidades, sem indicar quais capacidades devem ser o foco principal ou como devem ser agregadas (ROBEYNS, 2003, p. 66).

Nussbaum concorda com a base teórica de Sen, mas desenvolve uma lista de capacidades que incluem vida, saúde corporal (abrigo), integridade corporal, sentidos, imaginação e pensamento, emoções, desenvolvimento não prejudicado, razão prática, afiliação, relacionamento com outras espécies, jogo e controle sobre o ambiente pessoal. Os indicadores são abertos para permitir uma análise adequada do contexto e das circunstâncias locais específicas (ROBEYNS, 2003, p. 77-80). Assim, essa lista avalia como a pobreza será baseada nessas capacidades.

Nussbaum defende que se estabeleçam limites para cada capacidade e enfatiza que é mais importante garantir que nenhum ser humano tenha que viver abaixo do limite identificado, em vez de buscar uma plena igualdade de capacidade. Se as pessoas ficarem abaixo desse limite, o funcionamento verdadeiramente humano não será possível (NUSSBAUM, 2000, p. 6-12). Essa abordagem é considerada apropriada para lidar com questões como a desigualdade de gênero, pois pode abordar restrições culturais (NUSSBAUM, 2000, p. 16).

Ingrid Robeyns discorda da lista de Nussbaum e argumenta que ela possui um viés teórico diferente e um conceito distinto do que a lista deve alcançar em relação à abordagem de capacitação de Sen. Robeyns defende que Sen se concentra mais na escolha social e na busca por procedimentos democráticos justos e consistentes e, portanto, uma lista definitiva não pode ser endossada se a abordagem de capacitação de Sen for respeitada. No entanto, algumas capacidades podem ser identificadas para propósitos específicos, como permitir comparações entre pessoas ou grupos em diferentes contextos. Assim, Robeyns propõe sua própria lista de capacidades projetada para abordar questões de desigualdade de gênero (ROBEYNS, 2003, p. 70-78).

É evidente que é necessário chegar a um consenso sobre a implementação da abordagem de capacitação para torná-la mais prática para propósitos específicos. A maioria dos estudiosos concorda que é importante identificar e determinar uma lista das capacidades básicas mais importantes, ou "liberdades", bem como estabelecer um procedimento de análise e medição padrão para tornar a abordagem mais prática (COMIM, 2001, p. 3). A abordagem de capacitação é vista como mais demandante em relação a informações e metodologia do que outras abordagens convencionais, o que implica na necessidade de uma certa especificação e simplificação para sua eficiente aplicação. (COMIM, 2001, p. 3).

De fato, a Abordagem das Capacidades já teve influência em um dos critérios padrão para identificar e medir a pobreza: agora é utilizada anualmente na produção do Índice Global de Pobreza Multidimensional (*Global Multidimensional Poverty Index* - MPI). No entanto, a Abordagem das Capacidades não nega o papel importante que a renda desempenha na pobreza, uma vez que a falta dela pode ser a principal causa da privação de capacidades de uma pessoa. A MPI, contudo, não representa integralmente o que a Abordagem de Capacidades é, pois concentra-se principalmente em um número limitado de funcionamentos reais. Portanto, é necessário que a pesquisa e o debate continuem, talvez para selecionar diferentes listas de capacidades para diversos propósitos avaliativos, ao mesmo tempo em que se mantém a ideia de que ainda são necessárias avaliações participativas para identificar capacidades específicas com objetivos de desenvolvimento.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O texto busca responder a questões relacionadas à Abordagem de Capacidades (AC) de Amartya Sen, destacando sua importância como um quadro para o desenvolvimento social. A Abordagem de Capacidades considera a qualidade de vida além da renda, focando nas capacidades individuais como medida da pobreza. Ela enfatiza as liberdades que permitem que as pessoas vivam de acordo com seus valores e preferências, seja escolhendo um estilo de vida ou realizando diversas funcionalidades.

Para aplicar essa abordagem como um quadro para o desenvolvimento social, é necessário identificar as capacidades básicas mais importantes, estabelecer procedimentos de análise e medição e considerar abordagens contextuais, como a lista de capacidades proposta por Martha Nussbaum.

A implementação efetiva da Abordagem de Capacidades requer um consenso sobre a implementação da abordagem, promover avaliações participativas e considerar diferentes listas de capacidades para diferentes propósitos avaliativos.

## REFERÊNCIAS

COMIM, Flavio. **Operationalizing Sen's Capability approach**. Paper presented in St. Edmund's College, Cambridge, at Conference on Justice and Poverty: Examining Sen's Capability, 2001.

MEHROTRA, Santosh. **Democracy, Decentralization and Access to Basic Services**: An Elaboration on Sen's Capability approach. Paper presented in St. Edmund's College, Cambridge, at Conference on Justice and Poverty: Examining Sen's Capability Approach June 2001. Unpublished paper, 2001.

NUSSBAUM, Martha. **Women and Human Development: The Capabilities Approach.** Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

SEN, Amartya. **Development as freedom.** Oxford University Press, Oxford, 2001.

ROBEYNS, Ingrid. **Sen's capability approach and gender inequality: selecting relevant capabilities,** *Feminist Economics*, 9:2-3, 61-92, 2003.

## **A IDENTIDADE DA PESSOA MIGRANTE: COMO PESSOAS NÃO BRASILEIRAS PODEM DISPOR DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS, EM ESPECIAL, DO ACESSO AO SERVIÇO DO SUS?**

*Bruna Kronberg de Almeida<sup>1</sup>*

*Maria Luiza Zimmermann<sup>2</sup>*

*Janaína Machado Sturza<sup>3</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Discutir sobre migração pode parecer um fato desanexo a realidade do cotidiano, porém as pessoas que foram forçadas a recorrer esse processo estão inseridas na sociedade brasileira, precisando serem vistas, ouvidas e compreendidas, pois são indivíduos humanos detentores de direitos, sendo que é dever do Estado, no qual a pessoa estabeleça residência e não necessariamente pertença aquela nacionalidade, disponibilizar os meios necessários para que qualquer membro da sociedade possa dispor de uma vida digna, inclusive a pessoa migrante.

Dessa maneira, através do método hipotético-dedutivo, utilizando dados quantitativos, artigos científicos e os princípios normativos previstos pela Constituição Brasileira, a presente pesquisa tem por objetivo identificar quem são as pessoas migrantes, quais suas vulnerabilidades e discorrer acerca da maneira pela qual estes indivíduos podem dispor dos direitos brasileiros, enfatizando o direito de acesso ao sistema público e gratuito de saúde.

É esperado que as informações dispostas sirvam de contribuição no desenvolvimento de projetos que possam vir a existir, visando o cuidado da pessoa migrante, pois a mesma merece ser protegida e poder usufruir de direitos como qualquer outro cidadão brasileiro.

### **REFERENCIAL TEÓRICO**

---

<sup>1</sup> Bolsista CNPq/UNIJUI, do Projeto "SER MIGRANTE" NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL: Saúde, Gênero e Inclusão Social dos Migrantes residentes na Região Noroeste do Estado – Edital FAPERGS N° 05/2019. Aluna da graduação em Direito da UNIJUI. E-mail: kronbergbruna84@gmail.com.

<sup>2</sup> Bolsista CNPq/UNIJUI, do Projeto "SER MIGRANTE" NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL: Saúde, Gênero e Inclusão Social dos Migrantes residentes na Região Noroeste do Estado – Edital FAPERGS N° 05/2019. Aluna da graduação em Direito da UNIJUI. E-mail: maluzimmerman@gmail.com.

<sup>3</sup> Pós doutora em Direito pela Unisinos. Doutora em Direito pela Universidade de Roma Tre/Itália. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas também pela UNISC. Professora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI, lecionando na graduação em Direito e no Programa de pós-graduação em Direito - mestrado e doutorado. Integrante da Rede Iberoamericana de Direito Sanitário. Integrante do grupo de pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). Pesquisadora Gaúcha FAPERGS – PqG Edital N° 05/2019. Pesquisadora Universal CNPq - Chamada CNPq/MCTI/FNDCT N° 18/2021. E-mail: janasturza@hotmail.com.

O artigo 198 da Constituição brasileira, determina o acesso público gratuito à saúde, prestado pelo Sistema Único de Saúde- SUS- conforme previsto na Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990). O SUS tem como objetivo “a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas” (Lei nº 8.080/90, capítulo 1, art.5º, III). “Todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país” podem dispor do serviço do SUS (art.5º, caput, CF/88), pois o direito de acessar a saúde é um fundamento universal que não pode se limitado por condições monetárias ou então pelas fronteiras do poder estatal.

Nesta senda, a Lei nº 9.474, de 1997 dispõe que, uma vez em território nacional, podem ser reconhecidas como refugiadas no Brasil as pessoas que se encontram fora de seu país de origem devido a fundados temores de perseguição relacionados a questões de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um grupo social específico ou opinião política e não podem ou não querem valer-se da proteção de seu país (inciso I do artigo 1º). Da mesma forma, são também refugiadas as pessoas obrigadas a deixar seu país de nacionalidade devido à grave e generalizada violação de direitos humanos (inciso III do artigo 1º).

No que tange, então, a disponibilidade de acesso ao sistema público de saúde brasileiro pelas pessoas migrantes e a demanda dos referidos, conforme dados coletados de 06 Estados pelo Migra Cidades 2020, Sistematização e Análise dos Dados Sobre a Dimensão de Acesso à Saúde, o estado do Paraná referiu “estabelecer orientações, fluxos ou protocolos na rede de saúde para facilitação e qualificação do acesso, acolhimento e atendimento em saúde para migrantes”. Todos os estados, com exceção do Mato Grosso do Sul, afirmaram que os refugiados têm acesso à atenção primária em saúde e aos encaminhamentos para serviços de atenção ambulatorial/hospitalar. Ademias, pôde-se constatar que os estados do Ceará, Minas Gerais, Paraná e Rio Grande do Norte, possuem medidas para desburocratizar o acesso ao Sistema Único de Saúde, de maneira a não ser exigido documentação nacional e a facilitação no cadastro para o cartão SUS, fato que torna concreto o direito universal de acesso à saúde, não obstante:

No âmbito das capacitações é possível perceber que a maioria dos estados não desenvolve ações para capacitar os profissionais da área da saúde de sua região na temática do atendimento a migrantes. Apenas o Rio Grande do Sul afirmou que ofertou, no ano de 2019, capacitação sobre acolhimento e atenção à saúde de migrantes junto aos servidores da área. (...) Outro fato que chama atenção é que nenhum dos estados afirmou que os profissionais da saúde são capacitados para compreender as diferenças culturais que podem estar relacionadas a questões de gênero (Migra Cidades, 2020).

A pessoa migrante precisa, então, ser vista sob a perspectiva da específica situação na qual se encontra, com suas vulnerabilidades, carências, necessidades particulares e cultura, pois só assim ela irá usufruir dos mesmo direitos e garantias que têm o cidadão do Estado:

Os fluxos transmigratórios contemporâneos se apresentam como um dos maiores desafios na seara dos Direitos Humanos, principalmente, no que tange ao reconhecimento de direitos para além do Estado-nação. (...) a retórica dos direitos humanos sempre foi operacionalizada na ideia de

cidadania e tem sua funcionalidade perfectibilizada dentro dos limites territoriais impostos pelo Estado-nação (STURZA; DUTRA. 2023)

Conforme pesquisa realizada por Luiza Nogueira Losco e Sandra Francisca Bezerra Gemma, financiada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), junto a Unidade Básica de Saúde do Bairro Bom Retiro/SP, entre os 15 mil pacientes atendidos na referida, estima-se que 5 mil são bolivianos caracterizados “como pessoas humildes, recatadas, tímidas, que sofrem com estigmas e que vivem em uma situação de vulnerabilidade” (LOSCO; GEMMA; 2021). Observa-se que:

As condições de vida da maioria dos imigrantes bolivianos em São Paulo estão intimamente associadas ao acesso aos serviços de saúde. Pesquisadores mostram que o trabalho precário que realizam e o tempo de residência no país são fatores que vão influenciar a demanda por serviços de saúde, principalmente os dos serviços de atenção básica (...). A relação entre o local de residência e a influência na saúde da população corrobora com a ideia de que, em áreas mais degradadas, as pessoas tendem a adoecer com mais frequência do que aquelas que vivem em locais com mais infraestrutura (LOSCO; GEMMA; 2021).

