

A bronze statue of Lady Justice, blindfolded and holding scales of justice, set against a light blue background with decorative scrollwork.

# Temas Contemporâneos do Direito 2020-2021

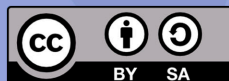
Campus de  
Casca



Adriana Fasolo Pilati  
Nadya Regina Gusella Tonial  
(Orgs.)



A presente obra é composta por reflexões interdisciplinares do direito com a sociologia, a filosofia, a psicologia, a hermenêutica e a argumentação. Ainda, guardam relação com os eixos da transversalidade, em especial os direitos humanos e a educação ambiental. Esse diálogo, também, perpassa vários ramos do direito e representa o resultado de aplicados estudos realizados nos grupos de pesquisa da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, entre seus acadêmicos e professores. Neste livro, os autores, em sua maioria discentes e docentes da graduação, foram desafiados a aplicar os conhecimentos adquiridos em produção científica, como forma de incentivar nestes o hábito da pesquisa e da escrita e, conseqüentemente, a construção do conhecimento. Com isso, os estudos agrupados no presente trabalho representam discussões teórico-acadêmicas interdisciplinares, à luz de um viés transdisciplinar, que envolvem os temas abordados. Por meio de reflexões acuradas, os autores apresentam soluções jurídicas às problemáticas investigadas, sob um prisma hermenêutico e constitucionalizado, em especial para compreender a complexidade do fenômeno social.



**Temas Contemporâneos do Direito**  
**(2020-2021)**



# **Temas Contemporâneos do Direito (2020-2021)**

Campus de Casca

Organizadores  
**Adriana Fasolo Pilati**  
**Nadya Regina Gusella Tonial**



**Diagramação:** Marcelo A. S. Alves

**Capa:** Lucas Margoni

**O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.**



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) [https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt\\_BR](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

---

PILATI, Adriana Fasolo; TONIAL, Nadya Regina Gusella (Orgs.)

Temas Contemporâneos do Direito (2020-2021): Campus de Casca [recurso eletrônico] / Adriana Fasolo Pilati; Nadya Regina Gusella Tonial (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

484 p.

ISBN - 978-65-5917-425-6

DOI - 10.22350/9786559174256

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Filosofia; 2. Direito; 3. Filosofia do direito; 4. Direito contemporâneo; 5. Anuário; 6. UPF; I. Título.

---

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

# Sumário

## Apresentação

13

Adriana Fasolo Pilati  
Nadya Regina Gusella Tonial

## 1

19

### Tutela jurídica dos animais: fundamentos para o reconhecimento dos animais não humanos como sujeitos de direitos

Amanda Vivian  
Nadya Regina Gusella Tonial

**RESUMO:** O presente estudo visa analisar a possibilidade de reconhecer os animais não humanos como titulares de direitos subjetivos, tendo em vista a capacidade de sofrimento dos mesmos. Para tanto, objetiva-se analisar as leis que vigoram sobre o tema e as principais teorias que defendem a proteção animal, bem como fazer uma reflexão de como os animais não humanos vêm sendo considerados pela legislação pátria. O tema revela-se oportuno em face da fragilidade que os animais não humanos apresentam frente aos seres humanos e da impossibilidade de defesa por meios próprios, visto que há uma relação de interdependência existente entre as espécies. Utilizam-se os métodos hermenêutico e dialético para investigar o que a doutrina e a jurisprudência argumentam acerca do assunto, demonstrados pela proposta de reinterpretção de institutos jurídicos. Disso constata-se que, há a possibilidade dos animais não humanos serem reconhecidos como sujeitos de direitos, equiparados aos incapazes, tendo seus interesses representados em juízo, na medida em que a norma constitucional de vedação à crueldade permite realizar esse reconhecimento.

## 2

47

### O direito à educação e as liberdades de pensamento e de religião

Ana Rita da Rosa dos Santos Moreira  
Nadya Regina Gusella Tonial

**RESUMO:** O presente estudo visa analisar o direito à educação, a sua regulamentação e relação com as liberdades de pensamento e de religião. Para tanto, estudou-se o arcabouço jurídico que disciplina a educação, a liberdade de pensamento, a liberdade de religião e o ensino religioso nas escolas. A educação é um direito social fundamental, relacionado a aquisição de conhecimento, formação intelectual e moral, qualificação para o mercado de trabalho, bem como é um dos principais meios para o exercício da cidadania. Além disso, é uma obrigação solidária da família, da administração pública e da sociedade. Sendo que a principal legislação aplicável à educação é a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e o Plano Nacional de Educação. Destaca-se que o direito à educação possui importante relação com a liberdade de pensamento, pois para que se possa exercer a liberdade de opinião e de expressão, é necessário ter acesso ao conhecimento, bem como está relacionado com a liberdade de religião, ante a disciplina do ensino religioso nas escolas.

### Gênero, classe e violência: o retrato das mulheres condenadas por tráfico de drogas

Emili Brandalise

Renato Fioreze

**RESUMO:** O presente estudo busca analisar o alto índice de encarceramento das mulheres pelo crime de tráfico de drogas. Com isso, objetiva-se verificar se o núcleo familiar e o contexto social dessas mulheres apresentam relação com sua detenção. A temática revela-se pertinente frente aos índices crescentes de criminalidade feminina no estado do Rio Grande do Sul, e consequente encarceramento pelo tráfico de drogas. Desse modo, para a abordagem científica foi utilizado o método hermenêutico e para o procedimento o método monográfico. A partir dessa análise, identifica-se os fins que conduzem a maioria das mulheres encarceradas na região a realizar o comércio ilegal de substâncias ilícitas, assim como demonstra a realidade vivenciada por essas mulheres no sistema prisional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Cárcere. Drogas. Gênero.

### O benefício da aposentadoria e o princípio da dignidade humana: perspectivas da pessoa transgênero

Franciele Bordignon Dalla Costa

Edimara Sachet Risso

**RESUMO:** O tema deste trabalho de conclusão de curso é a possibilidade de concessão do benefício da aposentadoria para a pessoa transgênero pelo Regime Geral de Previdência Social, mesmo diante da lacuna existente no ordenamento jurídico pátrio. A legislação é silente quanto ao tema, pois se baseia na divisão binária de gênero, ou seja, considera que os segurados sejam homens ou mulheres tal qual o sexo biológico e, portanto, não abarca a hipótese daquele que não se identifica com o registro em seu nascimento. Nesse contexto, os objetivos consistem em demonstrar, especialmente no âmbito previdenciário, qual é a realidade para a parcela da população que não tem acesso aos benefícios de acordo com seu gênero adequado; o caráter protetivo e as especificidades da Previdência Social; desmistificar os conceitos de sexo e gênero para melhor entender as perspectivas do indivíduo que não se identifica com o sexo biológico e, por fim, analisar os casos de concessão do benefício da aposentadoria à pessoa trans. A temática mostra-se relevante, pois expõe a importância de extinguir a insegurança jurídica atual e garantir o direito à autoidentificação frente ao sistema de proteção previdenciária. Consta-se que as definições para sexo e gênero ainda confundem a sociedade e repercutem no cotidiano daqueles que não se enquadram no que é considerado o padrão a ser seguido. Conclui-se que o direito à aposentadoria da pessoa trans não é efetivo, pois defronta-se com a inércia do Estado sobre o assunto. Nessa conjuntura, frente à lacuna legislativa, o mais adequado ao analisar os requisitos para implementação do benefício da aposentadoria para o indivíduo transgênero é considerar o gênero autopercebido, de modo a concretizar o direito fundamental à previdência e, em última análise, a dignidade da pessoa humana.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dignidade da Pessoa humana. Direito à aposentadoria. Pessoa Transgênero. Regime Geral de Previdência Social.

### Loteamentos fechados: existência fática e polêmicas jurídicas

Gustavo Rotta Zanella

Nadya Regina Gusella Tonial

**RESUMO:** A presente pesquisa visa analisar os loteamentos fechados e as controvérsias acerca de sua legalidade. O tema revela-se oportuno face as recentes decisões sobre a matéria nas cortes superiores da justiça brasileira. Tal figura surgiu na realidade fática, porém, permaneceu sem regulamentação jurídica no âmbito federal, gerando discussões tanto no que tange ao seu fechamento, quanto à possibilidade de cobrança de prestações periódicas para sua manutenção e conservação, o que leva a investigar respostas acerca de sua legalidade. Assim, utiliza-se os métodos hermenêutico e dialético para realizar o escrutínio das diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema. A partir desta análise, constata-se a possibilidade de sua implantação, haja vista as recentes decisões de tribunais superiores que disciplinaram temas até então em discussão e a necessidade de observância das inovações legais da Lei n. 13.465/2017, que buscaram apaziguar tais controvérsias e possuem fonte legal que às regulamenta.

**PALAVRAS-CHAVE:** condomínio de fato; enriquecimento ilícito; loteamento fechado.



## **Direito dos animais: a (in)compatibilidade material entre a Constituição Federal e o Código Civil**

Júlia Mior Tubiana

Nadya Regina Guzella Tonial

**RESUMO:** O presente artigo busca analisar a norma contida no artigo 82 do Código Civil de 2002, que considera os animais bens móveis semoventes, à luz da norma constante no artigo 225, §1º, VII da Constituição Federal de 1988, que consagra – indiretamente – os não humanos como sujeitos de direitos, vedando práticas que os submetam a crueldade, reconhecendo sua dignidade intrínseca. Assim, busca-se investigar se existe incompatibilidade entre as mencionadas normas. Para tanto, aborda-se acerca da natureza jurídica dos não humanos, a partir do entendimento doutrinário. Justifica-se a importância do tema, em razão da crescente preocupação em proteger os animais contra a crueldade. Assim, constata-se que inexistente diálogo entre a Constituição e o Código Civil, ou seja, há incompatibilidade material entre as leis, haja vista que a norma hierarquicamente inferior não está de acordo com o fundamento da lei maior, no que tange ao direito animal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito dos Animais; Incompatibilidade material; Senciência;

## **Os efeitos da revogação da tutela de urgência nas ações de medicamentos, tendo em vista a imprescindibilidade dos fármacos**

Kamila Vaccari

Nadya Regina Gusella Tonial

## **A efetividade do sistema protetivo do consumidor no período de pandemia da COVID-19**

Katrim Gomes Moreira

Nadya Regina Gusella Tonial

**RESUMO:** O presente estudo visa analisar os desafios encontrados para efetivar a proteção do consumidor, durante a pandemia da Covid-19, devido a ocorrência de práticas abusivas. Para tanto, objetiva-se compreender os impactos gerados nas relações de consumo, mediante o exercício de práticas que afrontam os princípios e direitos básicos do consumidor, bem como, a adoção de normas em caráter emergencial e suas consequências. O tema revela-se oportuno em face da atual situação de crise sanitária mundial, a qual, sem dúvidas, agrava a situação de vulnerabilidade dos consumidores. Por um viés hermenêutico e dentro de um contexto pandêmico, investiga-se a efetividade da tutela contida no Código de Defesa do Consumidor. Constata-se que, a pandemia da COVID-19 agravou a vulnerabilidade do consumidor e que as normas de proteção do CDC devem prevalecer e ser aplicadas. Com isso, a adoção de outros dispositivos normativos, não podem ser aceitos para retroceder, somente para acrescentar direitos aos consumidores, promovendo assim uma proteção mais eficiente, em especial para combater as práticas abusivas e possibilitar o equilíbrio na relação consumerista.

**PALAVRAS-CHAVE:** CDC. COVID-19; Práticas abusivas; Proteção do Consumidor.

## Os efeitos sucessórios da multiparentalidade

Lavínia Dornelles Picinini

Fernanda Oltramari

**RESUMO:** O presente estudo analisa os efeitos sucessórios decorrentes do reconhecimento da multiparentalidade. Com isso, objetiva-se verificar como se dará a sucessão em casos de multiparentalidade, especialmente, em relação à classe ascendente. A temática mostra-se relevante, pois, apesar de reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na Tese de Repercussão Geral 622, não houve manifestação quanto à extensão de seus efeitos e inexistem, no Código Civil, artigos que regulamentem a matéria. Assim, constata-se que o reconhecimento da multiparentalidade gera o direito à herança as partes envolvidas, devendo ser partilhada igualmente entre as classes dos descendentes e ascendentes, respeitada a proximidade parental. E que devem ser coibidas pelo judiciário as demandas de caráter meramente patrimonial, em que o autor da ação busca o reconhecimento da multiparentalidade somente para beneficiar-se da herança deixada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Efeitos sucessórios. Filiação. Multiparentalidade. Repercussão Geral 622. Vocação hereditária.

## Efeitos sucessórios decorrentes do reconhecimento da multiparentalidade

Leonardo Bonafé Gayeski

Fernanda Oltramari

**RESUMO:** O presente estudo analisa os efeitos do reconhecimento das famílias multiparentais no ordenamento jurídico brasileiro e investiga sua principal relação quanto ao direito à sucessão, que nasce com o reconhecimento da família multiparental, a fim de compreender como será realizada a partilha dos bens do *de cujus*, no tocante aos ascendentes e aos descendentes. Para isso, salienta-se que o direito à sucessão é uma garantia constitucional presente no artigo 5º, inciso XXX, da Constituição Federal, e encontra-se regulamentado no Código Civil. Desse modo, cabe ao Estado efetivar tal direito, inicialmente através do acompanhamento das modificações sociais, reconhecendo as novas possibilidades de formação das famílias no Brasil, especialmente nos casos de famílias multiparentais, relacionadas com a socioafetividade, onde o afeto assume um papel essencial, que surgiram ao longo dos últimos anos e que estão presentes no meio social, para que, posteriormente, possa concretizar os entendimentos relacionados aos efeitos sucessórios.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito sucessório; Multiparentalidade; Socioafetividade.

## A utilização da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas em transnacionais

Luiza Spagnol Lourenço Telles

Maira Angélica Dal Conte Tonial

**RESUMO:** A presente pesquisa trata da possibilidade jurídica da utilização da arbitragem como uma forma de solução de dissídios individuais decorrentes de relação de emprego em transnacionais. Para tanto, leva-se em consideração inicialmente o instituto da arbitragem no âmbito trabalhista, os direitos trabalhistas e a efetividade dos direitos sociais trabalhistas nas transnacionais. Baseia-se no fato de que os dissídios são uma parte fundamental da relação processual, entretanto, como a modernidade e a divergência de opiniões estão se tornando cada vez mais frequentes, busca-se uma forma de manter uma condição jurídica igualitária, surgindo então a figura da arbitragem. Através de um panorama histórico modernizado, o instituto da arbitragem figura uma saída para as partes, sendo amplamente utilizada em âmbito nacional e internacional, permitindo que a lide seja resolvida de forma mais rápida e tendo o alcance da justiça mediante a intervenção do árbitro, profissional preparado para a solução desses impasses.

**PALAVRAS-CHAVE:** arbitragem; trabalhista; transnacionais.

---

**As concepções positivas e negativas da reparação de danos em decorrência do abandono**

Maria Eduarda Girelli Gonçalves

**RESUMO:** O presente estudo analisa as concepções favoráveis e contrárias a fixação de indenização em decorrência do abandono afetivo por parte dos genitores, e ainda os efeitos da retificação do registro civil do nome do filho em decorrência da ausência de afeto na relação genitor-prole. Objetiva-se compreender o viés constitucional e os direitos e deveres dos genitores na relação parental, analisados a partir dos princípios constitucionais do Direito de Família e da atuação das ciências sociais de forma interdisciplinar. O tema revela-se oportuno, tendo em vista a evolução na aplicação da responsabilidade civil no Direito de Família, partindo-se da análise dos pressupostos existentes do dever de indenizar, a natureza jurídica da indenização por danos morais e, neste contexto, a inserção dos danos afetivos na esfera dos danos morais. Consta-se que há posicionamentos divergentes, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, referente à afetividade e as questões patrimoniais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Abandono afetivo. Filiação. Responsabilidade Civil.

---

**Análise crítica à moderna interpretação constitucional e a mutação constitucional**

Tatiana Mezzomo Casteli

---

**A exigência de idade mínima para aposentadora especial e a dignidade da pessoa humana**

Vinicius Roso

Edimara Sachet Risso

**RESUMO:** Este artigo relata como a Emenda Constitucional n. 103/2019 alterou significativamente a aposentadoria especial sua natureza protetiva do trabalhador. O principal objetivo do trabalho é analisar a alteração deste tipo de aposentadoria, que acaba impactando diretamente a vida das pessoas. Trata-se de um assunto relevante e muito polêmico, pois, além de modificar a vida do trabalhador, versa sobre direitos fundamentais, que devem concretizar a dignidade da pessoa humana. A lei anterior permitia a aposentadoria com requisitos mais brandos para os trabalhadores que laboravam em áreas prejudiciais à saúde, porém, a nova lei passou a exigir uma idade mínima para que receba este benefício, exigindo que o trabalhador passe mais tempo exposto à atividade nociva. Essa exigência não parece ser condizente ao tipo de aposentadoria e à concretização de princípios fundamentais. Portanto, criando um critério etário acaba que reduzindo o tempo de vida, aumentando o número de trabalhadores com doenças causadas pela profissão, o que acaba sendo motivo de desproteção e, portanto, contrariando a necessidade de efetivação da dignidade da pessoa humana.

**PALAVRAS-CHAVE:** Aposentadoria especial; Critério etário; Dignidade da Pessoa Humana; Emenda Constitucional 103/2019.



## **Apresentação**

*Adriana Fasolo Pilati  
Nadya Regina Gusella Tonial*

A terceira edição do *Anuário* da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, ora publicada, há de ser comemorada, principalmente pela viabilidade de produção científica em meio à pandemia COVID-19.

Mesmo diante das dificuldades que se apresentaram nos últimos anos acadêmicos para se estabelecer uma relação de ensino e aprendizagem entre professores pesquisadores e acadêmicos, nesta edição, recebemos várias contribuições advindas tanto do corpo docente quando do corpo discente dessa sexagenária faculdade.

A presente obra é composta por reflexões interdisciplinares do direito com a sociologia, a filosofia, a psicologia, a hermenêutica e a argumentação. Ainda, guardam relação com os eixos da transversalidade, em especial os direitos humanos e a educação ambiental. Esse diálogo, também, perpassa vários ramos do direito e representa o resultado de aplicados estudos realizados nos grupos de pesquisa da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, entre seus acadêmicos e professores.

A produção científica publicada nos Anuários é resultado dos mecanismos de produção de conhecimento utilizado na Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, de acordo com as diretrizes do Ministério de Educação (MEC), conferindo ao acadêmico habilitação para a reconstrução dos conhecimentos durante sua formação, de tal modo que seja capaz de exercer e de praticar os conhecimentos adquiridos no decorrer de sua formação acadêmica.

Neste livro, os autores, em sua maioria discentes e docentes da graduação, foram desafiados a aplicar os conhecimentos adquiridos em produção científica, como forma de incentivar nestes o hábito da pesquisa e da escrita e, conseqüentemente, a construção do conhecimento.

Essa terceira edição dos Temas Contemporâneos do Direito, apresenta novos autores, novos rostos e novas responsabilidades. Todos os artigos dessa edição trazem seus próprios méritos e refletem o momento histórico e reflexivo de cada pesquisador em particular. Aqui, cabe parabenizá-los pela coragem em exporem suas pesquisas aos olhos da crítica acadêmica, o que propicia o aperfeiçoamento intelectual.

De início a obra revela o estudo da acadêmica Amanda Vivian e da Professora Doutora Nadya Regina Gusella Tonial que abordam a possibilidade de reconhecer os animais não humanos como titulares de direitos subjetivos, tendo em vista a capacidade de sofrimento dos mesmos. A temática revela-se importante, diante da fragilidade dos animais não humanos frente aos seres humanos e da impossibilidade de defesa por meios próprios, visto que há uma relação de interdependência existente entre as espécies. Nesse contexto, à luz dos valores constitucionais, as autoras fazem uma reinterpretação dos institutos jurídicos, para apresentar argumentos em defesa da possibilidade dos animais não humanos serem reconhecidos como sujeitos de direitos, equiparados aos incapazes.

Na seqüência, a acadêmica Ana Rita da Rosa dos Santos Moreira e a Professora Doutora Nadya Regina Gusella Tonial apresentam pesquisa sobre o direito à educação e relação com as liberdades de pensamento e de religião. Amparadas no valores constitucionais, analisaram os sistema jurídico que disciplina a educação, a liberdade de pensamento, a liberdade de religião e o ensino religioso nas escolas. Assim, o estudo reflete sobre a educação como um direito social fundamental, relacionado a aquisição de

conhecimento, formação intelectual e moral, qualificação para o mercado de trabalho, bem como para o exercício da cidadania.

A terceira parte da obra, de autoria da acadêmica Emili Brandalise e do professor Mestre Renato Fioreze estudam sobre o alto índice de encarceramento das mulheres pelo crime de tráfico de drogas. Analisam, à luz dos direitos humanos e da criminologia, o núcleo familiar e o contexto social dessas mulheres e a relação com sua detenção. Abordam sobre os índices crescentes de criminalidade feminina no estado do Rio Grande do Sul, e consequente encarceramento pelo tráfico de drogas.

Em um quarto capítulo a acadêmica Fraciele Bordignon Dalla Costa e a professora Mestra Edimara Sachet Risso fazem uma reflexão sobre o benefício da aposentadoria à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, sob a perspectiva da pessoa transgênero.

No quinto capítulo, de autoria do acadêmico Gustavo Rotta Zanella e da Professora Doutora Nadya Regina Gusella Tonial retrata a realidade jurídica dos loteamentos fechados e as controvérsias que envolvem esse instituto. Em especial, no que tange ao seu fechamento e à possibilidade de cobrança de prestações periódicas para sua manutenção e conservação. Ainda, apresentam as disposições da Lei n. 13.465/2017, que buscaram apaziguar tais discussões, bem como as posições doutrinárias e jurisprudenciais.

Na continuidade, a acadêmica Julia Mior Tubiana e da Professora Doutora Nadya Regina Gusella Tonial analisam a norma contida no artigo 82 do Código Civil de 2002, que considera os animais bens móveis semoventes, à luz da norma constante no artigo 225, §1º, VII da Constituição Federal de 1988, que consagra – indiretamente – os não humanos como sujeitos de direitos, vedando práticas que os submetam à crueldade, o que reconhece sua dignidade intrínseca. Investigam a

incompatibilidade entre as mencionadas normas e o diálogo que deve haver entre a Constituição e o Código Civil.

Na sétima parte da obra a acadêmica Kamila Vaccari e a Professora Doutora Nadya Regina Gusella Tonial analisam os efeitos da revogação da tutela de urgência nas ações de medicamentos, tendo em vista a imprescindibilidade dos fármacos, bem como, a omissão das três esferas da federação na consecução de políticas públicas pertinentes à saúde, levando em consideração a natureza da irreversibilidade da antecipação de tutela, em conformidade com o disposto no artigo 300, §3º do Código de Processo Civil.

Na oitava parte a acadêmica Katrim Gomes Moreira e a Professora Doutora Nadya Regina Gusella Tonial integrantes do grupo de pesquisa do Balcão do Consumidor da Faculdade de Direito da UPF – Campus Casca analisaram os desafios encontrados para efetivar a proteção do consumidor, durante a pandemia da Covid-19, devido a ocorrência de práticas abusivas. Buscaram estudar os impactos gerados nas relações de consumo, mediante o exercício de práticas que afrontam os princípios e direitos básicos do consumidor, bem como, a adoção de normas em caráter emergencial e suas consequências.

Na sequência da obra a acadêmica Lavinia Dornelles Piccinini e a Professora Mestra Fernanda Oltramari analisam os efeitos sucessórios decorrentes do reconhecimento da multiparentalidade. Estudam como se dará a sucessão em casos de multiparentalidade, especialmente, em relação à classe ascendente. Abordam a relevância do tema da multiparentalidade pois, apesar de reconhecida pelo STF, em sede de Tese de Repercussão Geral 622, não houve manifestação quanto à extensão de seus efeitos.

No capítulo seguinte o acadêmico Leonardo Bonafé Gayeski e a professora Mestra Fernanda Oltramari analisam o direito à sucessão como



garantia constitucional e sua regulamentação no Código Civil. Em especial, abordam os efeitos do reconhecimento das famílias multiparentais no ordenamento jurídico brasileiro e investigam sua principal relação quanto ao direito à sucessão, a fim de compreender como será realizada a partilha dos bens do *de cuius*, no tocante aos ascendentes e aos descendentes.

No décimo primeiro capítulo a acadêmica Luiza Spagnol Lourenço Telles e a professora Mestra Maira Angélica Dal Conte Tonial estudam a possibilidade jurídica da utilização da arbitragem como uma forma de solução de dissídios individuais decorrentes de relação de emprego em transnacionais. Com isso, realizam a abordagem do instituto da arbitragem no âmbito trabalhista, os direitos trabalhistas e a efetividade dos direitos sociais trabalhistas nas transnacionais.

No décimo segundo capítulo a acadêmica Maria Eduarda Girelli Gonçalves analisa as posições favoráveis e contrárias a fixação de indenização em decorrência do abandono afetivo por parte dos genitores, bem como os efeitos da retificação do registro civil do nome do filho em decorrência da ausência de afeto na relação genitor-prole. Estuda, sob o viés constitucional, os direitos e deveres dos genitores na relação parental, analisados a partir dos princípios constitucionais do Direito de Família e da atuação das ciências sociais de forma interdisciplinar.

Na sequência as reflexões a professora Mestra Tatiana Mezzomo Casteli aborda as diversas formas de interpretação do texto constitucional, quais sejam, jurídico ou hermenêutico-clássico, tópico-problemático, hermenêutico-concretizador, científico-espiritual e o normativo-estruturante. Analisa a necessidade de a norma constitucional acompanhar o desenvolvimento social e as problemáticas que são postas ao crivo do Judiciário.

Finalizando a obra, o acadêmico Vinicius Roso e a professora Mestra Edimara Sachet Risso abordam a exigência de idade mínima para

concessão de aposentadoria especial, à luz da dignidade da pessoa humana.

Com isso, os estudos agrupados no presente trabalho representam discussões teórico-acadêmicas interdisciplinares, à luz de um viés transdisciplinar, que envolvem os temas abordados. Por meio de reflexões acuradas, os autores apresentam soluções jurídicas às problemáticas investigadas, sob um prisma hermenêutico e constitucionalizado, em especial para compreender a complexidade do fenômeno social.

O desejo das organizadoras é que esta obra contribua nas discussões jurídicas e interdisciplinares, das múltiplas temáticas apresentadas. Agradecemos, de forma especial, a todos os colegas professores e aos alunos que contribuíram nesta edição, reforçando nosso compromisso institucional conjunto de excelência no ensino jurídico.

# **Tutela jurídica dos animais: fundamentos para o reconhecimento dos animais não humanos como sujeitos de direitos**

*Amanda Vivian*<sup>1</sup>  
*Nadya Regina Gusella Tonial*<sup>2</sup>

## **1 Introdução**

O presente estudo visa debater acerca da possibilidade de reconhecer os animais não humanos como titulares de direitos subjetivos, tendo em vista a capacidade de sofrimento dos mesmos.

Percebe-se que o debate sobre o tratamento dado aos animais vem ganhando força e adentrando no mundo jurídico. Assim, na medida em que cresce a necessidade de preservação do meio ambiente ocorre, também, uma mobilização social acerca do assunto. Nesse contexto, o direito como instrumento responsável pelo controle e pacificação social, deve estabelecer normas de conduta que acompanhem a evolução da sociedade, e se adaptem aos valores sociais decorrentes.

O objetivo do presente estudo é superar a visão civilista que enquadra os animais na categoria de objeto para incluí-los em uma nova condição jurídica. Para tanto, estuda-se o possível novo status jurídicos dos animais, através da análise do ordenamento jurídico brasileiro e os estudos ético-filosóficos, para, enfim, definir qual o devido enquadramento dos animais não-humanos no ordenamento pátrio.

---

<sup>1</sup> Acadêmica do Curso de Direito da UPF Campus Casca. Endereço eletrônico: amandavivian@hotmail.com

<sup>2</sup> Professora Titular I da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS. Mestre em Direito pela UNISINOS. Doutoranda em Ciências Jurídicas pela UNIVALI. Endereço eletrônico:nadyatonial@gmail.com

## **2 Fundamentos do direito animal**

As construções filosóficas que formaram o pensamento clássico, possibilitaram o afastamento da espécie humana de sua natureza animal, assim sendo o direito desenvolveu-se tendo em conta somente a satisfação dos interesses humanos. Desse modo, é importante buscar a proteção para uma evolução do comportamento moral e ético dos humanos em relação aos animais não humanos, tendo em vista que eles devem gozar de uma vida digna, pois assim como a pessoa os animais são seres sencientes e capazes de ter sentimentos.

Percebe-se que atualmente, a tendência mundial é a de superação do antropocentrismo, já que os elementos naturais vêm sendo, cada vez mais, objeto de consideração moral. Tem-se visto um grande aumento da consciência social em relação ao direito dos animais a ponto de considerar que eles possuem interesses e que estes devem ser defendidos pelo ordenamento jurídico (CORDEIRO, 2010).

O movimento dos direitos dos animais introduz-se no direito como uma nova forma de pensar uma sociedade mais digna e harmoniosa, produzindo um novo significado do direito e inserindo em seu conteúdo um tratamento adequado a todos os animais. “A teoria do direito dos animais é uma ambição por mudança, um caminho à procura do novo, é o desejo de uma sociedade longe de padrões e de fórmulas que fixem conceitos estanques e especialmente o interesse por uma sociedade que cultive a justiça entre as espécies” (SILVA, 2009).

Nessa linha, Ost afirma que é preciso jurisdicionalizar as interações humanas com a natureza, realizando com ela um pacto, visando estabelecer a paz entre a espécie humana e as demais. Essa relação de paz deve ser obtida por meio da efetivação de um “estado natural”, controlado por ordens constitucionais que destinar-se-iam a existência de uma

“comunidade jurídica natural”<sup>3</sup>, prevalecendo a igualdade entre seus integrantes. Desse modo, faz-se necessário uma verdadeira revolução, na qual deve-se realizar a ampliação da categoria de sujeitos de direitos, para abarcar a natureza e “manter o equilíbrio das balanças dos membros desta comunidade jurídica natural” (1995).

Rodrigues ressalta que com o advento do direito ambiental “consagrou-se a tutela jurídica de todos os elementos naturais, principalmente mediante a constitucionalização da proteção ambiental e da designação de uma função social e ambiental à propriedade privada<sup>4</sup>”, nesse sentido ocorreu uma quebra do paradigma clássico que demanda novos princípios e novas condutas. Desse modo, o direito ambiental engloba a tutela dos animais não humanos, especialmente contra tratamentos cruéis. A proteção jurídica prevista, tanto no texto constitucional quanto na legislação infraconstitucional, revela a existência de direitos próprios dos animais, ao mesmo tempo que certifica que deve ser ajustado a norma legal buscando à efetiva natureza jurídica dos animais: a “de sujeitos de direitos com personalidade jurídica *sui generis*” (2012).

Há dois fundamentos que evidenciam a preferência aos animais, dentre todos os elementos naturais, para receber maiores cuidados e proteção. A primeira diz respeito com a personificação do animal e a proteção de direitos propriamente seus, a segunda refere-se à proximidade que existe entre os seres humanos e os animais não humanos. As relações entre os humanos com os não humanos evidenciam

---

<sup>3</sup> A expressão “comunidade jurídica natural” significa que “a paz deve ser instaurada entre o homem e a natureza, uma paz que exige garantias políticas como proteção constitucional, nessa comunidade prevalece não apenas a paz mas também a igualdade entre seus membros” (OST, 1995).

<sup>4</sup> A expressão “propriedade privada” significa aquela propriedade considerada como direito do homem de retirar do objeto toda a utilidade econômica possível e lícita, inclusive, com a faculdade de defender e excluir outros indivíduos de usar ou tirar proveito do bem. O artigo 1228 do Código Civil enuncia os poderes do proprietário: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha” (GONÇALVES, 2012).

uma postura contraditória, pois por um lado até se “personifica” aqueles que são escolhidos para fazer companhia aos humanos, oferecendo-lhes amor e carinho, enquanto que, de outro, reserva-se para alguns uma vida de exploração (OST, 1995).

A evolução da teoria dos direitos dos animais tem por base a existência de interesses por parte dos animais não humanos, com base nisso denota-se a importância em demonstrar que esses interesses existem, uma vez que se reconhece que alguns atos realizados contra os animais são totalmente reprováveis. Logo, há que se assentir a concessão de direitos mínimos a estes seres, pois é evidente à crueldade do ato lesivo (ARAÚJO, 2003).

Nesse contexto, Levai afirma que “há necessidade de modificar a distinção básica que fundamenta a atribuição dos direitos subjetivos apenas aos seres humanos, enquanto os animais são tratados como meros objetos da relação jurídica”. Defende que o pensamento jurídico tradicional comete o erro em presumir a existência de uma diferença qualitativa entre o homem e o animal, de modo que se autorize a preponderância do poder. Explica que, “o fundamento ético da tese de que os animais são sujeitos de direito não se resume à capacidade de pensar ou de falar, mas à capacidade de sofrer dos mesmos (2001).

No mesmo sentido, para Peter Singer só se pode defender que alguém possui interesses, na medida em que este é capaz de experimentar o sofrimento. Com isso,

se um ser sofre, não pode haver justificação moral para recusar ter em conta esse sofrimento. Independentemente da natureza do ser, o princípio da igualdade exige que ao seu sofrimento seja dada tanta consideração como ao sofrimento semelhante - na medida em que é possível estabelecer uma comparação aproximada - de um outro ser qualquer. Se um ser não é capaz de sentir sofrimento, ou de experimentar alegria, não há nada a ter em conta.

Assim, o limite da é a única fronteira defensável de preocupação relativamente aos interesses dos outros. O estabelecimento deste limite através do recurso a qualquer outra característica, como a inteligência ou a racionalidade, constituiria uma marcação arbitrária (2010).

Vislumbra-se que a concessão de direitos a um ser está ligada à existência de interesses pertinentes por parte dos mesmos. Ao sustentar que os animais não humanos possuem valor inerente, significa dizer que eles possuem um valor por si mesmos e não dependem dos seres humanos. É de se notar que a existência de interesses<sup>5</sup> consideráveis para se requerer o reconhecimento de direitos é do mesmo modo verificável em humanos e não humanos. Nessa perspectiva, o atributo de sentir o sofrimento é o motivo essencial para se afirmar que os não humanos são detentores de interesses (ARAÚJO, 2003).

Nota-se que a teoria dos direitos dos animais evidencia a vontade de existir uma sociedade cada vez mais livre de preconceitos e que cultive a justiça entre as diversas espécies existentes. Nesse sentido, alargar o sentido jurídico para incluir os não humanos no plano da consideração moral resulta em um dever que vem alicerçado na capacidade dos animais de experimentar a dor. De fato, um novo sistema de interpretação jurídica deve acrescentar novos valores morais, entre eles o do respeito a todas as formas de vida e o de minimizar o sofrimento de seres sensíveis. Percebe-se o começo desta transformação quando se analisa que várias ações judiciais debatem a questão do sofrimento animal e vêm sendo resolvidas em favor dos animais não humanos (SILVA, 2009).

Com isso, constata-se que

---

<sup>5</sup> Danielle Tetu Rodrigues evidencia que, “tanto a vida do homem quanto a do animal possuem valor. A vida é valiosa independentemente das aptidões e pertinências do ser vivo. Não se trata de somente evitar a morte dos animais, mas dar oportunidade para nascerem e permanecerem protegidos. A gratidão e o sentimento de solidariedade para com os animais devem ser valores relevantes na vida do ser humano” (2012).

as novas teorias dos direitos dos animais nos levam a concluir que eles têm o direito a uma legislação protetiva. Eles possuem interesses que devem estar protegidos por leis levando em consideração as necessidades de sua espécie. Devem ter garantidos direitos fundamentais, que lhe assegurem ser tratados com o mesmo respeito com que se exige que sejam tratados os seres humanos. Os animais possuem seus próprios interesses que devem estar protegidos por leis (DIAS, 2006).

Na realidade, os animais necessitam ser tutelados não apenas em benefício do homem, mas sim como um ato de compaixão e de solidariedade para com as espécies mais vulneráveis e dignas de respeito. O homem não deve ser o único ente protegido, nem o único a ter direitos fundamentais reconhecidos, é preciso aceitar que o homem também é uma espécie animal (GOMES; CHALFUN, 2008).

De acordo com Silva, o movimento em favor dos direitos dos animais propõe que haja uma mudança na sua atual natureza jurídica porque atualmente não se pode defender uma consciência jurídica que permaneça inerte às diversas manifestações perversas a que os animais não humanos são submetidos (2009).

O direito tem a função principal de regular a sociedade, logo, cabe a ele determinar os limites do tolerado e do vedado no comportamento humano em relação aos animais não humanos, levando em consideração o seu sofrimento. Da mesma forma deve assentar punições em casos de inobservância das normas (OST, 1995).

Os princípios morais e a ética que regem as condutas humanas também, devem ser usados no tratamento para com os animais. A conduta humana deve ter uma essência moral em relação aos demais seres vivos, incluindo os animais. “O movimento em favor dos direitos animais exerce uma filosofia regulada na justiça, na compaixão, no respeito e na moral”. Vê-se que muito se evoluiu, entretanto, muito ainda há que evoluir.



Destaca-se, assim, a necessidade da criação de um novo ramo do direito (GOMES; CHALFUN, 2008).

Compreender que os animais são possuidores de direitos morais é repensar o direito através de uma nova hermenêutica<sup>6</sup> que “reconheça uma mudança no ensinamento de que o direito é apenas um sistema de regras criadas e impostas pelo Estado para administrar exclusivamente a vida de alguns seres humanos”. Esta concepção é constituída de um equívoco por “projetar o direito como um sistema de regras claras e definidas, com leis escritas que carregam consigo a compreensão de seus significados e intenções” (SILVA, 2009).

Nessa linha de raciocínio, conclui-se, que “a manifestação ética em favor dos animais advém não apenas da crença inserida nos dispositivos legais de proteção, mas dos princípios morais<sup>7</sup> que devem guiar as ações humanas”. O direito dos animais envolve “os mesmos princípios de justiça que se aplicam aos homens em sociedade, porque cada ser vivo possui especificidades que devem ser respeitadas” (LEVAI, 2006).

Portanto, a sensibilidade da qual o animal não humano é beneficiado revela a existência de interesse, e conseqüentemente, a posse de direitos fundamentais<sup>8</sup> levando-se em conta que a consideração dada aos não humanos depende de suas singularidades e peculiaridades. Percebe-se que o movimento em prol do bem-estar dos animais vem crescendo

---

<sup>6</sup> A expressão hermenêutica significa “o campo da tecnologia jurídica dedicado ao estudo dos métodos de interpretação. Nela encontram-se regras e procedimentos que municiam o intérprete dos instrumentos hábeis à sustentação de argumentos destinados a atribuir certo significado à norma interpretada. A exegese (interpretação) da norma deve ser feita com observância desses métodos, para que o argumento construído em função dela seja capaz de sustentar a conclusão alcançada” (COELHO, 2003).

<sup>7</sup> Princípios morais são o conjunto de princípios que se baseiam na cultura e nos costumes de determinado grupo social, são regras que orientam o comportamento do indivíduo dentro de uma sociedade. Podem ser adquiridos através da cultura, da educação, da tradição e do cotidiano, tais regras norteiam os julgamentos de cada indivíduo sobre como agir.

<sup>8</sup> A expressão direitos fundamentais significa “aqueles direitos essenciais ao ser humano, que estão positivados no ordenamento constitucional de uma nação. Os direitos fundamentais são históricos como qualquer direito. Nasceram, modificam-se e desaparecem. Em outras palavras, estes direitos são ditos fundamentais quando são essenciais para uma vida digna” (SILVA, 2004).

constantemente e a sociedade luta para incluir os animais na comunidade moral de modo a garantir que seus interesses básicos sejam respeitados e para que tenham consideração igual em relação aos interesses humanos, nesse sentido, o direito dos animais mostra-se como um novo ramo do direito que precisa ser estudado e aprimorado progressivamente.

### **3 A visão filosófica moderna em defesa dos animais não humanos**

Com a crescente preocupação referente as questões ecológicas a filosofia moderna tem procurado analisar as relações entre o meio ambiente e o ser humano. Em vista disso, surgiu a ética ambiental<sup>9</sup> visando a elaboração de uma nova moral direcionada para a relação entre a espécie humana com os demais elementos da natureza. Nesse sentido, originaram-se algumas correntes, as quais vão além do pensamento clássico antropocentrista, preocupando-se com a proteção dos demais seres vivos habitantes do planeta Terra.

Em 1776, Humphrey Primatt<sup>10</sup> ao dissertar sobre “o dever de compaixão e o pecado da crueldade contra os animais, sustentou que o sofrimento é medido para a consideração moral”. Desse modo, para o aperfeiçoamento moral do homem deve-se incluir os interesses dos animais não humanos na esfera de consideração, em razão da dor. Destacou que a sensação de dor é comum tanto aos homens quanto aos animais e, por isso, “a razão não poderia ser critério de distinção” (FERREIRA, 2014). Nas palavras de Primatt: “dor é dor, seja infligida ao homem ou ao animal; e a criatura que a sofre, seja homem ou animal, será

---

<sup>9</sup> A expressão “ética ambiental” significa “o conjunto de princípios de caráter imperativo, mediante os quais devem ser redigidas todas as interações existentes entre o homem e a multiplicidade de biomas existente” (PEREIRA, 2008).

<sup>10</sup> Humphry Primatt nasceu em Londres, graduou-se em Artes em 1757, e tornou-se mestre em Artes em 1764. Em 3 de setembro de 1773, doutorou-se em teologia, em Aberdeen. Foi reitor do Brampton em Norfolk em 1771, e vigário da Higham em Suffolk e da Swardston em Norfolk, de 1766 a 1774, quando aposentou-se. Viveu em Aberdeen até sua morte, estimada por volta de 1778. Escreveu somente o livro, *The Duty of Mercy* (Dissertação sobre o dever de compaixão e o pecado da crueldade contra os animais), uma pérola em defesa dos animais. Ele defendia o dever humano de compaixão para com todos os seres em condições vulneráveis à dor e ao sofrimento (FELIPE, 2006).

sensível à sua miséria e sofrerá o mal enquanto ele durar” (apud CAMPOS, 2007).

A consideração do sofrimento motiva a igualdade de tratamento entre todas as espécies sejam humanos ou não humanos. “Se a razão faz concluir que a dor é intrinsecamente odiosa, não importa a configuração ou a aparência de quem a sofre, ela será, para si, uma experiência maléfica” (FERREIRA, 2014). O sentimento da dor não pode ser medido em razão de certas características, como por exemplo a estatura, a raça, o sexo, a inteligência ou outras habilidades. A dor, em qualquer das espécies de animais sempre é um ponto negativo para quem a sente, pois “frustra a sensação do prazer em estar vivo”. Não importa se a espécie de quem sofre a dor é humana ou outra qualquer, para Primatt, o conceito da dor é um só, e a “ética deve levar em consideração esse fato, ao regular as ações humanas relativamente a ele” (apud FELIPE, 2006).

Em 1789, o filósofo Jeremy Bentham escreveu a obra *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*<sup>11</sup>, em que ficou famoso por elaborar “o primeiro texto de ética no qual aparece explicitamente o apelo ao aperfeiçoamento moral do homem, através da inclusão do interesse de todos os animais”. Ele defendeu a tese de que a ética só existe a partir do momento em que são ampliados os princípios da consideração moral a todos os seres sensíveis, “a capacidade de ser senciente desperta o tratamento moral e ético para com os animais não humanos” (FERREIRA, 2014).

Bentham, semelhante a ideia de Primatt, se refere ao dever de compaixão do ser humano para com todos os seres em condições vulneráveis à dor e ao sofrimento. Ambos autores defendem que é preciso respeitar aos outros, com os mesmos padrões que se exige que sejam

---

<sup>11</sup> Tradução livre: “Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação”.

praticados em relação a nós, pois “se argumentamos que ninguém tem o direito de nos expropriar de nosso bem-estar ou da nossa vida, não devemos, em nome de vantagens pessoais, tirar a vida nem maltratar nenhum outro animal dotado de sensibilidade” (FELIPE, 2006).

Na mesma linha, em 1975, Peter Singer defendeu o princípio da igual consideração de interesses que sujeita o agente moral a considerar interesses semelhantes independente de se tratar de um animal não humano ou de um ser humano<sup>12</sup>. Portanto, “a defesa da igualdade não depende da inteligência, da capacidade moral, da força física ou de outros fatores similares, a igualdade é um ideal moral”. Dessa afirmação pode-se alegar que animais e humanos não são de fato iguais, todavia ambos possuem capacidade moral (SINGER, 2010).

Os animais dotados de sensibilidade e consciência são animais sencientes<sup>13</sup> e devem ser tratados com o mesmo respeito oferecido à dor e ao sofrimento dos seres humanos, por isso “é necessário expandir o círculo da moralidade, para incluir os interesses que até então eram considerados exclusivamente dos membros da espécie humana”. O princípio da igual consideração de interesses, proposto por Peter Singer, baseia-se no argumento de que as diferenças na aparência são irrelevantes para a experiência da dor (FELIPE, 2006). Pois, “o sofrimento, por si só, é um pré-requisito para um ser ter algum interesse, no mínimo o interesse de não sofrer” (SINGER, 2010).

---

<sup>12</sup> Explica Ferreira que Singer apresentou o princípio da igual consideração de interesses que revolucionou a relação dos humanos para com os animais não humanos, “avocando para a esfera moral outras circunstâncias que evidenciaram não ser o homem tão distante dos animais”. Por isso, “os animais devem ser preservados para o seu bem-estar, postos a salvo em razão do direito de não suportarem a dor e terem prazer” (FERREIRA, 2014).

<sup>13</sup> Compreende-se por senciência a “capacidade que um ser possui de sentir dor, sofrimento, prazer e outros sentimentos, experimentando satisfação ou frustração”. Sendo assim, o animal senciente tem a aptidão de sentir e ter uma consciência mínima do que está acontecendo, desejando que a sensação continue ou acabe. “A senciência é qualidade do ser que pode sofrer, ter certos tipos de emoção (positivas ou negativas), aprender com as experiências, reconhecer seu entorno e entender minimamente o que está acontecendo” (NACONECY, 2006).

Ainda, apresenta-se o pensamento de Tom Regan, que por sua vez, retrata os animais como “sujeitos de uma vida”<sup>14</sup>. Entende que se deve “estender a consideração moral aos animais não humanos independentemente deles serem capazes de sentir dor ou prazer”. O autor defende que o valor inerente à vida garante aos animais existência de direitos que não se subordinam nem se contrapõem aos direitos dos humanos pois, visam a proteção de suas vidas. Deve-se formar uma “nova consciência para se perceber que os animais são sujeitos de uma vida e seus interesses advêm do valor inerente a esta vida” (apud FERREIRA, 2014).

Explica Naconecy que Regan defendia

a eliminação total e categórica do uso de animais por parte da humanidade. Ele se afasta da posição utilitarista ao considerar que o que está essencialmente errado não é o sofrimento que infligimos aos animais. O sofrimento é apenas um componente do erro moral (se bem que o torna muito maior). O que está fundamentalmente errado, em vez, é o sistema inteiro, e não seus detalhes. Pela mesma razão que mulheres não existem para servir aos homens, os pobres para os ricos, e os fracos para os fortes, os animais também não existem para nos servir (2006).

Logo, o reconhecimento de que os animais detêm interesses próprios inerentes ao dom da vida, por si só, revelam a necessidade da adoção de novas posturas, com o “abandono de todo e qualquer tipo de exploração e fruição animal” (FERREIRA, 2014). Os animais que são sujeitos de uma vida devem ser vistos como “seres únicos, com vidas próprias, precisando de proteção”, assim tudo o que se reputa que não deve ser feito contra os seres humanos, também não pode ser feito aos animais (LOURENÇO, 2008).

---

<sup>14</sup> Os sujeitos de uma vida são aqueles que possuem a “capacidade de distinguir, a partir de sua experiência, aquilo que lhes afeta positiva ou negativamente, segundo suas experiências individuais” (ALMEIDA, 2006).

Desse modo, Tom Regan propõe uma libertação dos animais não humanos por meio da consideração de seus direitos subjetivos, para o autor os não humanos possuem os mesmos direitos de vivenciar “a experiência de viver, já que são sujeitos de uma vida<sup>15</sup>, ele propõe uma ruptura total com o antropocentrismo de modo a propugnar pelos direitos dos animais como uma extensão dos direitos fundamentais” (RODRIGUES, 2012).

Por sua vez, Gary Francione<sup>16</sup> defende que se faça uma modificação significativa na visão jurídica em relação aos animais, reconhecendo-os como sujeitos de direitos, e não mais como bens. O autor revela que a sociedade vive em uma “esquizofrenia moral” visto que o tratamento dispensado aos animais é um tanto contraditório pois, de um lado trata alguns animais com carinho e atenção, muitas vezes até como membros da família, enquanto que se admite que outros sirvam como alimento. Francione elabora uma tese pela personificação dos animais, ele esclarece que isso não significa que se deve “conceder direitos superiores aos dos seres humanos”, apenas reconhecer que os animais têm direitos na perspectiva de que não devem ser tratados como propriedade (apud FERREIRA, 2014).

Assim, vê-se que

a integração dos animais na noção de coisa não é adequada aos valores de uma nova era, em que a ciência comprova que o animal tem capacidade de

---

<sup>15</sup> “Ponto relevante é que, ao contrário do que poderíamos pensar, não há nada que esteja faltando no mundo de uma pomba, por exemplo. Ela não precisa de palavras para se comunicar, nem se tornaria uma pomba “melhorada” se pudesse falar. Isso é assim pela mesma razão que nenhum homem tem uma vida empobrecida pelo fato de não ser capaz de voar como as pombas são. Note que, ao matar uma pomba, você tira tudo o que ela tem, sua existência inteira. Uma pomba é plena de ser no mundo do mesmo modo pelo qual um humano o é. Ser plenamente uma pomba é equivalente a ser plenamente um humano. É por isso que, em princípio, é antiético matar uma pomba - ou qualquer outro animal” (NACONECY, 2006).

<sup>16</sup> Gary Francione além de professor de Filosofia, é também professor de Direito na Universidade de New Jersey. Foi um filósofo que se destacou nas discussões sobre o abolicionismo animal, ele “garante que não há justificação moral para a exploração animal, mesmo que isso traga benefícios aos humanos” (FERREIRA, 2014).

sofrimento. Já antes dos resultados da ciência, as emoções das pessoas que conviviam com os animais indicavam a natureza sensível a relacional destes, sobretudo dos mamíferos, animais de companhia. (...) No direito comparado, os movimentos de defesa dos animais tiveram repercussões no estatuto dos animais nos códigos civis, o que levou a que deixassem de integrar a noção de coisa e tivessem passado a ser vistos como criaturas com sensibilidade, como sucedeu em 1988, na Áustria, em 1990, na Alemanha, e em 2002, na Suíça. O direito suíço é o mais avançado na proteção dos animais, contendo uma norma de direito sucessório (artigo 482º, nº 4), que estabelece um ônus de cuidar do animal, tornando-o beneficiário de uma disposição mortis causa, e uma norma de direito de família [art. 651º, al. a], que estatui que, nos casos de dissolução de casamento, união de fato ou de partilha da herança, o tribunal pode adjudicar o animal em litígio à parte que garanta a sua melhor acomodação e tratamento (SOTTOMAYOR e RIBEIRO, 2014).