Tal vulnerabilidade pode ser evidenciada, em razão do auto número de migrantes inscritos no CadÚnico:

O Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico) mostra os migrantes registrados para benefícios da assistência social brasileira, ou seja, aqueles mais vulneráveis, em que é possível analisar também uma extensa gama de características sociodemográficas, com microdados que vão até agosto de 2022. Novamente, embora os migrantes sejam pouco mais de 1% do total de registros atualizados no CadÚnico do Rio Grande do Sul, desde 2018, o número de 32.505 pessoas preocupa, uma vez que equivale a mais de um terço de todos os registros ativos no Estado. Também se confirmam as expectativas de que venezuelanos e haitianos sejam os grupos predominantes, somando 71% de todos os cadastros de migrantes. Observa-se, também, que 62,7% dos migrantes do CadÚnico analisados são pobres ou extremamente pobres, com 52,4% deles sendo beneficiários do Auxílio Brasil. Entre outras análises dispostas na seção 4, também cabe destacar a *maioria de cadastrados migrantes do sexo feminino*, contrastando com o corte observado nas bases anteriores e mostrando a força da tendência estrutural de as mulheres liderarem a busca por assistência e, provavelmente, encontrarem mais dificuldade de inserção no mercado de trabalho formal. (SPGG. Nota técnica nº 70. 2022)

Uma das principais barreiras a serem enfrentadas pela pessoa migrante é o domínio da língua, de maneira que lhe são limitados os recursos e direitos que pode usufruir:

Segundo o IPEA/Ministério da Justiça (2015), alguns estados vêm enfrentando dificuldade na prestação de serviços básicos como: escola, saúde, assistência social em geral nos órgãos públicos, devido ao idioma. Por sermos um país monolíngue, grande parte da população brasileira não domina o segundo idioma, o que se reflete diretamente no atendimento dos imigrantes nesses locais públicos. (SILVA; FERNANDES, 2017).

É preciso, nesse caso, afastar o ideal de que todos são iguais, isso pois os imigrantes não estão em pé de igualdade nas sociedades em que se inserem. “Os imigrantes são desiguais, mesmo que temporariamente, e por isso, devem ser tratados de forma desigual para que seja preservado os direitos inerentes a toda pessoa” (SILVA, Leda Maria Messias da; LIMA, Sarah Somensi, 2017).

O Estado brasileiro, em seu texto constitucional, se compromete a promover a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, não havendo, dessa forma, “distinção de qualquer natureza” (CF, art.5º, 1988). Sendo assim instituído, o Brasil tem o dever de garantir o acesso dos imigrantes aos institutos públicos básicos, como saúde e educação.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conclui-se que a identidade do ser migrante envolve muita carência e vulnerabilidade, somadas a preconceitos sociais que corroboram ainda mais na exclusão destes indivíduos, vistos como não integrantes do povo nacional brasileiro. A Constituição de 1988 expõe de maneira ética e humanizada os direitos fundamentais e garantias de brasileiros e estrangeiros residentes no país, porém essas previsões não são suficientes se não puderem ser visualizadas e usufruídas por seus detentores.

É imprescindível que os migrantes sejam tratados de acordo com as carências que os mesmos possuem, para que tenham preservados seus direitos e dignidade como ser humano. São necessárias o desenvolvimento de políticas públicas para acolher os migrantes que entram no país, lhes orientando sobre como podem cadastrar documentos, acessar unidades de saúde, dispor de programas de auxílio econômico como o CadÚnico, matricular os filhos nas escolares públicas e mesmo buscar o mercado de trabalho.

As pessoas migrantes devem saber que continuam sendo detentores de direitos, apesar de não estarem mais sob a proteção das normas de seu País de origem.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20/05/2023.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 20/05/2023.

BRASIL. **Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm). Acesso em: 20/05/2023.

Migra Cidades 2020. **Sistematização e Análise dos Dados Sobre a Dimensão de Acesso à Saúde**. Disponível em:

file:///E:/Users/Usuario/Downloads/migracidades%20sa%C3%BAde.pdf. Acesso em: 20/05/2023.

Secretaria de planejamento, governança e gestão (SPGG). **O perfil dos migrantes do Estado do Rio Grande do Sul, segundo o Sistema de Registro Nacional Migratório, a relação Anual de Informações Sociais e o Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal.** Nota técnica nº 70. 19 de dezembro de 2022. Disponível em:

file:///E:/Users/Usuario/Downloads/perfil%20dos%20migrantes%20no%20estado%20do%20RS%20(1).pdf. Acesso em: 20/05/2023.

SILVA, Filipe Rezende; FERANDES, Duval. **Desafios enfrentados pelos imigrantes no processo de integração social na sociedade brasileira.** Revista do Instituto de Ciências Humanas –vol.13, nº18, 2017. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/revistaich/article/view/16249/12788>. Acesso em: 22/04/2023.

SILVA, Leda Maria Messias da; LIMA, Sarah Somensi. **Os imigrantes no Brasil, sua vulnerabilidade e o princípio da igualdade.** Rev. Bras. Polít. Públicas (Online), Brasília, v. 7, nº 2, 2017 p. 384-403. Disponível em: [https://www.researchgate.net/profile/Leda-Maria-Silva/publication/320203829\\_OS\\_IMIGRANTES\\_NO\\_BRASIL\\_SUA\\_VULNERABILIDADE\\_E\\_O\\_PRINCIPIO\\_DA\\_IGUALDADE/links/5dc589ff299bf1a47b23d708/OS-IMIGRANTES-NO-BRASIL-SUA-VULNERABILIDADE-E-O-PRINCIPIO-DA-IGUALDADE.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Leda-Maria-Silva/publication/320203829_OS_IMIGRANTES_NO_BRASIL_SUA_VULNERABILIDADE_E_O_PRINCIPIO_DA_IGUALDADE/links/5dc589ff299bf1a47b23d708/OS-IMIGRANTES-NO-BRASIL-SUA-VULNERABILIDADE-E-O-PRINCIPIO-DA-IGUALDADE.pdf). Acesso em: 20/05/2023.

STURZA, Janaína Machado; DUTRA, Gabrielle Scola. **Saúde, Gênero e Transmigração: a precarização da existência feminina das mulheres transmigrantes no Brasil.** Revista Jurídica Unicuritiba vol. 01, nº. 73, Curitiba, 2023. pp. 01 – 29. Disponível em: <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/viewFile/5588/pdf>. Acesso em: 20/05/2023.

## O IMPACTO DOS FLUXOS MIGRATÓRIOS NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO ACESSO À SAÚDE

Maria Luiza Zimmermann<sup>1</sup>  
Bruna Kronberg de Almeida<sup>2</sup>  
Janaína Machado Sturza<sup>3</sup>

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tema desta pesquisa aborda o fenômeno dos fluxos migratórios internacionais e os impactos causados no exercício do direito ao acesso à saúde daqueles que migram para o Brasil. Diante disso, é necessário realizar uma análise abrangente do cenário dos migrantes que vivem em nosso país, uma vez que o Brasil recentemente passou de um país emissor de migrantes para um país receptor, enfrentando desafios em sua política migratória e dificuldades em atender às demandas atuais.

Nesse contexto, o objetivo deste trabalho é dissertar sobre o acesso à saúde pública pelos imigrantes que vivem no Brasil, bem como destacar a importância da coleta de dados sobre as necessidades de saúde dessa população. Para isso, utilizamos o método dedutivo e realizamos uma análise bibliográfica para embasar nossa pesquisa.

### REFERENCIAL TEÓRICO

O crescimento dos fluxos migratórios internacionais trouxe consigo novas preocupações e debates referentes à responsabilidade dos Estados em garantir o direito das populações imigrantes ao acesso à saúde. Diante desse cenário, é amplamente reconhecido que o fenômeno migratório representa um complexo desafio na área da saúde pública, com impacto no nível da atenção à saúde e nos sistemas dos países que recebem os imigrantes (DIAS et al., 2010).

No caso do Brasil, o direito ao acesso universal e gratuito à saúde é assegurado a todos pela Constituição Federal, que estabelece em seu art. 196 que “a saúde é um direito de todos e dever do Estado”, dispositivo que se estende aos

---

<sup>1</sup> Bolsista CNPq/UNIJUI, do Projeto “SER MIGRANTE” NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL: Saúde, Gênero e Inclusão Social dos Migrantes residentes na Região Noroeste do Estado – Edital FAPERGS N° 05/2019. Aluna da graduação em Direito da UNIJUI. E-mail: maluzimmerman@gmail.com.

<sup>2</sup> Bolsista CNPq/UNIJUI, do Projeto “SER MIGRANTE” NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL: Saúde, Gênero e Inclusão Social dos Migrantes residentes na Região Noroeste do Estado – Edital FAPERGS N° 05/2019. Aluna da graduação em Direito da UNIJUI. E-mail: kronbergbruna84@gmail.com.

<sup>3</sup> Pós doutora em Direito pela Unisinos. Doutora em Direito pela Universidade de Roma Tre/Itália. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas também pela UNISC. Professora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI, lecionando na graduação em Direito e no Programa de pós-graduação em Direito - mestrado e doutorado. Integrante da Rede Iberoamericana de Direito Sanitário. Integrante do grupo de pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). Pesquisadora Gaúcha FAPERGS – PqG Edital N° 05/2019. Pesquisadora Universal CNPq - Chamada CNPq/MCTI/FNDCT N° 18/2021. E-mail: janasturza@hotmail.com.

migrantes, por estarem amparados pelo seu artigo 5º, que trata dos direitos fundamentais, individuais e coletivos, sem distinguir nacionais e estrangeiros residentes no Brasil. Nesse norte, a garantia estabelecida na Constituição Federal é reforçada com a nova Lei de Imigração de 2017, que estabelece em seu art. 4º que:

Art. 4º Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados:  
(...)

VIII - acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória; (BRASIL, 2017)

Desta forma, o Sistema Único de Saúde (SUS) desempenha um papel fundamental na garantia do acesso à saúde dos migrantes no Brasil, por meio de sua estrutura que conta com políticas específicas. O SUS oferece um atendimento humanizado, bem como serviços de tradução e interpretação, fortalecendo sua posição como uma ferramenta essencial para assegurar a saúde dos migrantes e contribuir para a construção de uma sociedade mais justa e solidária. Dito isso, o Rio Grande do Sul possuía, até 2020, 161.960 usuários migrantes internacionais com registro de CNS (Cartão Nacional de Saúde) e residência no estado (RIO GRANDE DO SUL, 2021).

Além disso, quando se trata de saúde pública, é assegurado que todas as pessoas sejam atendidas, independentemente de sua situação migratória e mesmo sem possuir documentos de identificação, como RG, CPF, RNE, passaporte ou cartão do SUS. No entanto, não é incomum ouvir relatos de casos nos quais o acesso ao SUS é negado devido à falta do cartão do SUS ou dos documentos necessários para obtê-lo, o que ocorre regularmente entre os imigrantes que ainda não conseguiram regularizar sua situação migratória, resultando na precarização de suas condições de vida no país.

De acordo com o relatório MigraCidades 2020, desenvolvido pela Agência da ONU para as Migrações (OIM), em parceria com a Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e com o apoio da Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), que analisou dados coletados de seis estados – Ceará, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Norte e Rio Grande do Sul –, apenas quatro dos estados analisados (Ceará, Minas Gerais, Paraná e Rio Grande do Norte) relataram ter medidas para desburocratizar o acesso ao SUS (MIGRACIDADES, 2020, p. 16).

Ademais, os serviços de saúde que atendem à população imigrante têm enfrentado diversos desafios na prestação efetiva dos cuidados oferecidos. Isso se deve a uma série de fatores, como a falta de conhecimento por parte dos profissionais de saúde em lidar com a diversidade cultural, a falta de informações por parte dos imigrantes sobre o funcionamento do Sistema Único de Saúde, as barreiras linguísticas entre os profissionais de saúde e os imigrantes internacionais, além da falta de qualificação profissional adequada para atender às demandas culturais específicas, entre outros obstáculos relevantes.

Nesse sentido, o relatório supramencionado reafirma a existência de um déficit na capacitação dos profissionais da saúde no atendimento aos migrantes, já que apenas o Rio Grande do Sul afirmou que ofertou, no ano de 2019, capacitação sobre acolhimento e atenção à saúde de migrantes junto aos servidores da área

(MIGRACIDADES, 2020, p. 17). Tal estudo também relata que apenas dois dos estados envolvidos na pesquisa, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, relataram coletar dados sobre o perfil de acesso a serviços e as demandas de saúde de migrantes, e, entre os dois, apenas o Rio Grande do Sul declarou coletar dados que permitem enxergar se há uma demanda reprimida de acesso à saúde pelas pessoas migrantes, dizendo utilizar tais dados para propor mudanças nos fluxos, programas e políticas de acesso à saúde. Ademais, o estado do Paraná, apesar de não coletar dados sobre o perfil de acesso aos serviços de saúde, é o único no qual foi constatada a existência de um setor capacitado para lidar com as demandas da população migrante, havendo a possibilidade de registrar práticas de discriminação e xenofobia nos serviços de saúde (MIGRACIDADES, 2020, p. 18).

Enfim, os dados supracitados servem para demonstrar que informações importantes relacionadas aos migrantes e suas necessidades de saúde, são subnotificadas ou sequer são registradas, assim prejudicando a criação de um diagnóstico situacional de saúde, o que envolve um processo contínuo de coleta e análise de indicadores que possibilitam a caracterização do perfil de saúde de uma população (SES/RS, 2022).

A priorização das necessidades de saúde precisa partir de um consenso entre profissionais de saúde e o controle social, e a observação do território permitirá colher os subsídios para consolidar o diagnóstico. Entendido como uma ferramenta, o diagnóstico situacional auxilia no conhecimento dos problemas e das necessidades sociais, de saúde, educação, saneamento, segurança, transporte e habitação, bem como permite conhecer a organização dos serviços de saúde. É um instrumento estratégico de definição das principais necessidades em saúde da população e de articulação das intervenções, integrando os esforços de todos os setores da sociedade. (...) as condições e o modo de vida das populações residentes, independente do seu local de nascimento, são determinantes para a manutenção de sua saúde ou adoecimento. (BRASIL, 2016, apud SES/RS, 2022)

Além disso, o diagnóstico situacional de saúde é importante pois ele é o que permite às equipes de saúde definir um plano de intervenção para determinada população. De tal maneira, sem um diagnóstico situacional de saúde, a criação e regulamentação de políticas públicas e intervenções voltadas a facilitar e otimizar o acesso dos migrantes à saúde pública restam prejudicadas, já que tais políticas são desenvolvidas “no escuro”, sem dados quantificáveis para indicar quais setores necessitam melhorias, assim perdendo efetividade em seu propósito.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante de todas as considerações expostas, chegamos à conclusão deste trabalho reconhecendo que o Brasil possui um dos sistemas de saúde pública mais complexos e abrangentes do mundo, o Sistema Único de Saúde (SUS). Regido pela Lei Orgânica da Saúde (Lei Federal nº 8080/90), o SUS garante acesso integral, universal e gratuito a toda a população do país. No entanto, é necessário destacar que esse sistema de saúde pública não está preparado para lidar com o crescente número de imigrantes no país. Somado a isso, observa-se que os registros relacionados ao acesso dos imigrantes ao sistema público de saúde são incompletos ou inexistentes. De acordo com o relatório MigraCidades 2020, que analisou seis estados, apenas dois deles relataram coletar informações sobre as necessidades de

saúde da população migrante.

Reconhecemos a importância fundamental da análise de dados na criação e aprimoramento de políticas públicas, permitindo torná-las mais eficientes e embasadas em evidências. No entanto, com base nas análises realizadas neste trabalho, concluímos que há uma necessidade urgente de mais informações sobre a situação dos migrantes internacionais que vivem no Brasil. As pesquisas existentes são escassas, desatualizadas ou insuficientes para fornecer uma visão ampla das áreas que requerem melhorias. Portanto, é crucial obter dados mais abrangentes e atualizados, assim possibilitando a formulação de um diagnóstico situacional de saúde que possa embasar políticas públicas mais adequadas ao atual contexto dos imigrantes vivendo em nosso país.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm). Acesso em: 28 abr. 2023.

DIAS, Sónia; RODRIGUES, Rita; SILVA, António; CARGALEIRO, Helena. **Procura de Cuidados e Acesso aos Serviços de Saúde em Comunidades Imigrantes: um estudo com imigrantes e profissionais de saúde**. Investigação Original, Lisboa, p. 253-259, dez. 2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES (OIM). **MigraCidades 2020: Sistematização e Análise dos Dados Sobre a Dimensão de Acesso à Saúde**. Brasília, DF: OIM, 2022. Disponível em: [file:///D:/Usuario/Downloads/migracidades% 20sa%C3%BAde.pdf](file:///D:/Usuario/Downloads/migracidades%20sa%C3%BAde.pdf). Acesso em: 28 abr. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria Estadual de Saúde. **Boletim informativo: Saúde da população migrante internacional residente no Rio Grande do Sul**. Rio Grande do Sul, 2021. Disponível em: <https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/202110/08154829-boletim-informativo-saude-da-populacao-de-migrantes-no-rs.pdf>. Acesso em: 20 mai.2023.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria Estadual de Saúde. **Estratégias para Atenção Integral à Saúde de Migrantes Internacionais no Brasil**. Brasília, DF: OIM, 2022. Disponível em: [https://brazil.iom.int/sites/g/files/tmzbd1496/files/documents/Estrategias-para-atencao-integral-a-saude-de-migrantes-internacionais-no-brasil\\_0.pdf](https://brazil.iom.int/sites/g/files/tmzbd1496/files/documents/Estrategias-para-atencao-integral-a-saude-de-migrantes-internacionais-no-brasil_0.pdf). Acesso em: 22 mai. 2023.

## **LGBTQIA+ NO BRASIL E A OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO FRENTE AO RECONHECIMENTO JURÍDICO E SOCIAL<sup>1</sup>**

*Varlei Machado da Rosa<sup>2</sup>*

*Rosângela Angelin<sup>3</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A sociedade é formada a partir de relações de poder, que considera a existência de grupos dominantes e, de outro lado, de grupos dominados, tendo como embasamento culturas que, historicamente, estiveram e ainda estão presentes no meio social. Sendo caracterizada majoritariamente por sistemas patriarcalistas e heteronormativos, a sociedade brasileira acaba colocando a comunidade LGBTQIA+ em posição de vulnerabilidade e invisibilidade. Assim, o próprio Poder Legislativo que deveria legislar sobre a proteção dessa parcela da população, se encontra em estado de inércia. Com isso, é evidente a atuação do Poder Judiciário que vem decidindo em prol das pessoas LGBTQIA+. Com o intuito de compreender melhor essa situação, a pesquisa apresenta a seguinte pergunta condutora: como a omissão do Poder Legislativo afeta a garantia jurídica e social do reconhecimento das pessoas LGBTQIA+ no Estado brasileiro? Para isso, a monografia utiliza da metodologia de pesquisa bibliográfica e método hipotético-dedutivo, tendo como técnica de pesquisa a indireta.

### **REFERENCIAL TEÓRICO**

Preliminarmente, importa registrar que a sociedade é fruto de uma construção histórica, diante das relações humanas, que se modifica conforme o período social e a cultura vigente. Dentre os temas que mais sofrem influência histórico-cultural, está a sexualidade, que com o passar dos tempos foi tomando rumos e significados diferentes. Nessa linha, não é possível conceituar a sexualidade em um sentido estrito e estático. Assim conforme afirma Foucault (1988) a sexualidade é um dispositivo histórico e não um dado da natureza.

Nesse sentido, cabe destacar que os discursos sobre a sexualidade e o desejo sexual se tornou, no decorrer dos momentos históricos, relações de poder por grupos considerados superiores e dominantes, através de um sistema heterossexista nomeada de “heteronormatividade”.

De acordo com esse sistema, a heterossexualidade seria a única forma legítima de manifestação e vivência sexual. (SALES; PARAÍSO, 2013). Com isso, toda e qualquer manifestação sexual diferente da heterossexual, ou seja, que venha a “desviar” da heteronormatividade, é motivo para exclusão, estando, inclusive, suscetível a violência, a partir de repressões, que “[...] funcionam como modos de

---

<sup>1</sup> Esta Pesquisa faz parte do Projeto de Monografia do acadêmico Varlei Machado da Rosa, disciplina obrigatória do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, cuja orientação é feita pela Prof<sup>a</sup> Dra. Rosângela Angelin.

<sup>2</sup> Acadêmico do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) – Campus Santo Ângelo. E-mail: varleirosa@aluno.santoangelo.uri.br

<sup>3</sup> Pós Doutorado pela Faculdades EST. Doutora em Direito pela universidade Osnabrueck (Alemanha). Docente do PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito e do Curso de Graduação em Direito da URI – Campus Santo Ângelo. E-mail: rosangelaangelin@yahoo.com.br

interdição, inexistência e silenciamento de práticas sexuais consideradas ilegítimas, tendo em vista que estas não corresponderem ao modelo heterossexual da família conjugal reprodutora.” (CARVALHO; OLIVEIRA, 2017, p. 102).

Em contraponto ao sistema heteronormativo compulsório, os movimentos sociais, principalmente os movimentos LGBTQIA+, lutam para que pautas, como a liberdade e igualdade de gênero, sejam ouvidas pela sociedade.

Considera-se que a Revolta de Stonewall In, ocorrida em 1969, na cidade de Nova York, foi um dos maiores marcos para os movimentos LGBTQIA+, de fato, se ampliassem em todo o mundo. Na época, existia em praticamente todos os Estados estadunidenses legislações que criminalizavam a sodomia e a importunação, que atingia principalmente ou exclusivamente os homossexuais.

No Brasil, os movimentos eram enfraquecidos pela ditadura instaurada no país, através de perseguições e repressões policiais. Mesmo assim, a sociedade civil estava em processo de organização dos movimentos, sendo criado o Jornal Lampião em 1978, em que jornalistas e intelectuais discutiam abertamente sobre questões homossexuais. (CANABARRO, 2013).

Na década seguinte, eclode a epidemia da Acquired Immunodeficiency Syndrome (AIDS), que é batizada pela imprensa “[...] de ‘Peste Gay’, ‘Câncer Gay’, e os grupos militantes se veem diante de uma situação inesperada. Antes, a luta era por liberdade, agora, ao ver tantxs amigxs militantes morrendo, torna-se luta pela vida.” (CANABARRO, 2013, p. 2). Esse posicionamento frente a AIDS deu força para o discurso médico de patologização da homossexualidade, denominado-a como um desvio patológico da heterossexualidade, discurso esse que não era novidade para os movimentos sociais que defendiam a homossexualidade enquanto natural e legítima.

Tendo em vista os discursos sobre a relação da AIDS com a homossexualidade, muitos se aproveitaram desse momento para tentar “[...] abortar os valores do amor desimpedido de amarras morais, do direito do prazer, da livre expressão da sexualidade [...]” (QUINALHA, 2022, p. 114).

Nesta mesma década, foi criado o Grupo Gay da Bahia (GGB) que tinha por objetivo realizar pesquisas e obter dados sobre a comunidade LGBTQIA+ no Brasil. Naquele período, organizaram campanhas que reivindicavam a despatologização das homossexualidades. (QUINALHA, 2022). Além disso, os movimentos LGBTQIA+ foram importantes para a redemocratização do Brasil, defendendo a inclusão na legislação da pauta da dignidade e proteção dessa comunidade.

No ano de 1989, foi implementada pela Lei nº 7.716 a igualdade que esperava-se ter alcançado pela Constituição Federal de 1988. Em seu Art. 1º a lei refere que “Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.” (BRASIL, 1989, s.p.). No entanto, “[...] não foram incluídos os termos ‘orientação sexual’ e ‘identidade de gênero’, como se pretendia nos movimentos daquela década.” (CANABARRO, 2013, p. 4), mas abrangendo o entendimento, conforme o Supremo Tribunal Federal, mais adiante reconheceu.

Nesse ponto, destaca-se que desde a Constituição de 1988, caracterizada por assegurar os direitos sociais de todos os cidadãos, não foi criada uma legislação própria e específica para o público LGBTQIA+. Assim, pode-se afirmar que existe uma falta de reconhecimento do poder legislativo sobre a pauta dessa comunidade, o que se torna preocupante já que a sexualidade e orientação sexual são direitos da personalidade de cada indivíduo.

Os direitos personalíssimos encontram fundamento no Código Civil brasileiro, no artigo 11 e seguintes, assim como no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, referindo que “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; [...]” (BRASIL, 1988).

Nessa perspectiva, importa dizer que os direitos da personalidade possuem modos de ser, físicos e psíquicos de cada indivíduo. Sendo atributos psicofísicos, “[...] não se pode negar que a sua efetivação irradia para o livre exercício da liberdade sexual, tendo em vista que possui uma importância dentro do conjunto de direitos intrínsecos à pessoa humana.” (FONSECA; ROSA, 2021, p. 186).

Nesse ponto, entende-se que a tutela jurídica é importante para que se possa garantir uma proteção e legitimidade para a população LGBTQIA+, que de fato seja eficaz no seio social combatendo qualquer empecilho para o desenvolvimento livre da personalidade.

Os movimentos LGBTQIA+ vem, historicamente, alcançando o reconhecimento jurídico e social no Brasil. Uma das primeiras conquistas, implantada pelo Judiciário brasileiro foi o reconhecimento de uniões de pessoas homossexuais em 2011, em decisão unânime do Supremo Tribunal Federal (STF), a partir da ADPF 132 e ADI 4277. Com isso, o CNJ em 2013 lançou a Resolução 175 referindo que não poderia ser negado direito para os casamentos entre homossexuais dentro do território nacional.

Essa decisão do STF, significou pela primeira vez um avanço jurisdicional no país com relação às pautas LGBTQIA+, estendendo aos casais não-binários e homoafetivos, os mesmos direitos que os casais heterossexuais já tinham assegurados. Os principais argumentos utilizados pelos ministros para tomar essa decisão, foi justamente a utilização dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, levando em consideração que deveria prevalecer a ideia de não discriminação diante dos julgamentos. Sendo assim, ampliou-se o conceito de família na legislação e no ordenamento jurídico. (QUINALHA, 2022).