Das correntes filosóficas vistas pode-se concluir que duas são as grandes vertentes compartilhadas pelos defensores dos direitos dos animais: a do bem-estar animal e a do abolicionismo animal. Peter Singer, no caminho de Jeremy Benthan, faz parte da primeira por defender o bem-estar dos não humanos em razão do princípio da igual consideração de interesses, em que o direito dos animais está baseado na sensibilidade ao sofrimento. Para a segunda vertente, sustentada por Tom Regan, “os objetivos da ética animal não se limitam apenas na crueldade e na intenção de causar sofrimento desnecessário aos não humanos, mas se alicerçam na completa abolição de todas as formas de abuso”. Os defensores desta vertente propõem “uma libertação dos animais não humanos por meio da consideração de seus direitos subjetivos” (RODRIGUES, 2012).

Portanto, grandes são os desafios lançados na atualidade, para que sejam efetivadas as normas de proteção contra a crueldade aos animais, criando uma nova etapa no mundo jurídico-filosófico, que intensifica as relações de tolerância com a participação de todos os seres, em que a solidariedade e a cooperação representem as leis supremas. Assim, um

novo tempo se molda com a elaboração de um novo paradigma, no qual os animais devem ser inseridos na linha de consideração moral visto que eles tem valor em si mesmos e isto ninguém pode ignorar.

#### **4 Animais não humanos como sujeitos de direito personificados ou despersonificados**

Os seres humanos são sujeitos de direito que dispõem de todas as garantias expressas na legislação brasileira, enquanto que os animais não humanos são considerados meros objetos. Todavia, estudos comprovam que os animais possuem sentimentos, inteligência, memória e outras capacidades como os humanos. Desta forma, percebe-se que os animais são mais semelhantes aos humanos, do que as coisas. Por esse motivo, é necessário refletir sobre um novo tratamento jurídico aos animais não humanos para conceder-lhes o status de sujeitos de direitos. Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, como eles poderiam ser considerados?

Daniel Lourenço expõe três soluções para elucidar esse questionamento: a criação de um novo status jurídico para os animais, no qual eles fariam parte de uma categoria intermediária entre os sujeitos de direito e os objetos de direito, ou seja, criar uma espécie de terceiro gênero; a personificação dos animais, em que eles integrariam a categoria jurídica de “pessoa”, equiparados aos absolutamente incapazes; a utilização da teoria dos entes despersonalizados assim, os animais fariam parte da categoria jurídica de “sujeitos de direito”, tal como os entes despersonificados (2008).

Nesse contexto, Rodrigues defende que, com o surgimento do direito ambiental iniciou-se a proteção de bens até então tratados como *res nullium*<sup>17</sup>, categoria que incluía os animais silvestres. Atualmente, eles são

---

<sup>17</sup> A expressão “*res nullium*” significa “coisas de ninguém, passíveis de serem apropriadas pelo homem” (RODRIGUES, 2012).



considerados *res omnium*<sup>18</sup>, conforme previsto no capítulo do meio ambiente na Constituição Federal<sup>19</sup>. Os animais domésticos permanecem sendo considerados como bens particulares, passíveis de comercialização. Com a constitucionalização das normas protetoras do ambiente houve o fortalecimento das normas infraconstitucionais que protegiam os bens ambientais. Assim, percebe-se a necessidade de uma redefinição no ordenamento jurídico, para ajustar os animais não humanos à sua real natureza, qual seja a de “sujeitos de direitos com personalidade jurídica *sui generis* (2012).

Essa mudança de paradigma não significa que os direitos dos animais não humanos serão iguais aos direitos dos humanos. O objetivo é que se abandone efetivamente a ideia de “coisificação dos animais” pois,

os animais constituem individualidades dotadas de uma personalidade típica à sua condição. Não são pessoas, na acepção do termo, condição reservada aos humanos. Mas são sujeitos titulares de direitos civis e constitucionais, dotados, pois, de uma espécie de personalidade *sui generis*, típica e própria à sua condição. Claro que personalidade é um atributo da pessoa. E os animais não são pessoas, embora vinculados à mesma biologia. Todavia, como sujeitos de direito são reconhecidos e tutelados, reunindo-se atributos que permite colocá-los numa situação jurídica peculiar, que se assemelha aos humanos (ACKEL FILHO, 2001).

Os defensores desta teoria entendem que o que caracteriza a diversidade entre o homem e as outras espécies animais é a liberdade, a história e a cultura por isso, o direito positivo não pode considerar os animais nem como objetos, nem como um sujeito de direito. Desse modo, o problema pode ser elucidado por meio de uma legislação que se afaste

---

<sup>18</sup> A expressão “*res omnium*” significa “coisas de todos os seres humanos” (RODRIGUES, 2012).

<sup>19</sup> Vide artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil.

do antropocentrismo e que pondere exclusivamente os interesses dos humanos (GORDILHO; SILVA, 2012).

Sendo assim, para os adeptos dessa teoria os animais são sujeitos de direito, porém, possuem algumas diferenças em relação aos homens como por exemplo, a capacidade de expressar sua vontade e, por isso, detêm uma personalidade *sui generis*, isto é, uma personalidade única do seu gênero em razão da sua condição. Logo, ao serem acolhidos na categoria de sujeitos de direito, os animais não humanos teriam “atributos reconhecidos, como os humanos, porém para exercê-los teriam que pertencer a uma condição jurídica especial” (ACKEL FILHO, 2001).

Para o autor Daniel Braga Lourenço inserir os animais entre os sujeitos de direito e os objetos não parece ser a melhor solução, pois além de causar várias modificações na legislação pela criação de um novo status jurídico no ordenamento, não conferiria direitos aos animais, apenas atribuiria deveres aos homens para com os animais (2008).

Isto posto, passa-se para a análise da segunda solução que considera os animais como sujeitos de direito. Para alguns doutrinadores, conceder aos animais o status de sujeitos de direitos seria impossível. No entanto, sustentam que para tornar isso possível deve-se “abandonar a ideia enraizada de que sujeitos de direito são apenas humanos, pois este termo apenas significa que o ser é dotado de personalidade, mas não necessariamente que é um indivíduo” (CAMPELO, 2017).

Desse modo, é preciso considerar que o conceito de sujeito de direitos é mais abrangente que o de personalidade jurídica. É possível sustentar que há uma “tendência do direito moderno em conceder direitos subjetivos para entes desprovidos de personalidade jurídica”. A consonância entre os conceitos de ser humano e pessoa foi uma elaboração do direito. E na verdade, “a personificação trata-se de um processo técnico-jurídico”, ou seja, para que um sujeito seja reconhecido como

pessoa, é preciso que sobre ele recaia uma norma jurídica que venha a conferir-lhe este status. Desse modo, o conceito jurídico de pessoa funda-se no ser capaz de figurar em uma relação jurídica como titular de direito ou obrigações (GORDILHO; SILVA, 2012).

Durante muito tempo houve uma confusão entre a noção jurídica “sujeito de direito” e “pessoa”, prevalecendo a ideia de que ser sujeito de direito é uma atribuição assegurada apenas aos seres humanos, visto que estes são os únicos seres beneficiados de racionalidade, autonomia e moralidade, estes últimos considerados como atributos da personalidade. Desta forma, desenvolveu-se a chamada teoria da personalidade jurídica, a qual sustenta a identidade desses conceitos e esta teoria foi elevada à “condição de dogma pela doutrina clássica nacional” (LOURENÇO, 2008).

Danielle Tetu Rodrigues sustenta que os animais sejam enquadrados na categoria de pessoas, tendo em vista que o termo “pessoa” é o ser dotado de personalidade jurídica, suscetível de ser titular de direitos e obrigações. Para ela, “animais como titulares de relações jurídicas podem ser considerados sujeitos de direito e seriam normalmente incluídos na categoria de pessoas, ainda que não sejam pessoas físicas ou jurídicas de acordo com o predicado terminológico” (2012).

Vale lembrar que, em juízo, aconteceria o instituto da representação dos animais não humanos, assim como os demais incapacitados juridicamente. Sendo assim, o que prevalece é “a obrigatoriedade da representatividade calcada no interesse subjetivo do ser e não a autonomia da vontade”. Assim, não se pode avaliar somente o ser humano como sujeito de direito, pois “a representação dos animais não humanos pelos humanos, em juízo, ocorreria como a das pessoas jurídicas (RODRIGUES, 2012).

Uma das justificativas mais comuns para a defesa dos animais como sujeitos de direito é a de que, assim como as pessoas jurídicas que desde o

momento em que registram seus atos constitutivos em órgão competente passam a ter seus direitos de personalidade reconhecidos e podem pleitear seus direitos em juízo, os animais também, poderiam ser sujeitos de direitos em razão das normas que os tutelam. Mesmo que não tenham capacidade de comparecer em juízo para reivindicá-los, contam com a ordem legal que atribui ao Ministério Público a competência de representá-los, como se fossem os humanos incapazes (DIAS, 2006).

Portanto, as pessoas físicas incapazes preservam seu status de sujeitos de direito e, por consequência podem ser representados em juízo por meio de representantes legais. Essa representação é o meio pelo qual se viabiliza que os incapazes realizem negócios jurídicos, por meio de outra pessoa dotada de capacidade legal. “Nem todo sujeito de um direito é também sujeito de um dever. O condomínio não é pessoa, mas mesmo sendo ente despersonalizado, titulariza direitos subjetivos próprios”. Nesse cenário, para parte da doutrina, é perfeitamente viável atribuir aos animais não humanos a condição de sujeitos de direito visto que eles também são considerados incapazes<sup>20</sup>, mesmo porque o ordenamento jurídico já permite a proteção de seus direitos por intermédio dos seus órgãos competentes (TOLEDO, 2012).

Há que se argumentar, se no campo da filosofia existe a ética dos animais ou mesmo direito dos animais, tendo em vista a clássica

---

<sup>20</sup> Daniel Braga Lourenço, em contrapartida, explana sua linha de pensamento e discorre que “a eleição da proximidade genética como fator de inclusão no gênero humano, sob o ponto de vista biológico, é algo perfeitamente defensável (...) mas esse mesmo critério não é tão decisivo quando se trata da inclusão na categoria de “pessoa”. Se é certo que para o Direito todo ser humano é pessoa, não é menos verdadeiro afirmar que, também para ele, nem toda pessoa é ser humano. Assim é que parece altamente problemática a sugestão de que determinadas características, além da sentiência, possam possuir valoração moral autônoma na medida em que se aproximam das humanas. Certo que os primatas são seres inteligentes e dotados de uma vida psicológica bastante rica. Vivem em arranjos sociais complexos e possuem relações emocionais bastante similares à dos humanos. Mas será que essa aproximação comportamental, e mesmo genética, seria o *plus* que justificaria sua inclusão na categoria de pessoa deixando de lado os demais animais? Ao menos em tese, essa retórica da proximidade com o humano geraria, indiretamente, a exclusão de outras realidades com base em um critério arbitrário. Será que a capacidade de raciocinar a nossa maneira seria efetivamente algo com valoração moral superior a conseguir voar, ou a mergulhar a profundidade abissais? A se responder afirmativamente, estaria a incorrer em um “especismo eletivo”, na medida que escolheria determinadas categorias de animais para serem favorecidas em detrimento das demais” (2008).

concepção de que apenas o ser humano pode figurar como sujeito de direitos. Esse entendimento “pressupõe a existência de uma diferença qualitativa entre homem e o animal, de modo a autorizar a preponderância daquele pelo poder, pela força e pela capacidade maior de raciocínio”. Embora alguns juristas já reconhecem “a existência de um direito especial de proteção aos animais, a ideia de que não apenas o homem pode ser sujeito de direitos vem ganhando força em vista do paradigma ambiental” (LEVAI, 2012).

Nessa linha de pensamento, Fábio Ulhoa explica que o conceito de sujeito de direito identifica-se como sendo o “centro de imputação de direitos e obrigações pelas normas jurídicas”, o que leva a conclusão de que “nem todo sujeito de direito é pessoa e nem todas as pessoas, para o direito são seres humanos” (2003).

Daniel Braga Lourenço defende a ideia do animal como sujeito de direito, considerando que existem os sujeitos de direitos personificados e os não personificados, conforme classificação de Fábio Ulhoa Coelho. Nos sujeitos personificados, encontram-se as pessoas humanas e as pessoas jurídicas. Como entes despersonalizados, tem-se os humanos (embrião) e os não-humanos (2008). Nessa senda,

mesmo os sujeitos de direitos despersonalizados são titulares de direitos e deveres. O atributo da personalização não é condição para possuir direitos ou ser obrigado a qualquer prestação. Recupere-se o conceito de sujeito de direito – centro de imputação de direitos e obrigações referidos pelas normas jurídicas. Todos os sujeitos nele se enquadram, de modo que também os despersonalizados são aptos a titularizar direitos e deveres. Muitos autores conceituam personalidade jurídica como a aptidão para titularizar direitos e obrigações. Assim fazendo, tomam por equivalentes as categorias de pessoa e sujeito de direito; não consideram, ademais, os entes despersonalizados como espécie de sujeitos de direito. A consequência é a desestruturação lógica do modelo de exame dos institutos jurídicos aqui considerados (COELHO, 2003).

Logo, no que tange aos animais a teoria dos entes despersonalizados poderá ser aplicada para “caracterizá-los como sujeitos de direitos despersonalizados não-humanos<sup>21</sup>”. Melhor dizendo, mesmo que se entenda que “não sejam pessoas poderão dispor de um patrimônio jurídico que lhes garanta um mínimo existencial” (CARNEIRO, 2013).

Observa-se que os entes dispõem de condições de estabelecer relações jurídicas, seja com qual for as pessoas e “apesar de não configurar sob um aspecto normativo-dogmático pessoas de direitos, são considerados sujeitos de direito”. Os entes não personificados<sup>22</sup> “detêm direitos que são atribuídos pelo ordenamento jurídico, como o de ingressar em juízo, através da representação de outras pessoas” (SILVA, 2009).

Outrossim, João Marcos Adede y Castro, ao analisar a Declaração Universal dos Direitos dos Animais ressalta que não é suficiente existir um direito ambiental pois,

se faz necessário um sistema de aplicação que promova a justiça ambiental, que distribua a cada um dos seres da natureza, além do homem, o que lhe é de direito. (...) Mas se os animais deixaram de ser objetos e passaram a ser sujeitos de direitos, quem representa seus interesses na seara administrativa e em juízo. (...) Forçoso concluir que, além do Ministério Público, outras instituições e entidades podem defender os interesses dos animais. (...) Se os bens ecológicos, como os animais, podem ter seus interesses defendidos em juízo ou fora dele, através da ação civil pública, da ação popular ou da ação penal pública, é certo que são detentores, como qualquer outro sujeito de direitos, dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Consideramos que o autor da ação seja o animal,

---

<sup>21</sup> Nota-se que a condição dos nascituros é a melhor forma de demonstrar a ampliação do status de sujeito de direitos a um ente despersonalizado, a ordem do artigo 2º do Código Civil permite concluir que mesmo não sendo uma pessoa, o nascituro tem seus direitos assegurados. Assim, o emprego da teoria dos entes despersonalizados mostra-se como a melhor resposta para a situação dos nascituros, podendo-se concluir, que “o nascituro é um sujeito de direito despersonalizado humano” (LOURENÇO, 2008).

<sup>22</sup> São exemplos de entes despersonalizados: a massa falida, o espólio, a herança jacente e a vacante, as sociedades irregulares, o condomínio, nascituro e as sociedades de fatos (SILVA, 2009).

meramente representado pelo homem. Como refere Silva, a dogmática jurídica indica que somente o homem pode ser sujeitos de direitos, mas que essa lógica se inverte quando falamos de direito ambiental, que aceita a ideia de que o homem é mero representante dos animais, em juízo, como acontece com as pessoas jurídicas. Assim, o direito dos animais, em termos de processo, administrativo ou judicial, é beneficiado pelas mesmas garantias asseguradas aos homens (2006).

O reconhecimento dos animais não humanos como entes despersonalizados lhes permite uma defesa processual adequada. A vantagem de reconhecer os animais como entes despersonalizados está no fato de “serem aptos para titularizar determinados direitos subjetivos fundamentais mesmo sem gozar do status de pessoa” (FERREIRA, 2014).

Com isso, necessário examinar como esses entes fariam parte dos procedimentos processuais, nesse sentido é possível visualizar duas saídas: a primeira seria “a substituição processual, que aconteceria por parte do Ministério Público, das entidades de proteção animal ou terceiros que tenha algum grau de proximidade com a relação”; e a segunda seria “a possibilidade de atuação através de um representante processual, como acontece com os incapazes, que seriam os casos de designar um curador ou um guardião para representação dos animais”. Assim sendo, os animais, mesmo considerados seres despersonificados, obteriam uma legitimidade ativa para atuar em juízo (CAMPELO, 2017).

João Marcos Adede y Castro também acredita que os animais merecem ser reconhecidos como sujeitos de direitos<sup>23</sup> e, ao comentar sobre a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, ele destaca que

---

<sup>23</sup> Assim, o que se pretende é que os animais, embora entes despersonalizados, sejam considerados sujeitos de direito, ou seja, “ainda que se entenda que não sejam pessoas, nem por essa razão deixariam de poder usufruir de um patrimônio jurídico que lhes garantisse o mínimo existencial. A vantagem da teoria dos entes despersonalizados se situa justamente na prescindibilidade da “adequação típica” do animal na categoria de “pessoa” para que ele venha a titularizar determinados direitos subjetivos fundamentais” (LOURENÇO, 2008).

nenhum diploma foi tão transparente, até agora, e, ao referir-se aos direitos dos animais

o que deve determinar o respeito ao animal não é a sua beleza, seu porte, sua utilidade, seu valor de mercado, mas o simples fato de que é uma vida. Em função de ser uma vida, cada animal deve ser respeitado. O homem deve aprender a conviver com outras formas de vida, que lhe acompanham desde o início dos tempos. [...] A morte de um animal não é um crime contra o patrimônio, mas contra a vida. [...] O Ministério Público, num primeiro momento, e o Poder Judiciário, logo que provocado, passou a encarar a proteção dos animais, através dos processos de natureza civil e penal, com seriedade (2006).

Portanto, vê-se que “mesmo aqueles entes que não são considerados como pessoas podem figurar como sujeitos de direitos, e, por consequência disso, possuir capacidade processual”. Assim sendo, os animais se caracterizam plenamente como sujeitos de direitos, “classificados como entes despersonalizados, mas titulares de direitos” (FERREIRA, 2014).

Se os seres são diferentes, o que se deve alcançar é uma igualdade material, isto é, “tratar os desiguais de acordo com suas desigualdades, de maneira que um tratamento isonômico seja alcançado”. Assim, “imperioso reconhecer as diferenças entre as capacidades humanas e não-humanas, e a partir disso, de uma forma consciente e viável, adaptar a lei para considerar os animais não humanos como autênticos sujeitos de direito, reconhecendo-lhes um valor intrínseco” (CAMPELO, 2017).

Com isso, percebe-se que os animais merecem uma consideração jurídica adequada, a fim de serem elevados ao status de sujeitos de direito, com ou sem personalidade jurídica, ou mesmo de possuírem um estatuto jurídico próprio adequado as suas individualidades. Seja qual for a melhor forma a ser escolhida deve-se lembrar que o motivo essencial para que os animais não humanos sejam inseridos na esfera de consideração consiste



na sua qualidade de serem seres capazes de sentir sensações e sentimentos.

Portanto, constata-se que o direito dos animais é uma ideia incompleta e inacabada e não está livre de contradições, pelo contrário é uma matéria que possibilita debates, pela sociedade e pelo Estado, visto que ambos exercem papel fundamental no processo de inserir os animais não humanos no círculo de consideração humana.

### **Considerações finais**

A ideia de existência de interesses por parte dos animais não humanos vem ganhando força diante das transformações que ocorrem na sociedade. O surgimento de novos valores sociais, que se fundamentam na solidariedade e na pluralidade, aliado aos conhecimentos científicos acerca do comportamento e da vida mental dos não humanos, vem propiciando que se amplie o debate em torno da necessidade de reconhecer que os animais não humanos são titulares de direitos básicos e, por consequência disto, devem ter a defesa de seus interesses.

Dentre os posicionamentos jurídicos e filosóficos que foram estudados, constata-se um consenso de que os animais não humanos têm capacidade de experimentar a dor, e de que possuem interesses a serem protegidos. Nesse sentido, vislumbra-se que há a necessidade de revisão do status jurídico concedido aos animais, retirando-os da categoria que os coloca como coisas. Assim, a discussão passa a ser em torno da melhor maneira de se proporcionar a proteção desses seres contra as ações humanas, para tutelar de forma efetiva os seus interesses.

Dessa forma, restou provado que a capacidade de sentir sensações e sentimentos é uma peculiaridade comum entre os animais humanos e os não humanos, e serve como critério de ligação entre essas espécies para fins de consideração moral. A partir da semelhança na capacidade de

sofrimento chega-se à conclusão de que existem motivos suficientes para incluir os animais não humanos no âmbito de consideração moral, visto que as sensações de fome, frio, dor e prazer, por exemplo, são experimentadas pelos animais não humanos, da mesma forma que pelos humanos.

Observou-se que, embora os animais não humanos não sejam considerados como sujeitos de direitos, este tratamento não fica claro no âmbito da Constituição Federal. Nesse sentido, constatou-se que com o advento da proteção constitucional do meio ambiente e a consequente vedação à crueldade contra os animais, bem como a proibição de práticas que causem a extinção das espécies, o legislador revelou sua preocupação para com estes seres, reconhecendo o seu valor intrínseco. Assim, percebe-se que a interpretação dessa previsão constitucional ultrapassa a visão antropocêntrica, uma vez que esse regulamento vem sendo utilizado como uma forma de conferir proteção aos animais não humanos e acaba por possibilitar o reconhecimento destes seres como sujeitos de direito.

Com base nisso, acredita-se que os animais não humanos devem ser reconhecidos como sujeitos de direitos fundamentais básicos uma vez que, a norma constitucional de vedação à crueldade permite realizar este reconhecimento e, da mesma forma, a legislação infraconstitucional que visa a proteção desses seres lhes garante os direitos básicos à vida, à liberdade e à integridade física. Desse modo, resta evidente que nenhum animal não humano deve ser considerado como coisa pois, são seres senscientes, capazes de vivenciar o sofrimento, sendo este o fundamento essencial para que se efetive essa consideração.

Assim, constatou-se que há a possibilidade de conferir o status de sujeitos de direito aos animais não humanos, sendo cabível essa proteção por meio do instituto da incapacidade jurídica, igualando esses seres às

pessoas incapazes de exercer os seus direitos, que têm seus interesses representados em juízo.

Para que haja uma efetiva proteção dos interesses dos animais não humanos, além de uma reforma no direito, é necessária uma mudança no modo como a sociedade trata esses seres, afastando-se os ideais antropocêntricos que, ainda, dominam as relações entre essas espécies. Por fim, constata-se que as perspectivas para o reconhecimento dos animais não humanos como sujeitos de direito, no ordenamento jurídico brasileiro, são promissoras e que a ideia de direitos dos animais constitui uma matéria que se sujeita a muitos debates, pelo direito e pela sociedade, pois ambos desempenham o papel fundamental no processo de inserir estes seres no círculo de consideração moral e jurídica.

## Referências

ACKEL FILHO, Diomar. **Direito dos animais**. São Paulo: Themis Livraria e Editora, 2001.

ALMEIDA, Júlia Ascherminn Mendes de. **A ética ambiental de Tom Regan: Críticas, Conceitos, Argumentos e Propostas**. Florianópolis: Etich@, v. 5, n. 3, jul. 2006.

ARAÚJO, Fernando. **A hora dos direitos dos animais**. Coimbra: Almedina, 2003.

CAMPELO, Lorena Miranda de Sá. **Direito dos animais: análise sobre o status jurídico dos não-homens no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Pontífica Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2017.

CAMPOS, Daniel Rodrigo de. **O legado de Humphry Primatt**. Santa Catarina: Trabalho de conclusão de curso. Universidade Federal de Santa Catarina, 2007. Disponível em: < <https://docplayer.com.br/12638352-O-legado-de-humphry-primatt.html>>. Acesso em 01 mar. 2020.

CARNEIRO, Nina Nicksue Mouro. **O moderno direito dos animais à luz do contexto social e do ordenamento jurídico**. Rio de Janeiro: Monografia apresentada à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2013.

CASTRO, João Marcos Adede y. **Direito dos animais na legislação brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORDEIRO, Flávia Gonçalves. **Animais como sujeito de direitos**. Dourados: Revista Jurídica Unigran. v. 12. n 24. Jul./Dez. 2010.

DIAS, Edna Cardozo. **Os Animais como Sujeitos de Direitos**. Revista Brasileira de Direito Animal. Vol. 1. Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006.

FELIPE, Sônia Tetu. **Fundamentação ética dos direitos animais. O legado de Humphry Primatt**. Salvador: Revista Brasileira de Direito Animal, v. 1, n.1, jan. 2006.

FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. **A proteção aos animais e o direito: o status jurídico dos animais como sujeitos de direitos**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

GOMES, Rosângela. CHALFUN, Mery. **Direito dos Animais – Um novo e fundamental direito**. Salvador: Anais do XVII Encontro preparatório para o Congresso Nacional do Conpedi (Conselho Nacional de pesquisa e Pós-graduação em Direito), 2008.

GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GORDILHO, Heron José de Santana; SILVA, Tagore Trajano de Almeida. **Animais em Juízo: Direito, Personalidade Jurídica e Capacidade Processual**. Revista de Direito Ambiental 2012. Disponível em: <<http://www.abolicionismoanimal.org.br/artigos/animais%20em%20juizo.pdf>> Acesso em: 08 mar. 2020.

LEVAI, Fernando Laerte. **Ministério Público e Proteção Jurídica dos Animais**. 2012. Disponível em: <[http://www.forumnacional.com.br/ministerio\\_publico\\_e\\_protecao\\_juridica\\_dos\\_animais.pdf](http://www.forumnacional.com.br/ministerio_publico_e_protecao_juridica_dos_animais.pdf)> Acesso em: 08 mar. 2020.

LEVAI, Laerte Fernando. **Animais e Bioética: Uma Reflexão Filosófica**. Escola Superior do

Ministério Público. Caderno Jurídico. Ano 1. n. 2. julho, 2001. Disponível em: <[http://www.esmp.sp.gov.br/Biblioteca/Cadernos/caderno\\_2.pdf](http://www.esmp.sp.gov.br/Biblioteca/Cadernos/caderno_2.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2019.

LEVAL, Laerte Fernando. **Crueldade consentida – Crítica à razão antropocêntrica**. Salvador: Revista Brasileira de Direito Animal. Instituto de Abolicionismo Animal. v. I, n. I, 2006.

LOURENÇO, Daniel Braga. **Direito dos animais**: fundamentação e novas perspectivas. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.

NACONECY, Carlos Michelon. **Ética & animais**: um guia de argumentação filosófica. Porto. Alegre: EDIPUCRS, 2006.

OST, François. **A natureza à margem da lei**: A ecologia à prova do Direito. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PEREIRA, Pedro Henrique Santana. **Três princípios para um ética profissional**. Âmbito Jurídico, 2008. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14184](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14184) Acesso em: 03 mai. 2020.

RODRIGUES, Danielle Tetu. **O Direito & os Animais**: uma abordagem ética, filosófica e normativa. 2 ed. atual. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Tagore Trajano de Alemida. **Animais em juízo**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2009.

SINGER, Peter. **Libertação Animal**. Tradução: Marly Winckler, Marcelo Brandão Cipolla. Porto Alegre: Lugano, 2010.

SOTTOMAYOR, Maria Clara e; RIBEIRO, Ana Teresa. In: **Comentário ao Código Civil**, sob coordenação de Luís Carvalho Fernandes e José Brandão Proença. Lisboa: Universidade Católica, 2014.

TOLEDO, Maria Izabel Vasco de. **A tutela jurídica dos animais no Brasil e no direito comparado**. Maringá: Revista Brasileira de direito animal. Ano 7. v.11, 2012.

## **O direito à educação e as liberdades de pensamento e de religião**

*Ana Rita da Rosa dos Santos Moreira*<sup>1</sup>  
*Nadya Regina Gusella Tonial*<sup>2</sup>

### **1 Introdução**

O presente estudo busca analisar o direito à educação infanto-juvenil, a sua regulamentação, bem como a relação da educação com as liberdades de pensamento e de religião.

A educação representa um direito social fundamental voltado à aquisição de conhecimento, formação intelectual e moral, qualificação para o mercado de trabalho, bem como é um dos principais caminhos para o exercício da cidadania. Sendo que, para dar efetividade ao direito à educação, a Constituição Federal estipulou que envolve uma obrigação solidária da família, do Estado e da sociedade.

Justifica-se a relevância do tema, pois o direito à educação possui importante relação com a liberdade de pensamento, pois para que se possa exercer a liberdade de opinião e de expressão, é imprescindível que se tenha acesso à uma educação adequada, bem como está relacionado com a liberdade de religião, diante da possibilidade do ensino religioso nas escolas.

Objetiva-se estudar o direito à educação, a sua regulamentação, bem como investigar a sua relação com a liberdade de pensamento e de religião.

---

<sup>1</sup> Acadêmica do Curso de Direito da UPF Campus Casca. anaritasilvarosa@hotmail.com

<sup>2</sup> Professora Titular I da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS. Mestre em Direito pela UNISINOS. Doutoranda em Ciências Jurídicas pela UNIVALI. Endereço eletrônico: nadyatonial@gmail.com

Para tanto, a presente pesquisa divide-se em três momentos, a saber: a educação como direito social fundamental infanto-juvenil e sua regulamentação; a educação como obrigação solidária da família, do Estado e da sociedade; e, as liberdades de pensamento e religião na educação.

## **2 A educação como direito social fundamental infanto-juvenil e sua regulamentação**

A educação está relacionada com aquisição de conhecimento, formação intelectual e moral da pessoa humana. Pode-se mensurar a tamanha importância deste direito pelo fato de que a Constituição Federal cidadã o universaliza entre os direitos sociais<sup>3</sup> fundamentais<sup>4</sup>. Logo, a educação é direito subjetivo<sup>5</sup> de segunda geração<sup>6</sup>.

Na mesma senda, o Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta o direito à educação infanto-juvenil, para garantir o preparo para o exercício da cidadania, bem como para a qualificação para o trabalho. O artigo 3º<sup>7</sup> do Estatuto define o direito que os infantes e jovens possuem de ter desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social,

---

<sup>3</sup> A Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 6º que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

<sup>4</sup> Tem-se por direitos fundamentais “aqueles expressamente qualificados dessa forma pela legislação constitucional, que almejam proporcionar uma vida digna às pessoas” (BONAVIDES, 2004, p. 560-561).

<sup>5</sup> O direito subjetivo é “uma capacidade reconhecida ao indivíduo em decorrência de sua posição especial como membro da comunidade, que se materializa no poder de colocar em movimento normas jurídicas no interesse individual”, ou seja “o direito público subjetivo confere ao indivíduo a possibilidade de transformar a norma geral e abstrata contida num determinado ordenamento jurídico em algo que possua como próprio. A maneira de fazê-lo é acionando as normas jurídicas (direito objetivo) e transformando-as em seu direito (direito subjetivo). O interessante é notar que o direito público subjetivo configura-se como um instrumento jurídico de controle da atuação do poder estatal, pois permite ao seu titular constranger judicialmente o Estado a executar o que deve” (DUARTE, 2004, p. 1).

<sup>6</sup> A segunda geração dos direitos fundamentais abarca os direitos sociais e econômicos, já a primeira geração dos direitos fundamentais refere-se aos direitos civis e políticos, enquanto a terceira geração envolve os direitos de solidariedade (LEMOS, 2017, p. 6-8).

<sup>7</sup> O artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.



em condições de liberdade e dignidade, ou seja, o direito a desfrutar de uma educação plena, no âmbito de seus lares, na escola e na sociedade.

Com efeito, o direito à educação proporciona a instrumentalização de todos os demais direitos constitucionais, uma vez que se não existir o conhecimento não há como saber que tem direitos. Nesse contexto “a ignorância leva a uma passividade generalizada que impede questionamentos, assegura a manutenção de velhos sistemas violadores das normas que valorizam o ser humano e impedem o crescimento do homem e conseqüentemente amadurecimento da nação” (AMIN, 2011, p. 62).

Importa mencionar que, o direito à educação também engloba o direito ao acesso à cultura e aos bens culturais, o direito ao ensino regular para as atividades educativas informais, bem como as medidas socioeducativas aplicadas aos adolescentes infratores (TAVARES, 2001, p. 89).

A Constituição Federal positivou o direito à educação como direito fundamental, inerente a todos e dispôs que no processo educacional devem ser observados alguns princípios e diretrizes destinados a regulamentar esse direito. Assim, as normas do direito educacional podem ser jurídicas e administrativas, todavia, todas possuem por base a Constituição Federal e compreendem regras e princípios estabelecidos em leis, decretos, regulamentações, resoluções e pareceres. Esses preceitos buscam regulamentar todo o sistema educacional nacional e em todas as esferas, ou seja, na municipal, estadual e federal. Acerca desses preceitos, assevera Boaventura que

atentando-se para o exame das relações entre aluno, professor, supervisor, orientador, diretor e servidores no interior da unidade escolar, identificam-se os processos, institutos e categorias típicas da tradição jurídico-administrativa brasileira. As principais etapas a serem caracterizadas são: a criação administrativa da escola, tanto pelo poder público como pela iniciativa particular; o processo de autorização de funcionamento temporário; o

reconhecimento de cursos e escolas e o credenciamento dos programas de pós-graduação. É típico da educação brasileira o processo de oficialização da escola, pela autorização de funcionamento e reconhecimento. Para tanto, concorrem órgãos executivos e normativos. Tudo isso vem a constituir a estrutura legal da escola (2005, p. 5).

Nesse contexto, o artigo 206<sup>8</sup> da Carta Republicana dispõe sobre os princípios que servirão de base para a ministração do ensino. Esses princípios são: a universalidade do ensino para todos; a oferta gratuita da educação nos estabelecimentos oficiais; observância dos princípios da igualdade de condições para o acesso e para a permanência na escola; a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento; a pluralidade de ideias e de concepções pedagógicas; a valorização dos profissionais da área da educação; bem como a garantia da qualidade e a gestão democrática da educação pública (SILVA, 2014, p. 316).

Ainda, a Constituição Federal<sup>9</sup> preceitua acerca dos objetivos constitucionais da educação, que apontam para o desenvolvimento articulado do ensino, que são: a busca pela erradicação do analfabetismo, um atendimento escolar universalizado<sup>10</sup>, melhor qualidade do ensino e

---

<sup>8</sup> O artigo 206 da Constituição Federal prevê “o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade. VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal”.

<sup>9</sup> Assim prevê a Carta Magna no artigo 214: “a lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: I - erradicação do analfabetismo; II - universalização do atendimento escolar; III - melhoria da qualidade do ensino; IV - formação para o trabalho; V - promoção humanística, científica e tecnológica do País. VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto”.

<sup>10</sup> O atendimento escolar universalizado tem a ver com a obrigação que o Estado possui de fornecer de forma gratuita a educação à todas as pessoas e “não está cingida ao ensino fundamental: todos os níveis do denominado ensino básico – inclusive o infantil e médio – são imperativos para o Poder Público” (SOUZA, 2012, p. 269).

formação para o labor, e o progresso humanístico, tecnológico e científico da nação (MORAES, 2006. p. 742).

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>11</sup> disciplinou o direito à educação, sob a inspiração da doutrina da proteção integral (VASCONCELOS, 2012, p. 264). Assim, o Estatuto assegura aos infantes e jovens o pleno desenvolvimento no processo educacional, como forma de preparação para o exercício da cidadania e qualificação para o labor.

Nota-se que, a preocupação do microsistema protetivo é o desenvolvimento dos infantes como pessoas, em primeiro lugar, pois o ser humano é o centro do ordenamento jurídico pátrio<sup>12</sup>. Dessa feita, as esferas educacionais possuem o dever de respeitar a criança e o adolescente no processo de aprendizagem. Em segundo lugar, o *caput* do dispositivo legal em voga dispõe acerca do exercício da cidadania e, por último, a qualificação para o trabalho. Em face disso, é possível perceber que existe uma hierarquia que coloca o ser humano acima da vida cívica e do mercado de trabalho (COSTA, 2012, p. 265).

Analisando o direito à educação, vislumbra-se que o artigo 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente tutela no inciso I a igualdade de acesso e de permanência na escola, para que o direito em tela seja efetivado com isonomia, independente da classe social do educando. Da mesma forma o inciso II traz uma proteção com relação aos alunos diante de seus

---

<sup>11</sup> O artigo 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê: “a criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - direito de ser respeitado por seus educadores; III - direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores; IV - direito de organização e participação em entidades estudantis; V - acesso à escola pública e gratuita, próxima de sua residência, garantindo-se vagas no mesmo estabelecimento a irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo de ensino da educação básica. Parágrafo único. É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais”.

<sup>12</sup> A Constituição Federal “colocou o ser humano como centro do ordenamento jurídico, sobrepondo a pessoa a qualquer valor patrimonial. Tal fato se denomina “repersonalização” ou “despatrimonialização” do direito civil, e não representa a retirada “do conteúdo patrimonial do direito, mas a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando sua valoração qualitativa, no sentido de direcioná-lo para produzir respeitando a dignidade da pessoa humana [...]” (TONIAL, 2009, p. 69-70).

educadores, conferindo o direito de ser respeitado pelo professor durante o processo pedagógico. Isso é uma manifestação dos princípios da dignidade e da liberdade infanto-juvenil. Nessa senda, explica Costa que o respeito

é a base sobre a qual se assenta a integridade física, psicológica, moral e cultural do educando, um dado que deverá ser levado em conta na estrutura curricular e no cotidiano relacionamento entre crianças, adolescentes e adultos na vida escolar. O inciso III afirma o direito à contestação de critérios avaliativos, cabendo a possibilidade de recursos às instâncias escolares superiores (2012, p. 265).

Diante disso, exsurge o cuidado do legislador em democratizar o processo de ensino. No mesmo sentido, o inciso IV, do diploma em análise, engloba o direito de organização e de participação em entidades estudantis. Por fim, o V inciso dispõe acerca do direito do educando de ter acesso à escola pública, de forma gratuita e não distante de sua residência<sup>13</sup>.

Um dos principais pilares legislativos referentes à educação no Brasil, certamente é a Lei número 9.394/1996, denominada Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional<sup>14</sup> (LDB). Tal legislação, foi elaborada de acordo

---

<sup>13</sup> Acerca do direito do educando de acesso à escola pública próxima a sua residência colaciona-se a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: “APELAÇÃO CÍVEL. EDUCAÇÃO INFANTIL. MUNICÍPIO DE SÃO LEOPOLDO. VAGA EM CRECHE. LIMITAÇÃO DE DISTÂNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MAJORADOS. -A educação, conforme preceituado pelos artigos 205 e 208, IV, da Constituição Federal de 1988, é um direito de todos e dever do Estado, devendo ser disponibilizada de forma obrigatória e gratuita. -Nos termos do artigo 4º inciso X, da Lei 9.394/1996, é dever do Estado garantir vaga na escola mais próxima da residência do menor. -Explicitação da sentença, a fim de que o réu disponibilize vaga em escola de educação infantil municipal, em local próximo da residência da criança (distância de até 2Km), ou forneça transporte escolar ao aluno que não tenha sido contemplado com vaga em escola dentro do limite de 2 Km de distância de sua residência. -Hipótese de majoração da verba honorária fixada em desfavor do Município, nos termos do artigo 85, §8º, do CPC/2015 e do entendimento firmado por esta Corte. -Recurso provido.(Apelação Cível, Nº 70083685198, Vigésima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leila Vani Pandolfo Machado, Julgado em: 28-04-2020)” (grifou-se).

<sup>14</sup> Quanto a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional na data de “20/12/96 assinala um momento de transição significativo para a educação brasileira. Nessa data, completados 35 anos, revogou-se a 1ª LDB com as alterações havidas no período, entrando em vigor nossa 2ª LDB. O Chefe do Poder Executivo sancionou a Lei 9.394/96, denominando-a “Lei Darcy Ribeiro” e, com este ato, dividiu, formalmente, a conhecida história da Nova LDB: um

com os princípios constitucionais, buscando regulamentar o funcionamento das redes escolares, a formação e a especialização dos alunos, o aproveitamento correto dos recursos financeiros, a participação do Poder Público no processo de ensino, o ajustamento das técnicas de ensino, entre outras disposições. Desse modo, é “da ação conjunta do texto constitucional e do contexto da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional nascem a política e o planejamento educacionais, que depende o dia a dia do funcionamento das redes escolares de todos os graus de ensino” (SOUZA; SILVA, 1997, p. 1).

Dessa feita, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional disciplina a organização geral do sistema educacional brasileiro, bem como traz disposições acerca do funcionamento das modalidades e níveis de ensino, da administração dos recursos destinados a subsistência dos órgãos e dos colaboradores da rede de ensino (SAVIANI, 2003, p. 190-191).

Destaca-se que, a Lei 9.394/1996 deu ênfase à vinculação da educação com o mundo do trabalho e a prática social, conforme aludido no parágrafo segundo do artigo 1º<sup>15</sup>. No *caput* do mesmo dispositivo, verifica-se uma ampliação do processo educacional, que abrange a formação que se desenvolve na família, com a convivência humana, nas instituições de ensino e pesquisa, no trabalho, bem como nas manifestações culturais e

---

primeiro momento, caracterizado por amplos debates entre as partes (Câmara Federal, Governo, partidos políticos, associações educacionais, educadores, empresários etc.) e outro, atrelado à orientação da política educacional governamental e assumido pelo professor homenageado. Na disputa entre o coletivo e o individual, entre a esfera pública e a esfera privada, entre os representantes da população e os representantes do governo, está vencendo a política neoliberal, dominante não só na dimensão global, mas também com pretensões de chegar a conduzir o trabalho pedagógico na sala de aula. Objetivo: a busca da qualidade (total), no sentido de formar cidadãos eficientes, competitivos, líderes, produtivos, rentáveis, numa máquina, quando pública, racionalizada. Este cidadão – anuncia-se – terá empregabilidade e, igualmente, será um consumidor consciente. A lei foi produzida, existe. Enquanto lei, resta-nos identificar, compreender e avaliar a intencionalidade de suas propostas, para a adoção das posturas pertinentes” (CARVALHO, 1998, p. 1).

<sup>15</sup> A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional prevê em seu artigo 1º que “a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais. § 1º Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias. § 2º A educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social”.

na vida em sociedade. Nota-se que tal dispositivo engloba todas as fontes educacionais (SOUZA; SILVA, 2002, p. 5).

Cumprе ressaltar, que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional traz regulamentações específicas acerca dos níveis e modalidades de ensino, classificando a educação em dois níveis, quais sejam, a básica e a superior<sup>16</sup>. A educação básica é destinada às crianças e aos adolescentes e abarca a educação infantil, o ensino fundamental e o médio (AMIN, 2011, p. 68-69). Suas finalidades estão dispostas no artigo 22 da Lei número 9.394/1996, que prevê: “a educação básica tem por finalidades desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores”.

A educação infantil<sup>17</sup>, é a primeira etapa da educação, acontece nas creches, para infantes com idade até três anos, e pré-escola, para crianças a partir dos quatro anos de idade até os cinco anos. Esse nível educacional possui o intuito de auxiliar no desenvolvimento dos infantes, de forma integral e em todos os aspectos de sua vida. Ainda, deve ser fornecida de forma gratuita e obrigatória, mas isso não impede que seja disponibilizada na rede privada (AMIN, 2011, p. 68-69).

Já o ensino fundamental<sup>18</sup>, apresenta enfoque na formação básica do cidadão englobando o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem. Essa etapa educacional também deve ser proporcionada gratuitamente às crianças e aos adolescentes, é composta por nove anos e o aluno deve iniciá-la, preferencialmente, aos seis anos de idade se estendendo até os quinze anos (AMIN, 2011, p. 68-69).

---

<sup>16</sup> A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional prevê no artigo 21 que “ a educação escolar compõe-se de: I - educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio; II - educação superior”.

<sup>17</sup> A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional disciplina a educação infantil do artigo 29 a 31

<sup>18</sup> Quanto ao ensino fundamental a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional traz disposições do artigo 32 a 34.

Por sua vez, o ensino médio<sup>19</sup> é etapa final da educação básica e objetiva a preparação do aluno para o mercado de trabalho. Acerca dessa fase educacional verifica-se que: “finaliza a educação. É obrigatório, tem duração de três anos e nessa fase final deve enfatizar a profissionalização, buscando preparar o adolescente para a escolha de sua profissão”, bem como é ministrado dos dezesseis aos dezoito anos de idade (AMIN, 2011, p. 69).

No tocante a educação superior<sup>20</sup>, a Lei número 9.394/1996 elaborou um rol extenso para suas finalidades, que estão previstas no artigo 43<sup>21</sup>, entre elas a estimulação de criação cultural e para o desenvolvimento científico e reflexivo, formação e capacitação profissional, incentivo da pesquisa, promover e disseminar o conhecimento, entre outros. A educação superior abarca os cursos sequenciais<sup>22</sup>, de graduação<sup>23</sup>, pós-

---

<sup>19</sup> Quanto ao ensino médio a Lei de Diretrizes Bases da Educação Nacional regulamenta nos artigos 35 a 35-A.

<sup>20</sup> A educação superior é “ministrada em instituições de ensino superior, públicas ou privadas, com variados graus de abrangência ou especialização, aberta a candidatos que tenham concluído o ensino médio ou equivalente e sido aprovados em processo seletivo” (CAVALCANTE, 2000, p. 15).

<sup>21</sup> Conforme o artigo 43 da Lei de Diretrizes Bases da Educação Nacional: “a educação superior tem por finalidade: I - estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo; II - formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua; III - incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive; IV - promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação; V - suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional e possibilitar a correspondente concretização, integrando os conhecimentos que vão sendo adquiridos numa estrutura intelectual sistematizadora do conhecimento de cada geração; VI - estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade; VII - promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição. VIII - atuar em favor da universalização e do aprimoramento da educação básica, mediante a formação e a capacitação de profissionais, a realização de pesquisas pedagógicas e o desenvolvimento de atividades de extensão que aproximem os dois níveis escolares”.

<sup>22</sup> Segundo os autores Souza e Silva os cursos sequenciais envolvem os “cursos parciais, montados pela junção de disciplinas afins, a serem frequentadas por candidatos, que deverão provas as suas aptidões e o conhecimento básico suficiente para neles se matricularem. Serão de grande utilidade, sobretudo para o preparo rápido e emergencial de profissionais nas várias atividades ligadas à produção de bens e serviços[...]” (2002, p. 78-79).

<sup>23</sup> A graduação é aberta “a candidatos que tenham concluído o ensino médio ou equivalente e tenham sido classificados em processo seletivo” (CAVALCANTE, 2000, p. 17).

graduação<sup>24</sup> e de extensão<sup>25</sup>, conforme artigo 44<sup>26</sup> da referida legislação (SOUZA; SILVA, 2011, p. 76-48).

Ademais, quanto as modalidades de ensino destacam-se o ensino noturno, a educação de jovens e adultos, o regime especial para gestantes, a educação profissional, a educação superior e a educação especial. Todas encontram-se devidamente regulamentadas na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, nos artigos 37 a 60, com exceção do regime especial para gestantes, que está positivada na Lei número 6.202, de 17 de abril de 1975<sup>27</sup>.

Nesse cenário, aponta-se a relevância do ensino noturno, uma vez que é indispensável para os jovens e adultos que já ingressaram no mercado de trabalho e necessitam concluir sua formação. Ainda, a

---

<sup>24</sup> A pós-graduação abarca o mestrado, o mestrado profissional e o doutorado e “compreendendo os cursos de especialização e outros, abertos a candidatos diplomados em cursos de graduação e que atendam às exigências das instituições de ensino (CAVALCANTE, 2000, p. 17).

<sup>25</sup> A extensão é aberta “a candidatos que atendam aos requisitos estabelecidos, em cada caso, pelas instituições de ensino. [...] a extensão, aberta à participação da população, visa à difusão de conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição universitária” (CAVALCANTE, 2000, p. 18).

<sup>26</sup> O texto do artigo 44 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional dispõe: “a educação superior abrangerá os seguintes cursos e programas: I - cursos seqüenciais por campo de saber, de diferentes níveis de abrangência, abertos a candidatos que atendam aos requisitos estabelecidos pelas instituições de ensino, desde que tenham concluído o ensino médio ou equivalente; II - de graduação, abertos a candidatos que tenham concluído o ensino médio ou equivalente e tenham sido classificados em processo seletivo; III - de pós-graduação, compreendendo programas de mestrado e doutorado, cursos de especialização, aperfeiçoamento e outros, abertos a candidatos diplomados em cursos de graduação e que atendam às exigências das instituições de ensino; IV - de extensão, abertos a candidatos que atendam aos requisitos estabelecidos em cada caso pelas instituições de ensino. § 1º O resultado do processo seletivo referido no inciso II do **caput** deste artigo será tornado público pela instituição de ensino superior, sendo obrigatórios a divulgação da relação nominal dos classificados, a respectiva ordem de classificação e o cronograma das chamadas para matrícula, de acordo com os critérios para preenchimento das vagas constantes do edital, assegurado o direito do candidato, classificado ou não, a ter acesso a suas notas ou indicadores de desempenho em provas, exames e demais atividades da seleção e a sua posição na ordem de classificação de todos os candidatos. § 2º No caso de empate no processo seletivo, as instituições públicas de ensino superior darão prioridade de matrícula ao candidato que comprove ter renda familiar inferior a dez salários mínimos, ou ao de menor renda familiar, quando mais de um candidato preencher o critério inicial. § 3º O processo seletivo referido no inciso II considerará as competências e as habilidades definidas na Base Nacional Comum Curricular”.

<sup>27</sup> A Lei número 6.202, DE 17 DE ABRIL DE 1975: “Atribui à estudante em estado de gestação o regime de exercícios domiciliares instituído pelo Decreto-lei nº 1.044, de 1969, e dá outras providências. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o CONGRESSO NACIONAL decreta e eu sanciono a seguinte Lei: Art. 1º A partir do oitavo mês de gestação e durante três meses a estudante em estado de gravidez ficará assistida pelo regime de exercícios domiciliares instituído pelo Decreto-lei número 1.044, 21 de outubro de 1969. Parágrafo único. O início e o fim do período em que é permitido o afastamento serão determinados por atestado médico a ser apresentado à direção da escola. Art. 2º Em casos excepcionais devidamente comprovados mediante atestado médico, poderá ser aumentado o período de repouso, antes e depois do parto. Parágrafo único. Em qualquer caso, é assegurado às estudantes em estado de gravidez o direito à prestação dos exames finais [...]”.



educação de jovens e adultos pode ser efetuada de duas formas, através da educação regular ou mediante exames e cursos supletivos, sendo que esses últimos permitem a conclusão dos estudos em um tempo menor. Já, quanto ao regime de educação especial para gestantes vê-se que:

a Lei nº 6.202, de 17 de abril de 1975, criou um regime especial para que a estudante em estado gestacional continue seu processo de formação educacional, autorizando seu afastamento da sala de aula e assistência pelo regime de exercícios domiciliares, a partir do oitavo mês de gestação, pelo prazo de três meses. [...] A medida é de suma importância, pois um dos motivos que vem levando as adolescentes a se afastarem dos bancos escolares é a gravidez precoce e o desconhecimento da existência de um regime próprio que as assiste (AMIN, 2011, p. 75-76).