Nos anos seguintes, viriam decisões do STF sobre adoção por casais homoafetivos (2015), direito à identidade de gênero diretamente nos cartórios, sem necessidade de laudo médico, autorização judicial ou cirurgia de redesignação sexual (2018), criminalização da LGBTfobia (2019), doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens (HSH) (2020), constitucionalidade da educação sexual e de gênero nas escolas (2020), bem como o direito à escolha para presas transexuais e travestis em cumprir penas em estabelecimento prisional feminino ou masculino (2021). (QUINALHA, 2022, p. 134).

Sendo assim, é evidente que o Poder Legislativo que deveria estar construindo legislações sobre a população LGBTQIA+ se encontra omissa diante dessa pauta. Percebe-se que, diante desse contexto e analisando a disposição do Congresso Nacional, uma das principais causas para o impedimento do avanço de políticas públicas e o reconhecimento pelo Poder Legislativo sobre a comunidade LGBTQIA+ é, justamente, a onda do conservadorismo brasileiro que vem crescendo na sociedade, principalmente, com o advento do *bolsonarismo*<sup>4</sup> e o fortalecimento das

---

<sup>4</sup> O bolsonarismo apresenta-se, principalmente, enquanto um movimento político que desenvolveu-se com a ascensão do presidente Jair Messias Bolsonaro e as pautas defendidas por ele. A linha política do bolsonarismo é da extrema-direita, e defendem a anti-institucionalidade, anti-democracia, partindo dos princípios e ideais fascistas, conservadoristas e neoliberais. Uma das principais características

bancadas de Deputados no Congresso Nacional que enaltecem o ódio contra as pessoas LGBTQIA+. Nesse ponto, mais uma vez, o Estado fica omissivo diante de tantos discursos de ódio contra essa parcela da população e, ainda, não legisla contra a LGBTfobia.

Em vista disso, pode-se afirmar que o Poder Judiciário vem atuando em prol das pautas de pessoas LGBTQIA+. No entanto, é perceptível que existe “[...] um longo caminho ainda a ser percorrido para que, no país que mais mata pessoas LGBTI+ em todo o mundo, possamos ter uma cidadania efetiva para as minorias sexuais e de gênero.” (QUINALHA, 2017, p. 134).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o exposto, fica claro que a sexualidade no decorrer dos momentos históricos, foi se transformando em um mecanismo de controle e relações de poder entre os indivíduos, criando grupos dominantes e grupos dominados. Sendo o grupo LGBTQIA+ posto dentro desse último. Assim, estando nessa posição fica suscetível a violências, discriminações e vulnerabilidades sociais dentro da sociedade atual. Isso porque, a sociedade contemporânea é formada por sistemas patriarcalistas e heteronormativos, que considera todas as pessoas que não se encaixam nesse sistema, enquanto inferiores e por isso são marginalizados.

No Brasil, essa realidade é perceptível, uma vez que dentro da perspectiva de uma redemocratização pós ditadura militar, não se consolidou um aparato de direitos, através do Poder Legislativo, que garanta proteção à comunidade LGBTQIA+. Portanto, por mais que a sexualidade é considerada como um direito da personalidade positivado na legislação brasileira, ainda não se tem proteção sobre a orientação sexual e a livre manifestação sexual das pessoas.

Nessa perspectiva, em que o Poder Legislativo se encontra em posição omissiva, percebe-se que um dos principais fatores é a formação da onda conservadora do país, principalmente a partir do advento do bolsonarismo. Ademais, o Congresso Nacional possui dentre as bancadas, aquelas que não consideram a orientação sexual enquanto legítima, e destilam todos os tipos de ódio contra a comunidade LGBTQIA+, barrando qualquer iniciativa que venha a surgir dentro do Poder Legislativo nacional.

Assim, o Poder Judiciário se apresenta enquanto alternativa para reconhecer os direitos dessa população, mesmo que a passos lentos. Nesse sentido, algumas posições do Supremo Tribunal Federal como o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo e a criminalização da LGBTfobia, são importantes para que essa comunidade de fato consiga alcançar o bem mais precioso da humanidade, que é a dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. [2022]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 24 mai. 2023.

---

desse movimento, é o discurso nacionalista, com a ideia de defesa do Brasil, mas que tenta encobrir o ódio disseminado contra as minorias e grupos vulneráveis.

BRASIL. **Lei nº 7.716 de 5 de janeiro de 1989.** Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.716%2C%20DE%205%20DE%20JANEIRO%20DE%201989.&text=Define%20os%20crimes%20resultantes%20de,de%20ra%C3%A7a%20ou%20de%20cor.&text=Art.%202%C2%BA%20\(Vetado\)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.716%2C%20DE%205%20DE%20JANEIRO%20DE%201989.&text=Define%20os%20crimes%20resultantes%20de,de%20ra%C3%A7a%20ou%20de%20cor.&text=Art.%202%C2%BA%20(Vetado).). Acesso em: 24 mai. 2023.

CANABARRO, Ronaldo. **História e direitos sexuais no Brasil:** o movimento LGBT e a discussão sobre a cidadania. *In:* Anais eletrônicos do II Congresso Internacional de História Regional, 2013. Disponível em: <http://labds.eci.ufmg.br/handle/123456789/107>. Acesso em: 15 out. 2022.

CARVALHO, Guilherme Paiva de; OLIVEIRA, Aryanne Sérgia Queiroz. **Discurso, poder e sexualidade em Foucault.** Ano 4. n. 11. Revista Dialectus. Fortaleza. 2017.

FONSECA, Geovana Maciel da; ROSA, Varlei Machado da. LGBTs e sociedade: a tutela jurídica dos LGBTs sobre o prisma dos direitos físicos e psíquicos da personalidade. *In:* ANGELIN, Rosângela; CERVI, Jacson Roberto; ROCHA, Leonel Severo [Orgs.]. **Direito e multiculturalismo** [recurso eletrônico] : leituras urgentes. Santo Ângelo: EdiURI, 2021.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I:** A vontade de saber. Tradução: Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

QUINALHA, Renan. **Movimento LGBT+:** uma breve história do século XIX aos nossos dias. Belo Horizonte: Autêntica, 2022.

SALES, Shirlei Rezende; PARAÍSO, Marlucy Alves. **O jovem macho e a jovem difícil:** governo da sexualidade no currículo. Educação & Realidade, Porto Alegre, v. 38, n. 2, abr./jun. 2013. Disponível em: [https://www.ufrgs.br/edu\\_realidade/](https://www.ufrgs.br/edu_realidade/). Acesso em: 21 out. 2022.

## **“NÓS E ELES”: UMA ANÁLISE DO DISCURSO SEGREGADOR LEGITIMADOR DAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS DOS ENCARCERADOS**

*Daiane Specht Lemos da Silva*<sup>1</sup>

*Osmar Veronese*<sup>2</sup>

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

As prisões, desde a criação, não conseguiram cumprir a sua função principal, qual seja, a ressocialização dos privados de liberdade. Ao contrário, possuem graves falhas, não possuem estrutura capaz de abrigar os transgressores de forma minimamente digna, e, conjugando precariedade e insalubridade ampliam a violação de direitos. Dialogar sobre as falhas dos estabelecimentos prisionais, em especial sobre a sua seletividade não significa discordar das punições, ao contrário, as penas, em alguma medida, são necessárias para a manutenção da ordem. O que não pode ser aceito é que a prisão seja utilizada para materializar a exclusão, ser usada como depósito dos indesejados.

A temática do estudo pauta-se em analisar os componentes dos estabelecimentos prisionais, delimitado em averiguar a legitimidade das violações de direitos dos encarcerados pelo discurso segregador, que divide a sociedade em “nós e eles”. Para tanto, tem-se como objetivo principal e questionamento norteador o seguinte: em que medida os discursos segregadores, discursos de ódio, legitimam a violação de direitos daqueles que compõem os estabelecimentos prisionais? Como metodologia empregou-se o raciocínio dedutivo, com pesquisa bibliográfica e coleta de dados nas doutrinas relacionadas à temática.

Constata-se a relevância do estudo pelo crescimento vertiginoso da população carcerária, bem como pelo fato das inúmeras violações de direitos fundamentais noticiadas, envolvendo os encarcerados, na qual a sentença vai muito além da supressão da liberdade. A falsa sensação de segurança, ocasionada pelo aprisionamento, foi criada pela política social de controle instaurada, que culpa o outro pelas mazelas sociais. Assim, para atingir o objetivo proposto, busca-se entrelaçar as ideias da cultura do controle e da política social de exclusão na tentativa de compreender a seletividade do cárcere.

---

1Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito – URI, Santo Ângelo/RS. Bolsista PROSUC-CAPES. Mestre em Direito – URI. Pós-graduada em Dir. Penal Proc. Penal, FEMA. Pós-graduada em Dir. Previdenciário, Faculdades Legalle. Integrante Grupo de Pesquisa (CNPQ) "Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas", vinculado ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu - Mestrado e Doutorado da URI, Santo Ângelo/RS. Endereço eletrônico: [daianespecht@hotmail.com](mailto:daianespecht@hotmail.com). Telefone (55) 99174-5355

2Doutor em Direito Constitucional pela Universidad de Valladolid, ES, Professor de Direito Constitucional da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI (Graduação e Mestrado/Doutorado), e da Faculdade Cenecista de Santo Ângelo (IESA), Santo Ângelo/RS. Coordena o projeto de pesquisa “Estado, Constituição, Diferença: olhares críticos sobre a diversidade no constitucionalismo”, é líder do Grupo de Pesquisa “Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas”, com registro no CNPQ, vinculado ao Mestrado/Doutorado em Direito da URI/Santo Ângelo/RS. Procurador da República. E-mail: [osmarveronese@gmail.com](mailto:osmarveronese@gmail.com).

## REFERENCIAL TEÓRICO

O encarceramento provoca uma falsa sensação de segurança para a sociedade, pois se compreende que ao enclausurar o indivíduo infrator, os demais problemas foram enclausurados com ele. A política social contemporânea expõe uma cultura de controle, que visivelmente segrega os indesejados, com isso realiza “uma limpeza visual” e gera a sensação de segurança, uma vez que os impostores estão encarcerados. Pela atual estrutura prisional, de evidente violação de direitos fundamentais básicos, não há preocupação com a ressocialização, pelo contrário, são dadas como merecidas todas as atrocidades do sistema.

Além do aumento da população prisional, observa-se que as condições desumanas presentes exteriorizam o tratamento desigual cedido aos indivíduos quando livres, pois enquanto alguns possuem valor e devem ter seus direitos garantidos, outros podem ser esquecidos no breu das celas. Na sociedade, nas normas expressas e no “conjunto implícito de disposições de conduta e de inflexão das normas enunciadas” (SAFALTHE; SILVA JUNIOR; DUNKER, 2018, p. 07–08), perpetua-se a violência simbólica que se valoram determinados indivíduos, ao mesmo tempo em que outros são invisibilizados.

Os mesmos que tem direitos violados/que são invisíveis enquanto em liberdade, são os que compõem o cárcere: os pretos, os pobres, os periféricos, os que não possuem acesso adequado ao básico para uma vida minimamente digna. Desse modo, as desigualdades existentes entre os indivíduos forçam a separação das pontas superiores e inferiores da pirâmide e expõem uma sociedade com menos laços de solidariedade grupal e com reduzido senso de comunhão de interesses. (GARLAND, 2017). Com a linha divisória entre os indivíduos bem definida, que formam as pontas inferiores e superiores da pirâmide, torna-se convidativo a classificação dos indivíduos em “nós e eles” (SOUZA, 2018), onde eles não são merecedores de respeito.

A sociedade por sua essência desigual “necessita do desenvolvimento de novos modos de controle social. O mundo devorador, incorporado, do período pós-guerra tornou-se num mundo mais ejetor, segregador e excludente” (YOUNG, 2015, p. 103). Mitologicamente acredita-se que ao encarcerar o temerário a segurança será contemplada, e com isso pretere-se a existência das demais mazelas sociais que tendem a aprisionar e rebaixar o indivíduo mesmo quando em liberdade. O aprisionado pode sofrer porque desrespeitou as normas, sendo merecido o castigo que nunca recairá a mim, e sim a “eles”.

Como um mecanismo de vigilância e punição, o encarceramento serve para dominar os corpos insubordinados, para dar continuidade ao “ensino” constante que as instituições totais propiciam, de moldar os indivíduos de acordo com suas perspectivas. (FOUCAULT, 1999, p. 326). O aprisionamento em massa “deles” desabrocha um processo de exclusão palpável que expressa ser “uma tentativa de lidar com o problema da criminalidade e da desordem por ela engendrada” (YOUNG, 2015, p. 49) e, como “nossos excluídos herdaram, sem solução de continuidade, todo o ódio e o desprezo covarde pelos mais frágeis e com menos capacidade de se defender” (SOUZA, 2017, p. 51), são depositados nos estabelecimentos prisionais, como se objetos fossem.