No que tange à educação profissional, conforme dispõe o artigo 39<sup>28</sup> da Lei número 9.394/1996, está integrada às diversas formas de educação e ao trabalho e possui o objetivo de conduzir o educando a desenvolver as suas aptidões para o mercado de trabalho. A educação superior está atrelada a aquisição de conhecimento científico e diplomação, nas diferentes áreas do saber. A educação especial, por seu turno, é uma modalidade disponibilizada aos alunos com necessidades especiais e está positivada nos artigos 58 a 60 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (SOUZA; SILVA, 2002, p. 67-101).

Cumprе mencionar, que existe, também, a modalidade de ensino denominada *homeschooling*, ensino em casa dos filhos. Esse tipo de ensino

---

<sup>28</sup> O artigo 39 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional prevê que “a educação profissional e tecnológica, no cumprimento dos objetivos da educação nacional, integra-se aos diferentes níveis e modalidades de educação e às dimensões do trabalho, da ciência e da tecnologia. § 1º Os cursos de educação profissional e tecnológica poderão ser organizados por eixos tecnológicos, possibilitando a construção de diferentes itinerários formativos, observadas as normas do respectivo sistema e nível de ensino. § 2º A educação profissional e tecnológica abrangerá os seguintes cursos. I – de formação inicial e continuada ou qualificação profissional; II – de educação profissional técnica de nível médio; III – de educação profissional tecnológica de graduação e pós-graduação. § 3º Os cursos de educação profissional tecnológica de graduação e pós-graduação organizar-se-ão, no que concerne a objetivos, características e duração, de acordo com as diretrizes curriculares nacionais estabelecidas pelo Conselho Nacional de Educação”.

é amplamente adotado em vários países, como Estados Unidos da América, Canadá, Espanha e França e é utilizado como uma alternativa para os pais que não possuem interesse em matricular seus filhos na rede pública ou particular, sendo assim optam pelo ensino doméstico (BOTO, 2018, p. 01-4).

No Brasil, essa prática não é regulamentada em lei, é pouco conhecida e praticamente inutilizada, até mesmo em face da obrigatoriedade dos pais de matricular os filhos na escola, sob pena de crime de abandono intelectual (AMIN, 2011, p. 71-72). Destaca-se que essa realidade pode ser modificada, pois existe um Projeto de Lei número 490/2017<sup>29</sup>, que está em tramitação no Congresso Nacional e visa autorizar os pais a educar os filhos em casa.

Outrossim, é importante frisar que a Constituição Federal determinou a elaboração do plano nacional de educação em seu artigo 214<sup>30</sup>. Esse plano possui vigência de dez anos e foi estabelecido através da Lei número 13.005, de 25 de junho de 2014, que aprovou o Plano Nacional de Educação e estabeleceu as diretrizes<sup>31</sup>, os objetivos, as metas<sup>32</sup> e as

---

<sup>29</sup> O Projeto de Lei nº 490/2017 “altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, para prever a modalidade da educação domiciliar no âmbito da educação básica”.

<sup>30</sup> Prevê a Constituição Federal no artigo 214: “a lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: I - erradicação do analfabetismo; II - universalização do atendimento escolar; III - melhoria da qualidade do ensino; IV - formação para o trabalho; V - promoção humanística, científica e tecnológica do País. VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto”.

<sup>31</sup> O artigo 2º da Lei nº 13.005/2014 prevê: “são diretrizes do PNE: I - erradicação do analfabetismo ; II - universalização do atendimento escolar; III - superação das desigualdades educacionais, com ênfase na promoção da cidadania e na erradicação de todas as formas de discriminação; IV - melhoria da qualidade da educação; V - formação para o trabalho e para a cidadania, com ênfase nos valores morais e éticos em que se fundamenta a sociedade; VI - promoção do princípio da gestão democrática da educação pública; VII - promoção humanística, científica, cultural e tecnológica do País; VIII - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do Produto Interno Bruto - PIB, que assegure atendimento às necessidades de expansão, com padrão de qualidade e equidade; IX - valorização dos (as) profissionais da educação; X - promoção dos princípios do respeito aos direitos humanos, à diversidade e à sustentabilidade socioambiental”.

<sup>32</sup> São vinte metas estipuladas no Plano Nacional de Educação, são algumas: “Meta 1: universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até

estratégias<sup>33</sup> para efetivação e desenvolvimento do ensino, com o intuito de organizar o sistema nacional educacional de forma colaborativa entre os entes da federação<sup>34</sup>.

Ademais, cumpre mencionar que existem outras leis, decretos e diversas resoluções, que são expedidas periodicamente para disciplinar o processo educacional nacional. Porém, as normas constitucionais, a Lei das Diretrizes Bases da Educação Nacional, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Plano Nacional de Educação, representam a principal legislação aplicável ao direito à educação das crianças e dos adolescentes. Todo esse arcabouço legislativo estipulou que o direito à educação infanto-juvenil deve ser efetivado pela família, pelo Estado e pela sociedade, com isso mostra-se pertinente analisar essa obrigação.

### **3 A educação como obrigação da família, do Estado e da sociedade**

Buscando efetivar o direito à educação, a Constituição Federal o estabeleceu como uma obrigação solidária da família, da administração pública e da sociedade. Em face disso, esses coobrigados devem estar comprometidos com a concretização do direito fundamental à educação,

---

o final da vigência deste PNE. [...] Meta 2: universalizar o ensino fundamental de 9 (nove) anos para toda a população de 6 (seis) a 14 (quatorze) anos e garantir que pelo menos 95% (noventa e cinco por cento) dos alunos conclua essa etapa na idade recomendada, até o último ano de vigência deste PNE. [...] Meta 3: universalizar, até 2016, o atendimento escolar para toda a população de 15 (quinze) a 17 (dezessete) anos e elevar, até o final do período de vigência deste PNE, a taxa líquida de matrículas no ensino médio para 85% (oitenta e cinco por cento). [...] Meta 4: universalizar, para a população de 4 (quatro) a 17 (dezessete) anos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, o acesso à educação básica e ao atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino, com a garantia de sistema educacional inclusivo, de salas de recursos multifuncionais, classes, escolas ou serviços especializados, públicos ou conveniados” entre outras.

<sup>33</sup> As estratégias para o cumprimento das metas estão previstas no anexo da Lei nº 13.005/2015, do item 1.1 a 20.12.

<sup>34</sup> O artigo 8º da Lei nº 13.005/2015 prevê: “os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão elaborar seus correspondentes planos de educação, ou adequar os planos já aprovados em lei, em consonância com as diretrizes, metas e estratégias previstas neste PNE, no prazo de 1 (um) ano contado da publicação desta Lei. §1º Os entes federados estabelecerão nos respectivos planos de educação estratégias que: I - assegurem a articulação das políticas educacionais com as demais políticas sociais, particularmente as culturais; II - considerem as necessidades específicas das populações do campo e das comunidades indígenas e quilombolas, asseguradas a equidade educacional e a diversidade cultural; III - garantam o atendimento das necessidades específicas na educação especial, assegurado o sistema educacional inclusivo em todos os níveis, etapas e modalidades; IV - promovam a articulação interfederativa na implementação das políticas educacionais”.

para garantir que as crianças e os adolescentes, enquanto sujeitos de direitos, tenham acesso a um ensino de qualidade, que os prepare para o exercício da cidadania.

De início, cumpre destacar que antes da assunção do Estado Moderno<sup>35</sup> a educação não era vista como um direito fundamental da cidadania, sendo que, cada família proporcionava, conforme podia e queria, o ensino aos menores, pois não existia o auxílio do Estado e da sociedade. Contudo, a Revolução Francesa mudou significativamente esse entendimento em virtude de o cidadão passar a ser considerado como o fundamento do Estado de Direito (VASCONCELOS, 2012, p. 273).

Dessa feita, nota-se que a Revolução Francesa, com seu lema de liberdade, igualdade e fraternidade, foi um grande marco para a assunção do direito à educação, que passou a ser proclamado como um direito público e obrigatório, bem como um dever do Estado. A educação apresentou-se como requisito fundamental para a nova forma de viver das pessoas, ou seja,

o cidadão educado conhecedor das leis, direitos e deveres, torna-se mais apto ao desempenho de novos papéis exigidos pela sociedade em processo de crescente organização[...] O princípio da educação primária para todos praticamente se generalizou em toda a Europa e também nos Estados Unidos. No fim do século passado, a maioria dos países hoje chamados desenvolvidos haviam adotado a política de educação pública, universal, gratuita e obrigatória para todas as crianças (VASCONCELOS, 2012, p. 273).

---

<sup>35</sup> O Estado Moderno é “um Estado criado e regido por uma Constituição, fortemente balizado nos ditames da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão promulgada pela Assembleia Nacional francesa em 1789, a qual apontou, de maneira expressa, que a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem; e no Código Civil napoleônico de 1804, que norteou os aspectos centrais do direito civil moderno; ambos responsáveis pela racionalização jurídica das relações sociais típicas da modernidade: relações de troca, relações de propriedade, transmissão de bens, relações de trabalho e o conceito de cidadão e civilidade, com seus respectivos conteúdos jurídicos. Repare, neste contexto, que os diplomas jurídicos serão os motores destas transformações sociais, indicando os rumos dos novos tempos. Nesta perspectiva, o Estado moderno deixa de ser o Estado absoluto do Antigo Regime e passa a ser o Estado constitucional, sob a égide da lei, conforme o constitucionalismo nascente na transição do século XVIII para o século XIX. Trata-se aí de uma guinada histórica relevante: a transição do poder das pessoas para o poder das leis” (GAMBA, 2019, p. 52).

No contexto nacional, a Carta Magna de 1988 preconizou o direito à educação como direito fundamental e social e delegou à família, ao Estado e à sociedade funções específicas para que fosse efetivado (TAVARES, 2001, p. 89). Dispõe o artigo 205 da Constituição Federal que: "a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho".

Considerando que, é o ambiente familiar que proporciona os primeiros aprendizados da vida humana, primeiramente, é dever dos pais ou responsáveis legais proporcionar a educação e matricular as crianças e os adolescentes na rede regular de ensino, conforme prevê o artigo 55<sup>36</sup> do Estatuto da Criança e do Adolescente. Salienta-se que a partir da assunção do Estado Democrático de Direito a obrigação dos pais de inscrever os filhos na escola foi assumida, naturalmente, em decorrência da paternidade responsável (VASCONCELOS, 2012, p. 272).

Convém destacar que, essa obrigação dos detentores do poder familiar de matricular os infantes e jovens na rede de ensino encontra-se positivada na Constituição Federal no artigo 208<sup>37</sup>, inciso I, que dispõe que a “educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete)

---

<sup>36</sup> O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que: “os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino”.

<sup>37</sup> O artigo 208, da Constituição Federal prevê: “o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. § 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. § 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola”.

anos de idade”. Entende-se que, tal incumbência abarca desde a pré-escola até o ensino médio, porém, a obrigatoriedade não se estende ao ensino infantil, proporcionado nas creches para menores de quatro anos de idade. Contudo, se os pais optarem por matricular a criança com menos de quatro anos nessa modalidade de ensino, o Poder Público deverá proporcionar esse direito (SOUZA, 2012, p. 269).

Ressalta-se que, quando os pais, negligentemente, deixam de matricular o filho em idade escolar, que é compreendida entre os quatro e os dezessete anos completos, na rede regular de ensino acarretará na incidência do crime de abandono intelectual<sup>38</sup>, previsto no artigo 246<sup>39</sup> do Código Penal. Tal conduta só se tipifica na forma dolosa e pode ocasionar uma sanção de detenção de quinze dias a um mês ou o pagamento de multa (NUCCI, 2018, p. 1281).

Em segundo lugar, incumbe ao Estado o fornecimento da educação às crianças e aos adolescentes. Esse encargo é inafastável, cabendo ao Poder Público oferecer vagas na rede oficial de ensino de forma universal e gratuita. A Constituição Federal prevê no artigo 208 e incisos, acerca do múnus do Estado de garantir a efetivação desse direito aos menores, sob pena da autoridade responsável incidir no crime de responsabilidade<sup>40</sup> (SOUZA, 2012, p. 269).

---

<sup>38</sup> O crime de abandono intelectual tem por objeto material “a instrução primária do filho menor de idade. [...]O bem jurídico penalmente tutelado é a assistência familiar, no que diz respeito ao direito de acesso ao ensino obrigatório do filho em idade escolar. [...]O núcleo do tipo é “deixar de prover”, ou seja, omitir-se, não efetuar a matrícula do filho em idade escolar no estabelecimento de ensino de instrução primária, ou então impedir que este frequente o estabelecimento de ensino fundamental. Trata-se, portanto, de crime omissivo próprio ou puro, pois o tipo penal descreve uma conduta omissiva” (MASSON, 2020, p. 204-205).

<sup>39</sup> O artigo 246 do Código Penal normatiza que “deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa”.

<sup>40</sup> Os “crimes de responsabilidade são infrações político-administrativas, consistentes em condutas politicamente indesejáveis e violadoras da Constituição, definidas em lei, cometidas por agentes políticos no desempenho do seu mandato, que atentem contra valores político-administrativos, submetidos a um julgamento feito por órgão político ou legislativo e sujeitos às sanções impostas na lei e de natureza política com a perda do cargo e a inabilitação do exercício da função pública por um tempo determinado” (MESSA, 2005, p. 5).

Para tanto, a Carta Magna dispõe que a União, os Estados e os Municípios devem colaborar mutuamente para proporcionar o ensino às crianças e aos adolescentes. Com efeito a educação deve abranger todas as fases da infância e da juventude, desde a disponibilização de creches e pré-escola até o ensino médio. Ainda, estabelece que o ensino fundamental e o médio são obrigatórios (SOUZA, 2012, p. 268-271).

Os dispositivos constitucionais, também, ordenam que o educando seja assistido em todas as etapas do processo educacional, devendo ser proporcionado, através de programas suplementares, o material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. Nesse segmento, o Estatuto da Criança e do Adolescente, também, dispõe acerca desse encargo estatal no artigo 54<sup>41</sup>.

Nesse contexto, a legislação atribui ao Poder Público a incumbência de proporcionar o acesso à educação para pessoas deficientes, para possibilitar a inclusão e evitar a discriminação. Ainda, fixa o dever de monitorar os educandos do ensino fundamental, de propiciar sua convocação e de estabelecer comunicação com os pais ou responsáveis para que ocorra uma frequência regular dos alunos na escola (VASCONCELOS, 2012, p. 267-268).

A competência de aparelhar o ensino público é comum entre os entes da federação<sup>42</sup>. Dessa feita, essa incumbência inicia-se no âmbito

---

<sup>41</sup> O artigo 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que “é dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade; V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador; VII - atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. § 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente. § 3º Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola”.

<sup>42</sup> A Constituição Federal prevê no seu artigo 211 que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. § 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função

municipal, com o fornecimento gratuito de ensino infantil, em creches e pré-escola, aos infantes com idade de zero a cinco anos, assim como o oferecimento de ensino fundamental, para crianças a partir dos seis anos até os quatorze. Observa-se que os estados poderão atuar conjuntamente com os municípios no fornecimento do ensino fundamental, apesar da prioridade na atuação ser do ente municipal (TAVARES, 2001, p. 90).

No que tange à oferta do ensino médio, a atuação é prioritária dos Estados e do Distrito Federal. Podendo ter a participação dos municípios de forma solidária, ou, ainda, ser em conjunto. Nesse viés, explica Moraes que “os Estados atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio” (2006, p. 743).

Já, a União possui a obrigação de colaborar com a aplicação de recursos financeiros obrigatórios nos moldes legais, bem como de organizar a sistemática federal educacional e dos Territórios (AMIN, 2011, p. 69). Nesse diapasão, preceitua Moraes que a União auxiliará os demais entes organizando o sistema federal de ensino da seguinte forma: “financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir a equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino [...]” (2006, p. 743).

Em terceiro lugar, está a sociedade, que deve participar ativamente no processo coletivo de educação infanto-juvenil, mesmo que seja de maneira informal, por exemplo, através de contatos com os serviços de Curadoria do Ministério Público, de autoridades públicas responsáveis pelos serviços de ensino e com a elaboração de organizações comunitárias

---

redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. § 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio. § 4º Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório. § 5º A educação básica pública atenderá prioritariamente ao ensino regular.



para este fim. Nessa senda, a sociedade tem uma especial participação integrando os

diversos conselhos comunitários, tais como os Conselhos Municipais, Estaduais e Nacionais dos Direitos da Criança e Adolescente; dos Conselhos Tutelares; dos Conselhos Municipais, Estaduais e Federal da Educação; dos Conselhos de Acompanhamento e Controle Social do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino e Valorização do Magistério (FUNDEF). Da imprensa ou qualquer outro meio de informar à opinião pública e às autoridades competentes o desempenho escolar das entidades locais e a conduta dos alunos e seu respectivos responsáveis pelo pátrio poder-dever (TAVARES, 2001, p. 94).

Logo, a sociedade possui o compromisso de colaborar com o Estado e com a família, para promover e incentivar que o direito à educação seja efetivado. Com isso, as crianças obterão um desenvolvimento pleno, bem como os jovens receberão qualificação adequada para o trabalho e ambos serão preparados para exercer a cidadania (MORAES, 2006, p. 740).

Portanto, resta evidenciado que a educação é um direito fundamental das crianças e dos adolescentes, que possui grande importância e abrange todas as etapas da vida dos infantes, desde os processos iniciados no seio familiar, até o conhecimento adquirido através da escola e da convivência comunitária.

Assim, a família, a gestão pública e a sociedade devem trabalhar juntos para concretizar o direito à educação plena e adequada às crianças e aos adolescentes. Da mesma forma deve ser observada a legislação aplicável ao direito à educação. Diante disso, mostra-se relevante analisar a relação do direito à educação com as liberdades de pensamento e de religião.

#### **4 As liberdades de pensamento e de religião na educação**

O direito à educação possui estreita relação com os princípios da liberdade de pensamento e da liberdade de religião. Tendo em vista que, para que uma pessoa possa formar a sua opinião e escolher uma religião, primeiramente, necessita adquirir conhecimento, seja através da família, da escola ou da comunidade, bem como pelos meios de informação e comunicação.

A liberdade de pensamento relaciona-se com a liberdade de opinião e de expressão, de forma que uma completa a outra. Enquanto a liberdade de opinião é passiva, a de expressão é ativa (AMIN, 2011, p 59). Nessa linha de raciocínio, o ser humano possui a liberdade de escolher qual opinião irá adotar e de exteriorizar esse pensamento através da liberdade de expressão, seja acerca de religião, gosto, moral, costumes, política, esportes, literatura, entre outros (SILVA, 2014, p. 243).

Ocorre que, para que se possa exercer esses direitos é imprescindível que se tenha acesso à uma educação adequada, pois “não existe verdadeira liberdade com ignorância” (AMIN, 2011, p. 59). Assim, da mesma forma que os infantes possuem a faculdade de estudar, também merecem ser informados acerca de seus direitos. Nesse viés, cabe a família e a comunidade educacional proporcionar acesso à informação aos infantes e jovens (AMIN. 2011, p. 59).

Logo, a liberdade de transmissão e recepção do conhecimento é uma das formas de comunicar e de expressar o pensamento. Diante disso, a Carta Magna atribui, quanto ao exercício do ensino pelos professores, a liberdade de divulgar o pensamento no ato de ensinar “a arte do saber” aos alunos no artigo 206, inciso II<sup>43</sup>. Nesse sentido, argumenta Silva que

---

<sup>43</sup> O artigo 206 da Constituição Federal dispõe: “o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V -

a fórmula empregada agora é mais compreensiva porque se dirige a qualquer exercente de função do magistério, a professores de qualquer grau, dando-se liberdade de ensinar, e mais ainda porque também abrange a outra face de transmissão do conhecimento, o outro lado de liberdade de ensinar, ou seja, a liberdade de aprender, assim como a liberdade de pesquisar (modo de aquisição de conhecimento) (2014, p. 258).

Com efeito, a liberdade de divulgar o pensamento no exercício do magistério deve ser manifestada com cautela, pois, apesar dos professores usufruírem de liberdade ao lecionar, podem ser responsabilizados se extrapolarem os limites legais. Conforme preconiza Moraes “os abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação de pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário com as consequentes responsabilidades civil e penal de seus autores” (2014, p. 45).

Diante disso, é possível averiguar que o direito à liberdade de opinião e de expressão não é absoluto, não somente no âmbito educacional, mas em todas as áreas. Assim, tal direito é relativizado diante da existência de possível responsabilização, na esfera civil e penal, para abusos cometidos no seu exercício.

De outra banda, está a liberdade religiosa, que também é um desdobramento das liberdades de pensamento, de expressão e de opinião. A liberdade de religião tem a ver com a faculdade que o ser humano possui de escolher um deus e o adorar, conforme as suas crenças e convicções (FERREIRA, 1998, p. 102). Esse direito está positivado na Constituição

---

valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade. VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal”.

Federal no artigo 5º, inciso VIII<sup>44</sup>, que dispõe que ninguém poderá ser privado de direitos em face da escolha de uma religião.

Dessa forma, em todo o território nacional existe a liberdade de exercer a religião sem retaliações (SILVA, 2014, p. 244). Assim, não se pode constranger alguém, de qualquer forma, a renunciar sua fé, eis que isso seria uma afronta ao Estado Democrático de Direito, bem como estaria contrariando a “diversidade religiosa, consagrada pela Constituição Federal” (MORAES, 2014, p. 47).

Ainda, a liberdade religiosa engloba a liberdade de crença, que é faculdade de escolher uma religião, protegida pelo artigo 5º, inciso VIII<sup>45</sup>, da Constituição; a liberdade de culto, que é a forma de exteriorizar a religião, assegurada constitucionalmente no artigo 5º, inciso VI<sup>46</sup>; assim como a liberdade de organização religiosa, pela qual se possibilita a fundação e organização de igrejas no âmbito estatal<sup>47</sup> (SILVA, 2014, p. 250-252).

Convém destacar que, as crianças e os adolescentes também possuem a liberdade de escolher qual religião seguir, cabendo aos pais a obrigação de ensinar aos filhos os preceitos religiosos e morais. Logo, primeiramente os infantes tendem a aderir a religião da família, mas ao longo de suas vidas podem optar por crença diversa e, se isso acontecer, a lei lhes assegura esse direito<sup>48</sup> (RODRIGUES, 2012, p. 60).

---

<sup>44</sup> A Constituição Federal prevê no artigo 5º, inciso VIII que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

<sup>45</sup> Prevê o artigo 5º, inciso VIII da Constituição Federal que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.

<sup>46</sup> A Constituição Federal dispõe no artigo 5º inciso VI “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgia”.

<sup>47</sup> O Código Civil prevê no artigo 45 que: “começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo”.

<sup>48</sup> Aduz Rodrigues que “quando começam a sofrer o natural processo de amadurecimento, já na adolescência, questionam e aprendem que a religião se expressa de várias formas e a Lei lhes assegura o direito de escolher uma dessas formas como a que melhor realiza seus objetivos de vida. Não podem os pais interferir nesse processo de

Também, existe a possibilidade de os infantes e jovens aprenderem sobre religião na escola. Para tanto, a Constituição Federal no artigo 210<sup>49</sup>, §1º, permite o ensino religioso nos colégios de ensino fundamental, mas com matrícula facultativa aos alunos, de acordo com a liberdade de religião e com o princípio do Estado laico. Acerca do tema, defende Moraes que evidencia-se

[...] uma dupla garantia constitucional. Primeiramente, não se poderá instituir nas escolas públicas o ensino religioso de uma única religião, nem tampouco pretender-se doutrinar os alunos a essa ou aquela fé. A norma constitucional pretende, implicitamente, que o ensino religioso deverá constituir-se de regras gerais sobre religião e princípios básicos da fé. Em segundo lugar, a Constituição garante a liberdade das pessoas de matricular-se ou não, uma vez que, conforme já salientado, a plena liberdade religiosa consiste também na liberdade de ateísmo (2014, p. 49).

Em face disso, os alunos poderão escolher, juntamente com seus responsáveis legais, se querem se matricular nessa disciplina, que não poderá ater-se apenas à uma religião, mas sim difundir o pluralismo religioso e combater a intolerância religiosa. Ainda, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional<sup>50</sup> disciplina a inclusão dessa matéria no currículo escolar como facultativa, para assegurar a disseminação da

---

escolha. Mesmo que contrário às suas próprias convicções religiosas. O agir dos pais está limitado pelo princípio do melhor interesse do filho, se este não foi violado, os pais não podem interferir impondo o seu querer” (RODRIGUES, 2012, p. 60).

<sup>49</sup> A Carta Republicana prevê no artigo 210 que “serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. § 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental. § 2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem”.

<sup>50</sup> A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional dispõe no artigo 33 que “Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo. § 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores. § 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso.

diversidade religiosa e cultural brasileira, bem como proíbe qualquer forma de proselitismo (GONÇALVES, 2015, p. 2-6).

Diante da liberdade de crença religiosa e do ensino religioso nas escolas, fundamenta-se o princípio do Estado laico, ou seja, a imparcialidade e a neutralidade que o Estado deve adotar em face de questões religiosas. Logo, o Estado não pode aderir a uma crença singular, mas deve aceitar e amparar todas as religiões, inclusive o ateísmo (DINIZ, 2010, p. 9).

O dispositivo constitucional que embasa a laicidade estatal é o artigo 19, inciso I, que veda expressamente aos entes da federação “estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança”. Nesse viés, constata-se que

não há religião oficial no Brasil, e as liberdades de consciência e de crença são garantias constitucionais, o que protege o direito de expressão tanto dos crentes religiosos como dos não religiosos. Não é permitido ao Estado estabelecer vínculos com grupos religiosos, uma exigência que estimula a neutralidade, a igualdade e a não discriminação no funcionamento das instituições básicas. O dispositivo jurídico da laicidade está presente em nosso ordenamento constitucional (DINIZ, 2010, p. 4).

Ademais, mesmo que no preâmbulo da Constituição Federal exista a evocação à “proteção de Deus”, tal disposição reforça a laicidade estatal, visto que dissemina a liberdade religiosa, bem como traz proteção jurídica a toda a população nacional, para exercer qualquer forma de crença religiosa, inclusive de não professar religião alguma, sem receber qualquer tipo de represálias (MORAES, 2014, p. 47).

Portanto, os alunos, juntamente com seus responsáveis legais, possuem o direito de escolher se querem se matricular na disciplina de ensino religioso, o Estado deve ser neutro quanto as questões religiosas,

mas não pode deixar de disponibilizar o ensino religioso nas escolas e os professores têm a liberdade de ensinar, mas devem agir com cautela, pois podem ser responsabilizados se cometerem excessos no exercício do magistério.

Outrossim, percebe-se que as liberdades de pensamento e de religião estão diretamente ligadas com a educação, uma vez que a formação da opinião e a escolha da religião, só serão possíveis através do conhecimento.

### **Considerações finais**

A educação representa um direito social fundamental, que está relacionado com a aquisição de conhecimento, auxilia na formação intelectual e moral da pessoa humana, na qualificação para o mercado de trabalho e se revela um dos principais caminhos para o exercício da cidadania.

Sendo que, a principal legislação aplicável à esse direito é a Constituição Federal, que estabeleceu alguns princípios e diretrizes, destinados a regulamentar todo o sistema educacional nacional; o Estatuto da Criança e do Adolescente, que disciplinou o direito à educação, sob inspiração da doutrina da proteção integral; a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que regulamentou a organização geral do sistema educacional brasileiro, com previsões acerca do funcionamento das modalidades e níveis de ensino, da administração dos recursos destinados a subsistência dos órgãos e dos colaboradores da rede de ensino; e, o Plano Nacional de Educação, que instituiu as diretrizes, os objetivos, as metas e as estratégias para o sistema educacional nacional.

Com efeito, a educação, além de ser um direito fundamental, é também um dever do Estado, da família e da sociedade em geral. Dessa feita, todos devem estar engajados no processo educacional, para garantir que esse direito seja realmente efetivado, bem como para que sejam

utilizados métodos pedagógicos e didáticos apropriados, para assegurar um processo educacional adequado e de acordo com cada etapa da vida das crianças e dos adolescentes.

Ainda, o direito à educação possui importante relação com a liberdade de pensamento, pois para que se possa exercer a liberdade de opinião e de expressão, que são desdobramentos da liberdade de pensamento, é imprescindível que se tenha acesso à uma educação adequada. Logo, a Constituição Federal outorgou aos professores a liberdade de transmitir o pensamento no âmbito escolar. Ocorre que, essas liberdades não são absolutas diante da possibilidade de responsabilização, na esfera civil e penal, para abusos cometidos no exercício desse direito.

Outrossim, da liberdade de pensamento decorre, também, a liberdade de religião, que é direito consagrado na Carta Republicana. Tal liberdade possui estreita ligação com o direito à educação, visto que existe a possibilidade do ensino religioso nas escolas. Essa matéria é facultativa e tem por base o princípio do Estado laico, para que, na medida do possível, a escola possa difundir o pluralismo, bem como combater a intolerância religiosa. Logo, o ensino religioso faz parte do direito à educação e deve ser administrado de forma imparcial e de acordo com o superior interesse infante-juvenil, se os pais, juntamente com os filhos, optarem por efetuar a matrícula nessa disciplina.

Portanto, apesar de existir a liberdade de pensamento e de aprender e de ensinar, essas liberdades não são absolutas, em face da possibilidade de responsabilização por abusos cometidos no exercício de tais direitos. Sendo que, o Estado não pode ser parcial adotando um ideal ou uma religião específica, diante disso todos os pensamentos e todas as religiões devem ser respeitados, inclusive no processo educacional infante-juvenil.

Assim, verifica-se que as liberdades de pensamento e de religião estão diretamente ligadas com a educação, tendo em vista que a educação



proporciona a instrumentalização de todos os demais direitos constitucionais, pois sem conhecimento não há como saber que tem direitos.

## Referências

AMIN, Andréia Rodrigues. Evolução Histórica do direito da criança e do adolescente. Dos direitos Fundamentais. In. MACIEL, Kária Regina F. L. Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente*. (Coord.). 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 1-85.

BOAVENTURA, Erivaldo M. Aspectos juspedagógicos da educação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 51/2005, p. 102 – 110, Abr – Jun, 2005. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/search/run>>. Acesso em: 18 de dezembro de 2019.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BOTO, Carlota. “Homeschooling”: A prática de educar em casa. *Jornal da USP*, São Paulo, jan. 2018. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/artigos/homeschooling-a-pratica-de-educar-em-casa>>. Acesso em: 11 de dezembro de 2019.

BRASIL. *Código Penal. Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em 05 de abril de 2020.

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 de maio de 2020.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 21 de maio de 2020.

BRASIL. *Lei 9.394 de 20 de dezembro de 1996*. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm)>. Acesso em: 16 de junho de 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.005 de 25 de junho de 2014*. Aprova o Plano Nacional de Educação- PNE e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm)>. Acesso em: 04 de maio de 2020.

BRASIL. *Lei nº 6.202 de 17 de abril de 1975*. Atribui à estudante e estado de gestação o regime de exercícios domiciliares instituído pelo Decreto-Lei nº 1.044, de 1969, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/l6202.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6202.htm)>. Acesso em: 04 de maio 2020.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 490/217*. Altera a Lei nº 9.394, de 1996 e a Lei 8.069, de 1990, para prever a modalidade da educação domiciliar no âmbito da educação básica. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131857>>. Acesso em: 11 de dezembro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça. *Apelação nº 70083685198, da Vigésima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Relatora: Leila Vani Pandolfo Machado. Rio Grande do Sul, 28 de abril de 2020. Disponível em: < [https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe\\_html.php](https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php) >. Acesso em: 10 outubro de 2019.

CARVALHO, Djalma Pacheco de. *A nova Lei de Diretrizes e Bases e a Formação de professores para a Educação*. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ciedu/v5n2/ao8v5n2.pdf>>. Acesso em: 02 de maio 2020.

CAVALCANTE, Joseneide Franklin. *Educação Superior: Conceitos, definições e classificações*. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/documents/186968/485287/Educa%C3%A7%C3%A3o+superior+conceitos%2C+defini%C3%A7%C3%B5es+e+classifica%C3%A7%C3%B5es/378ec098-od71-4465-bd54-45abbd17c53f?version=1.3>>. Acesso em: 04 de maio de 2020.

COSTA, Dilvanir José da. Trajetória da Codificação Civil. *Revista dos Tribunais*, vol. 825/2004, p. 729 - 736, Jul / 2004. Doutrinas Essenciais de Direito Civil, vol. 2, p. 939 - 948, Out/2010. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&sruid=ioad82d9a0000016de69c66a7d2db14fe&docguid=I1ab8689of25111dfab6f01000000000&hitguid=I1ab8689of25111dfab6f01000000000&spos=3&epos=3&td=255&context=21&crumbaction=append&crumblabel=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 19 de outubro de 2019.

DINIZ, Debora. Laicidade e ensino religioso nas escolas públicas: o caso do Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 84/2010, p. 399 - 415, Maio - Jun, 2010. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/search/run>>. Acesso em: 16 de dezembro de 2019.

DUARTE, Clarice Seixas. *Direito Público Subjetivo e Políticas Educacionais*. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-88392004000200012](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000200012)>. Acesso em: 10 de maio de 2020.

FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GAMBA, João Roberto Gorini. Teoria geral do Estado e ciência política. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597021707/cfi/6/10!/4/2/4@0:0>>. Acesso em: 01 de maio de 2020.

GONÇALVES, Antônio Baptista. O ensino religioso e o Estado Democrático de Direito Brasileiro. *Revista dos Tribunais-Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, vol. 8/2015, p. 1057 - 1088, Ago. 2015. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/search/run>>. Acesso em: 17 de dezembro de 2019.

LEMOS, Vinícius Matins. *A morfologia dos direitos fundamentais: uma leitura menos ensimesmada do plano de eficácia horizontal*. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDConsInter\\_n.97.14\\_1.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.97.14_1.PDF)>. Acesso em: 10 de maio de 2020.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: Parte Especial (Arts. 213 a 359-H)*. Vol. 3. 10<sup>o</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989590/cfi/6/10!/4/4/2@0:0](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989590/cfi/6/10!/4/4/2@0:0>)>. Acesso em: 01 de maio de 2020.

MESSA, Ana Flávia. Crimes de Responsabilidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas* | vol. 62/2005, p. 263 - 279, Maio - Jun / 2005. Disponível em: <[https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad82d9b00000171d1908e287a9a77ec&docguid=I3e54220of25411dfab6f010000000000&hitguid=I3e54220of25411dfab6f010000000000&spos=3&epos=3&td=4000&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad82d9b00000171d1908e287a9a77ec&docguid=I3e54220of25411dfab6f01000000000&hitguid=I3e54220of25411dfab6f01000000000&spos=3&epos=3&td=4000&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 01 de maio de 2020.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre. *DIREITO CONSTITUCIONAL*. 30<sup>o</sup> ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Direito Penal Comentado*. 18<sup>a</sup> ed. São Paulo: Forense, 2018.

RODRIGUES, Sílvio. Capítulo III – Do direito à convivência familiar e comunitária. In. CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. (Coord). 12<sup>o</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 115-117.

SAVIANI, Dermeval. *A nova lei da educação. Trajetória, limites e perspectivas*. 8<sup>a</sup> ed. São Paulo: Autores Associados, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SOUZA, Montauri Ciochetti. Título IV – Do direito à educação, cultura, esporte e lazer. In. CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. (Coord). 12<sup>o</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 268/271.

SOUZA, Paulo Nathanael Pereira de; SILVA, Eurides Brito da. *Como entender e aplicar a nova LDB*. São Paulo: Pioneira, 2002.

TAVARES, José de Farias. *Direito da Infância e da juventude*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TONIAL, Nadya Regina Gusella. *Contratos: a concretização da dignidade da pessoa humana pelo princípio da boa fé objetiva*. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2009.

VASCONCELOS, Hélio Xavier. Título IV – Do direito à educação, cultura, esporte e lazer. In. CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. (Coord). 12º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 267-279.

## **Gênero, classe e violência: o retrato das mulheres condenadas por tráfico de drogas <sup>1</sup>**

*Emili Brandalise <sup>2</sup>*  
*Renato Fioreze <sup>3</sup>*

### **1 Introdução**

O tráfico de drogas é o crime em que as mulheres mais possuem condenação, diversos fatores revelam-se determinantes para alcançar marca tão expressiva, o contexto social, núcleo familiar, e principalmente os relacionamentos amorosos possuem intrínseca relação com o encarceramento de mulheres por tal tipo penal.

As relações históricas que envolveram as mulheres, sempre foram pautadas em condições que traduzem a submissão do gênero feminino. Na perspectiva do sistema patriarcal, as mulheres devem corresponder às expectativas masculinas, sendo educadas para exercer trabalhos domésticos e socialmente tratadas como sexo frágil.

A partir da Idade Moderna, com o Renascimento, as mulheres começaram a exigir sua liberdade e autonomia, assumiram um novo papel na sociedade e conquistaram seus direitos, contudo, o patriarcado manteve-se enraizado, se manifestando na violência, desigualdade salarial, discriminações, entre atos machistas que são admitidos cotidianamente.

---

<sup>1</sup> Artigo científico produzido por Emili Brandalise, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2021.

<sup>2</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: 155719@upf.br.

<sup>3</sup> Mestre e Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS. E-mail: rfioreze@upf.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2951284510238606>.

Devido à diferença histórica dos índices de aprisionamento feminino e masculino no Brasil, no qual o número de mulheres encarceradas se apresenta de forma inferior, é notório o descaso com as mesmas. As penitenciárias foram construídas com a finalidade de alojar apenas homens, seguindo-se da premissa que as mulheres pertencem à sociedade e devem transmitir postura aceitável perante o corpo social, tornando inadmissíveis condutas que ferem a moral e os bons costumes.

A relação de gênero é intrínseca aos elevados índices de mulheres presas pelo delito de tráfico de drogas, somando-se a idêntica situação de seus maridos ou parceiros. A maioria dos presos no sistema carcerário possui ligação com o tráfico de drogas, situação crescente quando se trata das mulheres, que são submetidas a níveis ainda maiores de vulnerabilidade e exploração por seus companheiros.

O presente trabalho busca investigar o perfil dos indivíduos que compõem o sistema prisional, em especial, o núcleo familiar das mulheres presas. Dentro da realidade do cárcere, a superlotação dos presídios, o alto índice de reincidentes e o retrato dos indivíduos que compõem o sistema carcerário brasileiro, chama à atenção a situação das mulheres, para as quais historicamente foram direcionados os piores tratamentos, em uma sociedade de classes.

## **2 A trajetória histórica dos direitos das mulheres e a inefetividade do princípio da igualdade**

*A priori* o patriarcado submeteu as mulheres a características e comportamentos que determinavam quais eram dignas de usufruir dos seus direitos, e quais mereciam proteção e sensibilização social. Assim, o sistema patriarcal pode ser compreendido como uma sociedade organizada para favorecer o sexo masculino, com a consequente supremacia dos homens e a submissão das mulheres. Diante disso,

imagine viver em um mundo em que as mulheres são consideradas tão menores, tão inferiores, tão confinadas ao espaço doméstico, tão irrelevantes, que não mereçam ser estudadas. Um mundo em que as mulheres não são dignas de ter sua história contada. Assustador, não é? Pois vivíamos nesse mundo até poucas décadas atrás. E, se essa condição tem mudado, é graças à luta feminina (LERNER, 2019).

Por meio da filosofia existencial, dos dados da pré-história e da etnográfica é possível compreender o modo como a hierarquia entre os sexos se estabeleceu. De acordo com Beauvoir, “o mundo sempre pertenceu aos machos” (1970, p. 80). Assim sendo, quando dois grupos se fazem presentes em um ambiente, um quer impor ao outro a sua soberania; se um dos grupos é privilegiado, ele domina o oposto e tudo faz para mantê-lo na opressão.

A dominação do matriarcado se manifesta por meio da desigualdade econômica, política, social e cultural. Por sua vez, a gênese do patriarcado, caracteriza-se ao passo em que as mulheres são oprimidas em decorrência do gênero, ou seja, apenas por serem mulheres, independentemente de sua posição social, língua, idade, nacionalidade ou ocupação, uma vez que o sistema patriarcal preceitua que ser mulher é sinônimo de ser oprimido (OLIVEIRA, 2017, p. 30-31).

A corrente tradicional, possuía como premissa a maternidade, devendo ser essa a maior meta na vida das mulheres sendo tratadas como incoerentes as que decidiam não se tornar mães. Na visão tradicionalista, acolhida pela religião e pela ciência da época, a submissão das mulheres era considerada como universal ou determinada por Deus, portanto, imutável (LERNER, 2019).

De acordo com a Bíblia Sagrada, no livro de Pedro, capítulo 3, versículo 1, enfatiza a depreciação do gênero feminino “voz também ó mulheres, sede submissas aos vossos maridos”, outro trecho do versículo



7 do mesmo capítulo enaltece as diferenças entre os sexos “[...] ó maridos comportai-vos sabiamente no vosso convívio com as vossas mulheres, pois, são de um sexo mais fraco” (1976, p. 1544).

Nessa senda, o livro de Coríntios, capítulo 14, versículos 33 a 35, preceitua: “como em todas as igrejas dos santos, as mulheres estejam caladas nas assembleias não lhe é permitido falar, mas devem estar submissas, como também ordena a lei” (BÍBLIA, 1976, p.1475), o livro de Timóteo, em seu capítulo 2, Versículo 11, 12 e 13, enuncia

a mulher ouça a instrução em silêncio, com o espírito de submissão. Não permito à mulher que ensine nem que se arrogue autoridade sobre o homem, mas permaneça em silêncio, pois o primeiro a ser criado foi Adão não Eva. E não foi Adão que se deixou iludir, e sim a mulher que, enganada, se tornou culpada da transgressão (BÍBLIA, 1976, p. 1518).

Por fim, o livro de Coríntios, capítulo 11, versículo 9, aduz: “nem foi o homem criado para a mulher, mas sim a mulher para o homem, por isso a mulher deve trazer, o sinal da submissão em sua cabeça” (BÍBLIA, 1976, p. 1475). Em termos religiosos a submissão feminina manifestou-se como algo universal e natural, uma vez que a mulher foi criada por Deus, portanto deveria ser submissa ao homem.

Na Roma antiga, o patriarca possuía poder de vida e morte sobre sua esposa e seus filhos (SAFFIOTI, 2011, p. 46). Na época atual, este poder não é mais juridicamente reconhecido pela sociedade, mesmo assim, os homens continuam assassinando suas esposas e companheiras com perversidade, utilizando-se algumas vezes de requintes de crueldade.

Na Pérsia, as mulheres deveriam ser absolutamente obedientes aos seus maridos, os quais eram escolhidos pelo pai logo que se tornavam núbeis. Já na Babilônia, o código de Hamurabi assegurava escassos direitos às mulheres, possuíam o direito de receber parte da herança do genitor,

do mesmo modo que lhe era garantido que ao se casar o pai ofertava-lhe um dote, demonstrando, portanto, que de modo geral o patriarcado não possuía formas radicais (BEAUVOIR, 1970, p. 106).

Salienta-se que, foi no Egito que as mulheres conquistaram as condições mais favoráveis, as deusas-mães preservavam sua estima quando se tornavam esposas, nessa época as mulheres se mostraram aliadas e complementares aos homens, dispunham dos mesmos direitos e força jurídica; herdaram e possuíam bens. Assim, se casavam espontaneamente e, quando viúvas, se assim desejassem poderiam se casar novamente (BEAUVOIR, 1970, p. 106).

Com a forte influência do sistema patriarcal, ergueu-se a hegemonia masculina, que não escolhe segmento social, se faz presente desde as classes subalternas até as dominantes, e quando as mulheres assumem posições hierarquicamente privilegiadas em relação aos homens, sofrem forte julgamento do sexo oposto (OLIVEIRA, 2017, p. 43-44). Nota-se que a constituição biológica e o valor dado às relações limitaram as mulheres a determinadas atividades sociais.

Durante a Revolução Francesa (1789), as mulheres participaram ativamente na luta pela igualdade, liberdade e fraternidade, ao final do conflito foram esquecidas quanto às suas particularidades e necessidade de proteção, consagrados pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Para o filósofo iluminista Jean-Jacques Rousseau, influenciador da Revolução Francesa, a igualdade entre homem e mulher é incompatível, uma vez que a mulher é naturalmente inferior, e sua única função é servir ao homem (ROCHA, 2009, p. 125).

No século XX Simone de Beauvoir já afirmava, “nunca se esqueça de que basta uma crise política, econômica ou religiosa para que os direitos das mulheres sejam questionados. Esses direitos não são permanentes. Você terá que manter-se vigilante durante toda a sua vida”.

À vista disso, o patriarcado exterioriza a imagem das mulheres como os indivíduos que nasceram para devotar-se aos seus semelhantes como cidadãs, esposas fiéis ou como mães, condições que revelam circunstâncias de opressões vivenciadas, as quais fazem com que as mulheres se sintam em condições equidistantes em relação ao sexo oposto, causando por consequência a depreciação e a limitação do gênero feminino (OLIVEIRA, 2017, p. 29).

As convicções que consideram os homens superiores às mulheres, não foram transmitidas apenas por homens, as próprias mulheres acreditam nestas ideias e as exteriorizam, transmitindo-as aos seus filhos e pessoas do seu círculo social, tais atos se perfectibilizam quando, “proíbem os filhos de chorar, alegando que homem não chora, e exigem que as filhas se sentem como mocinhas, passam a expor aos mais jovens este sistema de ideias que privilegia o homem em prejuízo da mulher” (SAFFIOTI, 2001, p.34).

Nessa senda, a Queima dos Sutiãs, foi um protesto público que ocorreu no ano de 1968, na cidade de Atlantic City, nos Estados Unidos. Aproximadamente 400 ativistas do *Women's Liberation Movement (WLM)*, reuniram-se com o intuito de combater a dura imposição dos padrões de beleza e comportamentos de natureza machistas, em relação às mulheres. Para tanto, atearam fogo em acessórios femininos, como sutiãs e espartilhos, tal movimento ensejou grande reflexão sobre a questão de gênero em todo o mundo (CAVALCANTI, 2013, p.26).

Homens e mulheres jamais partilharam o mundo de forma equânime, muito embora a condição das mulheres esteja evoluindo, esta ainda arca com um opressivo *handicap*. Em quase nenhum país a legislação é idêntica na forma e no tratamento dos gêneros, o que prejudica a mulher consideravelmente, e mesmo quando seus direitos são

plenamente reconhecidos, um longo hábito impede que encontre nos costumes sua expressão concreta (BEAUVOIR, 1970, p.14).

A elaboração do Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (1916), gerou inúmeras expectativas, principalmente para as mulheres que ansiavam por significativas mudanças em sua situação civil. Entretanto, o referido código obteve grande influência do Estado e da igreja, que por sua vez consagrou a superioridade masculina, delegando o comando absoluto da família ao marido, e designando a mulher casada à incapacidade jurídica relativa (DIAS, 2010, p. 01).

O jurista Clóvis Beviláqua recebeu a tarefa de elaborar o primeiro Código Civil brasileiro, decidiu por manter normas que limitavam a capacidade da mulher no que tange os contratos e atividades que exigiam o consentimento do marido. Da mesma forma, as decisões familiares continuaram pertencendo com exclusividade ao Pátrio Poder. A honra da mulher era capaz de definir futuras consequências jurídicas, possibilitando inclusive, que o marido realizasse sua devolução ao seu genitor, como forma de punição. Nesse sentido, o Código Civil, definiu prioridades de herança e privilégios sociais, com base no gênero do indivíduo (COELHO, 2018, p. 02).

No Brasil, a luta pelo voto feminino iniciou-se com Bertha Luz (1910), bióloga e cientista renomada, foi uma das fundadoras da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, organização com o objetivo de realizar campanhas públicas que almejava o direito ao voto, como consequência do engajamento a campanha levou ao Senado um abaixo-assinado (1927) pedindo a aprovação do Projeto de Lei que dava o direito ao voto às mulheres. O direito ao voto foi conquistado pelas mulheres com a promulgação do Novo Código Eleitoral Brasileiro (1932) (PINTO, 2003, p.16).

O primeiro grande marco na legislação brasileira em prol das mulheres com o objetivo de romper a hegemonia masculina, foi consagrado com o advento da Lei n. 4.121/62 que trouxe ao ordenamento jurídico pátrio o Estatuto da Mulher Casada, tal norma devolveu a plena capacidade às mulheres, dispensou a autorização marital para o trabalho, e instituiu o que se chamou de bens reservados, os quais constituíam o patrimônio adquirido pela mulher fruto do seu próprio trabalho (DIAS, 2010).

Por meio do Ato Institucional n. 5 (AI-5), se instalou no Brasil umas das ditaduras militares mais rigorosas (1964). O cenário demonstrava um momento de repressão total da luta política, bem como ao que se refere a movimentos libertários, por causas identitárias. Em um momento muito limitado pelas condições que o país vivia durante o regime militar, aconteceram as primeiras manifestações feministas no Brasil, que eram entendidas como política e moralmente perigosas no cenário em que se encontrava (PINTO, 2003, p.16-17).

O passo subsequente de extrema relevância foi à promulgação da Lei n. 6.515/77, intitulada como Lei do Divórcio. A norma foi objeto de grande polêmica, uma vez que no ordenamento jurídico ainda pairava grande influência religiosa sobre o Estado, a inovação legislativa permitia extinguir os vínculos do casamento, facultando às mulheres a contrair novas núpcias caso julgassem pertinente, tornou facultativa a adoção do patrimônio do esposo havendo a mudança do regime legal de bens para o regime da comunhão parcial (DIAS, 2010, p. 02).

As conquistas mais importantes, que trouxeram uma nova concepção de igualdade entre homens e mulheres, surgiram com a Constituição Federal Cidadã (1988),

homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (Art. 5º, I);

às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (Idem, L);

licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário com duração prevista de cento e vinte dias (Art. 7º, XVIII);

licença paternidade, nos termos fixados em lei (Idem, XIX); proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos no termos da lei (Idem, XX);

proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (Idem, XXX);

são assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos [...] bem como sua integração na previdência social (Idem, XXXIV, parágrafo único);

o título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, nos termos e condições previstos em lei (Art.189, parágrafo único);

os direitos e deveres referente à sociedade conjugal são exercidos pelo homem e pela mulher (Art. 226, parágrafo 5º);

fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado proporcionar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (Idem, parágrafo 7º) (PINTO, 2003, p. 78).

Maria da Penha Maia Fernandes foi vítima de dupla tentativa de feminicídio por seu esposo Marco Antônio Heredia Viveros (1983). Inicialmente, alvejou-a com tiros nas costas enquanto dormia, devido às lesões irreversíveis ficou paraplégica, a partir desse momento passaram a fazer parte de sua vida sequelas físicas e traumas psicológicos. Posteriormente, Maria da Penha foi mantida em cárcere privado, e seu esposo novamente tentou pôr fim à sua vida ao eletrocutá-la durante o banho (Instituto Maria da Penha – IMP, 2018).