A criminologia do outro, da classificação social entre “nós e eles” defende que o infrator não pode ser considerado humano e o equipara a “criaturas monstruosamente opacas, além ou fora da nossa compreensão – o que ajuda a aclamar a consciência de qualquer um que se sinta desconfortável em neutralizar

milhões de pessoas e até mesmo em matar algumas”. Legitima-se com isso a (des)classificação individual que autoriza “condenar e excluir todos aqueles que vieram a falhar” (GARLAND, 2017, p. 390; 392) pois “eles não podem ser considerados pessoas nem cidadãos, são inimigos da sociedade que devem ser excluídos dela” (RIPOLLÉS, 2015, p. 80). A prisão “funciona como um exílio, que superou as penas de banimento e degredo”. (GARLAND, 2017, p. 381).

A criminologia do outro impulsiona a exclusão social de grupos inteiros que são desvalorizados e condenados ao abandono permanente, por não possuírem os direitos fundamentais resguardados, compelidos a criminalidade, por buscarem o tão sonhado tratamento igualitário. O cárcere revela ser um mecanismo conspícuo da exclusão. Para que seja possível o respeito às normas jurídicas se faz necessário que o indivíduo seja reconhecido e reconhecente, situação que não condiz com o cenário atual. Assim, busca-se uma alternativa para alterar o contexto de inseguranças e violências, bem como de superação das situações degradantes e desumanas dos estabelecimentos prisionais que impedem a verdadeira ressocialização do indivíduo, sendo que o recomeço deve ser o repensar da classificação, já naturalizada, do “nós e eles”.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A composição dos presídios é de indivíduos pobres, periféricos, negros, de baixo grau de instrução, normalmente que desempenham atividades laborais braçais que, em suma, são privados de direitos mesmo antes de qualquer sentença condenatória, que representam a parte inferior da pirâmide social. Para tais indivíduos, que já são esquecidos e abandonados pelo Estado e sociedade geral, a entrega do corpo ao crime pode representar uma tentativa de ser visto, pois, desde o nascimento vivem o drama de tentar serem reconhecidos e pertencentes a esta sociedade que, irrefletida e sem piedade, os classifica entre “nós e eles”.

Pelo discurso segregador estar enraizado na sociedade, os tratamentos cruéis e violação de direitos para aqueles que compõem os estabelecimentos prisionais são indiferentes e tidos como merecidos, pois todo o sofrimento recairá a “eles” e não a mim. Neste sentido, os discursos de ódio, segregadores, legitimam as violações presentes no cárcere. Pelas estruturas de desigualdades e exclusões, desenha-se uma cultura do controle, irrefletidamente aceita, que visa culpar e demonizar o outro pela insegurança existente, legitimando o castigo, sem pontuar as demais mazelas sociais presentes no sistema.

Todavia, a prisão não pode servir de recurso para todos os males da sociedade, sendo que, ao dar continuidade a estratégia de apartar de si o mal, o indivíduo transgressor serve como carimbo estatal de anuência da hierarquização de classes, da exclusão e das desigualdades. Desse modo, legitima-se a exclusão de indivíduos que, desde a concepção, são condenados ao abandono e a invisibilidade (os pobres, os negros, os periféricos, em suma a ralé). Permitir a continuidade de tais discursos acaba por abalar os pilares da democracia, uma vez que a igualdade não consegue ser alcançada.

## REFERÊNCIAS

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1999.

GARLAND, David. **A cultura do controle:** crime e ordem social na sociedade contemporânea. trad. apr. Notas. Andre Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

RIPOLLÉS, José LuisDiéz. **A política criminal da encruzilhada.** Tradução de André Luis Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SAFALTHE, Vladimir; SILVA JUNIOR, Nelson da; DUNKER, Christian.  
**Arqueologias do sofrimento psíquico.** 1. Ed. Belo Horizonte: Autentica Editora, 2018.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso:** da escravidão à Lava Jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

SOUZA, Jessé. **Subcidadania Brasileira:** para entender o país além do jeitinho brasileiro. Rio de Janeiro: LeYa, 2018.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente:** exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan Instituto Carioca de Criminologia, 2015.

## **SISTEMA DE MERENDA ESCOLAR: A INIQUIDADE GERADA PELA VOZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E REPASSE INSUFICIENTE DE VERBA POR PARTE DO ESTADO**

*Mylena Fernanda Ferreira Gonçalves<sup>1</sup>*

*Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Gabriela Felden Scheuermann<sup>2</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O direito à alimentação é mais que um direito social esculpido na Constituição Federal, é um direito humano, previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 25). E, considerando os dados mais recentes sobre a fome no Brasil, em especial durante e após o período da pandemia da Covid-19, ela está mais presente em lares onde vivem crianças com menos de dez anos de idade. Ou seja, dentro do cenário de fome e falta de alimentação adequada, as mais atingidas são as crianças e sabe-se que a desnutrição pode impactar diretamente no fornecimento de nutrientes necessários para o desenvolvimento do cérebro.

Nesse contexto, esta pesquisa possui como objetivo expor a importância da alimentação escolar fornecidas pelas escolas públicas, por meio do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), como forma de garantia do direito à alimentação. Contudo, embora essencial, a problema central envolve os empecilhos financeiros decorrentes do repasse de verbas insuficientes por parte do Governo. Desse modo, questiona-se: o direito à alimentação escolar é garantido no Brasil? Para tanto, adota-se o método de raciocínio indutivo e a pesquisa é bibliográfica.

### **ANÁLISE E DISCUSSÃO**

Sabendo que os hábitos alimentares adquiridos na infância e adolescência tendem a se manter na vida adulta, ações e intervenções educativas no ambiente escolar, voltadas à promoção da saúde, tanto física, como emocional e social, têm demonstrado resultados positivos. (KASSAOKA; RAIMUNDO, 2017, p. 12)

A alimentação escolar, materializada por meio da merenda, está prevista na Resolução nº 6 de maio de 2020, sendo considerada além de um alimento oferecido, um direito do aluno. Por isso, de acordo com a mencionada Resolução, é dever do Estado garantir a alimentação no espaço escolar e, desse modo, garantir o direito humano à alimentação. Contudo, em razão de diversos fatores, em especial pela falta defasagem do valor repassado e pelo desvio ou falta de administração, esse direito tem sido reiteradas vezes violado.

De acordo os dados dispostos pela Câmara de Deputados (SALES, 2021), durante a existência da moeda real, há uma desvalorização de mais de 759% da moeda. Quando fala-se no custo de R\$ 80,00 a R\$120,00 da cesta básica, o brasileiro comprava em torno de R\$100,00 em alimentos. Isso em 1994. Atualmente, os

---

<sup>1</sup>Acadêmica do 5º semestre do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus Cerro Largo/RS. E-mail: [mylenafferreiracontato@hotmail.com](mailto:mylenafferreiracontato@hotmail.com)

<sup>2</sup>Professora do Curso de Direito da URI Cerro Largo (RS). Doutoranda em Direito na URI Santo Ângelo (RS). Mestra em Direitos Especiais na URI Santo Ângelo (RS). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Estácio de Sá (RJ). E-mail: [gabischeuermann.gf@gmail.com](mailto:gabischeuermann.gf@gmail.com)

mesmos R\$100,00 valem menos de  $\frac{1}{4}$  do que valor dispostos nas cédulas. Portanto, o cidadão brasileiro não consegue mais dispor da mesma quantidade de alimentos fazendo uso do mesmo valor.

A merenda escolar não tem a finalidade de suprir 100% dos índices nutricionais do estudante, mas sim garantir que, ao menos, as crianças tenham acesso a refeições diárias. No entanto, como mencionado, esta garantia esbarra na questão econômica. A verba da alimentação escolar é resultado do censo escolar do ano anterior, todavia, esse é o primeiro fator de desigualdade alimentar.

Art. 18 Os cardápios devem ser planejados para atender, em média, as necessidades nutricionais estabelecidas na forma do disposto no Anexo IV desta Resolução, sendo de: I - no mínimo 30% (trinta por cento) das necessidades nutricionais de energia, macronutrientes e micronutrientes prioritários, distribuídas em, no mínimo, duas refeições, para as creches em período parcial; II - no mínimo 70% (setenta por cento) das necessidades nutricionais de energia, macronutrientes e micronutrientes prioritários, distribuídas em, no mínimo, três refeições, para as creches em período integral, inclusive as localizadas em comunidades indígenas ou áreas remanescentes de quilombos; III - no mínimo 30% (trinta por cento) das necessidades nutricionais diárias de energia e macronutrientes, por refeição ofertada, para os estudantes matriculados nas escolas localizadas em comunidades indígenas ou em áreas remanescentes de quilombos, exceto creches; IV - no mínimo 20% (vinte por cento) das necessidades nutricionais diárias de energia e macronutrientes, quando ofertada uma refeição, para os demais estudantes matriculados na educação básica, em período parcial; V - no mínimo 30% (trinta por cento) das necessidades nutricionais diárias de energia e macronutrientes, quando ofertadas duas ou mais refeições, para os estudantes matriculados na educação básica, exceto creches em período parcial; (Resolução Nº 6, 2020, p.7)

A variação do número de alunos de uma instituição é prejudicial para as escolas que ganham novos alunos no ano posterior ao censo, sendo assim nem todos os alunos recebem verba pela merenda consumida. Uma porta de saída para esse problema enfrentado por muitas escolas, seria de maneira ampla a maior eventualidade da democratização dos dados de número de alunos, mensalmente por exemplo (MEC<sup>3</sup>, 2023).

Nesse sentido, o art. 6º da Resolução nº 6 de 2020:

Art. 6º São atendidos pelo PNAE os alunos matriculados na educação básica das redes públicas federal, estadual, distrital e municipal, em conformidade com o Censo Escolar do exercício anterior realizado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP, do Ministério da Educação - MEC. (Resolução Nº 6, 2020, p.3)

A normativa vigente traz em seu texto (Resolução Nº 6, 2020, p.3) que há obrigatoriedade de uma nutricionista responsável pela merenda escolar, devidamente habilitada e inscrita no CFN<sup>4</sup>, sob a pena de suspensão de verba da merenda escolar.

---

<sup>3</sup>Ministério da Educação.

<sup>4</sup>Conselho Federal de Nutricionistas.

Noutras palavras, o repasse de verba pode ser suspenso sem se pensar qualquer hierarquia de direitos, que sim é uma medida que pode ser vertente de investigação de (in)constitucionalidade. Conforme dos dados dispostos no noticiário online “Fique Sabendo” (SEIBT,2020), em 2020 municípios perderam 34 milhões na verba de alimentação escolar por irregularidades na prestação de contas.

O nutricionista, responsável técnico pelo PNAE, destaca-se por contribuir com o fortalecimento e disseminação das ações e ideias sobre a alimentação saudável na escola, por meio da interação com a equipe escolar. No PNAE esse profissional exerce diversas atividades, dentre elas, destacam-se: cardápio, controle de qualidade, integração com a agricultura alimentar, diagnóstico nutricional, teste de aceitabilidade, educação alimentar e nutricional. (KASSAOKA; RAIMUNDO, 2017, p. 13)

Definido pela Resolução nº 32, de 10 de agosto de 2006, do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE/MEC), a suspensão de verba da merenda escolar bate novamente em um fator administrativo, no caso da não prestação de contas pelo município. Nesse embate administrativo, os maiores prejudicados pelo não repasse de verba não são os gestores e sim, a criança e adolescente que são vítimas constantes da insegurança alimentar. Decisões relacionadas ao cancelamento do repasse de verbas têm gerado diversos processos, tais como mandados de segurança.

Outra problemática se dá ao fato dos preços exorbitantes nas licitações públicas, destituindo a cotação de preços feita pela administração pública, análogo a isso temos a cláusula trazida na lei vigente que 30% (Resolução Nº 6, 2020, p.11) dos alimentos oferecidos na merenda escolar devem possuir origem de agricultura familiar, mas dado aos altos preços e impossibilidade da compra de alguns itens nas grandes distribuidoras os municípios e rede estadual acabam pagando mais caro pelo alimento disposto de mesmo fornecedor (grande parte das vezes se consegue o mesmo alimento orgânico em rede de supermercados com valores inferiores sendo fornecidos pelo mesmo agricultor familiar).

A base da segurança alimentar no Brasil está diretamente relacionada à Agricultura Familiar, segmento da produção agropecuária predominantemente voltado ao mercado interno e responsável pelo fornecimento de gêneros alimentícios consumidos diariamente pela maioria da população. A Lei Federal 11.947/2009 que dispõe sobre a Alimentação Escolar determina aos estados, Distrito Federal e municípios a obrigatoriedade de destinar 30% do total da verba repassada pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação para aquisição de gêneros alimentícios na compra direta junto à Agricultura Familiar, ampliando a demanda pública de produtos e consequente incremento ao setor. (KASSAOKA; RAIMUNDO, 2017, p. 19)

Além disso, outro empecilho se encontra no sistema de merenda da rede estadual de ensino que é ele é regional, isto é, há um único cardápio para cada região sem levar em contas as especificidades de cada município e a limitação quanto a oferta de determinados gêneros alimentícios. Em cidades de uma mesma região a economia pode variar e de acordo com a oferta/procura, podendo haver uma configuração de preço diversa para um mesmo produto.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A alimentação escolar não configura somente a questão nutricional nas instituições de ensino, tem cunho social e gestacional. Sendo imprescindível para o acesso ao direito à alimentação e à educação, não se resguardando a “reserva do possível”<sup>5</sup>.