Os fatos ocorridos geraram notória repercussão, o caso Maria da Penha chegou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA), mesmo assim, o Brasil permaneceu omissos quanto o caso, motivo pelo qual recebeu quatro ofícios (1998 a 2001) da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Por fim, o Estado brasileiro foi responsabilizado por negligência, omissão e tolerância em relação à violência contra a mulher (Instituto Maria da Penha - IMP, 2018).

Somente após a responsabilização internacional o ordenamento jurídico promulgou a Lei n. 11.340/06, que ficou popularmente conhecida como Lei Maria da Penha. O advento da lei criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra as mulheres. Preceitua o artigo 2º da Lei “Toda mulher, independente de classe, [...], asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social”.

Devido aos altos índices de homicídios contra às mulheres por questão de gênero, o advento da Lei n. 13.104/15 teve como propósito alterar o artigo 121 do Código Penal, com a finalidade de incluir o tipo penal como circunstância qualificadora do crime de homicídio. A circunstância qualificadora está presente no § 2º, incisos VI e VII, e § 2º - A e seus incisos, sendo designado como feminicídio. Comumente, as mortes mais registradas ocorrem por disparo de arma de fogo, seguidas por objeto cortante, penetrante e contundente, enforcamento e estrangulamento (ROICHMAN, 2020, p. 361). Em média uma mulher morre a cada sete horas, apenas pelo fato de ser mulher (GLOBO.COM, 2020).

A fim de complementar a Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) foi publicada a Lei n. 13.505/17, garantindo às vítimas de violência doméstica preferência no atendimento policial por servidoras do sexo feminino, previamente capacitadas. Com o advento da lei tornou-se imprescindível,

a criação de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMS), Núcleos Investigativos de Feminicídio e equipes especializadas para o atendimento e a investigação das violências contra às mulheres.

A cultura do estupro e a violência contra as mulheres requer cuidados e freios estatais constantemente, com esse propósito foi sancionada a Lei n.13.718/18 com o intuito de regulamentar o delito denominado como importunação sexual, o mesmo foi conceituado como “a realização de ato libidinoso na presença de alguém de forma não consensual” (Conselho Nacional de Justiça, 2019). A norma busca punir o assédio sofrido pelas mulheres especialmente no transporte público, bem como coibir atos praticados sem consentimento das mesmas.

Constantemente nos deparamos com relatos de mulheres que são submetidas a diversos tipos de violência, “assédios sexuais, violência física, violência moral, violência verbal, pressão psicológica e muitas delas assassinadas por colocar um fim no relacionamento não aceito pelo parceiro” (MARTINI; SOUZA, 2015, p.04). Tais violações acabam por transgredir anos de lutas e desafios com o propósito de preservar os direitos adquiridos. Percebe-se, assim, que, muitas mulheres ainda estão submissas ao machismo, o qual se encontra impregnado na sociedade.

Nessa senda, disposto como medida para analisar as diferenças entre gêneros, o *Gender Gap Index*, do Fórum Econômico Mundial, indica que o Brasil ocupa a 74ª posição em um ranking de cento e vinte e oito países, com a nota de 0,66. A fim de esclarecer tal percentual de desigualdade, destaca-se que, a nota zero representa a completa igualdade entre gêneros e a nota um, indica a total desigualdade evidenciando-se, portanto, que o Brasil se encontra na parcela dos países que trata de forma equidistante homens e mulheres (MADALOZZO, 2008, p.36).

Especialistas justificam o nível de participação de mulheres na política como um indicador do grau de desenvolvimento das democracias,



é possível observar que quanto mais postos as mulheres conquistam na cúpula do governo, mais igualitário tende a ser aquele país, ou mais preocupados os governos estão em reduzir a desigualdade entre gêneros. Segundo dados da *Inter-Parliamentary Union*, no Brasil, aproximadamente 10% dos deputados federais são mulheres, assim sendo, em um ranking composto de cento e noventa e três países, o Brasil ocupa a 154<sup>o</sup> posição, no que concerne a participação das mulheres no cenário político (POLITIZE, 2017).

Outrossim, pesquisas realizadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), demonstram que as mulheres recebem salários inferiores a 77% em relação aos homens. No tocante aos índices econômicos, participação no mercado de trabalho, diferenças salariais, o resultado segue negativo, em uma escala entre zero (igualdade) e um (desigualdade), o Brasil apresenta o índice de 0,645, o que expressa demasiada disparidade de poder econômico entre gêneros (MADALAZZO, 2008, p.36).

O Ibope Inteligência realizou pesquisas para a Confederação Nacional da Indústria (CNI) no ano de 2016, a qual demonstra que 84% dos homens estão empregados, em contraponto esse percentual é de 61% entre as mulheres. Destaca-se que, um dos fatores agravantes dessa situação, advém do preconceito em relação à inserção da mulher no âmbito laboral, como também pode-se mencionar um reflexo da divisão sexual do trabalho, visto que ainda existe a máxima de que lugar de mulher é “pilotando um fogão” (SIQUEIRA; SAMPARO, 2017, p. 302).

Segundo levantamento realizado pela revista Forbes Brasil em 2020, apenas uma mulher está listada entre os dez bilionários do país. Luiza Trajano, proprietária da empresa Magazine Luiza, é a única mulher na nova edição da lista a integrar o top dez, com um patrimônio estimado em R\$1,19 bilhão. O Brasil, conta com duzentos e trinta e oito bilionários, entre

os quais, apenas quarenta e quatro são mulheres, apesar da presença feminina na lista ainda ser baixa, a quantidade de bilionárias registradas é recorde, foram acrescentados um total de doze nomes (FORBES BRASIL, 2020).

No âmbito dos esportes, a desigualdade entre gêneros também é demasiadamente notável. Marta, premiada seis vezes como a melhor do mundo, busca se engajar com o intuito de deixar um legado para as mulheres no futebol, mesmo consagrada, seu salário na Europa não chega às cifras milionárias embolsadas pelos craques do futebol masculino. As reivindicações por igualdade trouxeram mudanças até mesmo num país tão pouco progressista na questão de gênero como o Brasil. Em setembro de 2020, a Confederação Brasileira de Futebol (CBF) anunciou o pagamento igualitário de diárias às seleções feminina e masculina, entretanto, tal equiparação não abrange o prêmio mais elevado, a Copa do Mundo (EL PAÍS, 2019).

As mulheres percorreram um árduo caminho até efetivarem em parte seus direitos, após anos de lutas em prol do tratamento igualitário entre os gêneros, “essas entre tantas mulheres: Princesa Isabel, Dilma Rousseff, Irmã Dulce, Zilda Arns, Maria da Penha, Cora Carolina” (MARTINI; SOUZA, 2015, p.12), dotadas de inteligência e competência, devem ser reconhecidas como seres de valor, que cooperaram demasiadamente para as conquistas dos direitos atualmente efetivados, algumas mulheres de renome, e outras tantas anônimas buscam se engajar e contribuir com um objetivo em comum, deixar um legado às gerações futuras.

O direito não é estático, ele deve acompanhar as transformações impostas pela sociedade, logo, incumbe ao Poder Judiciário dar uma resposta efetiva e atender aos anseios da população de maneira eficiente, mesmo quando não existem lacunas jurídicas, “diante da desigualdade de

gênero e pelos mais diversos modos de violência enfrentados pelas mulheres, é função do Estado garantir a promoção da justiça social, principalmente a eficácia dos direitos fundamentais, não apenas na mera previsão no corpo legislativo” (SIQUEIRA; SAMPARO, 2017, p. 318).

Destarte, é possível observar que por uma questão cultural o machismo ainda persiste enraizado, dando continuidade ao desprezo pelo sexto oposto. Mesmo assim, as mulheres buscam pela concretização de seus direitos com o intuito de deixar um legado às gerações futuras. A fim de conquistar independência econômica, muitas mulheres sujeitam-se ao comércio ilícito de entorpecentes, mulheres jovens, de classe média baixa, com baixa escolaridade, que anteriormente ao delito ocupavam trabalhos que exigiam pouca ou nenhuma qualificação profissional, e que em sua grande maioria, no momento do delito já eram mães.

### **3 Vidas marcadas pela violência: a trajetória das mulheres sob custódia legal**

Os crescentes índices de violência possuem intrínseca relação com as atividades ilícitas desenvolvidas por facções criminosas, as quais são capazes de mobilizar variados setores da sociedade. O tráfico de drogas, por exemplo, movimenta milhões de reais no Brasil e bilhões de dólares no mundo, sendo considerada a maior atividade ilícita no planeta, a alta rentabilidade monetária e o fácil acesso, são características que influenciam no ingresso ao mundo violento do tráfico de drogas. À vista disso, o hábito de consumir substâncias entorpecentes torna recorrente os casos de violência no âmbito familiar, evidenciam-se duas formas mais frequentes de violência sofrida pelas mulheres em suas trajetórias delitivas: violência doméstica e violência institucional.

Em uma breve diferenciação entre os modos de violência supramencionados, a violência doméstica identifica-se quando é perpetrada por indivíduos que possuem vínculos sanguíneos ou civis,

enquanto a violência institucional é exercida pela polícia ou pelos funcionários do sistema penal, pode-se dizer que é intrínseca a atividade do tráfico. Por esse motivo, são frequentes os relatos das detentas sobre a violência sofrida por pessoas do seu convívio (HELPEES, 2014, p. 131). Nesse contexto,

a trajetória das presas do Rio de Janeiro praticamente se confunde com histórias de violência. São poucas as mulheres que não foram, em algum momento anterior à prisão, vítimas pela violência (física, psicológica ou sexual) dos responsáveis dos parceiros ou dos agentes da lei. Apenas 4,7% chegaram à prisão sem uma bagagem prévia de vitimização. Mais de 95% sofreram violência em pelo menos uma destas três ocasiões: na infância/adolescência, no casamento ou nas mãos da polícia; 75% foram vitimadas em pelo menos duas ocasiões; e 35% em todas três situações (SOARES; ILGENFRITZ, 2002, p. 111).

Com o intuito de demonstrar a violência sofrida pelas detentas ao longo de suas vidas, Sintia Soares Helpes, em sua dissertação intitulada como “Vidas em Jogos: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas” realizou entrevistas junto às mulheres presas em decorrência do tráfico de drogas, que atualmente fazem parte do sistema carcerário no Brasil. Dessa maneira, tornou-se possível vislumbrar a trajetória dessas mulheres dentro e fora do cárcere.

À vista disso, observaram-se traços determinantes em comum entre as mulheres encarceradas, uma vez que as mesmas tiveram suas vidas marcadas pela violência sexual, motivo que as influenciou a sair de casa ainda muito jovens para construir suas vidas da maneira que fosse possível. Em seus relatos, destacam que além das marcas negativas causadas pelas agressões, há o sentimento de abandono e negligência por parte de suas mães (HELPEES, 2014, p.134). Nesse sentido, preceitua Saffioti,

a magnitude do trauma não guarda proporcionalidade com relação ao abuso sofrido. Feridas no corpo podem ser tratadas com êxito num grande número de casos. Feridas da alma podem, igualmente, ser tratadas. Todavia, as possibilidades de sucesso, em termos de cura, são muito reduzidas e, em grande parte dos casos, não se obtém nenhum êxito (2011, p. 19).

Em alguns casos a violência se tornou natural, transformando-se em uma medida de precaução e uma tática de sobrevivência. Patrícia foi vítima de violência sexual e física, desde a infância até a vida adulta, quando questionada sobre o relacionamento atual, ela respondeu da seguinte maneira: “bem melhor do que a relação que eu tinha com o pai das minhas duas filhas. Ele nunca me maltratou, nunca maltratou meus filhos. Muito pelo contrário, quem batia nele sou eu. Acho que de tanto apanhar eu resolvi bater” (HELPESES, 2014, p.135).

A ruptura de qualquer forma de integridade da vítima é vista como uma forma de violência, entre elas, a integridade física, psíquica, sexual ou moral (SAFFIOTI, 2011, p. 17). A detenta Carmem, 21 anos, chamou atenção com relatos sucessivos de violência em sua vida,

quando era criança vendia bala e doce no sinal. Eu tinha 7 anos quando fui violentada pela primeira vez. Tinha que trabalhar, senão não comia. O meu padrasto me violentava frequentemente, eu parei no conselho tutelar. Comecei a me envolver com o crime e com 9 anos enfiei a faca no meu padrasto, logo depois eu fui violentada pelo meu avô, eu não era ouvida por ninguém. Como cheguei viva até hoje eu não sei, só Deus pode dizer, porque já vi a morte de frente a mim, quase morri pelos bandidos (HELPESES, 2014, p.136).

Durante estudos realizados por Paulo Cesar Pontes Fraga, na obra intitulada como “Tortura contra pessoas acusadas de crime no Rio de Janeiro: a funcionalidade da violência institucional e policial contra os ilegalismos” obtiveram-se claros exemplos de abuso de poder e uso

desproporcional da força, em uma relação permanente de violência perpetrada por policiais e agentes penitenciários, em face dos detentos. A violência policial institucional é apontada como intrínseca ao dia a dia do cárcere, do mesmo modo que, é parte constituinte do sistema de contenção e repressão (FRAGA, 2006, p. 61).

A detenta Rosa, 42 anos, narrou algumas das situações de humilhações vivenciadas (HELPE, 2014, p. 138),

no pavilhão 4, por exemplo, logo que eu cheguei de pouco, tinha uns três meses eu tava aqui, uma agente penitenciária chegou e falou que todo mundo era filho de chocadeira, que traficante tinha que morrer... Já ouvi falar que as meninas fediam... pô, se falam pra elas, praticamente é pra mim também, a senhora não concorda? É difícil. Eu acho que tinha que ter alguma forma pelo menos de certos agentes tratarem, ver, que nós somos presas, mas somos seres humanos. No Demlub mesmo é difícil. Pra ir no banheiro, a gente tem que esperar elas (as agentes) terem vontade de ir. Isso pra mim é uma humilhação.

As violações sofridas pelas mulheres no âmbito familiar e institucional quando tuteladas pelo Estado, podem se concretizar por meio de torturas, agressões ou ameaças. Essas situações não ocorrem isoladamente, tais condutas acabam por se tornar politicamente institucionalizadas, isto porque, ao longo dos anos não foram desenvolvidos instrumentos eficazes para controlar essas modalidades de violência (SOARES, 2002, p. 08).

Aquilo que se inicia na família e nas instituições para crianças e adolescentes, tende a permanecer no casamento, se desdobra na ação dos policiais, e por fim conclui-se nas penitenciárias, para recomeçar, provavelmente, na vida das futuras egressas. A privação da liberdade, e os abusos que ocorrem no interior das prisões, transformam-se em um elo

de múltiplas violências pertencentes às histórias de vida da população carcerária feminina (SOARES, 2002, p. 07).

O sistema penitenciário possui intrínseca relação com a violência perpetrada e o surgimento das organizações criminosas, tendo em vista a precariedade das condições prisionais e a superlotação dos estabelecimentos. Com o intuito de alcançar o mínimo de organização e condições de sobrevivência nas penitenciárias, os apenados decidiram tomar suas próprias providências. Assim, formaram-se no interior da Cadeia Pública de Porto Alegre os primeiros grupos criminosos organizados para resolver problemas alusivos ao cárcere, os quais eram responsabilidade do Estado (LIMA, 2018, p. 51).

As facções no Estado do Rio Grande do Sul estão diretamente relacionadas às transformações no interior da Cadeia Pública de Porto Alegre, principalmente quanto à transição de gestões da SUSEPE para a Brigada Militar, que assumiu de forma emergencial, porém, se mantém há mais de vinte anos na gestão, baseando-se no diálogo e negociação com os apenados das galerias. Percebeu-se que a expansão dos grupos criminais permitiu a redução de instabilidade no cárcere, porém contribuiu para o fortalecimento das lideranças e a organização dos grupos (CIPRIANI, 2018, p. 127).

Pioneiro em demonstrar as características do crime organizado no Brasil, o movimento designado como cangaço, no Nordeste do país, possuía estrutura organizada e hierarquizada, divisão de tarefas, e o objetivo primordial era obter vantagens de qualquer natureza (CAMARGO, 2019, p. 58). A origem do crime organizado é remota, o nome pode variar apresentando designações próprias para cada local, na Itália, por exemplo, nos referimos a Máfia, já na Colômbia aos cartéis (FARIA, 2010, p. 14).

No ano de 1987, uma fuga do Instituto de Biotipologia Criminal (IBC), desencadeou um motim junto a um dos prédios anexos ao Presídio Central. Tal fato deu origem à primeira organização criminosa do estado do Rio Grande do Sul denominada como Falange Gaúcha (CIPRIANI, 2016, p.106). A finalidade do bando era consolidar uma organização criminosa nos mesmos parâmetros da Falange Vermelha Carioca, que posteriormente transformou-se em Comando Vermelho, Terceiro Comando e Serpente Negra Paulista, formando uma espécie de federação de quadrilhas (DORNELLES, 2008, p. 13).

Em decorrência disso, com o objetivo de buscar melhores condições no cárcere, outras organizações criminosas foram surgindo dentro das casas prisionais do estado, nos anos noventa já se somavam três grupos no Rio Grande do Sul, conhecidos como Manos, Abertos e Brasas. Nessa senda, a Operação Echelon obteve acesso a documentos que comprovam que a maior e mais organizada facção brasileira criou ramificações no território gaúcho, o Primeiro Comando da Capital (CPP) conta com aproximadamente setecentos e vinte e nove simpatizantes no Rio Grande do Sul (CAMARGO, 2019, p. 34).

A facção conhecida como Manos, originou-se no interior do Presídio Central de Porto Alegre, atualmente Cadeia Pública. Dilonei Francisco Melara, natural de São José do Ouro/RS, desenvolveu atividade de agricultor durante sua adolescência, entrou para o mundo do crime na cidade de Caxias do Sul/RS, no final dos anos setenta. Dessa maneira, tornou-se um dos criminosos mais conhecidos do estado e foi o responsável pela organização da facção dos Manos (CAMARGO, 2019, p. 38).

Enquanto esteve à frente de tal organização criminosa, Melara liderou o maior motim do estado do Rio Grande do Sul, que resultou na invasão do Hotel Plaza São Rafael. Ainda, protagonizou a primeira fuga da



Penitenciária de Charqueadas, até então inexpugnável. Provocou uma rotina de revoltas, mortes e motins, enquanto seu grupo manteve a hegemonia nas prisões, suas ações tiveram como consequência a entrega da administração do Presídio Central para a Brigada Militar, no ano de 1995 (CAMARGO, 2019, p. 39).

Descoberta recente demonstrou a periculosidade dos membros faccionados dos Manos, a facção havia orquestrado um plano de sequestro de uma magistrada, bem como a execução de delegados e agentes da Polícia Civil, tendo em vista que, os mesmos foram responsáveis pelas prisões de cento e vinte e três integrantes de uma célula do grupo em Gravataí/RS, que movimentava aproximadamente seis milhões de reais mensalmente (GLOBO.COM, 2016).

Com o intuito de manter a ordem no Presídio Central, os policiais militares decidiram negociar uma trégua entre os detentos. Para tal procedimento, foi chamado pela direção do presídio o detento Valmir Benini Pires, de alcunha Brasa, sempre visto com bons olhos pelos guardas do presídio por ser cordial com os policiais e possuir domínio sobre a Galeria C. Em tal ocasião, lhe foi proposto a organização dos presos conforme as regras de disciplina da casa prisional, a partir de então surgiu o grupo posteriormente denominado como Brasas (DORNELLES, 2008, p. 157).

Outra facção conhecida no Rio Grande do Sul são os Bala na Cara, a referida organização se destaca pela violência com qual age, sua estrutura e funcionamento são semelhantes aos dos cartéis mexicanos, uma vez que, os mesmos atuam como franquias, ou seja, os grupos de menor poder aquisitivo, se aliam aos Bala na Cara e repassam um percentual de seus lucros em troca de proteção. Da mesma forma, essa organização conta com uma estrutura piramidal, com o líder principal no topo, seguido pelos

demais associados, o que dificulta a polícia a chegar aos mais poderosos do bando (DIÁRIO GAÚCHO, 2014).

Em sua estrutura as facções criminosas também são compostas por mulheres, as quais ocupam posições subalternas, arriscadas e precariamente remuneradas, em sua grande maioria as mulheres são membros faccionados da maior facção criminosa brasileira, o Primeiro Comando da Capital (PCC), em regra, não fazem parte do núcleo familiar dos associados, uma vez que seus integrantes abraçam o discurso de proteção à família, por esse motivo contratam “terceirizadas” para realizar as atividades ilícitas (EXAME, 2017).

O tráfico de drogas caracteriza-se como uma das atividades ilícitas desenvolvidas pelas organizações criminosas Brasil afora, com o intuito de melhor analisar o tráfico de entorpecentes, torna-se imprescindível analisar as condutas pertencentes ao tipo penal, uma vez que tal delito poderá ser consumado em diferentes momentos. O crime de tráfico de drogas está previsto no artigo 33, da Lei n. 11.343/06 e é composto por dezoito ações nucleares, as quais são capazes de delimitar a prática delituosa.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o tráfico de entorpecentes e drogas afins, foi equiparado aos crimes hediondos, em seguida, pormenorizados na Lei n. 8.072/90, sendo vedado, portanto, os institutos da fiança, graça e anistia, é um crime constituído por uma pluralidade de verbos previstos no caput do artigo 33, da Lei n. 11.343/06 (CARVALHO, 2016, p. 295).

As condutas tipificadas em lei consistem em importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas ainda que

gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (SILVA, 2016, p.73).

Portanto, denota-se que ao organizar os detentos por facções dentro das casas prisionais, o próprio sistema fomenta a criminalidade e instiga os conflitos, deixando que a delinquência se autocontrole. Essa divisão tornou-se elemento fundamental para as instituições carcerárias, com o objetivo de alcançar e manter a ordem desejada, uma vez que, as organizações criminosas designam aos próprios apenados seu comando, mantendo-os sob regras rígidas. Nesse sentido, a superlotação dos presídios revela a brutal situação das mulheres, submetidas a níveis superiores de vulnerabilidade e exploração, às quais historicamente foram direcionados os piores tratamentos em uma sociedade de classes, principalmente dentro do sistema.

#### **4 O sistema carcerário e as mulheres condenadas por tráfico de drogas**

A Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo o princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio foi incorporado como fundamento da República Federativa do Brasil, uma vez que se trata da norma de maior valor axiológico no constitucionalismo moderno, a dignidade da pessoa humana se instituiu como o centro de todo ordenamento jurídico pátrio, além disso, tal princípio serve como parâmetro para aplicação, interpretação e integração não somente dos direitos fundamentais, mas de todas as normas presentes na legislação brasileira.

À vista disso, os princípios são o alicerce para concepção do sistema jurídico. O conceito de dignidade foi sendo moldado com o passar dos anos, o transcorrer da história e a evolução da sociedade. Atualmente, a dignidade da pessoa humana possui valor supremo no ordenamento jurídico pátrio, por esse motivo consequentemente atrai o conteúdo de

todos os direitos fundamentais, e foi consagrado como um dos cinco fundamentos da República Federativa do Brasil (LOPES et al, 2015, p. 146). Por conseguinte, em referência ao superprincípio jurídico, preceitua a Constituição Federal de 1988,

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

I - soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político;

Nessa senda, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana possui duas dimensões (negativa e positiva). A dimensão negativa tem como objetivo preservar o indivíduo de ofensas e humilhações, por esse motivo a Constituição Federal estabelece que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III, CF/88). Já a dimensão positiva presume o pleno desenvolvimento de cada indivíduo, sem que haja interferências ou impedimentos externos (POPPE, 2012, p. 94).

Assim sendo, em virtude do caráter multidimensional da dignidade da pessoa humana acolheu-se a seguinte conceituação,

dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e

corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2006, p.60).

No Estado Democrático de Direito a pena possui dupla função, prevenir os crimes e estabelecer limites ao poder punitivo do Estado. Os princípios constitucionais, em particular, o princípio da dignidade da pessoa humana, estabelece vínculos e limites ao poder estatal, visando limitar a atuação do aparato punitivo, com o objetivo de estabelecer garantias aos acusados e condenados (POPPE, 2012, p. 86). Em se tratando, de detentas gestantes, a Constituição Federal também estabelece que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” (art. 5º, L, CF/88).

Outrossim, a dignidade da pessoa humana dos acusados e apenados é demasiadamente abordada nos tribunais do país, tendo em vista as violações recorrentes durante o devido processo legal e a execução da pena. À vista disso, a Suprema Corte, órgão de cúpula do Poder Judiciário ao qual compete a guarda da Constituição, tem proferido decisões com a finalidade de salvaguardar os direitos fundamentais dos mesmos.

HABEAS CORPUS - PRISÃO CAUTELAR QUE SE PROLONGA POR MAIS DE 07 (SETE) ANOS - PACIENTES QUE, EMBORA PRONUNCIADOS, SEQUER FORAM SUBMETIDOS, ATÉ O PRESENTE MOMENTO, A JULGAMENTO PERANTE O TRIBUNAL DO JÚRI - INADMISSIBILIDADE - EXCESSO DE PRAZO CARACTERIZADO - SITUAÇÃO QUE NÃO PODE SER TOLERADA NEM ADMITIDA - DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DE QUALQUER RÉU, MESMO TRATANDO-SE DE DELITO HEDIONDO, A JULGAMENTO PENAL SEM DILAÇÕES INDEVIDAS NEM DEMORA EXCESSIVA OU IRRAZOÁVEL - DURAÇÃO ABUSIVA DA PRISÃO CAUTELAR QUE TRADUZ SITUAÇÃO ANÔMALA APTA A COMPROMETER A EFETIVIDADE DO PROCESSO E A FRUSTRAR O DIREITO DO ACUSADO À PROTEÇÃO JUDICIAL DIGNA E CÉLERE. Nada pode justificar a permanência de uma pessoa na prisão, sem

culpa formada, quando configurado excesso irrazoável no tempo de sua segregação cautelar (RTJ 137/287 – RTJ 157/633 – RTJ 180/262-264 – RTJ 187/933-934), considerada a excepcionalidade de que se reveste, em nosso sistema jurídico, a prisão meramente processual do indiciado ou do réu, mesmo que se trate de crime hediondo ou de delito a este equiparado. **A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valorfonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Constituição Federal (Art. 5º, incisos LIV e LXXVIII). EC 45/2004. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (Art. 9º, n. 3) Doutrina. Jurisprudência (grifou-se). HC 142177 - STF. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Órgão Julgador: Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Julgamento: 06/06/2017 (grifou-se).**

Historicamente as práticas punitivas têm sido marcadas pelo desrespeito aos direitos dos condenados, vingança privada; blutrage; penas draconianas; ordálias (PRADO, 2020, p. 48); atrocidades praticadas pela Santa Inquisição (GHISLENI, 2014, p. 181); prisões que intensificam a dor social, e que servem de escola à marginalidade; do processo inquisitório ao atual processo acusatório, que muito tem de avançar em seu âmago. Sobretudo, precisa haver um limite que justifique e delimite a perseguição, bem como a reprimenda estatal, do mesmo modo, os estereótipos que o marcam permanentemente (PRADO, 2020, p. 48).

Relativamente à história das penitenciárias femininas no Brasil, “desde o período colonial, no Brasil, as mulheres foram encarceradas em estabelecimentos onde prevaleciam prisioneiros do sexo masculino, sendo a elas raramente destinados espaços reservados” (ANDRADE, 2011, p. 17).

À vista disso, eram frequentemente estupradas e forçadas a prostituição, diante desse cenário, após o aumento da discussão sobre o assunto, deram-se início aos projetos e posteriormente as construções de presídios exclusivamente femininos no país (QUEIROZ, 2015). Desse modo,

justamente pelas mulheres representarem uma parcela pequena da população carcerária quando comparada a população masculina, elas são tratadas com indiferença e inferioridade, haja vista que, no ambiente penitenciário, elas não usufruem equitativamente do atendimento que é dado aos homens, sendo este, por sua vez, já muito precário. A impressão que se tem é de que, no cárcere feminino, o processo de ressocialização parece ser ainda mais complexo (SANTORO E PEREIRA, 2018, p. 90).

No desenvolver da obra “Presos que menstruam a brutal vida das mulheres tratadas como homens nas prisões brasileiras”, foram entrevistadas detentas de cinco regiões do país. Segundo relato da autora, não é apenas o governo que impede o debate sobre o assunto, mas também a existência de tabus, os quais são mantidos pelos que se recusam a falar sobre eles, da mesma forma que, a própria sociedade evita falar sobre as mulheres encarceradas (QUEIROZ, 2015).

O Estado negligencia as condições das mulheres no cárcere, despreza as condições de higiene e saúde ínfimas, quando deixa de fornecer papel higiênico, creme dental, absorvente, exames ginecológicos (papanicolau), exames pré-natais para detentas grávidas, “muitas dessas mulheres, por exemplo, juntam miolo de pão para dele se utilizar quando estiverem menstruadas. A luta diária dessas mulheres é por higiene e dignidade” (SANTORO; PEREIRA, 2018, p. 91-92).

Outrossim, ao proferir decisão relacionada ao assunto, a Magistrada da 4ª Vara de Fazenda Pública do Rio de Janeiro, provocou polêmica e repercussão, no momento em que rejeitou ação da Defensoria Pública Estadual que exigia atendimento médico e ginecológico para presas. Ao

fundamentar sua decisão a Magistrada considerou que oferecer o serviço às presas seria dar-lhes um “privilégio” em relação às mulheres em liberdade (UOL NOTÍCIAS, 2015). Por conseguinte,

[...] a elas é destinado o que sobra do sistema prisional masculino: presídios que não servem mais para abrigar os homens infratores são destinados às mulheres, os recursos destinados para o sistema prisional são carreados prioritariamente para os presídios masculinos e, além disso, os presos masculinos contam sempre com o apoio externo das mulheres (mães, irmãs, esposas e ou companheiras), ao tempo que as mulheres presas são abandonadas pelos seus companheiros e maridos. Restando-lhes, apenas, a solidão e a preocupação com os filhos que, como sempre, ficam sob sua responsabilidade (BRASIL, RELATÓRIO FINAL, SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES, 2007, p. 10).

No decorrer da pesquisa elaborada por Saraiva e Vinhas, foram realizadas entrevistas com o intuito de analisar a vida das mulheres no cárcere, chamou a atenção uma detenta que estava no sistema penitenciário pela segunda vez, solteira, com dois filhos, relatou que a única pessoa do núcleo familiar que vai visitá-la é sua mãe, demonstrando a diferença de tratamento entre os gêneros quando suprimidos de liberdade (2019, p. 88). Nessa senda, a entrevistada narrou que,

porqui no momento qui entra naquele portão aqui dentro... acabou tudo... amigos não existi mais... família... praticamente é poca... família qui luta tá ali junto pra vim visita... tá passando por revista.. é poucas na família... como a genti diz *na cadeia dos homi chega dobrá a fila... dá volta na cadeia... na cadeia das mulher tu conta nos dedo as pessoa qui* tão ali... qui é o quê? **SEMPRE** a mãe... o marido... **NUNCA**... né... AH ela tá presa azar dela... o problema é dela qui tá ali... ela cometeu o crime não fui eu tô na rua... tá com otras **né**... então **né**::: tem qui assim tê a cabeça firme **né**... mantê a menti... ih cuidá dos filho... cuidá da família ih... sigui em frenti... levanta a cabeça **né**... ih mostrar qui as mulheres **né**... também tem a dignidade di tá **né**... a frenti di tudo... a frenti



não é só os home... não é quere sê dependenti dos homi... ah não vô trabalha porqui os homi vão tê qui fazê... NÃO... as mulher também TEM esse podê TRABALHÁ pra construi a família SÊ A CHEfi da casa (SARAIVA; VINHAS, 2019, p. 88).

Gardênia detenta entrevistada por Nana Queiroz, revelou que na primeira vez em que foi detida e encarcerada, estava grávida, o que não impediu os maus tratos logo quando foi jogada na viatura. Foram suficientes apenas quatro dias de prisão e, afetada pela pressão emocional e as más condições do cárcere, seu parto foi adiantado em dois meses. Quando finalmente deu-se o nascimento, nem sequer lhe foi permitido fazer um carinho na recém-nascida, conseguindo apenas ver que era uma menina consoante havia afirmado a médica (QUEIROZ, 2015, p. 57-58). Assim sendo,

em cinco dias, Gardênia ganhou alta, mas Ketelyn continuaria internada por mais quinze. Sem visitas. Gardênia pediu para se despedir da filha antes de voltar ao presídio. Os policiais a levaram para o vidro em frente ao berço da garota e disseram que devia dizer seu tchau dali. Chorou em silêncio, jogou um beijinho da janela e engoliu a vontade de abraçá-la (QUEIROZ, 2015, p. 59-60).

Os crimes que envolvem drogas estão relacionados com problemas de saúde pública. Entretanto, a política pública voltada para a repressão ao comércio de entorpecentes é exclusivamente baseada em uma política de criminalização (SANTORO; PEREIRA, 2018, p. 95). Isto posto, Oliveira (2017, p. 108) disserta acerca do aumento do encarceramento das mulheres no Brasil e no estado do Rio Grande do Sul, mencionando a ineficácia do sistema de justiça penal, para tanto, alega que

o aumento dos índices de encarceramento feminino chama atenção, pois também é reflexo do acesso da mulher ao espaço público, ao mercado de

trabalho. O Brasil, na mesma linha norte-americana, apresentou sequencialmente aumentos significativos da sua população carcerária durante as últimas décadas, e a consequente violação dos direitos humanos, fato que levou o país a ser denunciado, em 30 de dezembro de 2014, na Corte Interamericana de Direitos Humanos, tribunal vinculado à Organização dos Estados Americanos (OEA), que determinou uma série de medidas cautelares a serem aplicadas no Presídio Central de Porto Alegre.

O tráfico de drogas é o delito responsável pela imensa maioria dos aprisionamentos das mulheres em situação de cárcere, por serem esposas, mas, ainda mais frequente, amantes de traficantes. Pode-se dizer que são dois os tipos de mulheres ligadas ao tráfico de drogas, “as que cometem o delito ao lado de seus homens e são detidas e aprendidas com eles e as mulheres pressionadas a cometer o delito pelo homem preso, amparadas principalmente pela visita conjugal, que representa uma das obrigações cumpridas aos presos” (OLIVEIRA, 2017, p. 105). Nesse sentido,

segundo o Ministério da Justiça, entre 2007 e 2012, a criminalidade cresceu 42% entre as mulheres – ritmo superior ao masculino. Uma tese em voga entre ativistas da área é a de que a emancipação da mulher como chefe da casa, sem a equiparação de seus salários com os masculinos, tem aumentado a pressão financeira sobre elas e levado mais mulheres ao crime no decorrer dos anos. Dados comprovam a teoria. Os delitos mais comuns entre as mulheres são aqueles que podem funcionar como complemento de renda. [...], tráfico de entorpecentes lidera o ranking de crimes femininos todos os anos no Censo Penitenciário. Os próximos da lista, e para os quais vale o mesmo raciocínio, são os crimes contra o patrimônio, como furtos e assaltos. Os crimes cometidos por mulheres são, sim, menos violentos; mas é mais violenta a realidade que as leva até eles (QUEIROZ, 2015, p. 49-50).

Outrossim, o percentual de mulheres presas pelo comércio ilícito de entorpecentes supera, em mais da metade, a quantidade de homens presos pelo mesmo crime. De acordo com dados do Departamento Nacional

Penitenciário (DEPEN-RS), em julho de 2019 o Rio Grande do Sul apresentava 688 mulheres presas por tráfico de drogas. Já em dezembro do mesmo ano, o número passou para 1.031, o que demonstra que a população carcerária feminina aumentou cerca de 49,85% em cinco meses, em face do narcotráfico (2019).

Cumprir referir, portanto, que o crescimento da criminalidade feminina pode ter relação muito mais com a dinâmica proporcionada pelo tráfico de drogas, ligada aos seus companheiros e decorrente da desigualdade de gênero, do que por uma maior disposição das mulheres para cometer crimes. Assim, os delitos envolvendo o comércio ilícito de drogas, decorrentes de vínculos familiares ou afetivos, aparecem como principais determinantes de crimes praticados por mulheres e o consequente encarceramento das mesmas (SANTORO; PEREIRA, 2018, p. 94).

Por conseguinte, torna-se evidente que o aumento de prisões das mulheres possui relação retilínea com o fato da política implementada contra as drogas privilegiar uma abordagem repressiva em vez de uma política preventiva. Em concordância com o que foi evidenciado nos capítulos anteriores, esse sistema “segue regras que violam diretamente princípios básicos e direitos processuais, ensejando o aumento do percentual carcerário feminino em razão do aumento das prisões cautelares e das restrições de garantias individuais” (SANTORO; PEREIRA, 2018, p. 96).

À vista disso, o encarceramento devido ao tráfico está intimamente ligado ao fato das mulheres ocuparem posições de menor importância, subalternas ou periféricas na estrutura do crime organizado, uma vez que, permanecem mais expostas às ações policiais, e possuem diminutos recursos para negociar sua liberdade quando capturadas pela polícia (SOARES; ILGENFRITZ, 2002). Assim sendo, o aumento das prisões das

mulheres por tráfico, apenas reforça o patriarcado, visto que a guerra contra as drogas, também é uma guerra de gêneros, pois afeta diretamente as mulheres pobres e negras (BOITEUX; TEIXEIRA, 2018).

Helpes menciona os motivos pelos quais as mulheres decidem desenvolver a atividade ilícita e permanecem nela, explicando que,

o interesse em aumentar suas rendas a fim de garantir com menos dificuldades sua sobrevivência e, na maior parte dos casos, de sua família, uma vez que maior parte das presidiárias possui filhos e são responsáveis financeiramente por eles. Após iniciarem seu envolvimento com o tráfico, ainda que em atividades subalternas, percebem que sua renda aumenta em relação aos trabalhos lícitos que desempenhavam anteriormente e esta melhoria em sua condição financeira é elemento fundamental para que permaneçam correndo os riscos da atividade e busquem consolidar suas carreiras no tráfico. Não se trata de afirmar que o tráfico surge somente enquanto uma alternativa ao desemprego. Ele surge também enquanto alternativa a trabalhos altamente precarizados, caracterizados por baixos salários, poucos direitos trabalhistas, que estão, em sua maior parte, direcionados à mão de obra feminina, de baixa escolaridade e sem qualificação profissional. Soma-se a isto a ausência dos pais no cuidado com os filhos e a indisponibilidade de creches públicas, o que dificulta que estas mulheres consigam manter-se no mercado de trabalho legal (2014, p. 179).

Não obstante, de acordo com o que foi evidenciado anteriormente o tipo básico do caput do artigo 33 prevê dezoito condutas que caracterizam o tráfico de drogas e, em razão desta pluralidade de verbos, a aplicação do dispositivo é ampla e com larga margem para falhas. Além disso, com o advento da Lei n. 11.343/06, seguiu-se a tendência de endurecimento das penas, no que se refere ao crime de tráfico de drogas, o delito teve a pena mínima aumentada de três para cinco anos, sem possibilidade de conversão da pena de prisão em pena restritiva de direitos.

Destarte, nota-se que, a política criminal brasileira ainda caminha em pequenos passos, das poucas certezas que se possui é que o aumento do encarceramento não traz resultados positivos para o fim da delinquência feminina e que, na verdade, apenas gera mais violência e exclusão. É importante que se destaque a necessidade de o Estado repensar suas políticas criminais, buscando amenizar o crescimento massivo do encarceramento em relação ao crime de tráfico de drogas.

Diante das argumentações apresentadas, conclui-se que o tema possui ampla esfera de discussão, visto que existe uma cadeia interacional do crime organizado, principalmente em sua atividade no narcotráfico, no qual a participação do gênero feminino vem ganhando destaque nos últimos anos. Os principais fins que conduzem a participação feminina na rede do tráfico de drogas encontram-se evidentemente relacionado com o contexto social e núcleo familiar que estas coabitam, dando ênfase à depreciação do gênero.

### **Considerações finais**

O presente estudo pautou-se na análise dos elevados índices de encarceramento de mulheres pelo crime de tráfico de drogas, e a relação com seu contexto social e núcleo familiar, haja vista que, a imensa maioria das mulheres são detidas com seus esposos e companheiros por servirem como “mulas do tráfico” às facções criminosas, responsáveis por transportar a droga para dentro das casas prisionais, tratando-se de uma posição subalterna, arriscada e precariamente remunerada.

Restou demonstrado que a sociedade se moldou sob parâmetros antiquados, o patriarcado esteve presente ao longo do processo evolutivo da civilização em diferentes momentos históricos e culturais, construindo traços que foram capazes de perdurar no tempo, de modo que a desconstrução do modelo incorporado se tornou complexo,

transformando-se em um traço cultural, alcançando mulheres de diferentes classes e segmentos sociais.

Por meio da análise realizada, demonstrou-se que as mulheres percorreram um árduo caminho até efetivarem em parte seus direitos, e mesmo após anos de reivindicações ainda recebem tratamentos desiguais em razão do gênero. Historicamente as ações em prol do reconhecimento e efetivação dos direitos conquistados foram fundamentais para organização da sociedade.

Também foi possível verificar, que apesar de existirem leis que assegurem os direitos conquistados pelas mulheres, é fundamental a implementação de políticas públicas, em especial, no âmbito da educação, a fim de assegurar as oportunidades de igualdade de condições às mulheres, resguardar a saúde física, mental e o aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

O estudo buscou demonstrar que, as violações enfrentadas por mulheres em situação de cárcere são capazes de desenvolver imensuráveis traumas, com o gravame de que as pessoas molestadas se tornam violentas na mesma proporção, e partir de então, passam a considerar tais condutas como socialmente aceitáveis, uma vez que ao longo de suas vidas, sempre conviveram e sobreviveram a situações de desamparo e desassistência, reprisando com pessoas de seu convívio os episódios de abandono que marcaram suas vidas.

O Estado Democrático de Direito, trouxe ao ordenamento jurídico pátrio o princípio da dignidade da pessoa humana com o intuito de proteger os direitos fundamentais, o mesmo deve ser respeitado em todas as esferas, passando inclusive, e talvez de maneira mais incidente, nos casos dos apenados, já que eles estão diante da privação, e enfrentam inúmeras dificuldades, uma vez que a realidade presente no dia a dia do cárcere é distinta e demasiadamente desumana.

Para tanto, existe a necessidade de rever a política criminal que se utiliza do encarceramento como regra e instrumento de controle social, bem como acerca do duplo desrespeito aos princípios constitucionais fundamentais, seja da igualdade de gênero, seja da dignidade da pessoa humana, que ocorre com as mulheres detentas nas casas prisionais.

Assim, o estudo possibilitou verificar que a falta de igualdade entre gêneros demanda a criação e a execução de políticas públicas, pois não se tratam de problemas que atingem apenas mulheres, mas que desenvolvem a redução de renda, evasão escolar, baixa escolaridade, para culminar em situações de violência, o que também reflete na situação vivenciada pelas mulheres encarceradas, já que além de permanecerem vulneráveis acabam por sofrer abuso e violência policial.

## Referências

ANDRADE, Bruna Soares Angotti Batista de. *Entre as leis da ciência, do Estado e de Deus: o surgimento dos presídios femininos no Brasil*. 2011. Dissertação (Mestrado em Antropologia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo I: fatos e mitos*. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970. Tradução de: Sérgio Milliet.

BÍBLIA Sagrada. 23. ed. São Paulo: Editora Ave Maria Ltda, 1976.

BRASIL, *Código Penal*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 23 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 23 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Estatuto da Mulher Casada*, Lei n. 4.121, 27 de agosto de 1962. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm)>. Acesso em 24 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei do Divórcio*, Lei n. 6.515 de dezembro de 1977. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm)>. Acesso em 28 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8.072/90 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm)>. Acesso em 12 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei Maria da Penha*, Lei n. 11.340, de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>. Acesso em 23 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei de drogas*, Lei n. 11.343, de agosto de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm)>. Acesso em 28 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.505, de novembro de 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13505.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13505.htm)>. Acesso em 28 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.104, de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm)>. Acesso em 28 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei da Importunação Sexual*, Lei n. 13.718, de setembro de 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm)>. Acesso em 28 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – dezembro 2019. *Ministério da Justiça – Departamento Penitenciário Nacional*, Brasília, DF. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em 04 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Relatório final. *Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres*. Brasília, 2008. Disponível em: <[https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/RELATORIO\\_FINAL\\_-\\_vers%C3%A3o\\_97-20031.pdf](https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/RELATORIO_FINAL_-_vers%C3%A3o_97-20031.pdf)>. Acesso em: 02 jun. 2020.



- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 142.177. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 06 de junho de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC142177ementa.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2020.
- BOITEUX, Luciana. TEIXEIRA, Paulo. *A guerra contra as drogas é uma guerra contra as mulheres*. 2018. Disponível em: < <https://www.brasil247.com/blog/a-guerra-contra-as-drogas-e-uma-guerra-contra-as-mulheres>>. Acesso em: 04 de jun. 2020.
- CAMARGO, Luis Cassiano de. *A presença das facções criminosas nos estabelecimentos penais do Rio Grande do Sul*. 2019. 72 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Unijuí, Três Passos, 2019.
- CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.334/06*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CAVALCANTI, Christiane Villela. *A moda de luxo e a mulher em uma capital brasileira*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Administração, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. Disponível em: < [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Administracao\\_CavalcantiCV\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Administracao_CavalcantiCV_1.pdf) >. Acesso em: 26 set. 2020.
- CIPRIANI, Marcelli. Da “Falange Gaúcha” aos “Bala nos Bala”: a emergência das “facções criminais” em Porto Alegre/RS e sua manifestação atual. 2016. *Direito e Democracia*, v. 17, n. 1, p. 106-130, jan./jun. 2016. Disponível em: <<http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2810/229>>. Acesso em: 18 out. 2020.
- COELHO, Renata. *A evolução jurídica da cidadania da mulher brasileira: breves notas para marcar o dia 24 de fevereiro, quando publicado o Código Eleitoral de 1932 e os 90 anos do voto precursor de Celina Viana*. 2018. Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Evoluojuridicadacidadaniadamulherbrasileira\\_RenataCoelho.pdf](http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Evoluojuridicadacidadaniadamulherbrasileira_RenataCoelho.pdf)>. Acesso em: 07 set. 2020.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *O que é o crime de importunação sexual?* 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-o-que-e-o-crime-de>>

importunacao-sexual/#:~:text=O%20crime%20de%20importuna%C3%A7%C3%A3o%20sexual%2C%20definido%20pela%20Lei%20n.,lasc%C3%ADvia%20u%20a%20de%20terceiro%E2%80%9D.>. Acesso em: 07 set. 2020.

DIAS, Maria Berenice. *A mulher no código civil*. 2010. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18\\_-\\_a\\_mulher\\_no\\_c%F3digo\\_civil.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf)>. Acesso em: 23 mai. 2020.

DIÁRIO GAÚCHO. *Quem são e como funciona a quadrilha dos Bala na Cara*. 2014. Disponível em: <<http://diariogaucha.clicrbs.com.br/rs/policia/noticia/2014/09/quem-sao-e-como-funciona-a-quadrilha-dos-bala-na-cara-4588651.html>>. Acesso em: 05 jan. 2021.

DORNELLES, Renato. *Falange gaúcha: o presídio central e a história do crime organizado no RS*. 2. ed. Porto Alegre: Diadorim, 2008.

EL PAÍS. *CBF anuncia igualdade de pagamento de diárias para as seleções de Marta e Neymar*. 2019. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/esportes/2020-09-03/cbf-anuncia-igualdade-de-pagamento-de-diarias-para-as-selecoes-de-marta-e-neymar.html#:~:text=%E2%80%9CDesde%20mar%C3%A7o%20deste%20ano%2C%20a,di%C3%A1ria%20as%20mulheres%20tamb%C3%A9m%20recebem>>. Acesso em: 21 set. 2020.

EL PAÍS. *A Copa do despertar feminista de Marta: “O futebol feminino depende de vocês para sobreviver”*. 2019. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/23/deportes/1561293444\\_607682.html?rel=masAcesso](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/23/deportes/1561293444_607682.html?rel=masAcesso)>. Acesso em: 21 set. 2020.

EXAME, Revista; CERIONI, Clara. *De messageiras a tesoureiras, o que fazem as mulheres do PCC*. 2017. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/de-messageiras-e-tesoureiras-o-que-fazem-as-mulheres-do-pcc/>>. Acesso em: 28 maio 2020.

FARIA, Gabriel Corrêa de. *Fações criminosas e o crime organizado*. 2010. 58 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Uniderp, Campo Grande, 2010.

FORBES, Brasil. *10 mulheres mais ricas do Brasil em 2020*. 2020. Disponível em: <<https://www.forbes.com.br/listas/2020/09/10-mulheres-mais-ricas-do-brasil-em-2020/>>. Acesso em: 26 set. 2020.

FRAGA, P. C. *Tortura contra pessoas acusadas de crime no Rio de Janeiro: A funcionalidade da violência institucional e policial contra os ilegalismos*. Teoria e Cultura, 2006.

GHISLENI, Pâmela Copetti. *O sistema penitenciário brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana*. Revista Direito em Debate, v. 23, n. 42, p. 176-206, 15 abr. 2014.

GLOBO.COM. *Mesmo com queda recorde de mortes de mulheres, Brasil tem alta no número de feminicídios em 2019*. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/03/05/mesmo-com-queda-recorde-de-mortes-de-mulheres-brasil-tem-alta-no-numero-de-femicidios-em-2019.ghtml>>. Acesso em: 07 set. 2020.

GLOBO.COM. *Polícia descobre plano de criminosos para matar juíza e policiais civis no RS*. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2016/11/policia-descobre-plano-de-criminosos-para-matar-juiza-e-policiais-civis-no-rs.html>>. Acesso em: 05 jan. 2021.

HELPEES, S. S. *Vidas em Jogos: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas*. Mestrado—Juiz de Fora, MG: Universidade Federal de Juiz de Fora, 2014.

*Instituto Maria da Penha - IMP*. 2018. Disponível em: <<https://www.institutomariadapenha.org.br/>>. Acesso em: 07 set. 2020.

LERNER, Gerda. *A criação do patriarcado*. São Paulo: Pensamento-cultrix Ltda, 2019. Tradução de: Luiza Sellera. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books?id=1oXVDwAAQBAJ&printsec=frontcover&source=kp\\_read\\_button&redir\\_esc=y&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=true](https://books.google.com.br/books?id=1oXVDwAAQBAJ&printsec=frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=true)>. Acesso em: 19 mai. 2020.

LIMA, Estéfani Raissa de. *Facções criminosas no Brasil: estudo comparativo entre os estados de São Paulo e Rio Grande do Sul*. 2018. 97 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade de Caxias do Sul, Canela, 2018.

LOPES, Alexander N. *et al.* *O princípio da dignidade humana no direito penal juvenil*. 7. Ed. São Paulo: Direito em foco, 2015.

MADALOZZO, Regina. *Gênero e Desigualdade*. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/view/34282/33089>>. Acesso em: 28 set. 2020.

MARTINI, Méry Terezinha; SOUZA, Fernanda. *Mulher do século XXI: conquistas e desafios do lar ao lar*. Universidade Regional de Blumenau (FURB). 2015. Disponível em: <<http://www.uniedu.sed.sc.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/Mary-Terezinha-Martini.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

OLIVEIRA, Camila Belinaso. *A mulher em situação de cárcere: uma análise à luz da criminologia feminista ao papel social da mulher condicionado pelo patriarcado*. Porto Alegre: Editora FI, 2017.

PINTO, Céli Regina Jardim. *Uma história do Feminismo no Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

POLITIZE. *5 Dados Sobre a Participação das Mulheres na Política Brasileira*. 2017. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/participacao-das-mulheres-na-politica-brasileira/>>. Acesso em: 21 set. 2020.

POPPE, Laíla Letícia Falcão. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a função punitiva no Estado Democrático de Direito*. Revista Ius Gentium, Porto Alegre, v. 4, n. 32012, p. 85-100, 2012.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral e parte especial*. 18. Ed. Revista, atualizada e reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

QUEIROZ, Nana. *Presos que menstruam. A brutal vida das mulheres tratadas como homens nas prisões brasileiras*. Rio de Janeiro: Record, 2015.

- ROICHMAN, Carlos Barreto Campello. *Faca, peixeira, canivete: uma análise da lei do feminicídio no Brasil*. 2020. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-49802020000200357&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802020000200357&tlng=pt)>. Acesso em: 07 set. 2020.
- ROCHA, Patrícia. *Mulheres sob todas as luzes: a emancipação feminina e os últimos dias do patriarcado*. Belo Horizonte: Ed. Leitura, 2009.
- SAFFIOTI, Heleieth I.B. *O Poder do Macho*. São Paulo: Moderna, 2001.
- SAFFIOTI, Heleieth I. B. *Gênero, patriarcado, violência*. 2. Reimpressão. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2011.
- SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; PEREIRA, Ana Carolina Antunes. *Gênero e prisão: o encarceramento de mulheres no sistema penitenciário brasileiro pelo crime de tráfico de drogas*. 2018. Disponível em: <[file:///C:/Users/USU%C3%81RIO/Downloads/5816-19145-1-PB%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/USU%C3%81RIO/Downloads/5816-19145-1-PB%20(3).pdf)>. Acesso em: 02 jun. 2020.
- SARAIVA, Nathiele Sandi; VINHAS, Luciana Iost. *A mulher em situação de cárcere: gênero e processos de significação*. Entrepalavras, [s.l.], v. 9, n. 2, p. 79, 30 ago. 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SENADO FEDERAL. *Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil*. Relatório Final. Brasília: Senado Federal, 2013. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/relatorio-final-da-comissao-parlamentar-mista-de-inquerito-sobre-a-violencia-contras-mulheres>> Acesso em: 23 mai. 2020.
- SILVA, César Dario Mariano da. *Lei de Drogas Comentada*. 2. ed. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SAMPARO, Ana Julia Fernandes. *Os direitos da mulher no mercado de trabalho: da discriminação de gênero à luta pela igualdade*. 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/USU%C3%81RIO/Downloads/7233-Texto%20do%20artigo-33715-1-10-20171228.pdf.>. Acesso em: 26 set. 2020.

SOARES, B. M., & ILGENFRIT, I. *Prisioneiras: vida e violência atrás das grades*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SOARES, Barbara M. Retrato das mulheres presas no Estado do Rio de Janeiro, 1999-2000. Boletim Segurança e Cidadania, n. 1, julho de 2002. Disponível em: <<https://www.ucamcesec.com.br/wp-content/uploads/2016/03/boletim01.pdf>>. Acesso em: 04 de jun. 2020.

UOL, Notícias. *Juíza nega mais ginecologistas para presas e gera polêmica no Rio*. 2015. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2015/09/22/juiza-nega-mais-ginecologistas-para-presas-e-gera-polemica-no-rio.htm>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

## **O benefício da aposentadoria e o princípio da dignidade humana: perspectivas da pessoa transgênero**

*Franciele Bordignon Dalla Costa*<sup>1</sup>  
*Edimara Sachet Risso*<sup>2</sup>

### **1 Introdução**

Este trabalho registra o resultado de estudos sobre a aposentadoria da pessoa transgênero. Frente à lacuna legislativa, discutir o assunto torna-se ainda mais revelante, visto que direitos assegurados constitucionalmente carecem de efetivação.

A Previdência Social, subsistema da Seguridade Social, protege o trabalhador diante de determinadas contingências, entretanto, o benefício da aposentadoria se molda de acordo com o modelo binário e, portanto, não considera a pessoa trans. Nesse contexto, a inércia do Estado acaba por fortalecer a discriminação existente.

Justifica-se a escolha do tema pela necessidade de desmistificar a problemática em que está envolta a população trans e, também, para demonstrar a incongruência entre os objetivos da Previdência e a realidade atual. Abordar o tema é uma tentativa de implementar empatia, respeito, mas, em especial, promover igualdade jurídica, pois não basta enxergar a discriminação e silenciar-se, já que é a partir de ações que a realidade pode ser transformada.

---

<sup>1</sup> Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo - Campus Casca.

<sup>2</sup> Professora na Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, titular da disciplina de Direito Previdenciário, Mestra em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru/SP. edimara@upf.br. Currículo na plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4217221415921414>.

Os objetivos consistem em demonstrar o caráter protetivo do sistema da Previdência Social, bem como suas particularidades; analisar os conceitos de sexo e gênero a fim de compreender as perspectivas daquele que não se identifica com o sexo biológico e, finalmente, o estudo de casos de concessão do benefício da aposentadoria à pessoa trans.

## **2 A Previdência Social frente aos avanços sociais**

A Previdência Social é um dos pilares do tripé da Seguridade Social que é, ainda, composta pela Saúde e pela Assistência Social. Enquanto a Saúde e Assistência Social são constitucionalmente asseguradas a todos, a Previdência Social possui natureza contributiva e filiação obrigatória. Desse modo, só ao contribuinte é garantido o que dispõe o artigo 201<sup>3</sup> da Constituição Federal.

A análise do tema é feita a partir do sistema da Seguridade Social, bem como da Previdência Social, pois, diante da tarefa de compreender o benefício da aposentadoria para a pessoa transgênero<sup>4</sup>, é necessário entender o avanço do sistema e as mudanças da sociedade.

### **2.1 A Seguridade Social**

A proteção social é o conjunto articulado e organizado de medidas que, a partir da aplicação de técnicas diferenciadas, irão assegurar a concessão de prestações pecunárias ou em espécie nas situações de necessidade econômica ou social, decorrentes de riscos legalmente tipificados ou, então, pelo reconhecimento de existência insuficiente de

---

<sup>3</sup> Artigo 201 da Constituição Federal: “A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: I - cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada; II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no §2º.”

<sup>4</sup> Neste trabalho, optou-se pela utilização do termo “trans” como forma de contemplar a vivência do gênero a partir de identidade e funcionalidade, conforme conceituação instruída por Jesus (2012, p. 10).



recursos ou de disposições sociofamiliares (NEVES, 2001 apud PANCOTTI, 2020, p. 75).

Para Augusto Massayuki Tsutiya (2013, p. 38), as origens da proteção social vão desde o mutualismo, em que a contribuição gerava retorno se assim necessário; do modelo bismarckiano, que introduziu diversos seguros a partir da renúncia obrigatória de trabalhadores que contribuía para, posteriormente e, caso indispensável, haver retorno; e do modelo beveridgiano que, após o colapso da bolsa de valores de Nova York em 1929, precisou surgir.

O Presidente Roosevelt colocou em prática a política do *New Deal* (Novo Acordo), inspirado na filosofia do *Welfare State* (Estado do Bem-Estar Social), com base na ideia de que o Estado Democrático deve assegurar a cada cidadão um nível de vida digno e priorizar o bem-estar social. Para que o *New Deal* fosse implantado, foi criado o Social Security Act que, em 1935, tornou-se a Seguridade Social americana (TSUTIYA, 2013, p. 39).

A diferença entre os modelos bismarckiano e beveridgiano está na inexistente obrigatoriedade de contribuição no modelo beveridgiano. Além disso, todo cidadão é incluído no sistema e não somente os que contribuem, oposto do que ocorre no modelo bismarckiano. Augusto Massayuki Tsutiya (2013, p. 40) aduz, ainda, que o sistema acabou por prosperar pelos continentes, mas que no Brasil a Seguridade Social foi incorporada somente em 1988 com a Constituição Federal.

Ocorre que, a partir de uma leitura do texto normativo constitucional, percebe-se que o modelo beveridgiano não foi adotado totalmente no país, pois há obrigatoriedade de contribuição para acesso à Previdência Social.

Celso Barroso Leite (1975, p. 19) expõe que o seguro social para os empregados e trabalhadores autônomos da cidade existe desde 1923.

O sistema da Seguridade Social, formado pela Previdência Social, Saúde e Assistência Social, quando se refere à Saúde e à Assistência Social, possui caráter universal, mas, ao tratar da Previdência Social, possui, além de filiação, contribuição obrigatória.

Para Marisa Ferreira dos Santos (2019, p. 45), a Seguridade Social é “[...] um dos instrumentos de preservação da dignidade da pessoa humana e de redução das desigualdades sociais e regionais, que são respectivamente fundamento e objetivo do Estado Democrático de Direito”.

Os princípios, dada sua importância, merecem atenção especial e, embora exista divergência acerca da sua normatividade, são fundamentos que ajudam na compreensão do tema. São classificados em gerais, constitucionais e específicos da Previdência Social (DIAS; MACÊDO, 2012, p. 98). Os princípios específicos da Previdência Social serão abordados posteriormente.

Os princípios gerais são o princípio da solidariedade, princípio da obrigatoriedade, princípio da universalidade, princípio da unidade, princípio da suficiência ou efetividade e princípio da supletividade ou subsidiariedade.

O princípio da solidariedade “é o reconhecimento de que a ação individual não é suficiente para debelar as necessidades decorrentes das contingências sociais, razão da ação comum” (DIAS; MACÊDO, 2012, p. 98-99), coisa que perfectibiliza o pensamento de que o Estado deve agir perante o indivíduo que carece de proteção.

A natureza solidária do sistema é percebida diante da distribuição do ônus contributivo, por exemplo, já que quem tem mais, contribui mais e fica nítida a relação do princípio da solidariedade com o princípio da obrigatoriedade, pois a prestação de socorro ocorre, primeiramente, aos que mais necessitam e com o objetivo de que nas ações de seguridade

social haja participação dos membros da coletividade, esta deve ser imposta obrigatoriamente (DIAS; MACÊDO, 2012, p. 99).

Todos os residentes no país fazem jus às prestações do sistema (PANCOTTI, 2020, p. 97) e, no mesmo sentido, compreendem Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro de Macêdo (2012, p. 100), visto que aquele atingido por uma contingência que gere necessidades sociais tem o direito à proteção do Estado.

O princípio da universalidade compreende a universalidade objetiva e a universalidade subjetiva. A primeira, refere-se às contingências sociais cobertas pela Seguridade Social. A segunda, impõe que todos da comunidade sejam protegidos pelo sistema, sem qualquer discriminação (DIAS; MACÊDO, 2012, p. 100). Já, o princípio da supletividade ou subsidiariedade, diz respeito ao agir da Seguridade Social quando o indivíduo não é capaz de prover seu sustento.

Além disso, os princípios dispostos no parágrafo único do artigo 194<sup>5</sup> da Constituição Federal merecem destaque. Há autores que compreendem que os princípios são apresentados em fases, sendo elas a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. “Vivemos, presentemente, a fase pós-positivista, a época em que a parte dogmática das constituições é um elenco de princípios, princípios esses de total eficácia e aplicação” (DIAS; MACÊDO, 2012, p. 103).

Francisco Pablo Feitosa Gonçalves (2012, p. 290) explica que os princípios não se resumem e nem se reduzem ao texto positivo, isso pois se a norma na qual se encontra positivado o princípio deixar de existir,

---

<sup>5</sup> Artigo 194 da Constituição Federal: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao poder público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento; VII - caráter democrático e descentralizado a gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados.”

este segue existindo, já que os princípios normalmente consistem na tradução de valores vigentes e podem ser decantados das normas.

Haja vista a normatividade dos princípios constitucionais, inclusive a Seguridade Social os interpreta e deles se utiliza. “A seguridade social, portanto, deverá ser interpretada, aplicada e conformada sempre tendo presente o objetivo do bem-estar e da justiça social, sob pena de ser decretado inconstitucional o ato que fira esse objetivo” (DIAS; MACÊDO, 2012. p. 105).

O princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, segundo André Studart Leitão (2018, p. 50), trata-se da dimensão subjetiva da universalidade, pois se refere aos titulares do direito à proteção. Pode-se entender, portanto, que a Seguridade Social protege a todos, dado seu caráter universal, contudo, no subsistema da Previdência Social, só há proteção ao contribuinte.

Em face da igualdade assegurada na Constituição Federal, os princípios da uniformidade e da equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais demonstra, além da igualdade presente no Estado Democrático de Direito, o reforço ao princípio da unidade (DIAS; MACÊDO, 2012, p. 44). Tais princípios, quando adotados em 1988, corrigiram discrepâncias como, por exemplo, o fato de as mulheres rurais, sob a égide da Lei Complementar 11/1971, não serem seguradas da Previdência Social, somente os homens eram aptos a perceber aposentadoria (PANCOTTI, 2020, p. 98-99).

A universalidade presente no sistema da Seguridade Social se liga diretamente ao princípio da seletividade e da distributividade na prestação dos benefícios e serviços, mas de maneira delimitativa. Enquanto a seletividade trata da otimização do sistema por meio da escolha de prestações que implementem os valores consagrados na Ordem Social, a distributividade diz respeito à sensibilidade do legislador para socorrer

primeiramente os mais necessitados socialmente. Assim, a seletividade limita a universalidade de cobertura e a distributividade restringe a universalidade de atendimento (DIAS; MACÊDO, 2012, p. 107).

Denota-se, então, que a seletividade e a distributividade, conjuntamente, fazem com que o sistema, além de efetivo, concretize o princípio da solidariedade.

A classificação de prestações previdenciárias demonstra a irredutibilidade do valor aplicada aos benefícios, pois estes se referem a uma obrigação de pagar, enquanto os serviços se referem a uma obrigação de fazer, ou seja, um benefício não pode ser reduzido em seu valor monetário (LEITÃO, 2018, p. 56). O princípio da irredutibilidade, portanto, equivale à intangibilidade do salário dos empregados, ou seja, o benefício concedido pela Previdência Social ou Assistência Social não pode ter seu valor nominal reduzido, nem ser objeto de desconto, salvo determinações legais (CASTRO; LAZZARI, 2019, p. 73).

Ademais, há a possibilidade de o beneficiário receber o mesmo valor de benefício durante vários anos. André Studart Leitão (2018, p. 56) expõe que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é restrito pois, com base no §4<sup>6</sup> do artigo 201 da Constituição Federal, há necessidade de revisões periódicas da prestação previdenciária e, desse modo, trata-se de obrigação negativa. Ou seja, não há irredutibilidade real no benefício, sendo que, ao considerar o disposto no artigo 194 da Constituição Federal, não há irredutibilidade nominal nos benefícios prestados pela Seguridade Social.

Há distinção entre valor nominal e valor real, pois nominal significa dizer que o valor expresso em números não pode ser reduzido, enquanto

---

<sup>6</sup> Parágrafo 4º do artigo 201 da Constituição Federal: “É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei”

o valor real significa que o poder aquisitivo deve ser mantido (VIANNA, 2014, p. 18).

Nesse sentido, o princípio da equidade na forma de participação no custeio é “norma principiológica em sua essência, visto que a participação equitativa de trabalhadores, empregadores e Poder Público no custeio da seguridade social é meta, objetivo, e não regra concreta” (CASTRO; LAZZARI, 2019, p. 73). Há um escalonamento dos contribuintes em faixas contributivas de acordo com suas condições fiscais (PANCOTTI, 2020, p. 104).

A partir da visão de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2019, p. 73), o objetivo com a adoção do princípio da equidade é garantir aos hipossuficientes a proteção social, exigindo destes, quando possível, contribuição equivalente ao seu poder aquisitivo. A contribuição empresarial terá maiores valores e percentuais, já que a classe empregadora possui maior capacidade contributiva.

Augusto Massayuki Tsutiya (2013, p. 75-76) corrobora os dizeres de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, pois afirma que o princípio da equidade está ligado à capacidade contributiva e, portanto, as alíquotas estão de acordo com a situação de cada contribuinte, havendo alíquotas desiguais para contribuintes em situação desigual, coisa que se interliga, inclusive, ao princípio da isonomia.

Contudo, Marisa Ferreira dos Santos (2019, p. 43) compreende que o princípio não corresponde exatamente ao princípio da capacidade contributiva, sendo o conceito de equidade ligado à ideia de “justiça”, não à justiça relacionada às possibilidades de contribuir, mas sim à capacidade de gerar contingências que serão cobertas pelo sistema. Assim, a atividade exercida pelo indivíduo deve ser o fator a ser considerado, pois quanto maior a probabilidade da atividade gerar contingência com cobertura, maior deverá ser a contribuição.

O parágrafo 9<sup>07</sup> do artigo 195 da Constituição Federal demonstra que a disposição sobre as alíquotas são diferentes em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho.

É fundamental lembrar que o sistema da Seguridade Social recebe contribuições do subsistema da Previdência Social, pois esta possui caráter obrigatoriamente contributivo. Assim, faz-se a análise do princípio da diversidade da base de financiamento, conforme estabelece o artigo 195<sup>8</sup> da Constituição Federal. Prejudicada, pois, a possibilidade de estabelecer-se o sistema não contributivo, decorrente da cobrança de tributos não vinculados, visto que o financiamento deve ser feito por meio de diversas fontes (CASTRO; LAZZARI, 2019, p. 73).

As contribuições advindas da Previdência Social são indispensáveis para a manutenção de todo o sistema, pois evitam que, diante da retração de um determinado setor, haja diminuição dos recolhimentos e colapso do pagamento das prestações (PANCOTTI, 2020, p. 105).

André Studart Leitão (2018, p. 61) leciona que o princípio possui duplo significado, tanto a diversidade subjetiva, quanto a diversidade objetiva. Ao considerar a subjetiva, o sistema é suportado por mais de um sujeito, já que várias pessoas contribuem, enquanto na objetiva vários motivos dão razão à incidência de contribuição.

---

<sup>7</sup> §9º, Artigo 195 da Constituição Federal: "As contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho."

<sup>8</sup> Artigo 195 da Constituição Federal: "A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; III - sobre a receita de concursos de prognósticos. IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar."

Por fim, o caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários, aposentados e pensionistas, é o último dos princípios consolidados no artigo 194 da Constituição Federal. “Percebe-se que há quatro classes interessadas na administração do sistema, de onde se extrai a composição quadripartite dos órgãos colegiados” (LEITÃO, 2018, p. 63), sendo os trabalhadores, empresários (empregadores), aposentados e pensionistas e o governo a comporem a gestão quadripartite da Seguridade Social.

Com base no dispositivo legal, conselhos de composição colegiada foram criados, como é o caso do Conselho Nacional de Previdência Social (CNPS), instituído por meio da Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991, que se trata de órgão superior de deliberação colegiada no âmbito da Previdência Social. Embora o artigo 194 da Constituição Federal não disponha sobre os pensionistas como integrantes da gestão quadripartite, estes integram o Conselho Nacional de Previdência Social e, portanto, também colaboram na gestão do sistema da Seguridade Social (LEITÃO, 2018, p. 65-66; SANTOS, 2021, p. 88).

O princípio em comento consolida-se, ainda, no artigo 10<sup>9</sup> da Constituição Federal e, aliando à democratização ao processo, ocorre a descentralização, já que não haverá participação eficaz dos trabalhadores em uma estrutura centralizada e burocrática (TSUTIYA, 2013, p. 78).

Nota-se que o sistema da Seguridade Social é, desde seu início, caracterizado pelo objetivo de proteção e, também, por preservar a dignidade do ser humano.

---

<sup>9</sup> Artigo 10 da Constituição Federal: “ Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação. ”



O princípio da universalidade, por exemplo, corrigiu a diferenciação com que eram tratados os homens e as mulheres rurais, já que, conforme exposto, somente os homens eram considerados aptos a perceber aposentadoria. Desse modo, é a efetivação do princípio da universalidade que concretiza o direito social à igualdade disposto no texto constitucional.

A evolução protetiva do sistema é percebida também com a adoção do princípio da equidade. Há consciência de que a realidade social não permite a todos as mesmas condições e, em face disso, é exigida, quando possível, a contribuição de acordo com o poder aquisitivo dos hipossuficientes. Assim, o objetivo primordial de proteção social torna-se a realidade, inclusive, para aquele que possui capacidade contributiva inferior aos demais.

Portanto, ao considerar os princípios atinentes ao sistema, fica nítida a sua preocupação com o bem-estar e a justiça social. Logo, a partir de tais princípios, os objetivos da Seguridade Social são, em tese, concretizados e visualizados na realidade dos segurados.

## **2.2 A Previdência Social**

A Previdência foi composta, inicialmente, por Caixas que correspondiam a cada companhia de estrada de ferro, tendo evoluído para Institutos que abrangiam os trabalhadores da mesma atividade. Em 1936, as Caixas que totalizavam um número de 186, reuniram-se numa única, coisa que, posteriormente, gerou um Instituto de âmbito nacional para os trabalhadores de mesma profissão (LEITE, 1975, p. 20).

O subsistema da Previdência Social, integrador da Seguridade Social, possui organização na forma de regime geral, caráter contributivo e filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, conforme disciplina o artigo 201 da Constituição Federal.

O sistema garante que, diante de eventos de infortúnica ou aqueles que a lei considera que necessitem de amparo financeiro, as pessoas vinculadas a algum tipo de atividade laborativa e seus dependentes estejam resguardados (CASTRO; LAZZARI; 2019, p. 44).

Tais situações são as contingências que possuem cobertura previdenciária, sendo elas: a cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada; proteção à maternidade; proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

Há contribuição para que, diante de contingência, o contribuinte receba as prestações. “Além da necessidade do recolhimento das contribuições previdenciárias (espécie do gênero contribuições sociais), a Constituição da República de 1988 impõe a obrigatoriedade de filiação ao regime de previdência social” (LEITÃO, 2018, p. 110). Ou seja, não é facultado ao trabalhador filiar-se ao sistema da Previdência Social, sendo, na verdade, obrigatório.

A Previdência difere, portanto, dos demais integrantes do Sistema da Seguridade Social na forma de seu custeio. Enquanto a Saúde e Assistência Social são asseguradas a todos sem que haja contribuição, a Previdência Social exige, além da filiação obrigatória, contribuições para que, diante das situações elencadas no artigo 201 da Constituição Federal, haja proteção ao beneficiário.

A Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991 dispõe em seu artigo 18<sup>10</sup> sobre o plano de benefícios da Previdência Social e traz conceitos e institutos

---

<sup>10</sup> Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços: I - quanto ao segurado: a) aposentadoria por invalidez; b) aposentadoria por idade; ~~c) aposentadoria por tempo de serviço;~~ c) aposentadoria por tempo de contribuição; d) aposentadoria especial; e) auxílio-doença; f) salário-família; g) salário-maternidade;

importantes para a devida utilização das ferramentas do Direito Previdenciário.

Conforme o artigo 10<sup>11</sup> da lei em comento, os beneficiários do RGPS são classificados em segurados e dependentes, logo, beneficiário é o gênero do qual são espécies os segurados e os dependentes (LEITÃO, 2018, p. 125).

Marisa Ferreira dos Santos (2019, p. 90) expõe que a relação jurídica entre o segurado e a Previdência Social inicia-se com o seu ingresso no sistema, enquanto a relação jurídica entre o dependente e a Previdência Social só ocorre quando já não há mais possibilidade de relação com o segurado, visto que não há hipótese para cobertura concomitante para segurado e dependente.

A vinculação do segurado ocorre em face do exercício de atividade laborativa ou por recolhimento voluntário de contribuição, enquanto o dependente é vinculado ao segurado, logo, a sua vinculação ao regime é reflexa (DIAS; MACÊDO, 2012, p. 37; LEITÃO, 2018, p. 125).

Tal vinculação pode ser obrigatória ou voluntária. Para o segurado obrigatório, há automaticidade da filiação, ou seja, basta exercer atividade remunerada que imponha filiação obrigatória ao RGPS para que o indivíduo, independentemente de sua vontade, recolha contribuições previdenciárias (LEITÃO, 2018, p. 125-126).

Diferente é a situação do segurado facultativo, visto que a sua vinculação depende de ato volitivo. Enquadra-se na categoria de segurado facultativo, aquele que não exerce atividade remunerada e contribui voluntariamente para a Previdência, sendo que o efeito de tal vinculação somente ocorre a partir da inscrição e do primeiro recolhimento. A filiação, contudo, não retroage e não é permitido o pagamento de contribuições que

---

h) auxílio-acidente; i) ~~abono de permanência em serviço~~; l - quanto ao dependente: a) pensão por morte; b) auxílio-reclusão;

<sup>11</sup> Art. 10. Os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social classificam-se como segurados e dependentes, nos termos das Seções I e II deste capítulo.

são relativas a competências anteriores à data da inscrição, com exceção para o caso de recolhimento trimestral das contribuições (DIAS; MACÊDO, 2012, p. 46; LEITÃO, 2018, p. 160).

A filiação é a vinculação jurídica entre a pessoa física e o RGPS, sendo somente o segurado a filiar-se. Já, a inscrição é o ato formal de cadastramento do beneficiário e tanto segurado quanto dependente inscrevem-se perante o regime (LEITÃO, 2018, p. 165).

O Regime Geral de Previdência Social é regulado pela Lei nº 8.213/1991, é de filiação compulsória e automática para os segurados obrigatórios, ou seja, todos os trabalhadores da iniciativa privada; trabalhadores que possuem relação de emprego; os trabalhadores autônomos; eventuais ou não; os empresários individuais e microempreendedores individuais ou sócios de empresas e prestadores de serviços remunerados por *pro labore*; trabalhadores avulsos; pequenos produtores rurais e pescadores artesanais trabalhando em regime de economia familiar e, ainda, para os agentes públicos que ocupam exclusivamente cargos em comissão, garimpeiros, ministros de confissão religiosa, etc.

É o único regime previdenciário compulsório que permite que trabalhadores, sem obrigatoriedade e sem regime próprio de previdência, inscrevam-se no Regime como segurados facultativos, em obediência ao princípio da universalidade de atendimento (CASTRO; LAZZARI, 2019, p. 84).

Os agentes públicos que ocupam exclusivamente cargos em comissão contribuem ao Regime Geral de Previdência Social, já aqueles que possuem cargos efetivos têm suas contribuições vertidas a Regime Próprio.

Disposto na Lei nº 9.717/1998, o Regime Próprio é aquele que “assegure por lei, inclusive constituição estadual ou lei orgânica distrital

ou municipal, a servidor público pelo menos as aposentadorias e pensão por morte previstas no artigo 40 da CF/88” (LEITÃO, 2018, p. 668). O preceito constitucional expõe, inclusive, o caráter contributivo do Regime Próprio.

Salienta-se, porém, que o regime é instituído de acordo com o *animus* do ente federativo, já que o inciso XII<sup>12</sup> do artigo 24 da Constituição Federal disciplina a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre a previdência social, cabendo, então, aos Municípios fazê-lo de modo suplementar (LEITÃO, 2018, p. 668-669). Assim, fica evidente que o Regime Próprio de Previdência Social visa proteger o servidor titular de cargo efetivo, sendo este o indivíduo aprovado em concurso público que e é regido por um estatuto funcional (LEITÃO, 2018, p. 669).

Há regime próprio também aos agentes públicos de cargos vitalícios como, por exemplo, os magistrados, conforme leitura da Emenda Constitucional nº 20 de 15 de dezembro de 1998 (CASTRO; LAZZARI, 2019, p. 85).

Ainda, em razão da autonomia político-administrativa de cada um dos Entes da Federação, cabe à União normatizar e fazer cumprir a regra em relação aos seus servidores públicos; a cada Estado-membro da Federação e ao Distrito Federal, em relação a seus servidores públicos estaduais ou distritais; e a cada Município, em relação aos seus servidores públicos municipais. Coisa que gera, por consequência, a existência de milhares de Regimes de Previdência Social na ordem jurídica vigente (CASTRO; LAZZARI; 2019, p. 85).

Além do Regime Geral de Previdência Social e dos Regimes de Previdência de Agentes Públicos ocupantes de Cargos Efetivos e Vitalícios

---

<sup>12</sup> Inciso XII do artigo 24 da Constituição Federal: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XII - previdência social, proteção e defesa da saúde”.

(Regimes Próprios), destaca-se o Regime de Previdência Complementar, regulado pela Lei Complementar nº 109/2001.

Para os regimes complementares, o objetivo é complementar a renda de aposentadoria, já que para os trabalhadores vinculados ao RGPS, por exemplo, há proteção limitada. Sendo assim, os regimes complementares funcionam como pilares que complementam a proteção social a fim de assegurar maior dignidade ao trabalhador quando de sua aposentação (LEITÃO, 2018, p. 711).

As entidades do Regime de Previdência Complementar dos trabalhadores da iniciativa privada dividem-se em fechadas e abertas (CASTRO; LAZZARI, 2019, p. 88). Ademais, para tornar-se participante do regime de uma entidade fechada, é necessário preencher os requisitos exigidos por essa, enquanto para tornar-se participante do regime de uma entidade aberta, a adesão voluntária é o suficiente.

Há diferença no custeio dos planos do regime em estudo, pois os planos de previdência complementar de entidades fechadas terão suas contribuições feitas pelos participantes que, no caso, são os trabalhadores que aderem ao regime, dos assistidos (dependentes de trabalhadores que possam aderir) e do patrocinador (empregador), já os planos de previdência complementar de entidades abertas terão seu custeio baseado nos aportes do trabalhador que opte pelo regime, ou seja, uma cotização individual (CASTRO; LAZZARI, 2019, p. 88).

Conforme já mencionado, há também o Regime dos Militares das Forças Armadas. Há duas espécies de militares, sendo Militares da União os integrantes das Forças Armadas e Militares dos Estados, do Distrito Federal e Territórios os integrantes das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (LEITÃO, 2018, p. 717).

A Emenda Constitucional nº 18 de 05 de fevereiro de 1998 exclui os militares do gênero de servidores públicos e, também, prevê tratamento

distinto aos Militares da União, coisa que implica, inclusive, nos regimes previdenciários (LEITÃO, 2018, p. 717). André Studart Leitão (2018, p. 718), adverte que, em relação aos militares, utilizar o termo “inatividade” é mais adequado do que aposentadoria, pois o militar permanece vinculado à profissão, podendo ocorrer duas hipóteses: a reserva e a reforma.

No caso da Reforma, a obrigação de retornar ao serviço não mais existe, o que ocorre no caso da idade ou por incapacidade física. Conclui-se que os militares em inatividade, observados a condição física e o limite de idade para a reforma, encontram-se em disponibilidade remunerada. A passagem para a inatividade pode-se dar de forma voluntária ou involuntária, denominada *ex officio*. São critérios para a passagem para a inatividade dos militares integrantes das Forças Armadas: (1) Voluntariamente: após completar 30 anos de serviço; (2) *Ex officio*: ao atingir a idade limite de permanência no serviço ativo (variável com o posto ou graduação), ou quando apresentar problema de saúde que o incapacite para o serviço ativo.

Evidente que o Regime dos Militares das Forças Armadas não coaduna com a isonomia consolidada no texto constitucional, já que há diferenciação entre os servidores civis e militares nos índices de majoração, bem como em relação a época de concessão do benefício (CASTRO; LAZZARI, 2019, p. 91).

### **3 Diversidade**

A constante mudança da sociedade é reflexo da mutabilidade do ser humano. Adentrar nas conceituações de sexo e gênero tende a demonstrar a evolução com que o assunto é tratado e, ainda, ao abordar a realidade da pessoa trans, visualiza-se a necessidade de desmistificar o tema.

O modelo binário adotado pela legislação brasileira considera que se é homem ou mulher, mas as novas definições existentes demonstram que tal enquadramento já não comporta a realidade. É sobre essas questões que se ocupa este capítulo.

### **3.1 Sexo e gênero: definições que importam**

O que é sexo? O que é gênero? As respostas para esses questionamentos ainda confundem a sociedade e geram discussão entre os estudiosos do tema.

O assunto é pouco divulgado no campo jurídico-acadêmico de graduação e permanece envolto em preconceito. Distinguir sexo biológico e expressão de gênero é fundamental para reconhecer as diferenças em conformidade com o princípio da igualdade material (MAIA; XEREZ, 2018, p. 496).

A determinação de gênero/sexo deve ser analisada de modo complexo e por meio de uma análise pluridimensional, que permita classificar sua determinação genética, gonádica<sup>13</sup>, somática, legal, de criação e psicossocial (PERES, 2001 apud PANCOTTI, 2020, p. 40).

São reconhecidos quatro diferentes tipo de sexo, sendo eles: macho – quando o indivíduo nasce com um pênis e órgãos reprodutores masculinos; fêmea – quando o indivíduo nasce com uma vagina e órgãos reprodutores femininos; intersexuado – quando nasce com uma combinação imprecisa de pênis e vagina; e nulo – quando a pessoa nasce destituída de qualquer traço genital preciso (LANZ, 2014, p. 39).

Para Letícia Lanz (2014, p. 329), sexo é o conjunto de características corporais que diferenciam os machos e as fêmeas e que possibilita a

---

<sup>13</sup> O mesmo que gonadal. Refere-se à glândula sexual que produz os gametas e secreta os hormônios, sendo o testículo a gônada masculina e o ovário a gônada feminina.



reprodução. É herdado biologicamente por meio do par de cromossomos X e Y, que definirão a genética do indivíduo.

No mesmo sentido, leciona Daniel Borrillo (2010, p. 292), pois, com o nascimento, atribui-se à criança uma classe sexual que, em regra, é irreversível e, a partir desta, há uma classificação durável e uma socialização diferenciada. A *summa divisio* é percebida como natural e inevitável, visto que é supostamente baseada num fator biológico.

As construções sociais sobre gênero e sexo culminaram em novos entendimentos sobre a temática. Heleieth Iara Bongiovani Saffioti (1987, p. 10), por exemplo, há mais de 30 anos afirmou que, rigorosamente, os seres humanos nascem machos ou fêmeas.

Contudo, o entendimento restrito de que se é macho ou fêmea já não comporta as percepções da sociedade atual. Letícia Lanz (2014, p. 39) expõe que existem quatro diferentes tipos de sexo reconhecidos, sendo que a mutabilidade humana possibilita novas definições no decorrer do tempo.

As concepções sociais atribuem papéis a serem cumpridos para cada categoria de sexo, logo, com precisão são delimitados espaços em que a mulher pode atuar, do mesmo modo em que são escolhidos aqueles para que o homem opere (SAFFIOTI, 1987, p. 10).

Em termos biológicos, o sexo parece intratável, enquanto o gênero é uma construção cultural. A distinção entre sexo e gênero, portanto, potencializa a contestação da noção de sujeito, pois expõe que o gênero é uma interpretação múltipla do sexo. Assim, já que o gênero é uma construção cultural repleta de significados próprios assumidos pelo corpo, não se pode afirmar que decorre do sexo (BUTLER, 2003, p. 24).

No Direito, o sexo está presente como uma instituição de origem patriarcal, sendo os pilares do poder jurídico constituídos pela subordinação das mulheres e das crianças, bem como pela injunção à heterossexualidade (BORRILLO, 2010, p. 296).

O indivíduo ter nascido fêmea, logo, com uma vagina, elemento corporal que o poder/saber toma como verdadeiro, natural e fundamental não é o que determina o comportamento feminino mas, na verdade, a existência de um comportamento feminino socialmente sancionado que determina a existência da fêmea como um sexo verdadeiro, natural e fundamental (BUTLER, 1999 apud LANZ, 2014, p. 54-55).

O sexo biológico, por si mesmo, não determina o comportamento social das pessoas. O comportamento humano é aprendido por meio de um lento e complexo processo de socialização, ou seja, não é herdado geneticamente. Assim, não é o sexo macho que determina o comportamento masculino de um indivíduo, mas o que ele aprendeu socialmente que é ser macho, numa determinada sociedade, época e lugar do planeta (LANZ, 2014, p. 329-330).

Segundo Joan Wallach Scott (1995, p. 72), o termo gênero é uma construção da sociedade. Originou-se no movimento feminista, sendo empregado, inicialmente, no sentido de organização social da relação entre os sexos. Com a evolução do feminismo, o conceito foi modificado em momentos chamados de ondas.

A primeira onda considera que tanto o sexo quanto o gênero têm origem biológica, logo, o que difere homens e mulheres é resultado de fatores naturais, atributos geneticamente herdados que definem tanto características físicas quanto características sociopsicológicas (LANZ, 2014, p. 42).

A segunda onda defende que o gênero é resultado do longo processo de aprendizado social de um indivíduo e que a diferenciação básica entre sexo é de natureza biológica e gênero, portanto, seria uma construção social (LANZ, 2014, p. 42).

Já para a terceira onda, tanto gênero quanto sexo são meros discursos normativos que têm base no dispositivo binário de controle social, ou seja,

não estão ligados a um determinismo biológico, mas a um determinismo político-cultural (LANZ, 2014, p 43).

A terceira onda reformulou os conceitos de sexo e gênero e, partir desta, desponta a teoria queer que questiona e desvenda as categorias normativas de gênero e sexualidade, por meio de práticas críticas (ZIELINKI, 2007 apud ÁVILA; GROSSI, 2010, p. 10-11).

Joan Wallach Scott (1995, p. 75), no entanto, expõe que gênero é sinônimo de mulheres e é também utilizado para sugerir que qualquer informação sobre as mulheres é também informação sobre os homens, ou seja, que um implica o estudo do outro. As construções culturais indicam o papel adequado aos homens e às mulheres, sendo gênero uma definição para a categoria social que é imposta sobre os corpos sexuados.

Kelly Kotlinski (2007, p. 39) corrobora Joan Wallach Scott, pois compreende que gênero é um conceito subjetivo, um empreendimento realizado pela sociedade para transformar o ser nascido com vagina ou pênis em uma mulher ou homem, sendo que a construção do gênero é feita, reforçada e fiscalizada pelas instituições sociais, ou seja, a igreja, a família e a escola.

A definição de gênero encontra-se em duas proposições que, embora inter-relacionadas, devem ser analisadas de modo diferente. O centro da definição está nas ideias de que “ (1) o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseadas nas diferenças percebidas entre os sexos” por meio de símbolos e normas que interpretam os significados destes símbolos, na tentativa de limitar análises metafóricas (SCOTT, 1995, p. 86).

E, ainda, que “o gênero é uma forma primária de dar significado às relações de poder”, visto que as representações de poder pautam-se nas mudanças percebidas nas relações sociais. Gênero é, portanto, um campo para articulação do poder mesmo que não seja o único, já que, embora o

núcleo da definição de poder seja o gênero, nem sempre diz respeito ao gênero em si mesmo (SCOTT, 1995, p. 86-87).

No mesmo sentido, aduz Guacira Lopes Louro (2018, p. 12-15), já que a definição dos gêneros – feminino ou masculino – nos corpos é feita no contexto de determinada cultura. Como a sexualidade ganhou importância nas modernas sociedades ocidentais, parece difícil encará-la como algo inconstante, pois é comum apresentar-se a partir da identidade de gênero e da identidade sexual.

Gênero não é o que o indivíduo é e nem o que tem, mas o mecanismo por meio do qual as noções de masculino e feminino são produzidas e naturalizadas (BUTLER, 2001 apud LANZ, 2014, p. 53).

Simone de Beauvoir entende que “ninguém nasce mulher, torna-se mulher” (1967, p. 9), visto que a identidade de gênero não se pauta no órgão genital, mas sim na construção social vivida por cada indivíduo.

Enquanto o gênero tem relação com a identidade do indivíduo que pode ou não estar alinhada ao sexo biológico, a sexualidade diz respeito à preferência sexual de cada um, coisa que não se confunde com gênero ou sexo (DEMARI; TRENTIN, 2019, p. 20).

Para Letícia Lanz (2014, p. 39), gênero diz respeito às expectativas sociais de desempenho que cada ser humano deve atender tendo em vista o seu sexo genital, sendo que tais expectativas variam de cultura para cultura e de época para época.

De modo simples e preciso, sexo é o que a pessoa traz entre as pernas, gênero é o que traz entre as orelhas e, por fim, orientação sexual é quem ela gosta de ter entre os braços (LANZ, 2014, p. 41).

Um transgênero do sexo biológico masculino pode, mesmo adotando um papel social do gênero feminino, preferir manter relações sexuais com mulheres, se for homossexual, ou manter relações com homens se for heterossexual ou, ainda, manter relações com ambos, se for bissexual.

Logo, preferência sexual não se confunde com identidade de gênero (FLUMINHAN; SANTOS, 2019, p. 121).

O sexo refere-se a uma categoria biológica, já gênero diz respeito a características e comportamentos que tradicionalmente são associados a determinado sexo. Logo, a pessoa trans vive uma desunião entre sexo e gênero (TAUCHES, 2020, tradução livre).<sup>14</sup>

Tanto o discurso binário quanto a expectativa de um comportamento padrão baseado no sexo biológico fortalecem o entendimento de que sexo e gênero equivalem-se. Contudo, conforme demonstrado, os desejos e as necessidades de alguém podem estar em discordância com a aparência de seu corpo (LOURO, 2018, p. 15).

Heloísa Helena Silva Pancotti (2020, p. 38) leciona que a sociedade se horroriza com seres que negam a natureza e fenotopia de suas genitálias, pois tal percepção é contrária as regras de determinação de gênero impostas.

É fundamental abordar a questão de gênero na perspectiva da pessoa transgênero, visto que esta não se enquadra no modelo binário que é tido como o padrão e “a oposição à dominação imposta justificaria a eliminação desse ser considerado abjeto e indomesticável” (PANCOTTI, 2020, p. 38).

A classificação de gênero determinada ao indivíduo induz à expectativa de um comportamento que pode não ser o autoidentificado, coisa que importa ao Direito, pois reflete em dignidade humana. Categorizar os indivíduos por gênero ou sexualidade, apenas reduz o indivíduo e o limita a uma existência atrelada a determinadas características que são socialmente naturalizadas (DEMARI; TRENTIN, 2019, p. 20).

---

<sup>14</sup> Texto original: “Whereas sex is a biological category, gender refers to the set of traits and behaviours that are traditionally associated with a particular sex. A person who is transgender experiences and expresses a disjunction between sex and gender.”

Na opinião consultiva 24/16 da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que debateu a necessidade de exigência de laudos profissionais de saúde para a permissão de ratificação de prenome e sexo jurídico, a Corte afirmou que a identificação de gênero é algo soberano. Ou seja, não é a opinião médica que decide, mas sim o sentimento com que se identifica o indivíduo.

Desse modo, cabe a sociedade analisar os pensamentos político-culturais arraigados que contrapõem-se a atualidade. A população trans ainda convive com normas que consideram o modelo binário como padrão. A legislação previdenciária diferencia homens e mulheres com base na divisão sexual do trabalho e na construção social de biopoder que separou carreiras femininas de carreiras masculinas (PANCOTTI, 2020, p. 136).

Principalmente após a Revolução Industrial, as mulheres ganharam espaço nas fábricas. Além de inseridas no mercado de trabalho, permaneceram executando as obrigações domésticas sem, contudo, receberem no trabalho remuneração semelhante à masculina. Foi assim iniciada a dupla jornada de trabalho imposta às mulheres (DEMARI; TRENTIN, 2019, p. 20).

Dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad Contínua) realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) demonstram a naturalização de atividades a serem cumpridas pelas mulheres, e não pelos homens. Em 2019, as mulheres trabalharam, em média, 3,1 horas a mais que os homens, já que o cálculo considera o tempo dedicado ao emprego e ao cuidado da casa e seus moradores, ou seja, uma dupla jornada.

A igualdade apresentada no texto constitucional brasileiro é a igualdade material, assim, os iguais devem ser tratados de modo igual e os desiguais de modo desigual na medida de suas desigualdades. A

desigualdade entre homens e mulheres é física, histórica e social. Atualmente, as mulheres ainda são consideradas as responsáveis pelo cuidado da casa e dos filhos (DEMARI; TRENTIN, 2019, p. 12).

Observar a história e a desigualdade entre os gêneros, auxilia a compreender os motivos para que a mulher possa se aposentar antes do que o homem.

O processo de divisão das pessoas em dois grandes grupos é consequência de um discurso construído e reforçado pela sociedade. A definição, com base no sexo biológico, de quem será esse indivíduo, como se comportará e, inclusive, com que irá se relacionar é naturalizado, logo, tido como produto da natureza, ou seja, natural daquela pessoa.

A sociedade, conforme a época e o momento analisado, é uma. Desse modo, as pessoas dão novos sentidos ao que é gênero e ao que é sexo fazendo, então, que suas vivências sejam ressignificadas e que tais conceitos sejam mutáveis.

### **3.2 Noções sobre a realidade da pessoa transgênero**

O movimento transgênero moderno foi iniciado por dois eventos no final dos anos 1960, nos Estados Unidos, e pela publicação de dois livros (GARII, 2007 apud ÁVILA; GROSSI, 2010, p. 6).

O primeiro evento aconteceu em 1966 em Terderloin, São Francisco. A polícia, praticante de discriminação legal, foi chamada para retirar clientes de uma cafeteria local, em bairro onde moravam travestis, transexuais femininas e outros transgêneros. A ação gerou tumulto e diversas prisões, coisa que motivou a fundação de um grupo local de transexuais femininas (GARII, 2007 apud ÁVILA; GROSSI, 2010, p. 6).

O segundo eventou aconteceu em 1969 em Nova York. A polícia invadiu um bar em Greenwich Village que atendia pessoas trans. A multidão enfrentou a polícia, ocasionando a revolta de Stonewall,

conhecida como o início do movimento pelos direitos dos homossexuais (GARII, 2007 apud ÁVILA; GROSSI, 2010, p. 6-7).

Os dois livros são *Sex Changes: The Politicis of Transgenderism*, publicado em 1987 por Pat Califia, e *Stone Butch Blues*, publicado em 1993 por Leslie Feinberg. O primeiro, explora o significado da dicotomia de gênero, e o segundo expõe e confronta as limitações tradicionais concernentes à identidade de gênero na realidade política e sexual dos anos 1960 até os anos 1990, revelando a violência policial contra os transgêneros (GARII, 2007 apud ÁVILA; GROSSI, 2010, p. 7).

A publicação de tais livros ocasionou uma discussão na comunidade de lésbicas, gays e bissexuais (LGB) e, com o diálogo sobre identidade e atribuição de gênero, sexualidade e discriminação, a comunidade LGB reconheceu que a comunidade trans também é marginalizada, incluindo na sigla a letra T (GARII, 2007 apud ÁVILA; GROSSI, 2010, p. 7).

Importante expor as definições atinentes à pessoa trans, pois o tema ainda confunde e carece de desmistificação.

A transexualidade é a condição do indivíduo que não se identifica com o gênero estabelecido em seu nascimento, bem como com o órgão sexual que possui, trata-se da sensação de estar no corpo errado, pois o interior não coaduna com o exterior e, assim, há o anseio pela mudança física, ou seja, a realização da cirurgia de redesignação sexual (BORGES, 2012).

Transgênero é o indivíduo que acredita pertencer ao sexo oposto ao de sua morfologia. Almeja adequar sua autopercepção à imagem visual do próprio corpo, pois sente-se aprisionado em um corpo desconforme (PANCOTTI, 2020, p. 42).

Não se deve confundir transgênero com transexual. A pessoa transexual deseja alterar sua constituição biológica e fazer a mudança de sexo, já a pessoa transgênero eleva a identidade de gênero para além da anatomia, pois, independentemente de cirurgia de redesignação sexual,



agirá de acordo com o papel que foi culturalmente construído pela sociedade ao gênero oposto (FLUMINHAN; SANTOS, 2019, p. 121).

Judith Butler (2015), durante uma entrevista, foi questionada sobre a intervenção cirúrgica a que muitas pessoas trans submetem-se. Para a filósofa, é corajoso o ato de insistir à submissão de uma transformação que parece necessária e certa, mesmo quando há diversos obstáculos para tal, incluindo pessoas e instituições que procuram patologizar ou criminalizar algo que é tão importante, como os atos de autodefinição (tradução nossa).

A teórica expõe que, mesmo que para alguns pareça menos corajoso do que necessário, todos devem defender as necessidades que permitem que o indivíduo viva e respire da maneira que parece certa. A intervenção cirúrgica pode ser, precisamente, o que a pessoa trans precisa, do mesmo modo que nem sempre é o que a pessoa trans precisa. De qualquer forma, todos devem ser livres para determinar o curso de gênero de suas vidas (tradução nossa).<sup>15</sup>

Cabe explicar, sucintamente, as definições surgidas a partir da discussão sobre gênero. Drag queen, drag king e drag quer são termos utilizados para a pessoa que desenvolve uma performance em que assume gênero distinto do seu. Crossdresser é o indivíduo que une características típicas de ambos os gêneros. Não binária é a pessoa que não se identifica com o gênero masculino ou feminino ou, então, que se identifica com ambos e transita entre eles. Tais designações não têm relação com a sexualidade do indivíduo (DEMARI; TRENTIN, 2019, p. 21).

Um transexual ou transgênero é o indivíduo que, ao longo da vida, percebe que pertence a um gênero distinto daquele imposto em seu

---

<sup>15</sup> Texto original: "It is always brave to insist on undergoing transformations that feel necessary and right even when there are so many obstructions to doing so, including people and institutions who seek to pathologize or criminalize such important act of self-definition. I know that for some feels less brave than necessary, but we all have to defend those necessities that allow us to live and breathe in the way that feels right to us. Surgical intervention can be precisely what a trans person needs – it is also not always what a trans person needs. Either way, one should be free to determine the course of one's gendered life.

nascimento. Essa identificação não implica, necessariamente, na cirurgia de troca de sexo e tratamento hormonal. Enquanto o transexual deseja modificar o seu corpo, o transgênero não sente necessidade de modificar sua anatomia (DEMARI; TRENTIN, 2019, p. 21).

Até o primeiro semestre de 2018, a transexualidade era um transtorno mental denominado “transtorno de identidade de gênero”, sob o CID-11<sup>16</sup>. Atualmente, a Organização Mundial da Saúde (OMS) considera a transexualidade uma condição relacionada à saúde sexual que, embora não seja *per se* incapacitante, é um estigma social que incapacita, pois desigual essa parcela da população em relação aos demais atores sociais que se encaixam no padrão heteronormativo (PANCOTTI, 2020, p. 185).

No Brasil, o preconceito parece enraizado. A vulnerabilidade dessa parcela de população é exemplificada pelos alarmantes índices de violência e assassinatos sofridos. Além disso, a discriminação e o estigma social têm sido obstáculos para o acesso aos serviços de cuidado com a saúde (MONTEIRO; BRIGEIRO; BARBOSA, 2019).

De janeiro a setembro de 2020, 124 pessoas trans foram mortas no país, de acordo com dados da pesquisa Transrespect versus Transphobia Worldwide (TvT), realizada pela organização não-governamental TransGender Europe (TGEU). Por sua vez, dados da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA) revelam que o Brasil é o país que mais mata travestis e transexuais no mundo.