Compreende-se que as políticas públicas fazem total diferença no país, quando de fato, estão auxiliando e ajudando a sociedade, sendo assim, há diversas medidas e ações cabíveis que procuram contribuir para um desenvolvimento social e integral de cada ser humano.

Concluí-se então que o Estado trabalha em prol da criança e do adolescente, mas a voz da legislação configura um meio e não um fim, sendo notórias as dificuldades geradas por processos administrativos que ao invés de trazerem o alimento até a mesa dos estudantes, restringem o acesso a isonomia alimentar.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Pauline; PUENTE, Beatriz; ARAÚJO, Thayana. Pesquisa mostra que prato feito pode variar entre R\$ 10 e R\$ 56. **CNN Brasil**, 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/pesquisa-mostra-que-prato-feito-pode-vari-entre-r-10-e-r-56/>. Acesso em 18 mai. 2023.

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

BRASIL. **Resolução nº 32, de 10 de agosto de 2006**. Estabelece as normas para a execução do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE). Brasília, DF, 2006.

BRASIL. **Resolução nº 6, de 8 de maio de 2020**. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica [...]. Brasília, DF, 2020.

KASSAOKA, Diogenes; RAIMUNDO, Milene Gonçalves Massaro. **Alimentação escolar: promovendo a saúde do futuro** / Kassaoka, Diogenes; Raimundo, Milene Gonçalves Massaro (org), José Valverde Machado Filho (coord) - São Paulo - Coordenadoria de Desenvolvimento dos Agronegócios, 2017.

MEC. MEC e Inep divulgam resultados da 1ª etapa do Censo Escolar 2022. **Censo Escolar**, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/inep/pt-br/assuntos/noticias/censo-escolar/mec-e-inep-divulgam-resultados-da-1a-etapa-do-censo-escolar-2022>. Acesso em 18 mai. 2023.

SALES, Gustavo. Especialistas apontam desvalorização do real e falta de estoques reguladores entre as causas da inflação. **Câmara de Deputados**, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/811563-especialistas-apontam-desvalorizacao-do-real-e-falta-de-estoques-reguladores-entre-as-causas-da-inflacao/>. Acesso em 18 mai. 2023.

---

<sup>5</sup>Subordinação de direitos em conformidade da existência de recursos públicos disponíveis.

SEIBT, Taís. Merenda escolar: municípios perdem R\$ 34 milhões por irregularidades na prestação de contas. **Fiquem Sabendo**, julho de 2020. Disponível em: <https://fiquemsabendo.com.br/gastos-publicos/merenda-escolar-irregularidades/>. Acesso em 18 mai. 2023

## **A INFLUÊNCIA DOS ESTEREÓTIPOS DE GÊNERO NO ACESSO À JUSTIÇA: ANÁLISE DO CASO MÁRCIA BARBOSA DE SOUZA**

*Kíria De Almeida Miranda<sup>1</sup>  
Odenir Augusto De Oliveira<sup>2</sup>  
Ana Beatriz Carvalho Reis<sup>3</sup>*

A ordem jurídica pátria assegura o tratamento igualitário a todos os gêneros no sistema de justiça, seja como medida de acesso pleno aos tribunais ou mesmo enquanto modo de eliminar as diferentes formas de discriminação e violência que afetam as minorias, principalmente as mulheres, garantindo o princípio da dignidade da pessoa humana às mulheres (CONSTITUIÇÃO, 1988).

Entretanto, tendo em vista que o Brasil é marcado, desde tempos pretéritos, pela prevalência da cultura de violência contra as mulheres, a naturalização dessa cultura implica, não apenas tolerância da sociedade e dos responsáveis em investigar e punir as agressões, mas denegação ao acesso à justiça (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2019). O caso Barbosa e outros Vs. Brasil, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou o Brasil pelo crime de feminicídio, pela primeira vez, retrata a realidade brasileira e as consequências dos estereótipos de gênero na efetivação do direito à justiça (OEA, 2021).

Na condenação do Brasil pelo crime de feminicídio, a Corte reconheceu que os preconceitos pessoais e os estereótipos de gênero afetam a objetividade dos funcionários estatais encarregados de investigar as denúncias que lhes são apresentadas, influenciando em sua percepção para determinar se ocorreu ou não um fato de violência, em sua avaliação da credibilidade das testemunhas e da própria vítima (PEREIRA, 2023).

Nesse contexto, o presente estudo paira na compreensão de que o estereótipo de gênero, especialmente o estereótipo sobre as mulheres, reduz a concretização de direitos e garantias fundamentais, principalmente o direito ao acesso à justiça, e o caso de Márcia Barbosa de Souza expõe a dinâmica de violência de gênero e a relação entre estereótipos de gênero e o direito à justiça (OEA, 2021).

Verifica-se que a literatura despende pouca atenção sobre como o estereótipo de gênero influencia nos direitos das mulheres. Mesmo diante da condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 2021, na qual impôs ao país a adoção de programas de capacitação dos responsáveis por investigar, apurar e julgar crimes contra as mulheres para que os estereótipos de gênero não afete a subjetividade dos fatos e, diante da constatação da implementação pelo Conselho Nacional de Justiça do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero 2021, percebe-se que o feminicídio no Brasil aumentou (CERQUEIRA, 2021).

---

1 Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Servidora do TRT 6ª Região. E-mail: kiria.miranda@trt6.jus.br

2 Mestre em Direito e Globalização pela Universidade Vale do Rio Verde de Três Corações. Professor Titular da Universidade José do Rosário Vellano, Brasil. E-mail: odenir.oliveira@unifenas.br

3 Graduada em Direito pela Universidade José do Rosário Vellano. Estagiária do TJMG. E-mail: anabeatrizcarvalhoreis34@gmail.com

Assim, o trabalho se justifica pelo fato de que o tema precisa ser tratado e analisado com urgência.

A lacuna quanto a perpetuação da violência contra as mulheres em razão da naturalização dos papéis desempenhados pelos homens e pelas mulheres revela o aumento de agressões contra elas e a omissão em investigar os crimes em face delas. A justificativa para o presente trabalho repousa, ainda, na necessidade de enfrentar a disparidade entre as desigualdades de gênero, especialmente na construção de conferir visibilidade sobre a democratização do Estado e o acesso à justiça das mulheres (MENEGHEL, 2017).

Assim, a pesquisa tem o objetivo geral de investigar como o estereótipo de gênero impacta o direito de acesso à justiça como direito fundamental das mulheres, uma vez que a discriminação e a violação de direitos humanos das mulheres ocorrem em contexto de relação de poder diferentes e, no caso de vítimas de violência, a discriminação e os preconceitos impactam o acesso à ordem jurídica justa de maneira ímpar. Com isso, a pesquisa se divide em três objetivos específicos, quais sejam, em um primeiro momento, analisar as formas e os contextos de estereótipos de gênero; logo em seguida, traçar as diretrizes do que consiste o direito de acesso à Justiça, especialmente quanto às perspectivas de gênero e, por fim, examinar, através da condenação do Brasil por feminicídio na Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso de Márcia Barbosa de Souza, como o estereótipo de gênero influencia no acesso à justiça.

Para De Mattos, apesar dos avanços legislativos, a sociedade continua marcada pelo patrimonialismo patriarcal e pela construção subalternada da condição da mulher, fazendo necessário compreender a violência de gênero a partir da dinâmica do poder. A autora ressalta que as decisões judiciais que envolvem o tema reproduzem a inferiorização da mulher e contribuem para o inaccessível à justiça. Desta forma, em relação às estruturas de poder e o acesso à justiça, verifica-se o papel decisivo do Direito em naturalizar a condição inferior da mulher e perpetuar as diferenças entre os homens e as mulheres. As decisões judiciais revelam que os estereótipos conferem proteção legal de forma distinta em relação ao gênero, nas quais os magistrados reproduzem comportamentos aceitáveis ou não de acordo com as expectativas sociais construídas (DE MATTOS, 2015).

E, segundo Cook e Cusack, o estereótipo de gênero, além de influenciar julgamentos e comportamentos, restringindo o direito das mulheres, tem consequências mais profundas, como a construção da identidade das mulheres de acordo com o interesse dos dominantes, o controle de seus corpos e o enquadramento de comportamentos sociais de acordo com os interesses do grupo da maioria (COOK; CUSACK, 2011).

Com isso, as teorias de Butler, sobre a precariedade e a vulnerabilidade das minorias, como as mulheres vítimas de violência, quando aborda suas condições de inferioridade e o desprezo social por elas, cujas vidas não são passíveis de enlutamento e choro, contribuem para desvendar a relação de categoria de poder, estereótipo de gênero e opressão dos direitos fundamentais (BUTLER, 2019).

Para tanto, utilizar-se-á o método qualitativo, através do exame de decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da legislação nacional e trabalhos científicos sobre o tema bem como a pesquisa documental. A perspectiva da teoria butleriana é essencial para analisar as especificidades da relação de poder entre os estereótipos de gênero e o direito fundamental de acesso à justiça para as mulheres.

Diante disso, os resultados obtidos com a pesquisa demonstram que a violência que atinge a mulher reproduz a desigualdade de gênero e os estereótipos

de gênero das mulheres restringem seu acesso à justiça, influenciando a noção dos responsáveis em investigar e julgar os crimes contra essas vítimas. É inadmissível, dessa forma, em um Estado Democrático de Direito, relegar o acesso à justiça às mulheres vítimas de violência em razão de construções sociais discriminatórias. Do mesmo modo, torna-se preciso debater e desenvolver pesquisas sobre a problemática apresentada para a construção de uma sociedade justa e igualitária.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88\\_Livro\\_EC91\\_2016.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf). Acesso em: 24 maio 2023.

BUTLER, Judith. **Vida precária: os poderes do luto e da violência**. Autêntica Business, 2019.

CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro et al. **Atlas da violência 2021**. 2021.

COOK, Rebecca; CUSACK, Simone. **Gender stereotyping: transnational legal perspectives**. University of Pennsylvania Press, 2011.

DE DIREITOS HUMANOS, OEA Comissão Interamericana. **CIDH expressa sua profunda preocupação frente à alarmante prevalência de assassinatos de mulheres em razão de estereótipo de gênero no Brasil**. Comunicado à imprensa de, v. 4, 2019.

DE MATTOS, Cristiane Araújo. **Patriarcado Público: estereótipos de Gênero e acesso à justiça no Brasil**. Revista *Ágora*, n. 22, p. 158-169, 2015.

MENEGHEL, Stela Nazareth; MARGARITES, Ane Freitas. **Feminicídios em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil: iniquidades de gênero ao morrer**. Cadernos de Saúde Pública, v. 33, p. e00168516, 2017. Atlas da violência 2021. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil**. Sentença de 7 de setembro de 2021. Disponível em: [seriec\\_435\\_por.pdf](#) (corteidh.or.cr). Acesso em: 24 maio 2023.

PEREIRA, Alanna Aléssia Rodrigues. **Direitos humanos das mulheres negras: uma análise do caso Márcia Barbosa de Souza**. Revista de Direitos Humanos em Perspectiva, v. 8, n. 2, 2023.

## INSEGURANÇA ALIMENTAR SOB O OLHAR DA INTERSECCIONALIDADE: FOME E POBREZA TÊM COR E GÊNERO?

*Alice Scheeren Kuhn*<sup>1</sup>

*Gabriela Felden Scheuermann*<sup>2</sup>

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A pobreza é uma questão presente em nosso país, é uma realidade na vida de muitas famílias. Nesse sentido, a Conferência Regional sobre Población y Desarrollo de América Latina y el Caribe (CEPAL) estima que entre 2020 e 2021 as pessoas em situação de extrema pobreza aumentaram em quase cinco milhões<sup>3</sup>. Atualmente muitas famílias são chefiadas por mulheres e, de acordo com pesquisas<sup>4</sup>, em 2018, 12,755 milhões de pessoas viviam em arranjos familiares formados por responsável sem cônjuges e com filhos, desse total, em 90,3% dos domicílios a responsável era a mulher. Dentre estas, 67,5% eram pretas ou pardas, são essas famílias que possuem, na grande maioria das vezes, maior vulnerabilidade social e econômica.

Nesse sentido, esta pesquisa busca, por meio do método indutivo, analisar os motivos para que a pobreza e a fome sejam mais recorrentes nos lares em que a renda é proveniente da matriarca. Torna-se relevante falar sobre isso porque, por meio de recortes de gênero e raça, onde as mulheres negras são mais vulneráveis as desigualdades sociais.

### REFERENCIAL TEÓRICO

O conceito de segurança alimentar está previsto na Lei nº 11.346/2006, conhecida como Lei Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. De acordo com o art. 3º da referida lei, a segurança alimentar consiste na “realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais [...]” (BRASIL, 2006). Nesse sentido, o contrário, ou seja, a falta de acesso a alimentos saudáveis e suficientes, pode-se chamar de insegurança alimentar.

De acordo com Hoffmann (1995, p. 159), a insegurança alimentar ocorre quando existem pessoas que não possuem acesso a alimentos suficientes para uma vida ativa e saudável, especialmente, pela falta de ter poder aquisitivo, ou seja, renda para comprar alimentos (HOFFMANN, 1995, p. 159). A insegurança alimentar e, como

---

<sup>1</sup> Acadêmica do curso de Direito da URI Campus Cerro Largo (RS). E-mail: alicescheeren\_k15@hotmail.com

<sup>2</sup> Professora e Coordenadora do Curso de Direito da URI Campus Cerro Largo (RS). Doutoranda em Direito pelo PPGD da URI Campus Cerro Largo. Mestra em Direitos Especiais pela mesma Universidade. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Estácio de Sá. E-mail: gabischeuerman.gf@gmail.com

<sup>3</sup> Dados extraídos do site: <https://www.cepal.org/pt-br/comunicados/pobreza-extrema-regiao-sobe-86-milhoes-2021-como-consequencia-aprofundamento-crise#:~:text=Sobre%20a%20CEPAL-,Pobreza%20extrema%20na%20regi%C3%A3o%20sobe%20para%2086%20mil%C3%B5es%20em%202021,da%20pandemia%20da%20COVID%2D19>.

<sup>4</sup> Informações extraídas do site: <https://contee.org.br/mulheres-chefes-de-familia-e-a-vulnerabilidade-a-pobreza/>.

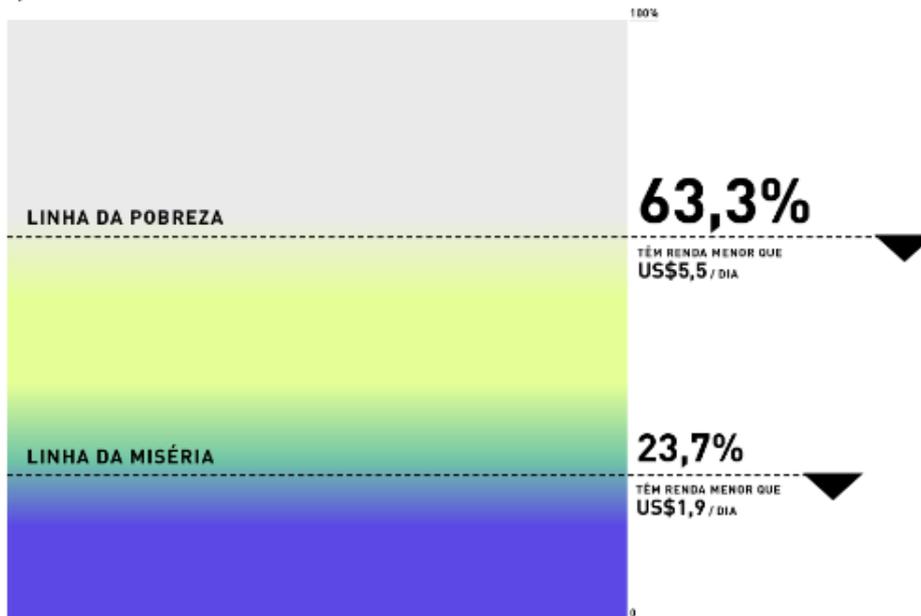
consequência, a fome no Brasil tiveram aumentos significados a partir de 2020 com a pandemia de Covid-19. Segundo dados publicados pela Folha de São Paulo, 47,3 milhões de brasileiros terminaram o ano de 2021 na pobreza. Esse número equivale a 22,3% da população total do país (SALOMÃO, 2022).

Ocorre que, a partir de pesquisas realizadas e coleta de dados, percebeu-se que a insegurança alimentar era mais prevalente em domicílios de baixa renda, nos quais a pessoa de referência é uma mulher e de cor autorreferida negra (FIOCRUZ, 2022.). Segundo Butto (1998, p. 72), domicílios chefiados por mulheres têm, em média, uma renda menor não porque têm mais crianças ou menos adultos, mas porque a chefe do domicílio, sendo mulher, ganha menos”<sup>5</sup>. Para o IBGE (2019), em relação às famílias chefiadas por mulheres, 63% são mulheres negras com filhos de até 14 anos e que vivem abaixo da linha da pobreza, de acordo com a imagem abaixo:

### CASAS SUSTENTADAS POR MULHERES SEM CÔNJUGE E COM FILHO(S) DE ATÉ 14 ANOS (2018)

#### PRETAS OU PARDAS

7,8 MILHÕES\*



#### BRANCAS

3,6 MILHÕES\*

Fonte: FERREIRA; BRUNO; MARTINS, 2019

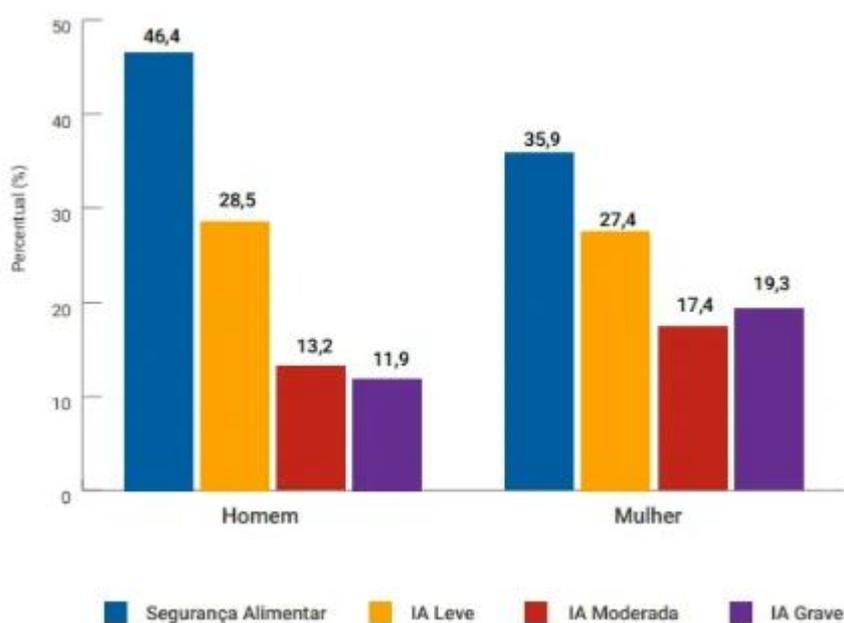
Assim, a partir de diversas pesquisas realizadas, percebeu-se que a população mais atingida pela pobreza e pela fome e, portanto, pela insegurança alimentar no Brasil, são as mulheres negras. De acordo com o 2º Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 (VIGISAN, 2022), 58,7% da população brasileira vive em algum grau de insegurança alimentar (baixa,

<sup>5</sup> Essa passagem de Butto faz referência a um cenário desigual de gênero relacionado ao campo de trabalho, em que homens e mulheres, mesmo desempenhando a mesma função, possuem salários diferentes.

média ou grave). No entanto, este percentual sobe para 63% nos domicílios chefiados por mulheres, dos quais 19,3% estão em situação de fome.

Fígado ou ovo para o almoço, quando é possível comprar alguma proteína [...], falta de remédio no posto de saúde e aproximadamente R\$500 reais por mês para sustentar três filhos em dois cômodos pequenos às margens do manguezal. Essa é a realidade de Paula Roberta, de 37 anos (FERREIRA; BRUNO; MARTINS, 2019, 00).

Assim, a partir de um recorte de gênero, a pesquisa demonstrou que em casas comandadas por homens, a chance de desenvolver insegurança alimentar é de 25%, enquanto que nos lares chefiados por mulheres, esse percentual salta para 36,7%.



Fonte: VIGISAN (2022)

Contudo, além de um recorte de gênero, é necessário fazer um recorte de cor. Pelas pesquisas, do total apontado em relação a insegurança alimentar, 64% dos domicílios com referências **pretas** sofrem com insegurança alimentar (VIGISAN, 2022, grifou-se). Com isso, pode-se afirmar que a insegurança alimentar, a fome e a pobreza no Brasil tem gênero (mulheres) e tem cor (negras).

Tudo falta às mulheres negras. Ela é um esteio que tem que dar conta de tudo: da fome, da falta de saneamento, da falta de saúde, de educação adequada. Se tivesse escola e posto de saúde funcionando, uma legislação trabalhista não discriminatória, ou seja, se elementos que não são de competência dela estivessem organizados, ela não estaria na linha de pobreza – Wânia Santana, vice-presidente do conselho do Ibase (FERREIRA; BRUNO; MARTINS, 2019, 00).

Portanto, para falar de insegurança alimentar é preciso adotar um olhar interseccional. A interseccionalidade é um olhar para cada indivíduo e suas particularidades, analisar a vivência e as dificuldades enfrentadas por cada grupo.

Collins e Bilge (2021) relatam que as pessoas comuns fazem uso da interseccionalidade quando percebem a necessidade de estruturas e pautas melhores para enfrentar seus problemas sociais, como exemplo é tratada a mulher negra que não tem suas questões específicas abordadas dentro do movimento feminista ou do movimento negro, já que sofrem uma tripla opressão: gênero, raça e classe, assim, usam a interseccionalidade para achar respostas a esses desafios.

[...] a interseccionalidade permite-nos enxergar colisão das estruturas, a interação simultânea das avenidas identitárias, além do fracasso do feminismo em contemplar mulheres negras, já que reproduz o racismo. Igualmente, o movimento negro falha pelo caráter machista [...]. (AKOTIRENE, 2020, p.19)

Para cada grupo de indivíduos se faz necessário movimentos sociais mais específicos, atendendo-os de suas necessidades, essas, que não se enquadram completamente em nenhum dos movimentos já existentes. Com isso, a interseccionalidade torna-se necessária como uma forma de individualizar cada pessoa pertencente a mais de um movimento social, onde tem sua história vista de modo completo, e não diminuída dentro de um movimento, não sendo necessário optar contra o que mais importa lutar.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, pode-se perceber que as famílias chefiadas por mulheres, em sua grande parte vivem na pobreza, sem acesso as necessidades básicas inerentes a todo ser humano. Devido a desigualdades de gênero, raça e classe que são extremamente prejudiciais a essas mulheres, que por séculos viveram diferentes formas de opressão. A pobreza e, por consequência, a fome que tantas famílias enfrentam, a dificuldade para conseguir alcançar um cargo superior no seu local de trabalho, de uma remuneração justa pelo esforço e a não discriminação pelo fato da mulher, para os olhos do patriarcado, ainda ter o dever de ser a guardiã do lar, são alguns dos obstáculos ainda presentes no cotidiano.

Ao falar da luta de mulheres negras é necessário pensar em qual *locus* social que cada indivíduo está inserido. Não se pode falar a partir desses indivíduos, pelas suas dores e vivências, mas sim a partir do lugar que ocupamos na sociedade, validando cada história, cada vivência, e assim, pensarmos de uma forma ética as hierarquias que nos circundam.

## REFERÊNCIAS

AKOTIRENE, Carla. **Inteseccionalidade**. São Paulo: Sueli Carneiro; Editora Jandaíra, 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.346 de 2006**. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. Brasília: DF, 2006. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/consea/conferencia/documentos/lei-de-seguranca-alimentar-e-nutricional>.

BUTTO, A. Gênero, família e trabalho. In: **Mulher e política**. São Paulo: Editoria Fundação Perseu Abramo, 1998.

FERREIRA, Lola; BRUNO, Maria Martha; MARTINS, Flávia Bozza. No Brasil, 63% das casas chefiadas por mulheres negras estão abaixo da linha da pobreza. **Gênero e Número**, 12 dez., 2019. Disponível em:  
<https://www.generonumero.media/reportagens/casas-mulheres-negras-pobreza/>

FIOCRUZ. **Gender e Covid-19**: Insegurança alimentar de mulheres e suas famílias no contexto da pandemia no Brasil. [https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos\\_2/genero\\_e\\_covid19\\_inseguranca\\_alimentar.pdf](https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos_2/genero_e_covid19_inseguranca_alimentar.pdf).

HILL, Patricia Collins; BILGE, Sirma. **Interseccionalidade**. Tradução Rane Souza. São Paulo: Boitempo, 2021.