Embora haja disposição no inciso IV<sup>17</sup> do artigo 3º da Constituição Federal sobre o objetivo de não discriminação pelo Estado Democrático Direito em todas as suas formas, uma minoria parece esquecida e, a passos lentos, relembra ao Estado que também precisa de tutela.

---

<sup>16</sup> CID é a Classificação Internacional de Doenças.

<sup>17</sup> Inciso IV do artigo 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

A ideia de cidadania plena sem a garantia dos direitos sociais não se perfectibiliza, visto que a inclusão da população trans obrigatoriamente passa pela efetivação de tais direitos (PANCOTTI, 2020, p. 86).

A luta pelo direito de ser e existir perpassa pela frequente rejeição familiar, exclusão do mercado de trabalho, violência e com a inexistência de legislação protetiva.

Em 2019, a expectativa de vida da população em geral era de 76,6 anos segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), enquanto a população trans possui a expectativa de viver até os 35 anos, segundo dados da União Nacional LGBT (Google Publicações, 2019).

Desse modo, não há como ignorar as vivências experienciadas pela pessoa trans e, diga-se, por toda a comunidade LGBTQI+<sup>18</sup>, pois suas histórias são sobre insegurança, discriminação e medo. Exemplo disso é o caso de Cibelly Pamela, publicado pelo jornal Estado de Minas, que em 2019, durante o carnaval de rua de Belo Horizonte, foi espancada por 5 indivíduos e acabou paraplégica. Conforme noticiado, os agressores a abordaram, a agrediram e disseram “traveco do demônio, vira homem” (JORNAL ESTADO DE MINAS, 2019).

O discurso de ódio demonstra a realidade ultrajante dessa minoria, coisa contrária a um Estado que é de Direito e a uma sociedade digna e justa, teoricamente.

Segundo Heloísa Helena Silva Pancotti (2020, p. 62), “a identidade sexual é uma dimensão da identidade humana que pode ser entendida como o elemento distintivo entre cada ser humano, o que os torna únicos”. A autora ressalta a delicadeza do tema, já que no Ocidente, além da grande influência de doutrinas religiosas, a expressão da sexualidade é um assunto tabu (2020, p. 62).

---

<sup>18</sup> Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis, Transgêneros, Queer, Intersexuais, Assexuais e Aliados.

O sexo, mesmo indiretamente, possibilita a produção de significados eróticos, mas se delimita pela insistência de que os corpos possuem estabilidade, ou seja, uma fantasia sobre o que eles querem dizer. No campo educacional, se entende que o corpo normal é estável, contudo, tal concepção compreende que a sexualidade possui um lugar apropriado (BRITZMAN, 2018, p. 110-111).

A população trans ainda é punida pela sociedade e pelo Estado, pois, além de julgada, é vítima do descaso. Os dados e notícias de violência e a ausência de políticas públicas de qualidade voltadas ao tema reforçam o estigma social sobre o transgênero, tratando-o com anormalidade e reprovação.

Matar alguém pela inadequação ao gênero atribuído em seu nascimento contraria qualquer definição de civilidade, de evolução e da (ilusória) ideia de que a igualdade assegurada existe para todos.

#### **4 A pessoa transgênero e o direito à aposentadoria**

As características da Previdência Social, conforme já mencionado, são a filiação obrigatória e a natureza contributiva do subsistema, sendo que, a partir de tais contribuições, o segurado se resguarda de eventos que possam decorrer de seu labor.

Cabe analisar a perspectiva de aposentadoria para a pessoa transgênero no ordenamento jurídico brasileiro, visto que as regras para a concessão do benefício são distintas para o homem e a mulher, ou seja, baseiam-se no modelo binário.

##### **4.1 Aposentadoria da pessoa transgênero**

De acordo com a Lei nº 8.213, aos segurados são assegurados os seguintes benefícios: aposentadoria por invalidez; aposentadoria por

idade; aposentadoria por tempo de contribuição; aposentadoria especial; auxílio-doença; salário-família; salário-maternidade e auxílio-acidente.

A aposentadoria por invalidez<sup>19</sup> é concedida ao segurado que, além de ter cumprido a carência exigida, teve a sua vida profissional limitada por doença física, mental, acidente de trabalho ou de qualquer natureza que o impossibilite de exercer qualquer outra atividade (ALVES, 2020, p. 34).

Já a aposentadoria por idade é concedida ao segurado ou segurada que, além de ter cumprido a carência exigida de 180 contribuições, tenha 65 anos de idade, se homem, e 60, se mulher. Aos trabalhadores em regime de economia familiar a idade exigida é reduzida, sendo 60 anos para homens e 55 para mulheres (ALVES, 2020, p. 46; SANTOS, 2021, p. 152).

A aposentadoria por tempo de contribuição foi extinta pela Emenda Constitucional nº 103/2019 e, em face disso, está em vigor somente para os segurados que enquadram-se à regra de transição.

Outra espécie de benefício é aposentadoria especial, devida ao segurado empregado, trabalhador avulso ou contribuinte individual (somente quando cooperado filiado a cooperativa de trabalho ou produção) que tenha cumprido a carência exigida e tenha trabalho durante 15, 20 ou 25 anos sujeitos a condições prejudiciais à saúde ou a integridade física (ALVES, 2020, p. 76).

Por sua vez, o auxílio-doença assegura o risco da incapacidade decorrente de doenças degenerativas e ocupacionais, acidente do trabalho ou de qualquer natureza que torne o empregado inapto ao trabalho ou às suas atividades habituais por mais de 15 dias consecutivos (ALVES, 2020, p. 21)

O salário-família é devido, mensalmente, ao segurado empregado e ao trabalhador avulso que se enquadram no critério da baixa renda, na

---

<sup>19</sup> Após a Reforma da Previdência, denominada de aposentadoria por incapacidade permanente.

proporção do respectivo número de filhos. A baixa renda tem seu valor atualizado anualmente (ALVES, 2020, p. 101).

Enquanto isso, o salário-maternidade é devido ao segurado ou segurada durante 120 dias na ocorrência de adoção e, devido à segurada, também durante 120 dias, contados do período entre 28 dias antes do parto e da data de ocorrência deste (ALVES, 2020, página 109).

Por fim, o auxílio-acidente é pago ao segurado que tenha se acidentado e, que em decorrência do acidente, hajam sequelas que consequenciam redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia. É uma forma de indenização, paga mensalmente (ALVES, 2020, p. 119; SANTOS, 2021, p. 180).

Aos dependentes, são assegurados os benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão.

A pensão por morte substitui a renda do segurado ao dependente com o objetivo de manter o rendimento familiar (ALVES, 2020, p. 54).

Já o auxílio-reclusão, é concedido ao dependente do segurado que foi recolhido à prisão em regime fechado. Contudo, para receber o benefício, o dependente deve ter baixa renda e não receber remuneração de empresa, nem estar em gozo de auxílio-doença, pensão por morte, salário-maternidade, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço (ALVES, 2020, p. 54).

Ao considerar que o modelo adotado pela previdência brasileira é o binário, restam dúvidas sobre como encarar a aposentadoria da pessoa trans. A legislação diferencia homens e mulheres, mas é silente quanto ao indivíduo que requer a aposentadoria de acordo com o gênero autoidentificado e não com aquele imposto em seu nascimento.

A organização da legislação previdenciária é heteronormativa, seus assistidos são subdivididos em dois subgrupos, ou seja, o de homens e o de mulheres. A cada um desses grupos cabe cumprir requisitos legais

para, então, ter acesso ao rol de benefícios oferecidos pela Seguridade Social (PANCOTTI, 2020, p. 153).

No direito previdenciário, houve significativo avanço a partir da inclusão das mulheres por meio de requisitos diferenciados para a percepção de benefícios. A distinção entre homens e mulheres é baseada na perspectiva de corpos biologicamente binários e, desse modo, há uma lacuna jurídica, visto que a sociedade tem despertado para a existência de outras possibilidades de gênero e sexualidade (DEMARI; TRENTIN, 2019, p. 11).

Há a necessidade de que a legislação previdenciária seja instrumento de proteção, inclusive, para os corpos construídos, já que suas contingências são consequências da segregação, da invisibilidade e da falta de acesso a direitos fundamentais básicos (PANCOTTI, 2020, p. 136-137).

Ainda não há entendimento pacífico sobre o tema pelo Poder Público. Os casos de aposentadoria da pessoa trans são resolvidos pela via judicial e, assim, se torna difícil efetivar a proteção previdenciária conforme previsto no texto constitucional (PANCOTTI, 2020, p. 159).

A falta de regulamentação legal torna necessária a intervenção do Poder Judiciário, já que a população trans assume identidade social e/ou legal distinta do gênero de nascimento que, em geral, estrutura as regras de aposentadoria (DEMARI; TRENTIN, 2019, p. 11).

A aposentadoria da pessoa trans enfrenta questões concernentes à mitigação do direito. Como será realizado o cálculo das contribuições num sexo? A mudança do sexo feminino para o masculino gerará aumento de tempo de contribuição? Qual será o impacto para as contas públicas do sistema da Seguridade Social?

Alguns juristas apresentam soluções baseadas em regras de conversão a fim de compensar a diminuição de cinco anos na idade que habilita a concessão do benefício no caso da mulher trans e no aumento de

cinco anos para o homem trans. Entretanto, a melhor solução não é a que gera a criação de uma condição adicional (PANCOTTI, 2020, p. 159).

Em 2013, por exemplo, Sue Farran (apud SIQUEIRA; NUNES, 2018, p. 63) expôs que a identificação para fins previdenciários deve se pautar no sexo do indivíduo, pois é ele que determina a maior parte do que a pessoa realizará durante a vida. Entendimento desconstruído, visto que atualmente o tema é encarado numa perspectiva de proteção e não de discriminação.

Já Alexandra Timmer e Linda Senden (apud SIQUEIRA; NUNES, 2018, p. 64) compreendem que, quando o indivíduo se identifica com sexo diferente ao qual ele nasceu e tal identificação é tutelada pelo Estado, ele contrai direitos e obrigações de acordo com o sexo que se identifica. Desse modo, a concessão de benefícios previdenciários baseando-se na genitália com qual a pessoa nasceu, seria uma forma de discriminação.

Segundo Melissa Demari e Eduarda Groff Trentin (2019, p. 28-29), os tribunais pátrios compreendem que a nova condição do indivíduo pode e deve ser socialmente reconhecida, independentemente da cirurgia de redesignação sexual ou de tratamento hormonal. Desse modo, o preenchimento dos requisitos de tempo de contribuição associados ao gênero, ou seja, tantos anos de contribuição, se homem, e tantos de contribuição, se mulher, podem ser realizados proporcionalmente, aplicando-se uma regra de três sobre o período faltante para o benefício quando da assunção do novo gênero.

A solução é a mais adequada diante de uma sistemática negativa de direitos a população trans, demonstrada pelo silêncio legislativo sobre a temática (DEMARI; TRENTIN, 2019, p. 28-29).

Na seara do Direito Previdenciário, o princípio do *tempus regit actum* é incontestável. Ocorre que para a pessoa trans há um equívoco *a priori* que carece de correção, já que ela não se torna homem ou mulher a partir



da emissão de certidão de nascimento corrigida, mas sim desde a sua data de nascimento. Logo, o *tempus regit actum* não é aplicável, visto que o transgênero já nasce com o gênero autopercebido oposto ao biologicamente atribuído em seu nascimento (PANCOTTI, 2020, p. 120-121) .

Segundo Heloísa Helena Silva Pancotti (2020, p. 164), o número reduzido de contribuições necessárias para as mulheres em relação aos homens é um modo de diminuir a desigualdade em razão do gênero sob o aspecto protetivo, fruto do discurso construído pela sociedade dos papéis a serem cumpridos por cada indivíduo de acordo com seu gênero. Mas como aplicar esse instrumento de controle para a questão do transgênero?

Em face da lacuna legislativa, a melhor opção será sempre a menos gravosa à dignidade dos indivíduos, logo, o Direito Previdenciário não deve retroceder na construção do reconhecimento dos direitos LGBTQI+. Desse modo, estabelecer regras de transição de tempo contribuído para a população trans não é o melhor caminho (PANCOTTI, 2020, p. 166).

O estabelecimento de regras de transição à população trans implicaria na imposição de um critério técnico adicional que, na atual organização, inexistente, já que traria à legislação adicionais contributivos assimétricos entre homens cis<sup>20</sup> e homens trans, mulheres cis e mulheres trans, logo, tornaria o reconhecimento do gênero autopercebido condicionado, coisa contrária a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.275 (PANCOTTI, 2020, p. 153).

Já no caso da aposentadoria especial, em que uma mulher transgênero que nasceu e foi registrada como sendo do sexo masculino e, ao longo da vida, assume o gênero feminino e pretende aposentar-se com

---

<sup>20</sup> Cisgênero: indivíduo que se identifica com o seu gênero biológico.

tempo de contribuição especial, seria injustiça utilizar os requisitos previstos para o homem (DEMARI; TRENTIN, 2019, p. 27).

Contudo, esta mulher foi tratada como homem perante o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS). Nessa situação e em similares, o segurado deve ser tratado como de um e outro gênero, de forma proporcional, ou seja, durante o período trabalhado em condições especiais como homem o multiplicador a ser aplicado é o correspondente ao gênero respectivo e, após a alteração registral ou a a assunção de outro gênero, o multiplicador a ser aplicado é o conversor feminino (DEMARI; TRENTIN, 2019, p. 27).

Não há de se falar em possível desequilíbrio nas contas previdenciárias, já que a partir das regras de aposentadoria que adotam o critério da proporcionalidade, embora existam transgêneros mulheres, há também homens que terão regras mais rígidas para a aposentadoria. Além disso, o percentual populacional das pessoas transgênero não é expressivo a ponto de gerar desequilíbrio atuarial (DEMARI; TRENTIN, 2019, p. 26-27).

Já para Heloísa Helena Silva Pancotti (2020, p.128), o reconhecimento identitário implica aos sujeitos, após terem atingido os quesitos contributivos, o recebimento do benefício inerente ao seu gênero, seja aquele atribuído no nascimento, no caso dos indivíduos cisgêneros, seja o autopercebido, no caso dos indivíduos transgêneros. Logo, para a concessão de benefício, não deve haver cálculo como de um e de outro gênero de modo proporcional, e sim o recebimento de acordo com o gênero autorpercebido.

Após a Reforma da Previdência em 2019, as regras diferenciadas para homens e mulheres ainda são consideradas, logo, o enquadramento para a pessoa trans no ordenamento jurídico vigente permanece insolucionado.

Seria correto adotar as regras para concessão de aposentadoria baseando-se no sexo biológico? Não. O direito à identidade de gênero é um direito fundamental, relacionado à intimidade e a felicidade do indivíduo (FLUMINHAN; SANTOS, 2019, p. 125-126).

Se o sexo biológico fosse o fator considerado, haveria contagem diferenciada para o homem biológico que adota o gênero feminino ou contagem de tempo diferenciada para a mulher biológica que adota o gênero masculino? E a partir de quando se faria a contagem proporcional diferenciada? Para que o sexo biológico fosse adotado como critério, seria necessário adotar um marco temporal para a contagem proporcional dos períodos em que houve contribuição como homem e como mulher. O marco temporal adequado seria a alteração do gênero no Registro Civil. Contudo, esta não é a melhor solução para uma contagem proporcional, apesar de ser segura para as partes envolvidas (FLUMINHAN; SANTOS, 2019, p. 125-127).

Considerar o gênero autopercebido para fins de aposentadoria parece a solução mais sensata, já que o Estado reconheceu o gênero adotado por meio da ADI 4.275 (FLUMINHAN; SANTOS, 2019, p. 133).

Segundo Camila Dias dos Santos Carneiro (2017), a negligência do Estado em assegurar o acesso pleno ao benefício previdenciário obriga as pessoas trans a optarem por dois caminhos torturantes; o primeiro, é negar a sua identidade e requerer o benefício utilizando o sexo biológico; o segundo é requerer o benefício respeitando a sua identidade de gênero, caso em que possivelmente terá o pedido negado, fazendo com que a busca pelo direito ao benefício seja efetivada por meio de tutela jurisdicional, lenta e dispendiosa.

As alternativas escassas geram insegurança jurídica, visto que a inexistência de legislação atinente ao tema submete a população trans a incerteza sobre a obtenção do benefício.

O Poder Judiciário tem agido de modo eficaz, tornando-se um meio importante nos pleitos por reconhecimento da comunidade LGBTQI+. Os maiores progressos para essa parcela da população são fruto de decisões judiciais que interpretam o texto constitucional por meio de uma ótica moderna e pluralista que os legisladores nacionais não adotam (PANCOTTI, 2020, p. 89).

Para a população trans ter acesso aos direitos garantidos pela Constituição, resta que o Poder Judiciário preencha as lacunas existentes e, é por meio do poder integrador de suas ações, que as omissões legais são revistas e retificadas (QUADRINI; VENZZI, 2016, apud SIQUEIRA; NUNES, 2018, p. 61).

#### **4.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.275 e a liberdade de autoidentificação**

O STF, em 1º de março de 2018, julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275 que versa sobre a autorização para que pessoa transgênero possa alterar seu prenome e também seu gênero no Registro Civil de Pessoas Naturais (RCPN), independentemente de cirurgia de transgenitalização.

O ministro Celso de Mello destacou em seu voto que é vedado ao Estado “adotar medidas ou formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos minoritários” (BRASIL, STF, 2018).

Com base no princípio da igualdade, para o ministro Gilmar Mendes, a Corte possui dever de proteção em relação às minorias (BRASIL, STF, 2018).

Neste diapasão, o ministro Ricardo Lewandowski reconhece que “numa sociedade igualitária e democrática, que respeite os direitos fundamentais, as pessoas devem ver reconhecido seu direito ao nome e ao gênero de acordo com sua autoidentificação” (BRASIL, STF, 2018).

Para Heloísa Helena Silva Pancotti (p. 68, 2020), audoidentificação é a liberdade do indivíduo de escolher aquilo que entende ser melhor para si [...], sua identidade em todas as suas dimensões”.

A decisão permite que a pessoa transgênero altere seu prenome e seu gênero, havendo ou não realizado cirurgia de transgenitalização. Exigir a cirurgia de transgenitalização como condicionante para a alteração de prenome e gênero colocaria em segundo plano o direito da pessoa trans de exercer sua identidade de gênero plenamente.

O Tribunal não vislumbrou riscos à segurança jurídica a partir da alteração de gênero no Registro Civil, embora juízes tenham resistido face a eventuais pendências criminais, contratos em curso, dívidas ou a proteção de terceiros de boa-fé. O STF entendeu que essas questões são contornáveis pela burocracia estatal e devem ceder frente aos direitos fundamentais da personalidade (FLUMINHAN; SANTOS 2019, p. 118).

A partir da decisão, o Corregedor Nacional de Justiça editou o Provimento nº 73 de 28 de junho de 2018, que determina que os Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais devem proceder à averbação de alteração de nome e gênero nos registros de pessoas maiores de 18 anos, sem que a cirurgia de transgenitalização, decisão judicial ou a realização de tratamentos hormonais ou psicológicos sejam condicionantes.

As diferenças concernentes à população trans, classe minoritária e vulnerável, foram respeitadas sem que fosse priorizada a aparência *versus* direitos fundamentais, coisa que garante igualização de garantias (DEMARI; TRENTIN, 2019, p. 26).

Para os ministros do Supremo Tribunal Federal cabe ao Estado, no tocante às identidades de gênero, reconhecê-las, jamais constituí-las (PANCOTTI, 2020, p. 41).

O direito ao nome é um direito de personalidade e fazer com que a pessoa trans se apresente como consta em seu registro se este não está de

acordo com sua identificação, contraria a ideia de um Estado que consolida a dignidade da pessoa humana e a igualdade. Desse modo, a decisão da Ação Direita de Inconstitucionalidade 4275 reforça o ditame que deve regular a sociedade, ou seja, o acesso a uma vida de pleno gozo de direitos.

A decorrência natural de tal regulamentação é a adequação da legislação previdenciária, contudo, esta não ocorreu. As necessidades da população trans enfrentam a capacidade operacional do Poder Legislativo em produzir normas, coisa que contribui para o aumento da litigância e para a sobrecarga de processos nos tribunais (PANCOTTI, 2020, p. 31).

A Opinião Consultiva 24/17 de 24 de novembro de 2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) reafirma, com base na dignidade, que todo ser humano é livre para seguir um modelo de vida de acordo com o que se autoidentifica. E “o direito à identidade não pode ser reduzido, confundido ou subordinado a um ou outro dos direitos que inclui, nem à somatória dos mesmos (CIDH, 2017). O sexo psicológico e o sexo biológico não se identificam necessariamente e, portanto, a decisão da ADI 4275 reafirma o direito fundamental à igualdade e coaduna com a Opinião Consultiva 24/17:

[...] quem decide se assumir é titular de interesses juridicamente protegidos, que em nenhuma circunstância podem ser sujeitos a restrições pelo simples fato de que o conglomerado social não compartilha estilos de vida específicos e únicos, como resultado de medos, estereótipos, preconceitos sociais e morais que não possuem fundamentos razoáveis (CIDH, 2017).

Para a Corte, “a identidade de gênero é um elemento constituinte e constitutivo da identidade das pessoas” (CIDH, 2017), logo, a identidade de gênero ser reconhecida pelo Estado garante o pleno gozo dos direitos humanos das pessoas transgênero, incluindo o acesso à Seguridade Social (CIDH, 2017).

A dignidade da pessoa humana e a igualdade perante à lei, previstas na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos da qual o Brasil é signatário e previstas constitucionalmente, requerem olhar atento do Estado.

Desse modo, a possibilidade de alteração de prenome e de gênero no Registro Civil de Pessoas Naturais sem a obrigatoriedade de cirurgia de transgenitalização reflete no exercício do direito de autoidentificação e torna reais direitos fundamentais assegurados fazendo, assim, com que a conquista corrobore o entendimento de que a pessoa trans possui direito a exercer sua identidade sem qualquer prejuízo.

#### **4.2 Transexualidade é incapacidade? O caso Maria Luiza da Silva**

Em 17 de março de 2020, o caso de Maria Luiza da Silva, primeira militar transexual da história da Força Aérea Brasileira (FAB), foi matéria de discussão do Superior Tribunal de Justiça (STJ). A espera por uma resposta durou mais de quinze anos.

Conforme exposto por André Studart Leitão (2018, p. 718), em relação aos militares é mais adequado utilizar o termo inatividade do que aposentadoria, pois o militar permanece vinculado à profissão, sendo duas as hipóteses para a inatividade: a reserva e a reforma. A reforma ocorre quando não mais obrigatoriedade de retornar ao serviço, como nos casos de idade ou incapacidade física.

Maria Luiza, quando ainda na ativa, foi colocada na reserva, pois a Força Aérea Brasileira a considerou incapaz para o serviço militar. No afastamento em 2002, a militar encontrava-se na condição especial de transexual em tratamento médico.

Após ingressar judicialmente, a primeira instância julgou a ação de inativação como procedente, pois não havia possibilidade de retorno a ativa, visto que a idade-limite para o posto de Cabo é de 48 anos.

Entretanto, não foram consideradas as promoções por tempo de serviço que teria direito, caso não tivesse sido reformada. Em face disso, a militar interpôs apelação que foi aprovada por maioria.

Foi requerida a aposentadoria integral no posto de Subtenente e não a referente ao posto de Cabo engajado, posição que ocupava quando procedida a reforma. A decisão do Agravo em Recurso Especial nº 1.552.655-DF de relatoria do ministro Hermann Benjamin, expressa ser “[...] sabido que, além do requisito do tempo, é necessário realizar estágio de adaptação à graduação para a promoção; contudo, tal direito foi tirado da agravada, que poderia ter sido promovida se na ativa estivesse” (BRASIL, STJ, 2020).

E, expõe, ainda, que a agravante foi prejudicada em sua vida profissional, em razão da transexualidade, pois o direito de progresso na carreira lhe foi tirado, motivado por um ato administrativo que além de ilegal e nulo, é baseado em irrefutável discriminação (BRASIL, STJ, 2020).

O STJ decidiu pelo direito à aposentadoria integral no posto de Subtenente, coisa que reforça o objetivo de não discriminação, inclusive aquela fundada em orientação sexual. O caso da militar é exemplo de direitos retirados em função de preconceito, pois Maria Luiza, após 22 anos de serviços prestados, foi posta à reserva por identificar-se mulher e, em face disso, considerada incapaz, já que estava em tratamento médico na condição de transexual.

A sociedade não é estática e, diante das constantes mudanças do ser humano, os órgãos e autoridades também devem evoluir, pois possuem o poder de decisão..

Recentemente, em 16 de março de 2021, o STJ julgou o Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.552.655-DF.

O Agravo Interno foi interposto contra o Agravo que manteve o deferimento de ação ajuizada por Maria Luiza. A União requereu que fosse



reconhecido o direito da agravada a, no máximo, o posto de Terceiro-Sargento (BRASIL, STJ, 2021).

O argumento da agravante é de que, considerando os requisitos a serem observados, a última graduação que poderia ser alcançada é a de Terceiro-Sargento, visto que não há promoção por mera antiguidade. Entretanto, a reincorporação de Maria Luiza ao serviço militar não ocorreu, pois quando houve a declaração de nulidade de sua reforma, a militar já havia atingido a idade limite para o retorno das atividades.

Para Hermann Benjamin, relator do caso, a agravada deve receber a aposentadoria no último posto de quadras da Aeronáutica, visto que a possibilidade de progredir na carreira lhe foi tirada por ato nulo praticado pela União. Porém, diante da insistência da União em defender que não é possível chegar ao cargo de Subtenente sem participar de processo seletivo e não por meio de promoção, concluiu que a questão deve ser reanalisada por juízo competente, em ambiente de pleno contraditório a fim de avaliar qual posto poderia ter sido alcançado por Maria Luiza caso na ativa estivesse (Terceiro-Sargento ou Subtenente). Certo, porém, que tal posto não é o de Cabo engajado (BRASIL, STJ, 2021).

As mudanças sociais ocorrem diariamente e proporcionam novas concepções. O conceito de família, por exemplo, foi modificado em função das novas formas de composição familiar criadas pela sociedade. Desse modo, deve haver a devida reflexão sobre uma realidade que não é definitiva, pois o ser humano se percebe diferente a cada dia.

A história de Maria Luiza foi baseada em um ato administrativo preconceituoso que comprometeu sua carreira. O reconhecimento do direito da militar foi fruto de decisão do Poder Judiciário que, conforme Heloísa Helena Silva Pancotti (2020, p. 89), é um meio importante nos pleitos por reconhecimento da comunidade LGBTQI+.

A transexualidade, analisada como fator incapacitante, corrobora a compreensão de que a sociedade clama por mudança comportamental. Mesmo com a imersão de informações que ocorre na era digital e a possibilidade constante de aprender, o que parece faltar no ser humano é humanidade.

#### **4.3 O direito à aposentadoria da pessoa trans à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**

Tendo em vista que as decisões no sentido de concessão ou não do benefício da aposentadoria à pessoa trans ainda são escassas, cabe a análise das existentes a fim de compreender o que foi considerado.

Em 2019, uma servidora do Ministério Público de São Paulo ingressou com o pedido para a aposentadoria, após alteração de nome e gênero nos documentos oficiais. O Procurador Geral de Justiça de São Paulo, Gianpaolo Poggio Smanio, após consulta da Diretoria-Geral sobre o pedido de aposentadoria em razão da mudança de sexo, pronunciou-se por meio de parecer: “O servidor público que teve seu registro de nascimento alterado no tocante ao nome e ao sexo tem direito à aposentadoria de acordo com esse estado” (DIÁRIO OFICIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2019).

Entretanto, o caso de Jill Alves demonstra as consequências da falta de regulamento sobre o tema. No dia 07 de julho de 2019, o agente penitenciário deu entrada no pedido de aposentadoria, aos 56 anos, com a documentação concernente ao gênero feminino. O processo de transição de gênero e mudança na identidade civil estava em andamento e, após receber os documentos com as alterações pessoais, os encaminhou a Secretaria da Administração Penitenciária (SAP).

Ao receber os novos documentos, a São Paulo Previdência (SPPrev), entidade gestora da Previdência dos servidores do estado de São Paulo,

negou o pedido de aposentadoria sob o argumento de “dúvida jurídica relevante”. O agente penitenciário precisou, então, retornar ao trabalho.

A SPPrev solicitou consulta jurídica à Procuradoria Geral do Estado (PGE) que, a partir de parecer, expôs que a ideia de gênero como decorrência do sexo biológico não vigora, visto que o gênero constitui a personalidade humana, sendo esta múltipla e construída permanentemente.

A PGE entendeu pela concessão do benefício da aposentadoria à pessoa do gênero masculino com lastro em regra aplicável ao gênero feminino.

O direito ao benefício foi publicado no Diário Oficial do Estado de São Paulo no dia 03 de abril de 2020, na função de agente de segurança penitenciária, com proventos integrais. A decisão favorável efetiva o princípio da universalidade subjetiva, visto que a todos cabe proteção pelo sistema, sem que haja qualquer tipo de discriminação (DIAS; MACÊDO, 2012. p. 100).

As exposições realizadas demonstram que a aposentadoria da pessoa transgênero urge por regramentos, pois o condicionamento do indivíduo a um agir às escuras foge da expectativa de segurança jurídica e da aplicabilidade eficaz do princípio da dignidade humana.

Aliás, a dignidade da pessoa humana independe de disposição em ordenamento jurídico, pois é um atributo do ser humano com aplicação universal (FERREIRA, 2010, p. 195).

Para Luís Roberto Barroso (2015, p. 42), a dignidade humana deve ser considerada um princípio jurídico e não um direito fundamental autônomo.

Assim, para finalidades jurídicas, pode ser dividida em três componentes, a saber: valor intrínseco; autonomia; e valor comunitário. O valor intrínseco se refere ao status especial do ser humano no mundo; a

autonomia demonstra que cada indivíduo é um ser moral e, em face de ser livre e igual, toma decisões e pode seguir seu próprio ideal; já o valor comunitário, é a interferência social e estatal legítima que objetiva determinar os limites da autonomia pessoal (BARROSO, 2015, p. 80).

Segundo Hélio Rios Ferreira, a doutrina majoritária considera que nem mesmo o interesse comunitário é justificativa para ofender à dignidade individual, pois ela é um valor absoluto (2010, p. 201).

Contrário é o entendimento de Luís Roberto Barroso (2015, p. 91), visto que embora valor fundamental, a dignidade humana não deve ser tomada como absoluta.

De qualquer modo, as dificuldades enfrentadas pela população trans restam insolucionadas pelo Estado. Ao menos no âmbito previdenciário, é o Judiciário que tem enfrentado a falta de regramento sobre o benefício da aposentadoria.

Ocorre que, absoluta ou não, a dignidade da pessoa trans não é sequer considerada, coisa que se exemplifica a partir dos dados de violência no país e na inércia estatal em, ao menos, abordar a problemática.

A passos lentos, parte da população brasileira vem acordando para as necessidades dessa minoria, entretanto, a realidade é incondizente com a (assegurada) igualdade.

A implementação de políticas públicas de qualidade é uma possível forma de amenizar as diferenças existentes. Seja para a permanência na escola ou para o ingresso no mercado de trabalho, cabe ao Estado compreender que a pessoa transgênero não se enquadra no que a sociedade aprendeu que é o padrão correto e, a partir disso, desenvolver medidas objetivando concretizar o princípio da dignidade humana.

## Conclusão

Este trabalho registra o resultado de estudos sobre o direito à aposentadoria da pessoa transgênero diante da lacuna legislativa em relação ao tema no ordenamento jurídico pátrio. A realidade da pessoa trans ainda não perfectibiliza o texto constitucional, visto que a dignidade e a igualdade asseguradas sofrem limitações e condicionantes em face de discriminação.

Nessa senda, analisando-se questões concernentes à identidade de gênero, como as conceituações de gênero e sexo, bem como os casos de aposentadoria concedidos à pessoa trans, foi possível melhor elucidar a importância do tema e a sua (ainda) incompreensão.

A evolução humana demonstra as aprendizagens e as novas percepções que instalam-se de acordo com a época e momento histórico. Certos conceitos atualmente inseridos no vocabulário eram inimagináveis 100 anos atrás, mas a constante mudança do ser humano faz com que seja necessária tal adaptação.

Ocorre que, ao abordar as perspectivas da pessoa trans, torna-se indispensável demonstrar o cenário em que é obrigada a viver pois, embora mutável, a sociedade ainda discrimina aqueles que não se adequam ao que é considerado o padrão a ser seguido.

A realidade da pessoa trans precisa ser encarada com a seriedade e sensibilidade que o assunto requer. A partir de seus princípios, o sistema da Seguridade Social apresenta tal sensibilidade, pois o seu caráter protetivo não discrimina sendo, na verdade, instrumento para efetivar a dignidade humana. Não é diferente o que ocorre no subsistema da Previdência Social, visto que deveria resguardar seus segurados diante de eventos de infortúnica, sem restrições baseadas em preconceito, pelo simples fato de serem humanos em situação de risco social coberto pelos benefícios decorrentes do seguro social.

Contudo, abordar aspectos relacionados à população trans é também adentrar em construções sociais que geram imposições e expectativas irreais. As definições de sexo e gênero, por exemplo, podem parecer simples, porém, abarcam questões repletas de significados.

Enquanto o sexo é herdado biologicamente, o gênero é uma construção cultural. Acontece que há uma expectativa de comportamento baseada no sexo, com o (errôneo) entendimento que este define gênero.

Entretanto, tal premissa não procede, pois o gênero é resultado das vivências de cada indivíduo. Desse modo, o modelo binário adotado pelo sistema jurídico brasileiro não abarca as possibilidades existentes, pois embora o órgão genital defina sexo, este não define o ser humano.

O direito de ser da pessoa trans não pode ser limitado em função de equivocadas conceituações para sexo e gênero. Porém, infelizmente, os dados demonstram o estigma e a persistente violência contra aqueles que não se enquadram no padrão heteronormativo.

A Constituição Federal de 1988 é um marco no que tange o princípio da dignidade humana, mas afirmar a sua efetividade ainda é uma utopia, visto que existem limitações para que o transgênero exerça seu direito de ser quem é.

No âmbito previdenciário, a dignidade da pessoa trans não é efetiva. A lacuna jurídica existente sobre a sua aposentadoria reflete a inércia do Estado em relação ao tema. Logo, o direito à aposentadoria não é um mecanismo de efetivação da dignidade da pessoa transgênero no Brasil pois, além de não ser assunto legislado, é contrário à concretização de direitos fundamentais assegurados, já que o benefício previdenciário de acordo com os critérios do RGPS utiliza o modelo binário e, portanto, ignora o direito à Previdência do transgênero.

Tendo em vista o direito à autoidentificação reconhecido pelo STF na ADI 4.275, bem como a lacuna legislativa sobre a aposentadoria da pessoa

trans, compreende-se que a resposta mais adequada ao problema é considerar o gênero autopercebido pois, do contrário, estar-se-ia retrocedendo nos direitos de indivíduos transgênero.

Fulano, nascido com órgão genital reprodutor masculino, passa a identificar-se mulher e, após cumprir os requisitos necessários, requer a aposentadoria com base no gênero feminino. O direito à aposentadoria será concedido de acordo com o sexo biológico ou com a sua identificação? O Estado não responde.

É o Poder Judiciário que tem solucionado a questão, por meio de uma interpretação igualitária e protetiva. No entanto, a história de Maria Luiza ressalta que, em relação à igualdade e segurança jurídica, ainda há muito a ser feito.

Ainda assim, destacam-se os avanços trilhados, como é o julgamento da ADI 4.275 e o caso de Maria Luiza que, embora tenha ultrapassado a devida duração do processo, resultou numa decisão favorável.

Conforme abordado anteriormente, as mudanças sociais exigem que o Direito se amolde e sirva de instrumento para garantir dignidade e igualdade, de acordo com as mudanças e novas necessidades percebidas na sociedade. É a partir da regulamentação adequada sobre o tema que vislumbrar-se-á proteção e segurança jurídica.

Por fim, diante da atual lacuna legislativa e da posição adotada pelo STF, conclui-se que para a concessão do benefício da aposentadoria à pessoa trans é o gênero autopercebido que deve ser considerado, a fim de que a legislação previdenciária sirva como instrumento de proteção e não haja retrocesso social.

## **Referências**

ALVES, Hélio Gustavo. **Guia prático dos benefícios previdenciários**: de acordo com a reforma previdenciária EC 103/2019. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ÁVILA, Simone; GROSSI, Miriam Pillar. Transexualidade e movimento transgênero na perspectiva da diáspora Queer. **V Congresso da Associação Brasileira e Estudos da Homocultura – ABEH**. Natal, Rio Grande do Norte. 2010. Disponível em: <https://nigs.paginas.ufsc.br/files/2012/01/TRANSEXUALIDADE-E-MOVIMENTO-TRANSG%20C%208ANERO-NA-PERSPECTIVA-DA-DI%20C%2081SPORA-QUEER-Simone-%20C%2081vila-e-Miriam-Pillar-Grossi.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**, vol. 8, p. 33-95, ago. 2015.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. 2. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967. Disponível em: <http://www.afoiceomartelo.com.br/posfsa/autores/Beauvoir,%20Simone%20de/O%20Segundo%20Sexo%20-%20II.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BENEVIDES, Bruna G.; NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim (Orgs). **Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2019**. São Paulo: Expressão Popular, ANTRA, IBTE, Dados da edição. 2020. Disponível em: <https://antrabrazil.files.wordpress.com/2020/01/dossic3aa-dos-assassinatos-e-da-violc3aancia-contra-pessoas-trans-em-2019.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BORGES, Michelle de Souza. **Direito à identidade: o transexual e a sua autonomia corporal**. 03 set. 2012. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/842/Direito+%20Ao+identidade%3A+o+transexual+e+ sua+autonomia+corporal+>. Acesso em: 08 jun. 2020.

BORRILLO, Daniel. O sexo e o direito: a lógica binária dos gêneros e a matriz heterossexual da Lei. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 5 - n. 2 - p. 289-321 - jul./dez. 2010. Disponível em: [revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/1092#:~:text=Resumo,das%20pessoas%20e%20da%20família.&text=Segundo%20o%20autor%20C%20o%20como,definidor%20do%20sujeito%20de%20direito](http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/1092#:~:text=Resumo,das%20pessoas%20e%20da%20família.&text=Segundo%20o%20autor%20C%20o%20como,definidor%20do%20sujeito%20de%20direito). Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento 73 de 28 de junho de 2018 do Conselho Nacional de Justiça. Dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil de Pessoas Naturais (RCPN)**. Disponível em:



atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento\_73\_28062018\_02072018160046.pdf.

Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.**

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 27 abr. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 103 de 12 de novembro de 2019. **Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias.**

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm). Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 18 de 05 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre o regime constitucional dos militares.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc18.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc18.htm). Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 20 de 15 de dezembro de 1998. **Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências.**

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm). Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. Lei 8.213 de 24 de julho 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.** Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm). Acesso em: 28 abr. 2020.

BRASIL. Lei 9.717 de 27 de novembro de 1998. **Dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências.**

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9717.htm). Acesso em: 28 abr. 2020.

BRASIL. Lei Complementar 109 de 29 de maio de 2001. **Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências.** Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp109.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm). Acesso em: 28 abr. 2020.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo em Recurso Especial nº 1552655-DF**. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoas/toc.jsp?processo=1552655.NUM.&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 27 mar. 2020.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 155255-DF**. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. 2021. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2030931&num\\_registro=201902205290&data=20210416&peticao\\_numero=202000502709&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2030931&num_registro=201902205290&data=20210416&peticao_numero=202000502709&formato=PDF). Acesso em: 15 maio 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275**. Primeira Turma, Relator: Ministro Marco Aurélio, Distrito Federal, 01 de março 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339649246&ext=.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRITZMAN, Deborah. Curiosidade, sexualidade e currículo. In: LOURO, G. L. (org.). **O corpo educado: pedagogias da sexualidade**; tradução Tomaz Tadeu da Silva. 4. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2018.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguir. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CARNEIRO, Camila Dias dos Santos. Análise da possibilidade de aposentadoria dos transexuais pelo regime geral da previdência. **Revista Âmbito Jurídico**, Salvador, 01 de maio, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/analise-da-possibilidade-de-aposentadoria-dos-transexuais-pelo-regime-geral-da-previdencia/>. Acesso em: 28 maio. 2020.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CONJUR. Congresso promulga mudanças na maioria das aposentadorias. **Revista Consultor Jurídico**, 12 nov. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-12/congresso-promulga-mudancas-aposentadorias>. Acesso em: 10 jun. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Transexualidade não é transtorno mental, oficializa OMS**. 22 maio 2019. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/transexualidade-nao-e-transtorno-mental-oficializa-oms/#:~:text=Pela%20nova%20edi%C3%A7%C3%A3o%20da%20CID,como%20%20E2%80%99Cincongru%C3%Aancia%20de%20g%C3%AAnero%20%20E2%80%9D>. Acesso em: 23 dez. 2020.

CORREIO BRAZILIENSE. **Transexuais no Brasil: uma luta por identidade**. Especiais. Disponível em: <http://especiais.correiobraziliense.com.br/luta-por-identidade>. Acesso em: 02 fev. de 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo**. Parecer consultivo OC 24/17 de 24 de novembro de 2017. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf). Acesso em: 03 jun. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva 24/2017**. Julgado em 24.11.2017. Disponível em: [corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf). Acesso em: 11 jan. 2020.

DEMARI, Melissa; TRENTIN, Eduarda Groff. O “não lugar” dos transgêneros na Previdência Social Brasileira: articulações acerca da Previdência ao público LGBTTTI. **Revista Gênero & Direito**, Universidade Federal da Paraíba, v. 8, nº 3, ISSN: 2179-7137, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ged/issue/view/2251/338>. Acesso em: 22 mar. 2021.

DIÁRIO OFICIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Despacho do Procurador-Geral de Justiça, de 28-6-2019**. Trata-se de consulta da Diretoria-Geral sobre o pedido de aposentadoria de (...), Oficial de Promotoria, em razão de sua mudança de sexo. Disponível em: <https://www.imprensaoficial.com.br/>. Acesso em: 05 jun. 2020.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de Direito Previdenciário**. São Paulo: Método, 2012.

FERREIRA, Hélio Rios. A impossibilidade de relativização da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, vol. 73, p. 192-205, dez. 2010.

FLUMINHAN, Vinícius Pacheco; SANTOS, Marcelo Alves dos. Os impactos da jurisprudência do STF sobre o transgênero no âmbito da Previdência Social. **Revista**

**Juris Plenum Previdenciária.** Caxias do Sul, p. 117-134, ano VII, número 25, fev/2019. Disponível em: <http://vinciusfluminhan.com.br/wp-content/uploads/2019/05/Os-impactos-da-jurisprud%C3%Aancia-do-STF-sobre-transg%C3%AAnero-no-%C3%A2mbit.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2021.

GLB. **Laudó Maria Luíza**, 2000. Disponível em: <https://s2.glbimg.com>. Acesso em: 2020.

GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa. Os princípios numa perspectiva hermenêutica.

GOOGLE PUBLICAÇÕES. **Segundo dados da União Nacional LGBT e do IBGE, a expectativa de vida de uma pessoa trans é 46% da expectativa de vida geral no Brasil.** 30 jan. 2019. Disponível em: <https://www.facebook.com/GoogleBrasil/posts/2013121455658453/>. Acesso em: 12 fev. 2021.

IMPrensa Oficial. **Despacho do Procurador-Geral de Justiça**, 2019. Disponível em: <https://www.imprensaoficial.com.br/>. Acesso em: 2020.

IMPrensa Oficial. **Gerência de Aposentadorias Cíveis**, 2020. Disponível em: <https://www.imprensaoficial.com.br/>. Acesso em: 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. IBGE. **Estatísticas Sociais.** Em 2019, expectativa de vida era de 76,6 anos. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29502-em-2019-expectativa-de-vida-era-de-76-6-anos>. Acesso em: 02 fev. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. IBGE. **Estatísticas Sociais.** Mulheres dedicam mais horas aos afazeres domésticos e cuidado de pessoas, mesmo em situações ocupacionais iguais a dos homens. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/24266-mulheres-dedicam-mais-horas-aos-afazeres-domesticos-e-cuidado-de-pessoas-mesmo-em-situacoes-ocupacionais-iguais-a-dos-homens>. Acesso em: 22 mar. 2021.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos.** Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.diversidadesexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2020.

JORNAL ESTADO DE MINAS. **Caso Cibelly**: saiba como ajudar mulher trans que ficou paraplégica após ser agredida no carnaval. 10 jun. 2020. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2020/06/10/interna\\_gerais,1155494/caso-cibelly-como-ajudar-trans-ficou-paraplegica-apos-agredid-carnaval.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2020/06/10/interna_gerais,1155494/caso-cibelly-como-ajudar-trans-ficou-paraplegica-apos-agredid-carnaval.shtml). Acesso em: 02 jun. 2020.

KOTLINSKI, Kelly (org). **Legislação e Jurisprudência LGTTTT: Lésbicas – Gays – Bissexuais – Travestis – Transexuais – Transgêneros**: atualizada até 09.2006. Brasília: Letras Livres, 2007. Disponível em: [https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos-da-populacao-lgbt/obras\\_digitalizadas/livro\\_legislacao\\_e\\_jurisprudencia\\_lgbttt.pdf](https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos-da-populacao-lgbt/obras_digitalizadas/livro_legislacao_e_jurisprudencia_lgbttt.pdf). Acesso em: 27 jan. 2021.

LANZ, Leticia. **O corpo da roupa**. 2014. 342 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Curso de Pós Graduação em Sociologia. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/36800/R%20-%20D%20-%20Leticia%20LANZ.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 jan. 2021.

LEITÃO, André Studart. **Manual de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LEITE, Celso Barroso. A Previdência Social no Brasil. **Revista de informação legislativa**, vol. 12, n. 48, p. 19-28, out./dez. 1975. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180948>. Acesso em: 30 jan. 2021.

LOURO, Guacira Lopes (org.). **O corpo educado**: pedagogias da sexualidade; tradução Tomaz Tadeu da Silva. 4. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2018.

MAIA, Maurilio Casas; XEREZ, Rafael Marcílio. O direito à identificação adequada das pessoas transgênero: um direito fundamental? **Revista dos Tribunais**, vol. 998/2018 p. 495-515 Dez/2018 DTR\2018\22555.

MIGALHAS. **Oficial do MP/SP que mudou de sexo tem direito a aposentadoria feminina**. 02 jul. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/305510/oficial-do-mp-sp-que-mudou-de-sexo-tem-direito-a-aposentadoria-feminina>. Acesso em: 05 jun. 2020.

MONTEIRO, Simone; BRIGEIRO, Mauro; BARBOSA, Regina Maria. Saúde e direitos da população trans. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 35, n.4, 2019. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2019000400201&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2019000400201&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 10 jun. 2020.

NOTÍCIAS STF. **STF reafirma direito de transgênero de alterar registro civil sem mudança de sexo**. 15 ago. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=386930>. Acesso em: 29 maio 2020.

PANCOTTI, Heloísa Helena Silva. **Previdência social e transgêneros**: proteção previdenciária, benefícios assistenciais e atendimento à saúde para os transexuais e travestis. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2020.

**Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a.49, n.149 abr./jun. 2012. Disponível em:

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. B. O poder do macho. São Paulo: Moderna, 1987.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário Esquemático**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário Esquemático**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação e Realidade**, Porto Alegre, v. 20, 1995, n.2, p. 71-99. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/educacaoerealidade/article/view/71721/40667>. Acesso em: 24 nov. 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; NUNES, Danilo Henrique. O transgênero e o direito previdenciário: omissão legislativa e insegurança jurídica no acesso aos benefícios. **Revista Juris Poiesis**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 25, p. 50-67, abr. 2018. Disponível em: <http://revistaadmmade.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/viewFile/5022/2330>. Acesso em: 10 dez. 2020.

TAUCHES, Kimberly. Transgender. **Encyclopedia Britannica**. 5 nov. 2020. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/transgender>. Acesso em: 16 fev. 2021.

TRANSGENDER EUROPE – TGEU. **Transrespect versus Transphobia Worldwide (Tvt)**. Trans Murder Monitoring January to September Report 2020. Disponível em:

[https://transrespect.org/en/map/trans-murder-monitoring/?submap=tmm\\_](https://transrespect.org/en/map/trans-murder-monitoring/?submap=tmm_)  
2020. Acesso em: 22 mar. 2021.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

WILLIAMS, Cristan. **The Conversations Project**. Gender Performance: An interview with Judith Butler. 2015. Disponível em: <http://radfem.transadvocate.com/gender-performance-an-interview-with-judith-butler/>. Acesso em: 28 mar. 2021.

## **Loteamentos fechados: existência fática e polêmicas jurídicas**

*Gustavo Rotta Zanella*<sup>1</sup>  
*Nadya Regina Gusella Tonial*<sup>2</sup>

### **1 Introdução**

O presente estudo constitui-se na análise do fenômeno dos loteamentos fechados nos municípios brasileiros, bem como das controvérsias, que envolvem sua existência ao longo das décadas, e dos argumentos que as embasam.

O tema é atual e latente, tendo em vista as discussões jurisprudenciais recentes acerca do loteamento fechado, como o Recurso Especial n. 1.439.163/SP de 2015, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2008007-25.2015.8.26.0000 e o Recurso Extraordinário n. 695.911, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 18/12/2020. Ainda, a importância se revela por envolver o parcelamento do solo urbano.

Por meio da utilização de jurisprudência e doutrina que divergem entre si, tem-se três objetivos: explicar as formas convencionais de parcelamento do solo; entender a figura do loteamento fechado, sua história e as razões que motivaram seu surgimento; compreender as controvérsias principiológicas que abarcam a figura do loteamento fechado, tanto no que se refere ao seu fechamento, como no que tange ao rateio das despesas para sua manutenção e conservação.

---

<sup>1</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Endereço eletrônico [gustavorottazanella@gmail.com](mailto:gustavorottazanella@gmail.com)

<sup>2</sup> Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Professora Titular I da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Advogada. Endereço eletrônico: [nadya@upf.br](mailto:nadya@upf.br)



Logo, frente ao antagonismo existente sobre a matéria, perquire-se: os loteamentos fechados, do modo como se consolidaram ao longo das décadas, possuem legalidade e são passíveis de implantação? A fim de promover a elucidação da problemática, empregam-se os métodos de abordagem hermenêutico e o dialético. Quanto à forma de pesquisa, utiliza-se a bibliográfica, por meio do uso de doutrina e jurisprudência, clássicas e atuais, abarcando o assunto em tela.

Vislumbrando uma melhor sistematização dos temas integrantes da presente pesquisa, e, conseqüentemente, a melhor compreensão do estudo, subdivide-se a pesquisa em três capítulos, quais sejam: loteamentos fechados e principiologia; fechamento dos loteamentos: segurança pública *versus* liberdade de locomoção; as discussões decorrentes do rateio de despesas no loteamento fechado.

Em um primeiro momento, introduz-se a figura do loteamento fechado, bem como o seu surgimento no Brasil. Ainda, explana-se os princípios aventados nas discussões a respeito do tema, demonstrando suas definições e nuances.

Posteriormente, aborda-se as controvérsias existentes quanto a possibilidade, ou não, do fechamento de tais empreendimentos, apresentando-se as três correntes existentes em tal debate, embasadas, principalmente, nos princípios da segurança pública e da liberdade de locomoção.

Na seqüência, estuda-se a divergência acerca do rateio das despesas em loteamentos fechados e a sua obrigatoriedade, ou não. Nesta, dá-se ênfase, principalmente, aos princípios da boa-fé objetiva, da liberdade de associação e da vedação do enriquecimento sem causa.

Em conclusão, escrutina-se os conflitos expostos ao longo do presente artigo e analisa-se seus principais aspectos, respondendo aos questionamentos acerca da legalidade de tais empreendimentos.

Por fim, destaca-se que, em virtude da complexidade da discussão e da riqueza de argumentos que envolve o tema em debate, a presente pesquisa não objetiva esgotar a matéria, mas sim fomentar a realização de um maior número de estudos sobre o assunto.

## **1. Loteamentos fechados e principiologia**

O perímetro urbano dos municípios brasileiros desenha-se, em grande parte, por parcelamentos do solo nele efetuados, os quais são realizados conforme as características da gleba e da obra que se pretende executar. Assim, o parcelamento do solo urbano consiste na “divisão de uma gleba em lotes, que passam a ter *vida autônoma*, com acesso direto à via pública. A gleba parcelada *perde a sua individualidade*, a sua caracterização originária, dando nascimento a várias parcelas individualizadas, que recebem o nome de 'lotes’” (AZEVEDO, 1983, p. 64-71- grifos do original).

Nesse ínterim, “parcelamento do solo é gênero do qual são espécies o desmembramento, o loteamento e o desdobro. As duas primeiras espécies, sujeitas e disciplinadas pela Lei 6.766/1979 e, a última, exclusivamente, pela lei municipal” (SCAVONE JÚNIOR, 2020, p. 121).

Assim, o parcelamento do solo urbano representa um “subsistema do macrossistema da cidade, que expressa operação polivalente da integração de espaços públicos e privados, pelo fracionamento sustentável da propriedade imobiliária, servindo de base a múltiplas acomodações civis, urbanísticas e comerciais relevantes” (AMADEI; AMADEI, 2014, p. 02).

Porém, com o passar do tempo, a violência urbana e a precariedade dos serviços prestados pelo poder público em loteamentos convencionais acarretaram uma reação por parte da população que neles residia, a qual passou a demandar um empreendimento que garantisse maior segurança aos moradores e eficiência na manutenção e na conservação do espaço,

bem como na prestação de serviços. Nesse contexto, uma nova figura começou a ganhar relevância na urbanização das cidades brasileiras: o loteamento fechado<sup>3</sup>.

Conforme Pinto, o loteamento fechado consiste em loteamento regularmente constituído, porém, com a concessão de uso dos logradouros à associação de moradores, que faz a cobrança de prestações periódicas para manutenção de serviços como manutenção, segurança privada, coleta de lixo e conservação do espaço, e, além disso, realiza o controle de acesso de pessoas e veículos ao loteamento<sup>4</sup> (2017, p. 02). Trata-se de um loteamento com seu fechamento aprovado pela municipalidade, bem como com todas as áreas públicas concedidas por meio da concessão de uso, disposta no art 7º do Decreto Lei n. 271/67 (ARAÚJO, 2019, p. 83-103).

Tal empreendimento já é uma realidade nos grandes e pequenos municípios brasileiros, tendo se popularizado por ser “capaz de conjugar um bom espaço para construção de uma casa confortável com a área de lazer e um sistema de segurança (muros, guaritas, câmeras e vigilância), ou seja, une dois anseios básicos da população: a qualidade de vida e a segurança” (KERN, 2017, p. 61-104).

Assim, seu surgimento se deu de fato por iniciativa dos moradores e também dos loteadores, que percebiam a alta demanda, principalmente,

---

<sup>3</sup> O loteamento fechado é uma figura existente há muito tempo nos municípios brasileiros, nesse sentido, já no ano de 1993, Meirelles alertava o seu surgimento: “loteamentos especiais estão surgindo, principalmente nos arredores das grandes cidades, visando descongestionar as metrópoles. Para esses loteamentos não há, ainda, legislação superior específica que oriente a sua formação, mas nada impede que os municípios editem normas urbanísticas locais adequadas a essas urbanizações. E tais são os denominados ‘loteamentos fechados’, loteamentos integrados, loteamentos em condomínio, com ingresso só permitido aos moradores e pessoas por eles autorizadas e com equipamentos e serviços urbanos próprios, para a autossuficiência da comunidade. Essas modalidades merecem prosperar. Todavia, impõe-se um regramento legal prévio para disciplinar o sistema de vias internas (que em tais casos não são bens públicos de uso comum do povo) e os encargos de segurança, higiene e conservação das áreas comuns e dos equipamentos de uso coletivo dos moradores, que tanto podem ficar com a Prefeitura como com os dirigentes do núcleo, mediante convenção contratual e remuneração dos serviços por preço ou taxa, conforme o caso” (1.993, p. 415).

<sup>4</sup> Não se trata de condomínio por serem os lotes unidades imobiliárias independentes, não vinculadas a equipamentos de uso comum dos condôminos ou frações ideais da gleba (PINTO, 2017, p. 02).

por segurança. Contudo, os loteamentos fechados não possuem previsão legal que promova sua criação, o que gerou discussões acerca de seu funcionamento, sobretudo quanto à possibilidade (ou não) de seu fechamento, em virtude dos bens públicos em seu interior, e da obrigatoriedade (ou não) de contribuição de prestação periódica cobrada dos moradores para custear a manutenção, a conservação e o controle de acesso do empreendimento<sup>5</sup>.

Assim, a presença de controvérsias no que tange à legalidade e ao funcionamento dos loteamentos fechados originou a busca por explicações e soluções para o problema, a qual se baseia, evidentemente, em princípios que norteiam o ordenamento jurídico pátrio. Nesse sentido, faz-se necessária a conceituação dos princípios da vedação do enriquecimento sem causa, da socialidade, da solidariedade, da legalidade, da boa-fé objetiva, da segurança jurídica, da liberdade de locomoção, da autonomia de associação, da proporcionalidade, da razoabilidade e da ponderação, além da garantia da segurança pública, para adentrar nas divergências em questão.

Primeiramente, aborda-se o princípio que proíbe o enriquecimento sem causa, o qual é fundado na equidade e encontra-se disciplinado no Código Civil de 2002 nos artigos 884 a 886<sup>6</sup>. Logo, “há enriquecimento ilícito quando alguém, a expensas de outrem, obtém vantagem patrimonial sem causa, isto é, sem que a tal vantagem se funde em

---

<sup>5</sup> Nesse sentido, Araújo, designa os loteamentos fechados como “condomínios de fato”, em virtude da semelhança fática de sua administração com a de um condomínio edilício, chama atenção para o fato de que “inúmeros são os condomínios de fato existentes no Brasil em situação irregular [...] A Lei nº 6.766/79 nada dispôs acerca do ‘loteamento fechado’” (2019, p. 83-103).

<sup>6</sup> Artigos 884 a 886 do Código Civil: “Artigo 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido. Artigo 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir. Artigo 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”.

dispositivo de lei, ou em negócio jurídico anterior” (GOMES, 1972, p. 289). Quando o enriquecimento sem causa tiver por objeto coisa certa, conforme o artigo 884 do Código Civil, sua restituição é obrigatória, e, não existindo mais a coisa, deve haver a restituição do valor da época em que foi exigida (MALUF; MONTEIRO; SILVA, 2011, p. 557-561).

Ainda, com fulcro no artigo 885 do Código Civil, a restituição também é devida quando o enriquecimento deixou de existir, e, nesse sentido, é possível que seja verificado quando da obtenção de vantagem ou da diminuição do passivo de outrem, “por exemplo, a decorrente da omissão<sup>7</sup> de uma despesa”. Sendo cabível ação “*de in rem verso*” mediante a presença de cinco fatores: “a) o enriquecimento do *accipiens*; b) o empobrecimento do *solvens*; c) uma relação de causalidade entre os dois fatos; d) a ausência de causa jurídica que os justifique; e) a inexistência de qualquer outra ação que possa socorrer a vítima;” (MALUF; MONTEIRO; SILVA, 2011, p. 557-561).

Por sua vez, o princípio da socialidade norteia o Código Civil, dispondo sobre as ações e omissões dos indivíduos, bem como com sua repercussão coletiva. Com base na socialidade, a codificação civil é utilizada como instrumento para a execução de projetos e consecução de fins constitucionalmente previstos, visando o bem comum e o interesse coletivo. Tal percepção é oriunda da concepção de que “o Estado e o Direito servem ao indivíduo enquanto ser *inserido em uma realidade social*”. Assim, com a compreensão do fenômeno jurídico na realidade social, determina-se “a relevância advinda de uma *relação de cooperação e integração* entre as partes das relações jurídicas, não apenas daquelas

---

<sup>7</sup> Nesse sentido, Maluf, Monteiro e Silva utilizaram como exemplo de enriquecimento sem causa em virtude de omissão de uma despesa o seguinte julgado: “Loteamento fechado. Administração entregue a associação de moradores criada para esse fim. Proprietário que se nega ao pagamento de sua cota-parte por não ser filiado à entidade. Inadmissibilidade. Obrigação devida ante o efetivo aproveitamento dos serviços de manutenção, conservação e segurança, sob pena de configuração de enriquecimento sem causa” (RT, 795/204) (2011, p. 557-559).

diretamente envolvidas em determinado negócio jurídico, mas também das que orbitam a relação entabulada” (AMARAL, 2012, p. 373-399 - grifos do original).

Já quanto ao princípio da solidariedade, tem previsão constitucional no artigo 3º, I da Carta Magna<sup>8</sup> e “descreve práticas de ajuda mútua, sendo observada, sobretudo, em grupos relativamente pequenos e socialmente coesos, como a família, pequenas cidades, comunidades culturais ou religiosas etc”. Embora o agir solidário não constitua dever jurídico e não possua recompensa, a reciprocidade é esperada e representa parte da prática solidária, em virtude da natureza de tais grupos (BARCELLOS, 2019).

O princípio da solidariedade confere ao legislador a autorização para afastar a necessidade de proporcionalidade entre o valor pago e o benefício obtido para alcançar as metas constitucionalmente formuladas para a construção de uma sociedade mais justa, ou seja, a “solidariedade confere validade a opções legislativas que, não fosse por ele, poderiam ser consideradas inconstitucionais por violar o direito de propriedade e a proporcionalidade”. (BARCELLOS, 2019).

Quanto ao princípio da legalidade, este estabelece que a liberdade individual apenas pode ser limitada em virtude de lei. Ele pode ser compreendido sob dois prismas: “para o Poder Público, a legalidade (o Estado, por seus agentes, só pode agir quando incidir a hipótese legal) e, para o indivíduo, o princípio da autonomia da vontade (o indivíduo pode fazer tudo o que a lei não proíbe)”. Qualquer comando estatal que restrinja direitos ou imponha condutas só possui validade se estiver em conformidade com a Constituição ou com as leis elaboradas segundo ela (SLAIBI FILHO, 2009, p. 318).

---

<sup>8</sup> Artigo 3º da Constituição Federal: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”

Ainda, destaca-se a boa-fé objetiva, que assume importante protagonismo nas discussões acerca do loteamento fechado, sendo conceituada como “um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. [...] um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos”. Desse modo, surgem “três funções nítidas no conceito de boa-fé objetiva: função interpretativa (art. 113); função de controle dos limites do exercício de um direito (art. 187); e função de integração do negócio jurídico (art. 422)”. Importante salientar que, nos contratos, a boa-fé objetiva consiste em fator basilar de interpretação, tanto nas tratativas, quanto na execução e na fase pós-contratual (VENOSA, 2019).

Também, refere-se o princípio da segurança jurídica, que “na dinâmica das relações entre Administração Pública e administrados, [...] se liga ao dever de boa-fé”. A segurança jurídica é, em inúmeros casos, um limite ao agir estatal, havendo o dever do Estado na aplicação da lei vigente e, ainda, “cabará ao Estado garantir o respeito da segurança jurídica entre os particulares – na execução de contratos e na aplicação da legislação pertinente, mesmo quando já não mais vigente, por exemplo –, em geral por meio das estruturas judiciais” (BARCELLOS, 2019).

Paralelamente à segurança jurídica, é direito do cidadão e dever do Estado a garantia da segurança pública, que abrange tanto o ramo da segurança externa (atribuição de proteção contra invasões externas, que cabe principalmente às forças armadas), quanto a segurança interna (que inclui a manutenção da ordem pública, bem como a preservação dos indivíduos e do patrimônio, promovida, principalmente, pela autoridade policial). A violação da segurança pública acarreta prejuízos na fruição de outros direitos, como por exemplo, a liberdade de locomoção (BARCELLOS, 2019).

Nessa senda, a liberdade de locomoção ocupa relevante espaço nas discussões acerca do loteamento fechado, visto que é um direito fundamental e uma liberdade em sentido negativo, que concede aos indivíduos a faculdade de escolha entre as alternativas de ações. As ações que constituem liberdade de locomoção não são proibidas ou obrigatórias pela Constituição. Ainda, a proteção dessa liberdade de locomoção engloba a proteção a uma gama de faculdades ou ações do indivíduo<sup>9</sup>(STEINMETZ, 2018).

Além disso, esse direito possui amplo escopo de abrangência no território brasileiro, que inclui a liberdade intramunicipal, intermunicipal, interestadual e inter-regional, possibilitando a livre circulação de pessoas, em tempos de paz, havendo, inclusive, a possibilidade de permanecer ou estabelecer residência, temporária ou definitiva, em qualquer parte do território nacional (STEINMETZ, 2018).

Ainda sobre as liberdades, pertinente mencionar a autonomia de associação, que se encontra ao lado da liberdade de reunião. A primeira possui a característica da perenidade, ao passo que a última se caracteriza pela temporariedade. A liberdade de associação é direito público subjetivo, além de direito coletivo, visto que sua existência legal é condicionada à formação se dar por mais de uma pessoa<sup>10</sup>. Assim, as associações possuem capacidade processual, podendo postular direitos alheios em seu nome, desde que seus filiados, em juízo ou fora dele, autorizem a representação (SALEME, 2011, p. 123-124).

---

<sup>9</sup> Ferreira Filho, acerca da liberdade de locomoção, explica: “é a primeira de todas as liberdades, sendo condição de quase todas as demais. [...] Sendo aquela cuja perda mais ostensiva aparece, foi talvez de todas as liberdades a mais cedo defendida. É ela protegida em particular pelo habeas corpus, [...] sendo mencionada no art. 5º, XV e LXVIII, a propósito deste, aliás” (2009, p. 299).

<sup>10</sup> Além disso, conforme Saleme, possui cinco características genéricas, quais sejam: a) sua criação somente pode ocorrer para fins lícitos, sendo defesa a criação para fins paramilitares; b) é proibida a interferência do Estado em seu funcionamento. “a expressão ‘na forma da lei’, do inciso XVIII, refere-se à adequação dos atos em face à lei das cooperativas”; c) as associações podem ser criadas e expandirem-se livremente, sem necessidade de autorização judicial; d) suas atividades podem ser suspensas em razão de decisão judicial; e) podem ser dissolvidas mediante sentença judicial transitada em julgado (2011, p. 123-124).



Por fim, abordam-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade que têm relevante papel no direito constitucional atual<sup>11</sup> e na busca por soluções frente aos conflitos resultantes da falta de regulamentação dos loteamentos fechados. A proporcionalidade e a razoabilidade possuem visível relação com as noções de justiça, isonomia, equidade moderação e prudência (SARLET, 2019).

Ainda, tais princípios traduzem a perspectiva de que “o Estado de Direito é o Estado do não arbítrio”, apenas com sua aplicação ocorre a construção do próprio significado, aumentando seu alcance na medida em que é aplicado. A proporcionalidade compreendida “em sentido amplo, opera como um limite à possibilidade de intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais”, já a proporcionalidade em sentido estrito “se processa a ponderação propriamente dita, ou seja, a verificação de se a medida, embora adequada e exigível, é mesmo proporcional e preserva uma relação de ‘justa medida’ entre os meios utilizados e o fim almejado” (SARLET, 2019).

Assim, constata-se que os princípios, na condição de normas jurídicas, norteiam a elaboração e a aplicação do direito. No que tange aos loteamentos fechados, os princípios analisados são largamente utilizados para explicar os diferentes pontos de vista sobre as relações nesses empreendimentos frente a falta de legislação acerca do instituto. Logo, a principilogia que alicerça o direito privado, sob um viés constitucional, é crucial na busca por soluções para as problemáticas, em especial, quando envolver a colisão de direitos fundamentais, como por exemplo, a segurança pública e a liberdade de locomoção.

---

<sup>11</sup> Conforme Bonavides, “a vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e auferir um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardeais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade” (2006, p. 395).

## **2 Fechamento dos loteamentos: segurança pública *versus* liberdade de locomoção**

O loteamento destina-se à urbanização de determinada área, e, em consequência disso, não é composto somente por lotes, mas também por vias, praças e espaços livres, bem como outros equipamentos urbanos. Nesse sentido, conforme o artigo 22 da Lei n. 6.766/1.979, são bens públicos, por determinação legal, as “vias e praças, os espaços livres e áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo”, que, “desde a data de registro do loteamento, passam a integrar o patrimônio do Município” (BRASIL, 1979).

Em virtude disso, surgiu uma grande discussão com relação à figura dos loteamentos fechados, tendo em vista o sistema de segurança desenvolvido para proteger e trazer conforto aos moradores do empreendimento. O cerne da questão se baseia na colisão entre os princípios fundamentais da segurança pública e da liberdade de locomoção do cidadão, que tem acesso aos bens públicos, e, se proibida ou controlada sua entrada em tal empreendimento, teria seu direito limitado.

Tal controvérsia também é calcada na natureza jurídica dos bens públicos, na possibilidade da utilização de tais bens públicos por particulares, mediante permissão de uso, concessão de uso ou concessão de direito real de uso e na inexistência de lei federal que discipline o loteamento fechado.

Freitas, diante disso, posiciona-se no sentido de entender pela ilegalidade dos loteamentos fechados, afirmando que “atropelando a legislação civil e urbanística, são assim concebidos para favorecer, na prática, a privatização do uso das áreas públicas dos loteamentos [...], outrora vocacionadas, em sua origem, ao uso coletivo”, referindo que inexistem juridicamente. Aduz que, embora grande parte da doutrina

considere lícita a obstrução da via por meio de guaritas, cancelas ou outros obstáculos, mediante o argumento da possibilidade de viabilizá-lo por meio da concessão de direito real de uso, esta não é possível. Afirma que esses autores sustentam tal tese no artigo 3º do Decreto-lei 271/67<sup>12</sup> que equipara o loteador ao incorporador (2011, p. 887-928).

Contudo, Freitas refere que, segundo trecho da Apelação Cível 7847, julgada em 07/01/1997, “não se aplicam ao caso as disposições da Lei 4.591/64, por força do art. 3.º do Dec.-lei 271/67, não apenas porque *abrogado pela Lei 6.766/79*, como ainda por *não ser auto--aplicável* tal dispositivo legal, porquanto a regulamentação determinada em seu § 1.º *jamais foi feita*”. Assim, Freitas destaca que a utilização dos bens de uso comum do povo deve ser precária, transitória e compatível com a destinação do bem (servir a todos) e classifica como “de duvidosa constitucionalidade” as leis que restrinjam a liberdade de locomoção em tempos de paz (2011, p. 887-928).

No mesmo sentido, Alves afirma serem ilegais tais loteamentos, sustentando haver, principalmente: a) a ausência de legislação que os ampare; b) a afronta aos princípios da isonomia e da legalidade; c) a impossibilidade, a seu ver, da concessão do uso exclusivo das áreas institucionais por meio de normas administrativas; e d) a perspectiva de que tal modalidade agride o planejamento urbano e promove a segregação social (2008, p. 81-102).

Nesse viés, Custodio compreende que a afetação dos bens públicos ao uso especial dos moradores, no loteamento fechado, possui amparo constitucional no direito ao bem-estar dos habitantes da cidade (artigo

---

<sup>12</sup> Artigo 3º do Decreto-lei 271/67: “Aplica-se aos loteamentos a Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, equiparando-se o loteador ao incorporador, os compradores de lote aos condôminos e as obras de infra-estrutura à construção da edificação”.

182, *caput*)<sup>13</sup>, no direito à segurança (artigo 5º, *caput*)<sup>14</sup> e no direito à sadia qualidade de vida (artigo 225, *caput*)<sup>15</sup>. No entanto, colide com o princípio da igualdade (artigo 5º, *caput*), por favorecer determinados habitantes sem justificativa plausível. Logo, o controle de acesso ofende os direitos à intimidade e à vida privada (artigo 5º, X)<sup>16</sup> dos que são constrangidos, sem amparo na lei, a procederem com sua identificação para adentrarem os logradouros públicos (2017, p. 1.937).

Também, para Custodio, o fechamento dos loteamentos ataca a liberdade de locomoção em tempos de paz e põe em jogo o direito à mobilidade urbana eficiente (artigo 144, § 10, I)<sup>17</sup> “pois desconecta e desarticula a malha viária da cidade”. E, por fim, aduz que “os loteamentos fechados são inconciliáveis com, pelo menos, três de quatro funções sociais da cidade (art.182, *caput*)<sup>18</sup> [...], quais sejam trabalhar, recrear-se (nas horas livres) e circular” (2017, p. 1.937).

Em sentido oposto, Lobo Júnior defende a legalidade do loteamento fechado. Assevera que surgiu em virtude dos anseios dos proprietários por mais segurança e que há possibilidade de trespasse dos bens públicos por

---

<sup>13</sup> Artigo 182, *caput*, da Constituição Federal: “A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

<sup>14</sup> Artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

<sup>15</sup> Artigo 225, *caput*, da Constituição Federal: “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”.

<sup>16</sup> Inciso X do artigo 5º da Constituição Federal: “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

<sup>17</sup> Artigo 144, § 10º, inciso 1º da Constituição Federal: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: § 10. A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas: I - compreende a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente;”.

<sup>18</sup> Artigo 182, *caput*, da Constituição Federal: “A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

meio de permissão ou concessão de uso, mediante desafetação, alterando a categoria jurídica dos bens. Esclarece que, "não se trata de privatizar o uso e sim de ordená-lo em consonância com o interesse público local (a segurança, a melhor urbanização, os serviços exercidos por particulares), pois assim decidiu a coletividade por seus representantes legitimamente eleitos" (2002, p. 05-07).

Desse modo, o Município possui competência constitucionalmente garantida, conforme o artigo 30, I e VIII da Constituição Federal de 1988<sup>19</sup>, para legislar sobre o interesse público local, o uso, o parcelamento e a ordenação do solo, tendo a legislação urbanística acerca do parcelamento do solo incidência transitória, e que, quando executado o parcelamento, o núcleo habitacional passa a integrar a cidade e a ser regido pelas leis municipais (LOBO JÚNIOR, 2002, p. 05-07).

Nesse viés, Amadei e Amadei explicam que, apesar da polêmica da inexistência da figura em lei federal, evidencia-se a legalidade dos loteamentos fechados quando devidamente aprovados pela esfera municipal. Defendem que, embora somente a lei federal possa dispor sobre Direito Civil e Registros Públicos, os municípios têm autonomia assegurada pela Constituição Federal para as disciplinas administrativa e urbanística, e, inclusive, para a concessão de vias e áreas públicas em favor de associação de moradores ou proprietários de lotes no exercício de controle de acesso ao núcleo habitacional<sup>20</sup>. Ressalvam que as vias e áreas públicas do empreendimento permanecem pertencentes ao Município, considerando legal o seu controle de acesso para assegurar a segurança e monitorar quem lá ingressar, porém, sendo vedada a proibição de acesso.

---

<sup>19</sup> Artigo 30, incisos I e VIII da Constituição Federal: "Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;"

<sup>20</sup> No mesmo sentido, explica Scavone Júnior que "assim, por lei municipal, há possibilidade de se autorizar o fechamento do loteamento com a restrição de uso dos bens públicos aos seus proprietários através da concessão de uso" (2020, p. 135).

Assim, salientam a tendência dominante pela juridicidade dos loteamentos fechados, como acontece no Tribunal de Justiça de São Paulo. (2014, p. 15-19).

Soares destaca que o “condomínio de fato” (expressão utilizada para se referir ao loteamento fechado) surgiu em consequência da incapacidade do Poder Público de atender os anseios populares, como conservação das vias e logradouros públicos de uso comum do povo, segurança, higiene, dentre outros<sup>21</sup>, o que levou os proprietários a se agruparem e se comportarem como condôminos (1999, p. 82). Desse modo, entende possível o fechamento do loteamento para uso exclusivo dos moradores, por meio de permissão ou concessão de uso, desde que mediante prévia desafetação dos bens públicos em seu interior. Assim, haveria alteração na destinação dos bens, que passariam de bens de uso comum para bens de uso especial (1999, p. 92-94).

Scavone Júnior sustenta que, presente o interesse público que enseja a concessão dos bens públicos ao uso exclusivo dos proprietários dos lotes, visto que, além do acréscimo de segurança, os bens passam à administração e conservação dos proprietários, desonerando o Município. Ademais, tais proprietários continuam pagando o Imposto Predial e Territorial Urbano (2020, p. 136).

Pires, ao analisar tais controvérsias, compreende a necessidade de proceder com uma ponderação de valores, ou seja, “há maior dificuldade do que o conflito de normas-regras, pois não se aplica a solução do ‘tudo-

---

<sup>21</sup> Sobre a finalidade e o contexto da criação de loteamentos fechados, afirma Pires: “o homem é um ser, por natureza, gregário. E o povo brasileiro notabiliza-se por este atributo. A preocupação em fechar loteamentos e vilas não é um propósito que os seus moradores acutilam contra os demais cidadãos por um reprovável instinto de preconceito com as diferenças de classes econômicas e sociais. Como na apresentação comentamos, loteamentos de casas de padrão econômico médio ou mesmo de classe média-baixa, vilas com casas simples que abrigam famílias que se encontram na massa de pessoas com restrições ao crédito, cujos filhos estudam em escolas públicas e o tratamento de saúde de seus moradores é a precária saúde pública, são estas pessoas, inclusive, as que buscam constituir bolsões ou pôr cancelas no limiar das vilas. O que move a estes residentes de loteamentos e vilas é o medo da violência, não o instinto de segregação ou de preconceito social” (2006, p. 87).

ou-nada ”.Tal conflito exige sopesar qual princípio prevalecerá, não invalidando o outro, mas, ao contrário, “o princípio preterido apenas o é como conteúdo valorativo que não se pretenderá realizar em preferência, mas permanecerá em torno, circunscreverá o princípio preferido, dando-lhe as condições e os limites de sua realização” (2006, p. 84).

Logo, explica que, no caso em tela, a segurança pública deverá prevalecer, haja vista a violência brutal, o aumento da criminalidade e a reação tímida e insuficiente do Estado à calamidade pública promovida pela violência urbana. Esclarece que isso não desconsidera a liberdade de locomoção, mas que esta, como os demais direitos fundamentais, é relativa, não consistindo no acesso indiscriminado e indistinto a qualquer lugar, encontrando limites, por exemplo, nos bens públicos, cuja forma de uso “pode e deve ser disciplinada pelo Estado”<sup>22</sup> (PIRES, 2006, p. 84-86).

Porém, alerta que, dependendo das nuances do caso concreto, também pode prevalecer o direito de ir e vir, por exemplo: não é razoável a instalação de cancelas para restrição de acesso de carros em loteamento de larga extensão, no centro da cidade, que causaria aos motoristas a necessidade de passar por outros trechos demasiadamente congestionados, acrescentando significativo tempo de trânsito e causando ônus aos demais, devendo, nesse caso, permanecer a liberdade de locomoção (2006, p. 84-86).

Também, Kern, ao analisar as teses conflitantes, vê a razoabilidade como norte para a superação do impasse entre os direitos fundamentais, de segurança e de locomoção, envolvidos. Nesse sentido, afirma:

---

<sup>22</sup> Nesse sentido, questiona e explica Pires: “Qual o real prejuízo que pode haver para a liberdade de locomoção se as ruas de certo loteamento que se tornou fechado não eram necessárias para o trânsito dos que ali não vivem? Se o ato de passar por aquelas ruas, a pé ou por veículo motorizado, pode ocorrer por outras ruas, no entorno do loteamento e sem fundado prejuízo, isto é, sem agravar o trânsito, sem agravar consideravelmente o tempo que se levará a chegar ao lado oposto do loteamento, então não há porque prevalecer o princípio da liberdade de locomoção diante do direito legítimo e da pretensão razoável dos residentes daquela área de controlar o acesso com vistas à, exclusivamente, garantir sua proteção contra a violência” (2006, p. 86-87).

Ao que nos parece, existe um conjunto de circunstâncias que, estando presentes, fazem prevalecer o direito à segurança e a possibilidade do fechamento do perímetro loteado, porque, nessas hipóteses, haveria um segmento da sociedade que teria enormes benefícios e, em contrapartida, outros segmentos teriam poucos "prejuízos". As circunstâncias a que nos referimos, conforme extraímos das diversas teses e críticas lidas, são as seguintes: (a) o loteamento deve se situar em lugar no qual o fechamento das vias que o entrecortam não ocasiona transtornos no trânsito, isto é, não acarreta acréscimo excessivo na viagem daqueles que morem em bairros próximos, nem gera a sobrecarga de outras vias, com congestionamentos; (b) o loteamento não pode gerar severas restrições ao direito e às expectativas de lazer dos moradores circunvizinhos; (c) o loteamento não pode conter, no perímetro fechado, equipamentos comunitários de interesse geral, tais como escolas e creches (2014, p. 61-104).

Dessa forma, ocorrida a ponderação das circunstâncias, em prevalecendo a necessidade de maior segurança, considera lícita e legítima a implantação do loteamento fechado. Observa-se que o Município, enquanto titular dos bens oriundos do parcelamento, possui o poder de regulá-los e administrá-los. E, quanto aos instrumentos jurídicos para a criação do loteamento fechado, o meio cabível é a utilização da concessão de uso e da permissão de uso. Cumpre ressaltar que a concessão de direito real de uso neste caso é inadequada, visto que, conforme o artigo 7º do Decreto-lei 271/1967<sup>23</sup>, esta serve para transpassar o uso para atender finalidades bastante específicas<sup>24</sup>. Logo, no loteamento fechado é incorreto o manejo da concessão de direito real de uso por ser incoerente com sua finalidade legal (KERN, 2014, p. 61-104).

---

<sup>23</sup> Artigo 7º do Decreto-lei 271/67: "É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas".

<sup>24</sup> Como a regularização fundiária de interesse social, a edificação, a industrialização, o cultivo de terras, etc.



Em 2015, o Supremo Tribunal Federal passou a analisar a questão, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2008007-25.2015.8.26.0000, também destacando a necessidade de ponderação para a resolução do conflito, conforme ementa a seguir:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Deferimento da habilitação de Pagano - Quinta do Imperador Empreendimentos Imobiliários SPE Ltda., Nova América Franca Empreendimentos Imobiliários Ltda., Associação dos Proprietários em Reserva Santa Georgina e Associação de Moradores e Proprietários da Vila Hípica e Prolongamento da Vila Hípica na qualidade de amicus curiae - Suspensão do processo diante da alegada existência de repercussão geral Não cabimento Julgamento do RE no 607.940 Irrelevância Ação que apresenta causa petendi aberta, permitindo a análise de outros aspectos constitucionais da questão. ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Artigos 44 a 55, da Lei Complementar no 137, de 18 de dezembro de 2008, e, por arrastamento, Leis nos 7.761, de 11 de dezembro de 2012, 7.768 e 7.769, ambas de 20 de dezembro de 2012, **que disciplinaram a regularização de loteamentos fechados e a concessão de uso das áreas públicas ali existentes** - Inexistência de invasão de competência legislativa alheia para dispor sobre direito civil ou sobre normas gerais de direito urbanístico - **Município que não se excedeu ao legislar sobre o tema, num contexto voltado a garantir o bem estar de parcela expressiva de seus habitantes**, além da preservação ambiental no que toca às áreas objeto de parcelamento - Inocorrência, ainda, de vício de cunho material, a partir da indicação de que o diploma em comento segrega espaço público de uso comum - **Controvérsia instaurada no presente feito que envolve, na verdade, a colisão aparente de dois princípios fundamentais: o da segurança pública e o da liberdade de locomoção** - **Necessidade, desse modo, de proceder a uma ponderação de valores** - Lógica dos valores que, por sinal, representa a lógica do razoável - **Legislação em causa que se limita a estabelecer normas para autorizar o Executivo Municipal a permitir o fechamento parcial do espaço urbano, podendo, ainda, conceder à associação de proprietários diretamente interessada o uso das áreas públicas existentes em loteamentos regularmente aprovados, sem**

**obstrução do sistema viário estrutural, vedada, outrossim, qualquer alteração na destinação de áreas verdes e institucionais, realçando a vocação coletiva dos espaços públicos - Liberdade de circulação que, nessa linha, não fica comprometida em demasia - [...] - Valores alinhados no princípio da segurança pública que, destarte, autorizam a restrição de acesso que se pretende impor - Na situação exposta, só haverá real comprometimento do direito de ir e vir daqueles que, presumivelmente mal intencionados, buscam ingressar nesses espaços urbanos sem um propósito legítimo - [...], consoante alude o caput do artigo 180 da Constituição Estadual - Legislação que, na verdade, volta-se apenas a regularizar situações concretas concernentes ao fechamento de propriedades loteadas e à outorga de concessão de uso de áreas verdes e institucionais desses loteamentos, cuidando de questão que diz respeito apenas aos moradores desses espaços urbanos, sem afetar de nenhuma forma a vizinhança ou frequentadores da região e, portanto, também o ordenamento urbano estabelecido anteriormente à sua vigência - Disciplina legal, ademais, que já se encontra consolidada há muito no Município, que acolhe inúmeros loteamentos fechados, sem qualquer resistência da sociedade local, o que induz à presunção de que atende o interesse coletivo - Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.” (Ação Direta de Inconstitucionalidade no 2008007-25.2015.8.26.0000, rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. 24.02.2016 - grifamos).**

Desse modo, percebe-se que ambos os lados possuem fortes argumentos sobre a possibilidade ou não da instituição do loteamento fechado, convergindo na busca pelo melhor interesse da cidade e de seus habitantes. Porém, a ponderação parece ser a maneira mais justa e razoável de analisar a possibilidade de sua instituição nos diferentes Municípios do território nacional, conforme suas distintas realidades e mensurando o impacto que estes venham a causar aos residentes e não-residentes.

### **3 As discussões decorrentes do rateio de despesas no loteamento fechado**

Primeiramente, para bem compreender as peculiaridades do loteamento fechado e os pontos em discussão, importante diferenciá-lo de algumas figuras, que, embora semelhantes, são significativamente distintas e têm características próprias. Nesse sentido, salienta-se a diferença jurídica entre o condomínio horizontal/condomínio deitado e o loteamento fechado.

Verifica-se que, enquanto no loteamento a gleba é subdividida em lotes, no condomínio horizontal se formam unidades autônomas (casas térreas ou assobradadas) nas quais, inclusive, se integram o jardim e o quintal; no loteamento as áreas livres, praças e vias de circulação pertencem ao Município, ao passo que, no condomínio, pertencem aos condôminos, que possuem frações ideais desses bens; no loteamento, o lote adquirido é perfeitamente individualizado e descrito, por sua vez, no condomínio, há uma unidade autônoma somada à fração ideal dos bens comuns e ao todo do condomínio; e, ainda, enquanto o registro do loteamento segue o procedimento da Lei n. 6.766/1979, o do condomínio segue o da Lei n. 4.591/1964 (SILVA FILHO, 1964, p. 31).

Também, aponta-se a semelhança fática dos loteamentos fechados, no que diz respeito aos aspectos de administração, organização e funcionamento com a figura dos condomínios edilícios, tanto que, recorrentemente é utilizada a expressão “condomínios de fato”. Nesse sentido, explica Araújo:

O fato de ambos os empreendimentos – ‘loteamento fechado’ e condomínio edilício – serem cercados, terem o acesso aos seus interiores controlados, possuírem vias internas dos muros e necessitarem da aprovação de seus projetos pela municipalidade, a confusão entre os dois empreendimentos se instaura [...] Os moradores dos ‘loteamentos fechados’, por meio da associação de moradores, elegem uma diretoria e um conselho deliberativo para que

contratem serviços para suprir as necessidades em comum de todos os moradores, assim como um condomínio edilício é administrado por síndico (2019, p. 83-103).

Importante distinguir que, no condomínio edilício há legislação específica e copropriedade dos moradores quanto às áreas comuns, em que cada um possui uma fração ideal destas, situação que gera direitos e deveres, com previsão legal, em virtude de serem condôminos<sup>25</sup>. Em contrapartida, a situação nos loteamentos fechados é bastante distinta, pois os que lá habitam possuem um vínculo jurídico diferente, qual seja o de vizinhança, que não é rodeado de tais direitos e obrigações. Para contornar essa ausência de regulação, são criadas associações de moradores, com personalidade jurídica própria, que se encarregam de tarefas de administração, manutenção e conservação, têm finalidade de trazer benefícios aos moradores do loteamento fechado, por meio do fornecimento de serviços, como: limpeza, segurança, controle de acesso ao loteamento, coleta de lixo, etc. Tais atividades, inclusive, acarretam vantagens ao município, que se desincumbe dos ônus de conservação e manutenção da área (ARAÚJO, 2019, p. 84-89).

Assim, existe uma similaridade fática, porém diferenciação jurídica, o que provocou o surgimento de alguns problemas no decorrer do tempo. Dentre eles, o mais recorrente envolve o rateio das despesas. Isso pois, no condomínio edilício, a assembleia dos condôminos consegue fixar essas taxas por maioria ou pelo quórum previsto no artigo 9º § 2º da Lei n. 4.591/1964<sup>26</sup>, sendo seu pagamento obrigatório e passível de cobrança.

---

<sup>25</sup> Conforme Araújo, “o dever dos condôminos de concorrer para as despesas do condomínio está previsto no artigo 1.336, I, do Código Civil. Esses débitos são classificados como obrigações *propter rem*, que vinculam a obrigação de pagar o débito à titularidade de unidade imobiliária (art. 1.345 CC), ou seja, se vinculam à titularidade de um direito real” (2019, p. 86).

<sup>26</sup> § 2 do artigo 9º da Lei n. 4.591/1964: “§ 2º Considera-se aprovada, e obrigatória para os proprietários de unidades, promitentes compradores, cessionários e promitentes cessionários, atuais e futuros, como para qualquer ocupante,

Porém, quanto à associação de moradores dos loteamentos fechados o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão, que era no sentido de que todos os moradores do loteamento fechado, obrigatoriamente, deveriam concorrer nas despesas de aprimoramentos que os beneficiassem, mudou. A partir do julgamento dos Embargos de Divergência do Recurso Especial n. 444.931-SP, em 2005, entende-se que a fixação da taxa por associação de moradores não vincula o pagamento, salvo àqueles que ela integrarem (ARAÚJO, 2019, p. 91).

Sobre tal questão, salienta-se, principalmente, os princípios da boa-fé objetiva, razoabilidade, proporcionalidade e vedação do enriquecimento ilícito, evidenciados no voto vencido do Ministro Ricardo Villas Boas Cuevas no Recurso Especial n. 1.439.163/SP de 2015:

**Não se coaduna com a boa-fé o comportamento daquele que, podendo optar por outro local, adquire um imóvel em loteamento fechado e se recusa a contribuir com o pagamento para as despesas de custeio para serviços àquela coletividade, mas que o beneficia diretamente.** Ademais, à luz dos princípios da socialidade e da proporcionalidade, **é razoável que o adquirente de imóvel em loteamento fechado, com associação de moradores já constituída e com plena ciência das despesas correspondentes aos serviços prestados à coletividade participe do rateio mensal para a manutenção do “condomínio de fato”.** Nessa situação, o prévio conhecimento acerca dos serviços organizados e custeados pelos moradores permite afirmar que há aceitação tácita do adquirente de imóvel em loteamento fechado. Ou seja, o gozo dos serviços pelo proprietário importa na aceitação tácita da oferta, o que retrata uma verdadeira adesão à vontade do grupo preestabelecido [...] Além disso, o fundamento da pretensão autoral possui raiz no princípio geral do direito que veda **o enriquecimento sem causa, que inegavelmente ocorrerá se o recorrente, beneficiado pelos serviços que sabidamente são prestados pela recorrida, inclusive com a**

---

a Convenção que reúna as assinaturas de titulares de direitos que representem, no mínimo, 2/3 das frações ideais que compõem o condomínio”.

**valorização de seu imóvel, e suportados pelos outros moradores, nada pagar por eles.** [...] Em síntese, a aceitação tácita dos serviços prestados à coletividade e a vedação ao enriquecimento sem causa são os fundamentos que amparam a conclusão de que as taxas, contribuições de manutenção ou de conservação podem ser impostas ao proprietário de um imóvel adquirido em um loteamento fechado após a constituição da associação. Cumpre destacar que a matéria foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal. No julgamento do RE nº 340.561/RJ, DJ 1º/02/2005, o Ministro Sepúlveda Pertence assinalou que, “mesmo havendo uma associação de moradores em lugar de um condomínio, não seria admissível o enriquecimento ilícito de alguns em detrimento de um grupo” (grifamos).

Nesse sentido, a argumentação favorável à contribuição obrigatória por parte dos moradores, visa, simultaneamente, evitar o enriquecimento ilícito, analisar a situação com base no respeito ao princípio da boa-fé objetiva e viabilizar o funcionamento dos loteamentos fechados, de modo a evitar situações que tragam prejuízos aos que pagam as prestações periódicas regularmente e benefícios àqueles que se resguardam no princípio da liberdade de associação para não contribuírem no custeio dos serviços que valorizam seu patrimônio.

No mesmo viés, manifestou-se o Ministro Fernando Gonçalves em embargos de divergência em Recurso Especial n. 444.931 - SP (2005/0084165-3) (voto vencido). Em sua fundamentação enfatizou, principalmente, a finalidade das “taxas” de cobrir os custos de manutenção e conservação e o acréscimo de conforto e segurança, que valoriza todos os lotes do empreendimento, inclusive os sem construção<sup>27</sup>(SUPERIOR

---

<sup>27</sup> Trecho do voto do Ministro Fernando Gonçalves em embargos de divergência em Recurso Especial n. 444.931: “O acórdão local mostra que a contribuição exigida pela associação visa cobrir o pagamento de serviços de segurança, manutenção e conservação de área de “loteamento fechado”, “serviços esses que beneficiam todos os componentes daquela coletividade, propiciando melhores condições de conforto e segurança para aqueles que residem dentro da área do loteamento, e valorizando as cotas daqueles que ainda não erigiram nenhuma construção.” [...] O proprietário de unidade em loteamento está obrigado a concorrer no rateio das despesas de melhoramentos que beneficiam a todos, ainda que não faça parte da associação, dado que, além de usufruir das benfeitorias comuns e dos serviços prestados e custeados pelos vizinhos, tem valorizado o seu patrimônio” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2005).

TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2005). Na mesma linha, o Recurso Especial 139.952/RJ, relatado pelo Ministro Waldemar Zveiter de 19/04/1999, favorável à cobrança das “taxas”.

Em sentido oposto, manifestou-se o Ministro Marcos Buzzi no Recurso Especial n. 1.439.163/SP de 2015 sustentando em seu voto que:

se a compra se opera em data posterior à constituição da associação, na ausência de fonte criadora da obrigação (lei ou contrato), é defeso ao poder jurisdicional, apenas calcado no princípio do enriquecimento sem causa, em detrimento aos princípios constitucionais da legalidade e da liberdade associativa, instituir um dever tácito a terceiros, pois, ainda que se admita a colisão de princípios norteadores, prevalece, dentre eles, a verticalidade de preponderância, os preceitos constitucionais, cabendo tão-somente ao Supremo Tribunal Federal, no âmbito da repercussão geral, afastá-los se assim o desejar ou entender (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015).

Concordando com o posicionamento anterior, o Ministro Humberto Gomes de Barros em Recurso Especial n. 444.931 – SP ( 2005/0084165-3), afirmou que “essa cobrança tem toda a característica de uma taxa e, mesmo a taxa tributária, só é impositiva em função de lei; aí não há um fundamento legal”<sup>28</sup>, logo não representa fonte obrigacional aceita pelo ordenamento jurídico pátrio, que não a torna passível de cobrança (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2005).

---

<sup>28</sup> Pires, em discordância de tal argumento, afirma que muitos são os críticos que, precipitadamente, se opõem à possibilidade jurídica de transformar o loteamento em fechado, afirmando a impossibilidade da cobrança de “taxa” de conservação, por entenderem que a cobrança de taxas é de competência exclusiva do estado. No entanto, Pires afirma que as palavras podem possuir diferentes significados, não havendo sentido em se opor à existência de loteamentos fechados, bolsões ou vilas com acesso restrito ao público pela instituição, entre moradores, de uma taxa de conservação, “pois o vocábulo ‘taxa’, no caso, não tem conotação alguma que lhe amolde à seara do Direito Tributário”, afirmando que “taxa” é palavra amplamente utilizada no cotidiano popular, com inúmeras significações, como, por exemplo, “taxa de matrícula”, “taxa de visitas” e “taxa de juros”, sendo simplória e estreita a interpretação desta que atribui apenas um sentido. E acrescenta: “esta obrigação – a ‘taxa de conservação’- decorre de deliberação da maioria dos moradores do loteamento ou da vila. Representa a arrecadação necessária para a manutenção de uma estrutura que viabilize a realização do loteamento fechado, do bolsão ou da vila” (2006, p. 100 – 101).

Ainda, ressalta-se o voto do Ministro Marco Aurélio em Recurso Extraordinário n. 432.106/ RJ em 20/09/2011, em que sustentou que:

[...]a título de evitar o que se apontou como enriquecimento sem causa, esvaziou-se a regra do inciso XX do artigo 5º do Diploma Maior, a revelar que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado. A garantia constitucional alcança não só a associação sob o ângulo formal como também tudo que resulte desse fenômeno e, iniludivelmente, a satisfação de mensalidades ou de outra parcela, seja qual for a periodicidade, à associação pressupõe a vontade livre e espontânea do cidadão em associar-se<sup>29</sup> (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011).

Neste mesmo Recurso Extraordinário, o voto do Ministro Luiz Fux foi pela impossibilidade de cobrança de tais taxas dos não associados, defendendo que não existe fonte obrigacional<sup>30</sup> e que haveria violação da liberdade de associação.

Acerca dos Recursos Extraordinários n. 432.106/ RJ e 1.439.163/SP sobre a matéria, manifesta-se Scavone Júnior:

É de se lamentar ambas as decisões, tanto esta quanto aquela que emana do RE 432106. Generalizar e desconsiderar regionalidades e peculiaridades de cada situação, que podem representar enriquecimento ilícito daquele que se beneficia com os serviços prestados e não ignorou a cancela e a portaria quando adquiriu seu imóvel, decorre de profunda insensibilidade e desconhecimento da realidade desses empreendimentos que proliferaram no Brasil desde a década de 1970 e poderá gerar o caos na administração dos loteamentos fechados. Mais uma demonstração de absoluto descolamento do

---

<sup>29</sup> Acerca do referido voto do Ministro Marco Aurélio, afirma Scavone Júnior: “Decisão judicial merece respeito. Todavia, respeito não significa submissão a decisão que ignora a existência do locupletamento ilícito daquele que mostrou desprezo pelo bem comum e que sabia exatamente o que adquiriu e seus benefícios, mas se nega a pagar pelo que claramente o beneficia” (2020, p. 140).

<sup>30</sup> No que tange ao enriquecimento sem causa como fonte obrigacional, Tartuce explica que, “desse modo, o enriquecimento sem causa constitui fonte obrigacional, ao mesmo tempo em que a sua vedação decorre dos princípios da função social das obrigações e da boa-fé objetiva” (TARTUCE, 2019). Já Gonçalves, aponta que “O Código Civil brasileiro considera fontes de obrigações: a) os contratos; b) as declarações unilaterais da vontade; e c) os atos ilícitos, dolosos e culposos” (GONÇALVES, 2018, p.16).



judiciário com a realidade brasileira. Melhor que as associações se acautelem e busquem obter, tão logo haja alienação, a adesão voluntária do adquirente de lote à respectiva associação. Nada obstante essa cautela, certo é que a jurisprudência das Cortes Superiores está a merecer revisão (2020, p. 141).

Atualmente, conforme o artigo 36-A da Lei n. 6.766/1979<sup>31</sup>, inserido pela Lei n. 13.465/2017, a associação é equiparada à administração de imóveis, de modo que há vinculação ao pagamento das contribuições decorrentes da manutenção e conservação das vias e demais logradouros internos, independentemente de o proprietário ser associado ou não (SCAVONE JÚNIOR, 2020, p.134).

O Supremo Tribunal Federal se debruçou sobre a matéria no Recurso Extraordinário n. 695.911/SP<sup>32</sup>, julgando-o no dia 15 de dezembro de 2020.

---

<sup>31</sup> Artigo 36-A da Lei n. 6.766/79: “As atividades desenvolvidas pelas associações de proprietários de imóveis, titulares de direitos ou moradores em loteamentos ou empreendimentos assemelhados, desde que não tenham fins lucrativos, bem como pelas entidades civis organizadas em função da solidariedade de interesses coletivos desse público com o objetivo de administração, conservação, manutenção, disciplina de utilização e convivência, visando à valorização dos imóveis que compõem o empreendimento, tendo em vista a sua natureza jurídica, vinculam-se, por critérios de afinidade, similitude e conexão, à atividade de administração de imóveis (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)”.

<sup>32</sup> Ementa do Recurso Extraordinário n. 695.911/SP: **Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Liberdade associativa. Cobrança de taxas de manutenção e conservação de áreas de loteamento. Ausência de lei ou vontade das partes. Inconstitucionalidade. Lei nº 13.467/17. Marco temporal. Recurso extraordinário provido. Fatos e provas. Remessa dos autos ao tribunal de origem para a continuidade do julgamento, com observância da tese.** 1. Considerando-se os princípios da legalidade, da autonomia de vontade e da liberdade de associação, não cabe a associação, a pretexto de evitar vantagem sem causa, impor mensalidade a morador ou a proprietário de imóvel que não tenha a ela se associado (RE no 432.106/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 3/11/11). 2. Na ausência de lei, as associações de moradores de loteamentos surgiam apenas da vontade de titulares de direitos sobre lotes e, nesse passo, obrigações decorrentes do vínculo associativo só podiam ser impostas àqueles que fossem associados e enquanto perdurasse tal vínculo. 3. A edição da Lei no 13.465/17 representa um marco temporal para o tratamento da controvérsia em questão por, dentre outras modificações a que submeteu a Lei no 6.766/79, ter alterado a redação do art. 36-A, parágrafo único, desse diploma legal, o qual passou a prever que os atos constitutivos da associação de imóveis em loteamentos e as obrigações deles decorrentes vinculam tanto os já titulares de direitos sobre lotes que anuíram com sua constituição quanto os novos adquirentes de imóveis se a tais atos e obrigações for conferida publicidade por meio de averbação no competente registro do imóvel. 4. É admitido ao município editar lei que disponha sobre forma diferenciada de ocupação e parcelamento do solo urbano em loteamentos fechados, bem como que trate da disciplina interna desses espaços e dos requisitos urbanísticos mínimos a serem neles observados (RE no 607.940/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 26/2/16). 5. Recurso extraordinário provido, permitindo-se o prosseguimento do julgamento pelo tribunal de origem, observada a tese fixada nos autos: “É inconstitucional a cobrança por parte de associação de taxa de manutenção e conservação de loteamento imobiliário urbano de proprietário não associado até o advento da Lei no 13.465/17 ou de anterior lei municipal que discipline a questão, a partir do qual se torna possível a cotização de proprietários de imóveis, titulares de direitos ou moradores em loteamentos de acesso controlado, desde que, i) já possuidores de lotes, tenham aderido ao ato constitutivo das entidades equiparadas a administradoras de imóveis ou, (ii) no caso de novos adquirentes de lotes, o ato constitutivo da obrigação tenha sido registrado no competente registro de imóveis” (grifos do original).