HOFFMANN, Rodolfo. Pobreza, insegurança alimentar e desnutrição no Brasil. **Estudos Avançados**, 1995. Disponível em:  
<https://www.scielo.br/j/ea/a/RWzRsdvZLf4YWRyCNjN8c4R/?format=pdf&lang=pt>

SALOMÃO, Alexa. Pobreza recorde acentua desigualdades no Brasil. **Folha de São Paulo**, 22, jun. 2022. Disponível em:  
<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/06/pobreza-recorde-acentua-desigualdades-no-brasil-veja-por-estado.shtml>

VIGISAN. **Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil**. Brasília, DF, 2022. Disponível em:  
<https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2022/10/14/olheestados-diagramacao-v4-r01-1-14-09-2022.pdf>

## **A POSSIBILIDADE DE FORMALIZAÇÃO DE UNIÕES POLIAFETIVAS: EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO DE FAMÍLIA<sup>1</sup>**

*Henrique Wendt Staudt<sup>2</sup>*

*Orientadora: Luana Maíra Moura de Almeida<sup>3</sup>*

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Muitos foram os avanços jurídicos no âmbito do Direito de Família nos últimos anos. Exemplo disso foi o reconhecimento de uniões (casamento e união estável) entre pessoas do mesmo sexo. Algumas famílias, contudo, em suas formas “não tradicionais”, permanecem com *status* jurídico indefinido, não sendo formalmente reconhecidas, em razão de sua estrutura. A pesquisa traz os conceitos de família, união estável e união poliafetiva. Posteriormente, procede análise da possibilidade de formalizar as relações poliafetivas como uniões estáveis, como realização dos direitos fundamentais e em consonância com os princípios do Direito de Família. A relevância do estudo é justificada pela situação de insegurança jurídica na qual se encontram as pessoas envolvidas nas referidas uniões. Ademais, as consequências desse estado de coisas, além de influenciar a proteção do grupo familiar no presente, podem causar conflitos acerca da partilha do patrimônio, em momentos futuros, haja vista que tais uniões são fenômenos sociais recentes. O trabalho tem como principais fontes o direito positivado, com destaque para a legislação civil voltada para família, bem como princípios e direitos fundamentais, além dos princípios específicos e entendimentos e conceitos da jurisprudência e da doutrina que descrevem os requisitos para a configuração de uma família. Para tal, é utilizada a pesquisa bibliográfica tendo por base livros e artigos científicos, bem como a pesquisa jurisprudencial nos arquivos das Cortes Superiores.

### **1. A FAMÍLIA E O DIREITO DAS FAMÍLIAS: REFLEXÕES INTRODUTÓRIAS**

Como é sabido, o mundo contemporâneo é caracterizado por seu dinamismo social e por alterações profundas nas estruturas sociais. No Direito de Família brasileiro, uma das mais importantes alterações a que se assistiu nos últimos anos, que surgiu da efetivação de direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, foi a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), no âmbito da ADPF 132, que reconheceu como inconstitucional qualquer interpretação do art. 1.723 do CC/2002 que vedasse o reconhecimento de união estável entre duas pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2011).

No entanto, as relações poliafetivas, formadas por três ou mais pessoas, não se encontram protegidas nem pela legislação, nem pela jurisprudência das Cortes Superiores. Em razão disso, inclusive, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão administrativo do Poder Judiciário, determinou que os Cartórios de Registro não

---

<sup>1</sup> Trabalho desenvolvido a partir das reflexões oportunizadas na disciplina de Direito Civil V, no Curso de graduação em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Santo Ângelo.

<sup>2</sup> Discente no Curso de graduação em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Santo Ângelo. E-mail: henriquewstaudt@aluno.santoangelo.uri.br.

<sup>3</sup> Professora Mestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Santo Ângelo. E-mail: luana.mmalmeyda@san.uri.br.

registrassem escrituras públicas de união estável poliafetiva. Em síntese, o voto vencedor no julgamento sustentou que o Direito brasileiro não reconhece as uniões poliafetivas como entidade familiar, bem como que a sociedade brasileira ainda não aceita estas uniões, motivo pelo qual não se vê “alteração social hábil a modificar o mundo jurídico” (CNJ, 2018).

Esta pesquisa busca analisar a possibilidade jurídica de reconhecer as uniões poliafetivas como uma família, com os benefícios da proteção legal respectiva, no âmbito de um sistema jurídico orientado por um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a Dignidade da Pessoa Humana, aplicado ao Direito de Família..

O principal óbice para o reconhecimento jurídico dessas relações afetivas é que, segundo a jurisprudência e a doutrina dominantes, o sistema jurídico brasileiro adota a “Primazia da Monogamia”, conforme voto vencedor, proferido pela Ministra Nancy Andrighi, no âmbito de Recurso Especial:

Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade - que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo - para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descuidar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2014)

Destarte, durante o percurso, verificou-se que, seja pela não infringência dos valores protegidos pela “Primazia da Monogamia”, seja em observância aos ditames da Constituição Federal de 1988, sobretudo os decorrentes do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como o Princípio da Igualdade e a vedação da discriminação, o direito pátrio deve acolher essas uniões e protegê-las como faz com as demais.

## 2. BREVES APONTAMENTOS SOBRE A UNIÃO ESTÁVEL

A União Estável é entidade familiar, assim reconhecida pelo §3º, do artigo 226, da Constituição Federal de 1988. Conforme a melhor doutrina, tal família se constitui “por uma convivência pública, contínua e duradoura de um homem com uma mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, estabelecida com o objetivo de constituir família, desde que tenha condições de ser convertida em casamento, por não haver impedimento legal para sua convolação (CC, art. 1.723, §§ 1º e 2º).” (DINIZ, 2023). No entanto, como referido acima, o STF já reconheceu que é inconstitucional impedir a união estável e o casamento de pessoas do mesmo sexo.

Efetivamente, portanto, são requisitos para a configuração da união estável: a convivência pública, contínua e duradoura, não havendo impedimento para o matrimônio, estando presente o *animus familiae* (objetivo de constituir família), sem necessidade de coabitação. (TARTUCE, 2023, p. 343)

A convivência pública caracteriza-se pelo agir dos companheiros como se cônjuges fossem, sendo que os familiares, amigos, vizinhos, colegas de trabalho, dentre outras pessoas próximas possuem conhecimento da relação. A continuidade significa a manutenção do vínculo afetivo, sem interrupções, de maneira duradoura, mas não há prazo legal a ser observado, devendo ser analisada a situação concreta.

Sobre o tema, leciona Maria Helena Diniz: “O que importa é que nessa convivência haja afeição recíproca, comunhão de interesses, conjugação de esforços em benefício do casal e da prole, se houver, respeito e assistência moral e material, ou seja, companheirismo.” (2023, p. 141).

Os impedimentos para o matrimônio aplicam-se à União Estável por expressa previsão do §1<sup>a</sup>, do art. 1.723 do CC/02, sendo que esta regra apresenta uma exceção: a pessoa separada de fato ou judicialmente. Tal ressalva se deve ao fato de que, com a separação de fato, extrajudicial ou judicial, o dever de fidelidade entre os cônjuges extingue-se (DINIZ, 2023, p. 141), como é possível se verificar pelo teor da tese fixada pelo STF no âmbito do Tema de Repercussão Geral nº 529:

A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2021)

Superada a análise quanto aos requisitos para configuração da união estável, passa-se à conceituação das Uniões Poliafetivas.

### 3. AS UNIÕES POLIAFETIVAS

Objeto de análise deste estudo, as Uniões Poliafetivas destoam do que a cultura dominante no Ocidente considera “padrão”. Fortemente influenciada pelos ideais judaico-cristãos, a cultura ocidental tem como referência, para constituição de famílias e de uniões românticas, a monogamia.

Inicialmente, faz-se necessário diferenciar as uniões poliafetivas das uniões paralelas. Estas, analisadas pela jurisprudência em diversas ocasiões, ocorrem quando um dos integrantes de uma união mantém outra união concomitante, razão pela qual se chamam paralelas. Existem, portanto, dois núcleos familiares, sendo que há um integrante comum. É possível sua ocorrência de duas formas, quais sejam: de boa-fé, quando as pessoas com quem o integrante comum se relaciona desconhecem-se, ou; de má-fé, quando uma das pessoas com quem o integrante comum se relaciona sabe que não é o único companheiro, tendo conhecimento de relação anterior.

Citando caso em que um homem tinha diversos relacionamentos em diversas cidades, Flávio Tartuce leciona:

Para uma segunda corrente, devem ser aplicadas, para o caso em questão, as regras previstas para o casamento putativo. Assim sendo, as Marias que ignorarem a existência da primeira união constituída – com Maria Antonia –, podem pleitear a aplicação analógica do que consta do art. 1.561 do CC/2002. [...]

De qualquer forma, essa parece ser a posição mais justa dentro dos limites do princípio da eticidade, com vistas a proteger aquele que, dotado de boa-fé subjetiva, ignorava um vício a acometer a união. Por isso, merecerá aplicação analógica o dispositivo que trata do casamento putativo também para a união estável putativa. [...] (TARTUCE, 2023, p. 367 - 368)

Entretanto, em situação distinta se encontram as pessoas que compõem uma União Poliafetiva. Nesta, três ou mais pessoas, no exercício de sua liberdade, de sua sexualidade e de afetividade, estabelecem uma união comum, havendo o consenso de que, juntos, se encontram no caminho para alcançar a felicidade. Nesse sentido, importa referir que “As uniões poliafetivas têm as mesmas características exigidas

para a constituição de união estável, com a exceção do número de pessoas.” (TEPEDINO; TEIXEIRA, 2022, p. 41).

Sobre isso, Madaleno muito bem refere que:

A partir da Carta Política de 1988 foi sendo desconstituída a ideologia da família patriarcal, edificada na relação monogâmica, parental, heterossexual e patrimonial, e escorada na chefia do marido provedor, asfixiando o livre trânsito do afeto como base de toda e qualquer estrutura familiar, ao lado de outros valores inerentes aos relacionamentos que aproximam e aninham as pessoas. A família do passado não tinha preocupação alguma com o afeto e sua felicidade restava embotada pelos seus interesses econômicos construídos em um arquétipo familiar de um pai e uma mãe e seus filhos, todos financeiramente dependentes do marido e pai. Nem mesmo os modelos de entidades familiares lembrados pela Constituição Federal de 1988 abarcam a diversidade familiar presente na sociedade brasileira, cujos vínculos têm seu suporte no afeto. (2022, p. 60).

De fato, a CF/88, no art. 266, não refere todas as formas possíveis de configuração das famílias. Contudo, verifica-se que a Carta da República foi elaborada em um momento de grandes mudanças sociais, com a liberalização de uma sociedade que viveu em um regime ditatorial por mais de 20 anos, estipulando em seu preâmbulo e em seus primeiros artigos a supremacia da Dignidade da Pessoa Humana e o combate à discriminação e aos preconceitos, Deste modo, se deve interpretar as normas constitucionais de modo a observar tais mandamentos constitucionais.

Neste sentido é o entendimento do STF, fixado no julgamento da ADPF 132, não sendo possível considerar o rol do art. 226 da CF/1988 como uma lista fechada (*numerus clausus*), mas apenas como um rol exemplificativo (*numerus apertus*), de modo que as uniões homoafetivas foram consagradas pela jurisprudência como entidades familiares, embora não previstas expressamente na legislação. Assim, a constituição da família não deriva da qualificação legal como tal, mas da verificação do ânimo de constituir família e, sobretudo, do afeto.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No atual Direito das Famílias, os princípios da pluralidade e da afetividade destacam-se em um cenário que, cada vez mais, busca a efetivação da dignidade da pessoa humana, com a proteção da diversidade e da busca pela felicidade, no entender do indivíduo, no âmbito de sua liberdade de agir.

Embora o cenário seja favorável, os Tribunais Superiores ainda sustentam entendimentos com ares do passado. Com base no Princípio (ou primazia do valor) da Monogamia, as cortes proíbem o casamento e a união estável de mais de duas pessoas. Todavia, tal princípio não apresenta contradições com a existência de uniões poliafetivas, pois está estruturado em dois pilares: o dever de fidelidade e a tipificação da bigamia como crime pelo art. 235 do Código Penal Brasileiro.

Pois bem, a formação de um “trisal”, ou uniões com mais indivíduos, como referido, é consensual, havendo um compromisso mútuo de fidelidade entre todas as pessoas, não existindo duas uniões concomitantes, mas uma só, com três partes, estando presente o dever de fidelidade.

Isso posto, o único óbice ao reconhecimento de tais uniões é a previsão de apenas duas partes, o que, certamente, pode ser relativizado pelos princípios da pluralidade e afetividade, bem como pela autonomia privada, núcleo da dignidade da pessoa humana, em observância à proteção, contemporânea, das diversas formas de

configuração da entidade familiar, cuja formação, acima de tudo, é voltada para a busca da felicidade, por meio do afeto e projetos de vida conjuntos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132**, Relator: AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, Julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011. Disponível em:  
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> .  
Acesso em: 06 de maio de 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.348.458/MG**, Relatora: Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08/05/2014, DJe de 25/6/2014. Disponível em:  
[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201200709101&dt\\_publicacao=25/06/2014](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200709101&dt_publicacao=25/06/2014) Acesso em: 27/05/2023.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça - **Pedido de Providências** - Corregedoria - 0001459-08.2016.2.00.0000 - Rel. João Otávio de Noronha - 48ª Sessão Extraordinária - julgado em 26/06/2018.

DINIZ, Maria H. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v.5. São Paulo: SaraivaJur, 2023. E-book. ISBN 9786553627802. Disponível em:  
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627802/>. Acesso em: 06 de maio de 2023.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 12. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5. Rio de Janeiro: Forense, 2023. Disponível em:  
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647132/>. Acesso em: 06 de maio de 2023.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos do direito civil: direito de família**. 3. ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2022.