Com placar de seis votos a cinco, em que a tese defendida pelo relator, Ministro Dias Toffoli, foi a vencedora. Nela, o ministro ressalta que a liberdade de associação consolida direitos fundamentais de primeira dimensão, e, embora nenhum direito fundamental possua caráter absoluto, inspira-se no princípio da máxima extensão (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020, p. 25). Também, adverte:

atente-se que toda a restrição a um direito de liberdade configura, em essência, a imposição de uma obrigação (fazer, não fazer ou dar). E obrigações – em razão do princípio da legalidade (‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’, art. 5º, II, da CF/88) – só possuem validade quando expressamente consignadas em normas jurídicas: lei ou ajuste entre as partes. Nesse passo, restrições ao direito de liberdade, além de exigirem restrição mínima, requerem necessariamente previsão em lei (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020, p. 25-26).

Toffoli argumenta que a ponderação do princípio da liberdade associativa só teria sentido caso fosse sopesada com princípios de ordem constitucional, e ressalta a natureza infraconstitucional do princípio da vedação do enriquecimento ilícito. Também, salienta que a cobrança feita aos não associados, nele calcada, representaria ofensa ao princípio da legalidade (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020, p. 31).

Ainda, o ministro considera a Lei n. 13.465/2017 um marco temporal e refere que, aos loteamentos regularmente constituídos, com obrigação expressa no ato constitutivo firmado após a edição da Lei n. 13.465/2017, ou de lei municipal anterior que discipline a questão, desde que atendidos os requisitos do artigo 36-A da Lei n. 6.766/1979, vinculam-se “tanto os já titulares de direitos sobre os lotes que anuíram com a sua constituição quanto os novos adquirentes de imóveis em loteamentos como decorrência da publicidade conferida à obrigação averbada no registro do imóvel” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020, p. 41).

É perceptível que o imbróglio acerca da contribuição à associação de moradores para o custeio das despesas é relevante e possui robusta argumentação em ambas as perspectivas. Portanto, necessário fazer a leitura da situação com a observância das regras e dos princípios que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro, além de considerar o previsto na Lei n. 13.465/2017, que criou dois novos institutos jurídicos para apaziguar a questão: o loteamento de acesso controlado e o condomínio de lotes, que se mostram alternativas viáveis aos loteamentos fechados, em virtude de sua regulamentação jurídica em âmbito federal, havendo maior segurança, tanto quanto à contribuição, quanto com relação ao fechamento.

### **Conclusão**

Na presente pesquisa analisou-se o fenômeno dos loteamentos fechados nos municípios brasileiros. Para tanto, foram abordadas as discussões acerca de sua legalidade em duas perspectivas: a possibilidade de fechamento de seu loteamento e a obrigatoriedade (ou não) de contribuição para manutenção e conservação do local.

Primeiramente, verificou-se a principiologia constitucional e infraconstitucional, a fim de compreender as bases nas quais se fundamenta o imbróglio envolvendo os loteamentos fechados no Brasil, bem como os meios que poderiam ser adotados para a resolução de tal situação.

Com relação ao fechamento dos loteamentos, destaca-se que ambas as correntes possuem argumentações robustas, no entanto, é evidente que, pela competência municipal para a ordenação do solo, conferida pelo artigo 30, I e VIII, da Constituição Federal, o fechamento autorizado pelo município deve ser respeitado. No entanto, resta nítida a vedação de proibição em havendo cadastramento e identificação do cidadão, sendo

possível, apenas, o controle de acesso, em virtude dos bens públicos presentes no interior do empreendimento, mesmo que devidamente concedidos ao uso dos proprietários.

Tanto que, na modalidade de loteamento de acesso controlado, criada pela Lei n. 13.465/2017, semelhante ao loteamento fechado em certos aspectos, o controle de acesso é permitido, sendo vedada, apenas, a proibição de terceiros devidamente cadastrados e identificados, conforme o art 2º, parágrafo 8º, da Lei n. 6.766/1979.

Todavia, necessário atentar-se para a área de implantação do empreendimento, sendo pertinente utilizar a razoabilidade como filtro decisório para a possibilidade ou não de aprovação do empreendimento, mostrando-se necessário conciliar o acréscimo de qualidade de vida e segurança aos residentes com o bom funcionamento da malha viária urbana.

Com relação às despesas de manutenção e conservação dos empreendimentos, a matéria, como exposto, fora esclarecida no recurso Recurso Extraordinário n. 695.911/SP, determinando as situações que possibilitam a cobrança, nos moldes supramencionados.

No entanto, mesmo com significativo atraso, a matéria foi objeto de regulamentação legal em 2017, pela Lei Federal n. 13.465/2017, que criou dois novos institutos: o loteamento de acesso controlado e o condomínio de lotes. Esses têm suas peculiaridades, mas, em síntese, permitem que se atinja as finalidades precípua almeçadas pelos moradores de loteamentos fechados, quais sejam as de segurança e qualidade de vida. Nesse sentido, por serem objeto de regulamentação e disciplinarem tanto a possibilidade de fechamento, como a obrigatoriedade de contribuição, tais figuras apresentam maior segurança jurídica aos proprietários e municípios e segurança financeira ao empreendimento e aos moradores que contribuem devidamente.

Deste modo, é perceptível que tais controvérsias e argumentações auxiliaram o legislador a criar institutos jurídicos que disciplinassem a questão com clareza, e, por possuírem norma específica, são mais vantajosos de serem implementados, e tendem a substituir os loteamentos fechados no decorrer dos anos.

Assim, conclui-se que, por mais que fosse possível sua implantação anteriormente, com a aprovação municipal, a alternativa mais viável é estudar as alternativas advindas da Lei n. 13.465/2017, de modo a compreender qual delas melhor se adequa à realidade do município em questão, a fim de haver maior segurança jurídica. Quanto aos loteamentos fechados já existentes e os que eventualmente surjam após o advento da Lei n. 13.465/2017, levando em consideração a competência municipal para ordenação e parcelamento do solo urbano e o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2008007-25.2015.8.26.0000, resta possível o fechamento aprovado pelo município, e, após o julgamento do Recurso Extraordinário n. 695.911/SP, em 15/12/2020, é possível delinear como se dá a cobrança das despesas, o que trouxe maior segurança à questão e possibilitou meios mais claros de resolução de eventuais imbrólios.

## Referências

- ALVES, Sonia Marilda Péres. Loteamentos fechados nas grandes cidades: a produção de ilegalidade por atores revestidos de poder social, econômico e político. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 64. p. 81-102. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2008.
- AMADEI, Vicente Celeste; AMADEI, Vicente de Abreu. *Como lotear uma gleba: o parcelamento do solo em todos os seus aspectos essenciais (loteamento e desmembramento)*. 4. ed. rev. e atual. Campinas: Millennium, 2014.
- AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. *O princípio da socialidade e sua relação com as normas de usucapião imobiliária e desapropriação judicial no código civil de 2002*. *Revista de Direito Privado*. Vol. 50. p. 373 - 399, abr.-jun. 2012.

AZEVEDO, Eurico de Andrade. Loteamento Fechado. *Loteamento Especial ou Loteamento em Condomínio* - características - diferenças do loteamento comum natureza privada do empreendimento - aplicação da lei 4.591, de 16. 12. 64, sobre condomínio de apartamentos - não incidência da lei 6.766, de 19.12.79 - necessidade de aprovação pelos órgãos públicos competentes. *Revista de Direito Imobiliário*. Vol. 11. p. 64-71, jan.-jun. 1983.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro; Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983918/>. Acesso em: 11. dez. 2020.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. *Constituição Federal*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

\_\_\_\_. *Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964*. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4591.htm). Acesso em: 06. jan. 2021.

\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 444.931 - São Paulo*. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 08. out. 2020.

\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.439.163- São Paulo*. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 02. jan. 2021.

\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 139.952 - Rio de Janeiro*. Relator Ministro Waldemar Zveiter. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 08. out. 2020.

\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2008007-25.2015.8.26.0000 - São Paulo*. Relator Desembargador Paulo Dimas Mascaretti. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 08. Jun. 2020.

\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 432.106 - Rio de Janeiro*. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 02. jan. 2021.

\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 695.911 - São Paulo*. Relator Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 01. mai. 2021.

CUSTODIO, Vinícius Monte. *Análise jurídica do loteamento de acesso controlado e do condomínio de lotes na lei federal Nº 13.465/2017*/Legal analysis of the controlled access allotments and the condominium of lots in the federal law No. 13.465/2017. *Revista de Direito da Cidade*. vol. 9. n. 4. p. 1930-1952, 2017. 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. out. 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FREITAS, José Carlos de. Da Legalidade dos Loteamentos Fechados. *Revista dos Tribunais*. Vol. 750. P. 148-170, abr. 1998.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil: direito das obrigações*. 17. Coleção sinopses jurídicas. v. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOBO JUNIOR, Hélio. Loteamentos fechados. *Boletim do IRIB em Revista*. vol. 304. p. 3-10, set. 2002.

MALUF, C. A. D.; MONTEIRO. W. B.; SILVA. R. B. *Curso de direito civil, 5: direito das obrigações, 2ª parte*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

PIRES, Luiz Manoel Fonseca. *Loteamentos Urbanos - Natureza Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SALEME, Edson Ricardo. *Direito constitucional*. São Paulo: Manole, 2011. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520442982/first>. Acesso em: 11. dez. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Linhas mestras da interpretação constitucional. In: MARANONI, L. G.; MITIDIERO, D.; SARLET, I. W. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610105/cfi/o!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 11. dez. 2020.

SCAVONE JUNIOR, Luis Antonio. *Direito imobiliário: teoria e prática*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVA FILHO, Elvino. Loteamento fechado e condomínio deitado. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 14. p. 7-35, jul.-dez. 1984.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SOARES, Danielle Machado. *Condomínio de fato: incidência do princípio da autonomia privada nas relações jurídicas reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

STEINMETZ, Wilson. *Direito à Liberdade de Locomoção: um esboço de interpretação constitucional*. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. vol. 8. p. 893-902, ago. 2015.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil - Vol. 2 - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 14. Ed. Rio de Janeiro; Grupo GEN, 12/2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984038/>. Acesso em: 09. Jun. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil - Contratos - Vol. 3*. 19. ed. São Paulo; Grupo GEN, 01/2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597019704/>. Acesso em: 11. dez. 2020.



## **Direito dos animais: a (in)compatibilidade material entre a Constituição Federal e o Código Civil**

*Júlia Mior Tubiana <sup>1</sup>*  
*Nadya Regina Guzella Tonial <sup>2</sup>*

### **1 Introdução**

O presente artigo visa analisar a natureza jurídica dos animais não humanos no ordenamento jurídico brasileiro, à luz das disposições constitucionais e da codificação civilista. Para tanto percebe-se, que o constituinte se preocupou em criar uma norma de proteção à fauna, com intuito de preservá-la e vedar práticas que coloquem em risco a sua função ecológica, causem a extinção de espécies e submetam os animais à crueldade. Em contrapartida, o Código Civil atribui aos animais não humanos o *status* jurídico de coisa móvel semovente, equiparando-os a qualquer outro objeto que possa ser apropriado pelo ser humano, privado de direito próprio.

Com isso, pretende-se investigar a seguinte problemática: existe (in)compatibilidade entre a norma contida no artigo 82 do Código Civil de 2002, que caracteriza os animais como coisas móveis semoventes, e a norma constitucional, constante no artigo 225, §1º, VII da Constituição Federal de 1988, que veda expressamente os maus tratos contra os não humanos?

Desse modo, objetiva-se estudar a proteção ao meio ambiente, mais especificamente à fauna conferida pela Constituição Federal, bem como

---

<sup>1</sup> Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. juliatubiana@hotmail.com.

<sup>2</sup> Professora Titular I da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS. nadyatonial@gmail.com.

compreender o tratamento concedido aos animais não humanos pelo Código Civil. Ainda, analisar o pensamento da doutrina sobre o direito animal, e por fim identificar, se existe incompatibilidade material no ordenamento jurídico brasileiro, no que tange ao direito animal.

O tema foi escolhido ante a sua importância no direito contemporâneo, haja vista a crescente preocupação em proteger os animais, que vêm despertando discussões doutrinárias e jurisprudenciais. O tema é instigante, uma vez que se aborda uma forma inovadora de estudar o direito dos animais no ordenamento jurídico, fundada nos valores de dignidade e igualdade.

## **2 Direito constitucional ambiental: a proteção da fauna**

A Constituição Federal de 1988, nos termos do artigo 225<sup>3</sup>, elencou o meio ambiente como um direito fundamental<sup>4</sup> de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Nessa condição, o meio ambiente foi positivado como um direito fundamental de terceira geração<sup>5</sup>, que pertence a toda coletividade e sua titularidade não pode ser determinada. A par disso, no §1º, do inciso VII<sup>6</sup>, do mencionado artigo, o legislador foi inovador e trouxe para dentro do ordenamento jurídico a proteção dos animais não humanos.

---

3 Artigo 225 da Constituição Federal: “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.”

4 “Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico” (MARMELSTEIN, p. 18, 2019).

5 “Fruto do sentimento de solidariedade mundial que brotou como reação aos abusos praticados durante o regime nazista. Esses novos direitos visam à proteção de todo o gênero humano e não apenas de um grupo de indivíduos. No rol desses direitos, citam-se o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação” (MARMELSTEIN, p. 50, 2019).

6 Artigo 225 da Constituição Federal: “[...] §1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.”

Assim, a preservação do meio ambiente e da fauna, em razão de sua função ecológica, integra os fundamentos do Estado de Direito (FERREIRA, 2014, p. 48), visto que é necessária para a manutenção da vida no Planeta.

A fauna é parte indissociável do meio ambiente, representando um componente essencial para a sua biodiversidade. Nesta senda, revela-se indispensável a proteção jurídica dos animais no ordenamento jurídico brasileiro, utilizando como alicerce princípios constitucionais de dignidade e igualdade visto que são seres sencientes, dotados de sensibilidade e fazem jus ao devido amparo legal.

A Constituição Federal de 1988 inovou e deu um grande passo para a tutela jurídica e preservação do meio ambiente, tanto que pela primeira vez a expressão meio ambiente foi mencionada em uma Constituição brasileira (MACHADO, p. 145, 2013). Com isso, a vedação da crueldade, demonstra a mentalidade inovadora do constituinte, trazendo para dentro do ordenamento jurídico brasileiro novos parâmetros, a fim de mediar a relação jurídica entre o ser humano e os animais, concebendo a estes, “interesses próprios e autônomos” (FERREIRA, 2014, p. 48).

Entretanto, tal positivação exigiu muito esforço para “atingir esse nível de evolução jurídico-ambiental”. Com relação ao direito dos animais, no Brasil, observa-se que por séculos, eles estiveram à beira da legislação, pois mesmo que algumas normas tratassem sobre o assunto “nosso sistema jurídico sempre retirou do animal qualquer possibilidade de valorização ética, vinculando-o a interesses mercantis ou a questões de ordem sanitária” (LEVAI, 2005, p. 585).

Argumenta Levai, que é errôneo acreditar que a proteção jurídica atribuída aos animais se dá apenas em relação ao interesse ecológico, pois o constituinte, ao vedar expressamente a crueldade, refere-se a uma questão ética, relacionada ao bem-estar dos animais, considerando o

aspecto moral da conduta cruel. Por conseguinte, estão inseridos neste contexto todos os animais que estejam no território brasileiro, quer sejam silvestres, quer sejam domésticos. “Se todos os animais têm a capacidade de sofrer, imperioso que os protejamos e o defendamos, independentemente de sua condição” (2005, p. 587).

Neste sentido, Silva assevera que:

no tratamento da matéria faunística buscou-se proteger todas as espécies que integram a fauna brasileira, **independentemente da sua função ecológica** (silvestres, domésticos e domesticados), do seu habitat (aquático ou terrestre) ou da sua nacionalidade (nacional, exótico, ou migratório), com exceção lógica do homem. Desse modo, a fauna terrestre e aquática (silvestre, doméstica ou domesticada), consagrou-se como elemento do bem jurídico ambiente e passou a ter natureza difusa (2001, p. 178) (grifo meu).

Logo, a fauna deve ser preservada e todos os animais devem ser respeitados, visto que possuem “o mesmo direito que o homem de viver no planeta Terra” (SIRVINSKAS, 2018, p. 630). Ademais, “em vista da necessidade de conservação e preservação da fauna, resta desautorizado o entendimento de que ela seja *res nullius*. Isso porque as espécies são de todos os indetermináveis titulares que têm o direito difuso<sup>7</sup> ao meio ambiente” (FIORILLO, 2018, p. 266).

Com isso, ao analisar o inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, percebe-se que o constituinte reconheceu o valor de outras formas de vida que não são consideradas humanas ao trazer para dentro do ordenamento jurídico uma norma de proteção aos animais. Isso revela a “preocupação com o bem-estar dos animais não humanos e a refutação de

---

<sup>7</sup> “Enquanto a fauna e a flora possuírem a denominada função ecológica a que alude a Constituição Federal no seu art. 225, § 10, VII, elas serão consideradas bens ambientais e, por conseguinte, difusos. Portanto, a titularidade da fauna é indeterminável. Isso porque os bens difusos não são passíveis de apropriação, já que submetidos a um regime de administração pelo Estado, que permite o uso e gozo racional, com a conservação deles, em virtude de sua titularidade indeterminável” (FIORILLO, 2018, p. 274).

uma visão meramente instrumental da vida animal” (SARLET; MACHADO; FENSTERSEIFER, 2015, p. 160).

Após a promulgação da Carta Magna, foi editada a Lei nº 9.605/98, popularmente conhecida como a Lei de Crimes Ambientais, elaborada com o intuito de regulamentar penalmente a vedação constitucional a crueldade. A referida lei tipifica os maus-tratos como crime no caput do artigo 32<sup>8</sup> (LEVAI; DARÓ, 2004, p. 07-08).

Em que pese a Constituição vede a crueldade “na forma da lei”, pressupondo a previsão da legislação infraconstitucional, observa-se que a mesma é autoaplicável, visto que há possibilidade de atuar partindo do próprio texto constitucional, desautorizando práticas cruéis para com os animais não humanos, tais como as que lhe causem dor e sofrimento (MACHADO, 2013, p. 167).

Para Silva, ao vedar expressamente a crueldade, o constituinte não teve a intenção de abrir brechas para ponderações, no mandamento constitucional há uma proibição, a de submeter os animais a crueldade, o autor argumenta que “não se pode ser mais ou menos cruel”. Portanto, “os homens não são livres para tirar vidas ou ferir a integridade dos demais seres como bem entenderem; e 2. o ser humano não é livre para interferir nas escolhas dos demais seres da Terra, esculpindo narcisicamente os moldes da vida no planeta” (2015, p. 03).

No que concerne a jurisprudência brasileira, a vedação da crueldade encontra respaldo no âmbito do STF, que declarou a inconstitucionalidade de várias práticas regionais, declarando que se encontram em desacordo

---

8 Artigo 32 da Lei 9605/98: “Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa”.

com o artigo 225, §1º VII, tais como a farra do boi<sup>9</sup>, briga de galo<sup>10</sup> e a vaquejada<sup>11</sup> (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 109-110).

Ainda, um novo modo de pensar emergiu da Constituição Federal de 1988, princípios jurídicos que em épocas passadas eram relacionados exclusivamente aos seres humanos, tais como o da dignidade e o da igualdade, podem ser estendidos aos animais não humanos em decorrência de interpretações extensivas das normas constitucionais e infraconstitucionais que contemplam a fauna.

A noção de dignidade sempre esteve estreitamente vinculada ao antropocentrismo e ao pensamento de Immanuel Kant, tanto é assim que ficou conhecida como “*dignidade da pessoa humana*”, atribuindo valor intrínseco ao ser humano, sendo ele o seu epicentro (SANTOS, 2015, p. 61).

Destaca-se que pelo pensamento de Kant não há como atribuir dignidade a outra espécie, que não a humana. Nesse sentido, refere que o homem, como um ser racional, existe como fim em si mesmo, e que os demais seres da natureza são seres irracionais, considerados meios, e por este motivo são chamados de coisas. Explica que:

---

9 “É um evento típico do litoral de Santa Catarina, que consiste em soltar um bovino em um terreno ou rua e assim “farrear” fazendo o animal correr atrás das pessoas que participam, sendo assim por percorrer distâncias e fugir, o animal fica exausto.” Em 3 de junho de 1997, através do Recurso Extraordinário número 153.531-8/SC, o STF proibiu a prática em território catarinense. Segundo interpretação do STF, a farra do boi é intrinsecamente cruel e por isso é qualificada como crime” (STF, 2020).

10 “O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) considerou inconstitucional a Lei estadual nº 2.895/98, do Rio de Janeiro, que autoriza e disciplina a realização de competições entre “galos combatentes”. A questão foi discutida na análise da ADI 1856, proposta pela PGR e julgada procedente. [...] Conforme a ação, a lei questionada possibilita a prática de competição que submete os animais à crueldade (rinhas de brigas de galos) em flagrante violação ao mandamento constitucional proibitivo de práticas cruéis envolvendo animais” (STF, 2020).

11 “A vaquejada é uma prática cultural comum nos Estados do nordeste do Brasil, em especial no Ceará, no Rio Grande do Norte, na Paraíba, em Alagoas e na Bahia. Na vaquejada, dois vaqueiros, cada um montado em seu cavalo, perseguem o boi na arena e, após emparelhá-lo com os cavalos, tentam conduzi-lo até uma região delimitada, onde deverão derrubar o boi puxando-o pelo rabo. O STF entendeu que a crueldade provocada pela “vaquejada” faz com que, mesmo sendo esta uma atividade cultural, não possa ser permitida”. Disponível em: <[https://www.dizerodireito.com.br/2017/06/brevves-comentarios-ec-962017-emenda-da\\_7.html](https://www.dizerodireito.com.br/2017/06/brevves-comentarios-ec-962017-emenda-da_7.html)>. Acesso em: 28 jul. 2020.

o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, *existe* como fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado *simultaneamente como fim*. [...]. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam *coisas*, ao passo que os seres racionais se chamam *pessoas*, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos (KANT, 2005, p. 68).

Para Sarlet e Fensterseifer, há um excesso de antropocentrismo nas teorias que sustentam que a dignidade é característica específica da pessoa humana, colocando o ser humano em patamar superior em comparação aos demais seres vivos. Asseveram que esse pensamento se encontra defasado, visto que a Constituição Federal reconhece a proteção do meio ambiente como um valor fundamental, dando azo ao reconhecimento da dignidade da vida de um modo geral, não apenas do ser humano (2017, p. 91). Argumentam que:

a fim de ampliar a concepção kantiana para além do ser humano, pretende-se, [...], aderir aos que levantam o questionamento acerca da possibilidade de reconhecimento de um *fim em si mesmo* inerente a outras formas de vida (ou à vida de um modo geral, seja humana, seja não humana), atribuindo-lhes um valor próprio e não meramente instrumental, ou seja, uma dignidade, que igualmente implica um conjunto de deveres para o Homem (2017, p. 91) (grifo do autor).

Ao vedar expressamente práticas que submetam os animais a atos de crueldade ou maus-tratos a Carta Magna brasileira de 1988 ampliou o conceito de dignidade, não sendo mais um valor exclusivo do ser humano, mas sim “de todas as formas de vida em geral, reconhecendo valores fundamentais não apenas a vida humana, mas a preservação de todos os

recursos naturais, incluindo as outras formas de existência” (SILVA, 2015, p. 04).

Por conseguinte, essa proteção atribuída aos animais pela Carta Maior deu margem a uma nova dimensão e interpretação do conceito de dignidade, visto que ao vedar expressamente a crueldade, o legislador reconheceu ao animal não humano o direito de ter sua liberdade, integridade física e seu valor intrínseco respeitados (MEDEIROS; ALBUQUERQUE, 2015, p. 05), ou seja, que possuem dignidade.

Ao analisar a legislação vigente no Brasil<sup>12</sup> é possível observar uma predisposição de proteção da fauna e flora, bem como da natureza como um todo, em face de atos praticados pelo ser humano. Demonstrando, assim, “que a própria comunidade humana vislumbra em determinadas condutas (praticadas em relação a outros seres vivos) um conteúdo de indignidade” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 105).

Observa-se que: “a principal diferença entre o homem e os animais é de aparência e não de essência” (SIRVINSKAS, 2018, p. 154). Com isso, a extensão do princípio da igualdade a eles não significa que se deva tratar os animais e os seres humanos da mesma forma, ou atribuir a eles os mesmos direitos. Apenas determina que tenham a mesma consideração perante o ordenamento jurídico, visto que o sofrimento de ambas as espécies se dá de maneira igual, ou seja “o princípio da igualdade exige que ao seu sofrimento seja dada tanta consideração como ao sofrimento semelhante” (SINGER, 2013, p. 14-15).

---

12 Observa-se que o legislador infraconstitucional também vislumbra a dignidade de outras formas de vida, em especial, a dos animais não-humanos, com fundamento no artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), que corrobora o pensamento constitucional de atribuição de valores intrínsecos aos animais, visando sua proteção em face dos maus-tratos (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 107). Inclusive no dia 29/09/2020, foi publicada a Lei nº 14.064, que altera o artigo 32 da Lei nº 9.605/98, acrescentando a este o §1º-A. A referida norma tipifica a prática de abusos, maus-tratos, ferimentos ou mutilações contra cães e gatos com pena de reclusão de dois a cinco anos, além de multa e proibição de guarda. Observa-se que tal alteração abrange apenas os animais de estimação, para os demais, a pena continua sendo detenção de três meses a um ano e multa.



Para Singer, a senciência é considerada uma fronteira para a aplicação do princípio da “igual consideração de interesses”. Dessa forma, se o não humano for considerado senciente, isso é suficiente para afirmar que ele possui interesses, no mínimo, de não sofrer (2013, p. 20).

Cumprе destacar que seres humanos e não humanos possuem diferenças, entretanto, ambas as espécies partilham a característica da senciência, ou seja, “humanos e animais estão interconectados pelo sofrimento causado pelas formas de opressão que experimentam”. Qualquer animal que for aprisionado e abatido, irá experimentar a dor e o sofrimento, da mesma forma que o ser humano colocado em situação semelhante iria sofrer. Isso ocorre “justamente por termos essa mesma natureza animada, animal e senciente” (FELIPE, 2014, p. 42-43).

Ainda que a comunidade jurídica brasileira, esteja atrelada ao antropocentrismo e insista em valorar somente a pessoa humana, “não há como negar que a Lei Maior reconhece expressamente a condição de senciência dos animais não-humanos, haja visto somente aquele que sente pode ser submetido a qualquer tipo de crueldade” (MEDEIROS; NETO; PETTERLE, 2016, p. 72).

A capacidade de sofrer, sentir dor, fome, alegria não é apenas uma característica qualquer, que possa ser comparada a capacidade da fala ou de compreensão da matemática, mas sim, é a principal característica que confere aos animais o direito de terem uma consideração igual (SINGER, 2013, p. 20).

Destarte, é possível observar uma incontestável relevância jurídica atribuída aos animais não humanos pela Carta Magna brasileira, visto que os considera dignos de proteção e veda expressamente a crueldade, sob pena de incorrer no crime de maus-tratos, tipificado no artigo 32 da Lei nº 9.605/98. Tal realidade revela a defesa do direito à vida, seja dos humanos ou não humanos, à luz do princípio da igualdade e dos valores

da dignidade, e, assim, dá um grande passo para a superação do paradigma antropocêntrico.

### **3 A natureza jurídica dos animais no ordenamento jurídico brasileiro**

Em que pese a Constituição Federal e a Lei de Crimes Ambientais atribuírem valor intrínseco aos animais, prevalece para o ordenamento jurídico brasileiro, a ideia civilista de que os animais são considerados coisas, isto é, são enquadrados como bens móveis semoventes e que a eles não podem ser atribuídos direitos.

Tradicionalmente, os animais foram considerados “coisas/bens”, em vista disso, submetidos ao regime de propriedade. Cumpre referir que não há consenso doutrinário acerca da diferença entre tais conceitos, “sendo consideradas, para alguns como sinônimos e, para outros, como noções diferenciadas, da qual um seria gênero e o outro, espécie” (FERREIRA, 2014, p. 104).

Destaca-se que, no Código Civil de 1916 não havia distinção entre os vocábulos coisa e bem, já o Código Civil de 2002 somente se refere a bens, pois entende-se que coisa possuiu um conceito mais amplo. Dessa forma, bens<sup>13</sup> são “coisas materiais, concretas, úteis aos homens e de expressão econômica, suscetíveis de apropriação, bem como as de existência imaterial economicamente apreciáveis” (GONÇALVES, 2019, p. 297).

Quanto aos bens móveis<sup>14</sup>, a doutrina esclarece que existem três formas para classifica-los: 1) os móveis por sua natureza; 2) por

---

13 “São todos os objetos materiais ou imateriais que podem ser suscetíveis de apropriação ou utilização econômica pelas pessoas físicas ou jurídicas. Neste conceito estrito incluem-se tanto uma casa (bem material) quanto os direitos patrimoniais de autor (bens imateriais)” (LÓBO, 2020, p. 238).

“Entende-se por *bens* tudo o que pode proporcionar utilidade aos homens. Não deve o termo ser confundido com coisas, embora a doutrina longe está de ser unísona. Bem, numa concepção ampla, é tudo que corresponde a nossos desejos, nosso afeto em uma visão não jurídica. No campo jurídico, bem deve ser considerado aquilo que tem valor, abstraindo-se daí a noção pecuniária do termo. Para o direito, *bem* é uma utilidade econômica ou não econômica. Existe conteúdo axiológico nesse vocábulo. O termo bem é uma espécie de coisa, embora por vezes seja utilizado indiferentemente. Coisas são os bens apropriáveis pelo homem” (VENOSA, 2019, p. 308).

14 “Os bens móveis são aqueles que podem ser transportados, por força própria ou de terceiro, sem a deterioração, destruição e alteração da substância ou da destinação econômico-social” (TARTUCE, 2019, p. 336).

antecipação; 3) por determinação legal. Os animais são classificados a partir do artigo 82 do Código Civil<sup>15</sup>, estão dentro da categoria de bens móveis por natureza e são chamados de semoventes, pois possuem movimento próprio (DINIZ, 2012, p. 373).

Todavia, existe uma diferença sutil na natureza jurídica dos animais silvestres e dos animais domésticos: os primeiros são considerados bens difusos, de uso comum do povo; já os domésticos são classificados pelo Código Civil como bens móveis semoventes, “ou seja, o animal é um bem, seja da coletividade, seja propriedade particular” (DIAS, 2006, p. 120).

Observa-se que, perante o artigo 1º do Código Civil<sup>16</sup>, a personalidade é concedida a todos os seres humanos, por isso não é estendida aos animais. Mesmo que a lei os proteja de atos cruéis através da Constituição Federal e de leis infraconstitucionais, não significa que eles sejam portadores de personalidade, ou que possuam direitos. Neste sentido, a ultrapassada sentença proferida por Hermogeniano há dois mil anos *“omne ius hominum causa constitutum est”*<sup>17</sup> (PEREIRA, 2019, p. 173), ainda é seguida pelo direito civil.

Assim, toda pessoa natural ou jurídica é considerada sujeito de direito. Entretanto, os sujeitos de direito não serão sempre pessoas físicas ou jurídicas, pois a lei reconhece direitos a determinados conjuntos patrimoniais, como por exemplo o espólio, a massa falida, a conta de participação, o condomínio edilício e a sociedade em comum (RODRIGUES, 2008, p 186).

Com isso, sujeito de direito pode ser definido como:

---

15 Artigo 82 do Código Civil: “São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.”

16 Artigo 1º do Código Civil: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”

17 Constituído o direito por causa do homem, centraliza este todos os cuidados do ordenamento jurídico (SILVA, 2009, p. 2892).

todo ente, seja grupo de pessoas, sejam universalidades patrimoniais, a que o ordenamento jurídico atribui capacidade jurídica e que, por isso, detém titularidade de posição como termo, ativo ou passivo, em relação jurídica de direito material. Ser sujeito de direito é ser titular de direito ou de dever, de pretensão ou de obrigação, de ação ou de situação de acionado, de exceção ou de situação de excetuado ou, também, de ser autor, réu, embargante, oponente, assistente ou, apenas, recorrente, ou, mais amplamente, de alguma situação jurídica. É ser titular de uma situação jurídica (*lato sensu*), seja como termo de relação jurídica, seja como detentor de uma simples posição no mundo jurídico (GORDILHO; SILVA, 2012, p. 06).

Por conseguinte, entes despersonalizados, ou seja, aqueles que não possuem personalidade, também podem ser considerados titulares de direitos e deveres. “Consoante esta classificação, sujeito de direito é o titular de um interesse em sua forma jurídica. Nem todo sujeito de direito é pessoa e nem todas as pessoas para o direito são seres humanos” (GORDILHO; SILVA, 2012, p. 09). Nessa linha,

os animais podem ser considerados sujeitos de direito e podem estar em juízo para defender seus interesses tal como já acontece, v.g., com os condomínios, o nascituro, [...], a sociedade não personificada, sociedade irregular (sociedade comum), o espólio, massa falida, herança jacente e vacante, igrejas, as comunidades indígenas ou grupos tribais, comissões e comitês, consórcios, órgãos públicos despersonalizados (Ministério Público, Procon, Tribunal de Contas, cartórios, a Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa da Assembleia Legislativa, o Governador do Estado) e o próprio morto (GORDILHO; SILVA, 2012, p. 02).

Entretanto, os animais não podem ser enquadrados no conceito de entes despersonalizados, do mesmo modo não podem continuar sendo considerados coisas móveis semoventes. Logo, surge “um imperativo dentro do direito, o de se buscar a satisfação dos interesses dos animais” (GORDILHO; SILVA, 2012, p. 10).

Para o direito privado brasileiro os animais são considerados objetos de direito, assim como os seres inanimados, se enquadram como coisas ou bens, podendo ser apropriados pelo homem. Gonçalves, dissertando acerca da natureza jurídica dos animais, afirma que “os animais não são considerados sujeitos de direitos, embora mereçam proteção. Por essa razão não têm capacidade para adquirir direitos” (2019, p. 102).

No mesmo sentido, Monteiro e Pinto aduzem que “não são todas as coisas materiais que interessam ao mundo jurídico. Somente interessam ao direito coisas suscetíveis de apropriação exclusiva pelo homem, como prédios, semoventes, [...]” (2016, p. 203).

Venosa menciona que os animais são protegidos pela lei apenas em face da sua finalidade social, e não por serem considerados sujeitos de direito, ou seja, os animais “não podem ser sujeitos de direito. Serão, quando muito, objetos de direito. As normas que almejam proteger a flora e a fauna o fazem tendo em mira a atividade do homem. Os animais são levados em consideração tão só para sua finalidade social, no sentido protetivo” (2019, p. 124).

Em sentido contrário, há uma forte tendência social e jurisprudencial que defende que os animais não humanos não podem ser considerados meras coisas. “Trata-se de uma demanda que não deve ser mais interpretada como uma futilidade, mas sim como reflexo de uma nova sociedade, que cada vez mais valoriza o convívio com os animais” (GAGLIANO; PAMPLONA, 2019, p. 357).

Para atribuir a natureza jurídica dos animais não humanos, o direito brasileiro se inspira na doutrina romana clássica<sup>18</sup>, tratando-os sob a ótica

---

18 “Foram os romanos que desenvolveram, com renomada maestria no campo da teoria, os principais institutos jurídicos que conhecemos, notadamente aqueles no âmbito do Direito Privado (na órbita do Direito Civil, para ser mais preciso). Influenciados pelos preceitos doutrinários propostos pelos romanos estão, marcadamente, países da América Latina, como o Brasil, e outros tantos da Europa: Portugal, Espanha, França, Itália, Alemanha, Áustria, Suíça e Escócia, só para citar alguns exemplos. Em decorrência da dedicação romana aos estudos jurídicos, o principal

privatista que os considera “‘res’, ‘semoventes’, ‘propriedade’, ‘recurso’ ou ‘bens’”. Para essa linha de pensamento não interessa “o direito à vida ou ao bem-estar que cada animal deveria ter assegurado em face de sua individualidade”. Percebe-se que o “sistema jurídico pátrio vinculou os animais antes à sua utilidade prática do que ao respeito que se deve nutrir pelos seres vivos” (LEVAI, 2005, p. 583). Dessa forma, argumenta Levai que,

é possível concluir que a fauna – longe de representar apenas um componente essencial ao equilíbrio da natureza ou ao bem estar psíquico do homem – é **composta de criaturas que sentem e que sofrem**. A garça-vermelha não é apenas uma ave brasileira de interesse ecológico, mas, acima de tudo, um ser vivo. Também o mico-leão-dourado, embora reconhecidamente em extinção, é um primata que merece ser protegido como outro qualquer, porque dotado de sensibilidade. As capivaras e os búfalos, ainda que possam estar proliferando em regiões nas quais a interferência do homem provocou desequilíbrio ambiental, não merecem a execução sumária por nós determinada. Argumento semelhante acaba se aplicando aos animais domésticos, que costumam viver apenas em função de determinado interesse humano. Em suma, a política de proteção à fauna parece não se importar com as espécies enquanto tais, mas em face de uma possível utilidade –econômica, alimentar, estética, cultural, ecológica, etc. – que os animais possam vir a ter em relação aos homens. Tal paradigma precisa mudar. (2005, p. 584) (grifo nosso).

Na mesma linha, para Andrade e Zambam, “afastar os animais do reconhecimento como sujeito de direito, [...] seria uma adesão ao especismo<sup>19</sup>, que é um critério tão arbitrário quanto o racismo ou o sexismo” (2016, p. 151). Também, como crítica à natureza jurídica de bens

---

sistema de Direito do mundo contemporâneo é justamente o Romano-Germânico de Direito” (PALMA, 2019, p. 191-192).

19 “É um preconceito ou atitude de favorecimento dos interesses dos membros de uma espécie em detrimento dos interesses dos membros de outras espécies” (SINGER, 2013, p. 19).

atribuída aos animais, Fornasier e Tondo<sup>20</sup> afirmam que “ao permitir a propriedade dos animais, permite-se também sua criação em condições deploráveis, e o abate de bilhões por todo o mundo” (2017, p. 54).

Cumprido lembrar que “no curso da História, nem sempre toda pessoa foi sujeito de direitos”. Os escravos, por exemplo, eram considerados “*res*”<sup>21</sup>, ou seja, eram objetos para a livre disposição do homem e não possuíam sequer personalidade própria (VENOSA, 2019, p. 125).

Neste sentido, durante o século XIX, os debates morais pairaram sobre o direito de liberdade dos escravos, com a finalidade de abolir a escravidão. Já, no início do século XX os debates morais foram concernentes à concessão de direitos às mulheres, que eram consideradas inferiores aos homens. Atualmente, a fronteira moral dos debates passa pela extensão de direitos aos animais não humanos, que até o momento conquistaram o direito de não serem torturados, em face a sua capacidade de sofrer dor. Portanto, “uma nova fronteira moral se estabeleceu; está em construção uma nova fundação e não há como se manter as mesmas paredes antigas e mofadas” (MEDEIROS; PETTERLE, 2019, p.08).

Assim sendo, com o passar dos anos, a discussão quanto à necessidade de modificar a natureza jurídica dos animais vem crescendo, para questionar a conveniência de criar uma nova categoria para inseri-los e distingui-los dos bens. Em alguns países tal mudança já ocorreu, como por exemplo em Portugal, em 2017 o Código Civil do país foi

---

20 Fornasier e Tondo argumentam que “conceitos ideológica e cronologicamente modernos têm de passar por reformulações, a fim de que se tenha uma teorização conforme a atualidade, principalmente no que tange à condição jurídico-subjetiva do animal não humano. Nesse sentido, a revisão do sentido da autonomia – a qual embasa, filosoficamente, a condição de sujeito de direitos –, bem como o restabelecimento da animalidade num conceito relacional (o que exige um repensar do significado do animal não humano para o humano) são condições para que novas constatações científicas acerca da animalidade não humana possam, reflexivamente, vir a alterar o programa do sistema do Direito, a fim de que este se torne mais protetivo em relação ao animal” (2017, p. 68).

21 “Res ou coisa está em oposição a persona ou pessoa jurídica. A própria coisa (res) não portava nenhum direito próprio ou subjetivo, mas era unicamente objeto do direito da pessoa que a possuía”. Disponível em: <[https://www.proec.ufg.br/up/694/0/12\\_15.pdf](https://www.proec.ufg.br/up/694/0/12_15.pdf)>. Acesso em: 02 dez. 2019.

alterado, e o artigo 201-B passou a considerar os animais como “seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica em virtude da sua natureza”<sup>22</sup> (PEREIRA, 2019, p. 338).

No Brasil, ainda que a passos lentos, existem projetos de lei tramitando que visam alterar o status jurídico dos animais de estimação. O Projeto de Lei nº 27, de 2018, de iniciativa do deputado Ricardo Izar (PP-SP), busca criar regime jurídico especial para os animais, acrescentando dispositivos<sup>23</sup> à Lei de Crimes Ambientais, determinando que os mesmos não sejam mais considerados bens móveis.

Tal projeto de lei cria uma natureza jurídica “*sui generis*” para os animais, considerando-os sujeitos de direitos despersonalizados. Ademais, reconhece a sensibilidade destes, ou seja, admite que são seres suscetíveis ao sofrimento e que possuem natureza emocional e biológica. O projeto passou por algumas alterações, foi aprovado no Senado e na sessão legislativa de 2020 será remetido à Câmara dos Deputados para aprovação e posterior sanção ou veto do Presidente da República.

No que concerne ao entendimento jurisprudencial, no REsp 1713167/SP, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, reconheceu o direito de o homem visitar seu animal de estimação que ficou com a ex-esposa após o divórcio do casal. O Ministro relator, Luis Felipe

---

22 Artigo 201-B do Código Civil Português: “Os animais são seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica em virtude da sua natureza”. Disponível em: <[http://bdjur.almadina.net/item.php?field=node\\_id&value=2147835](http://bdjur.almadina.net/item.php?field=node_id&value=2147835)>. Acesso em: 28 nov. 2019.

23 O Projeto de Lei nº 27/2018 é composto por cinco artigos com a seguinte redação: “Artigo 1º: “Esta Lei estabelece regime jurídico especial para os animais de estimação. Artigo 2º: “Constituem objetivos fundamentais desta Lei: I - afirmação dos direitos dos animais de estimação e sua proteção; II - construção de uma sociedade mais consciente e solidária; III - reconhecimento de que os animais não humanos possuem natureza biológica e emocional e são seres sencientes, passíveis de sofrimento. Artigo 3º: Os animais de estimação possuem natureza jurídica *sui generis*, os quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa. Parágrafo único: A tutela jurisdicional referida no caput não se aplica aos animais produzidos pela atividade agropecuária e aos que participam de manifestações culturais registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro. Artigo 4º: “A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 79-B: O disposto no art. 82 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), não se aplica aos animais de estimação, que ficam sujeitos a direitos despersonalizados. Artigo 5º: Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação oficial”.



Salomão, em sua decisão dissertou acerca da natureza jurídica dos animais, afirmando que estes não podem ser considerados meras coisas inanimadas, mas também não os considera sujeitos de direitos. Portanto, “reconhece-se, assim, um terceiro gênero, em que sempre deverá ser analisada a situação contida nos autos, voltado para a proteção do ser humano, e seu vínculo afetivo com o animal”. Preceitua a ementa do mencionado julgado, que envolve direito de família:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. AQUISIÇÃO NA CONSTÂNCIA DO RELACIONAMENTO. INTENSO AFETO DOS COMPANHEIROS PELO ANIMAL. DIREITO DE VISITAS. POSSIBILIDADE, A DEPENDER DO CASO CONCRETO. 1. Inicialmente, deve ser afastada qualquer alegação de que a discussão envolvendo a entidade familiar e o seu animal de estimação é menor, ou se trata de mera futilidade a ocupar o tempo desta Corte. Ao contrário, é cada vez mais recorrente no mundo da pós-modernidade e envolve questão bastante delicada, examinada tanto pelo ângulo da afetividade em relação ao animal, como também pela necessidade de sua preservação como mandamento constitucional (art. 225, § 1, inciso VII -"proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade"). 2. O Código Civil, ao definir a natureza jurídica dos animais, tipificou-os como coisas e, por conseguinte, objetos de propriedade, não lhes atribuindo a qualidade de pessoas, não sendo dotados de personalidade jurídica nem podendo ser considerados sujeitos de direitos. Na forma da lei civil, o só fato de o animal ser tido como de estimação, recebendo o afeto da entidade familiar, não pode vir a alterar sua substância, a ponto de converter a sua natureza jurídica. 3. No entanto, os animais de companhia possuem **valor subjetivo único e peculiar**, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente **diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada**. Dessarte, o **regramento jurídico dos bens não se vem mostrando suficiente para resolver**, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os pets, **visto que não se trata de simples discussão atinente à posse e à propriedade**. 4. Por sua vez, a guarda propriamente dita - inerente ao poder

familiar - instituto, por essência, de direito de família, não pode ser simples e fielmente subvertida para definir o direito dos consortes, por meio do enquadramento de seus animais de estimação, notadamente porque é um munus exercido no interesse tanto dos pais quanto do filho. Não se trata de uma faculdade, e sim de um direito, em que se impõe aos pais a observância dos deveres inerentes ao poder familiar. 5. A ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal. Portanto, a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade. **6. Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, também devem ter o seu bem-estar considerado.** 7. Assim, na dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender, sempre a depender do caso em concreto, aos fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal. 8. Na hipótese, o Tribunal de origem reconheceu que a cadela fora adquirida na constância da união estável e que estaria demonstrada a relação de afeto entre o recorrente e o animal de estimação, reconhecendo o seu direito de visitas ao animal, o que deve ser mantido. 9. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1713167 SP 2017/0239804-9, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 19/06/2018, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/10/2018) (grifo nosso).

Com isso, resta evidente a necessidade de uma reformulação da natureza jurídica atribuída aos animais<sup>24</sup>, a partir de uma hermenêutica

---

<sup>24</sup> A luta pelos direitos dos animais enfrenta obstáculos psicológicos e conceituais muito fortes, [...]. Cada vez mais se reconhece um valor aos animais, pois embora tenham diferenças significativas em relação aos humanos, os animais não-humanos são dotados de sentimentos e emoções, o que nos impede de considerá-los simples coisas inanimadas (SILVA, 2009, p. 2892)

jurídica extensiva, que inclua os animais como sujeitos de direitos e supere o pensamento antiquado de que “o direito é uma instituição social destinada exclusivamente para o homem” (SILVA, 2009, p. 2891-2892), ou que avance no sentido de criar um regime jurídico especial.

Para Dias, os animais não humanos se tornam sujeitos de direitos em face das leis que os protegem, tais como a Constituição Federal e a Lei de Crimes Ambientais. Embora os mesmos não tenham capacidade para pleitear seus direitos, serão representados pelo Poder Público e pela coletividade no que diz respeito a sua proteção constitucional e pelo Ministério Público no que concerne a representação em juízo, quando as leis protetivas forem desrespeitadas. Logo, mesmo que não possam pleiteá-los pessoalmente<sup>25</sup>, é possível afirmar que sim, os animais são sujeitos de direitos, “da mesma forma que ocorre com os seres relativamente incapazes ou os incapazes, que, entretanto, são reconhecidos como pessoas” (2006, p. 120)

Observa-se que a lei permite que os incapazes sejam serão representados ou assistidos em juízo, e mesmo que sejam considerados inaptos para praticar os atos da vida civil, serão considerados sujeitos de direito. À vista disso, “os animais não-humanos, como também são incapazes, podem ser sujeitos de direitos, mesmo porque a lei permitiu que seus direitos sejam defendidos e representados por órgãos competentes” (RODRIGUES, 2008, p. 188). Por analogia, os animais, como nos casos de pessoas interditadas ou crianças, possuirão um substituto

---

25 “A capacidade de ser parte pode ser entendida como a aptidão conferida pelo ordenamento jurídico a alguém para adquirir direitos e contrair obrigações. Deste modo, é conferida a todos aqueles que possuam personalidade jurídica material (pessoas físicas ou jurídicas), bem como a determinados entes despersonalizados a que a lei atribui tal capacidade, tais como a massa falida, o condomínio, o espólio, a herança jacente e certos órgãos públicos que não detêm personalidade jurídica” (FERREIRA, 2014, p. 117).

processual<sup>26</sup>, ou seja, serão representados em juízo pelo Ministério Público (LEVAI, 2011, p. 128).

Cumpra ressaltar que “os animais não têm direitos diante dos homens, mas os homens têm deveres perante os animais” (MEDEIROS; ALBUQUERQUE, 2015, p. 12). Tal fato “não pode servir de argumento para negar que os animais possam ser sujeitos de direito. É justamente o fato dos animais serem objeto de nossos deveres que os fazem sujeitos de direito, que devem ser tutelados pelos homens” (DIAS, 2006, p. 121).

A criação de um terceiro gênero, exclusivo dos animais, permite reconhecer que os mesmos são seres sencientes, dotados de capacidade de sentir, e que devem ser respeitados em face de suas singularidades. Será possível, portanto, diferenciá-los das coisas, sem que seja necessário atribuir personalidade jurídica a eles. Nessa linha,

a sugestão que se apresenta, na esteira dos exemplos oriundos de ordenamentos estrangeiros, é a de se criar um terceiro gênero, o dos animais, apartado das categorias das pessoas e coisas. Esta solução tem o triplo mérito de, a um só tempo, reconhecer que animais não são simples coisas, conferir a eles um regime jurídico próprio e, finalmente, escapar da vã tentativa de conceder-lhes personalidade jurídica. Desta maneira, a ciência jurídica prestará notável contributo para a preservação e tutela dos animais, em respeito à sua própria existência, e não apenas aos interesses dos seus proprietários, o que, afinal, se amolda à aceção e aos princípios do Estado de Direito Socioambiental (GODINHO; GODINHO, 2017).

---

26 Cumpra mencionar que “em regra, a titularidade da ação vincula-se à titularidade do pretendido direito material subjetivo, envolvido na lide (legitimação ordinária). Assim, ‘ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico’ (CPC/2015, art. 18). Há, só por exceção, portanto, casos em que a *parte processual* é pessoa distinta daquela que é *parte material* do negócio jurídico litigioso, ou da situação jurídica controvertida. Quando isso ocorre, dá-se o que em doutrina se denomina substituição processual (legitimação *extraordinária*), que consiste em demandar a parte, em nome próprio, a tutela de um direito controvertido de outrem. [...] Trata-se de uma faculdade excepcional, pois só nos casos expressamente autorizados em lei é possível a *substituição processual* (art. 18)” (THEODORO, 2020, p. 274).

Para alcançar esse entendimento, é necessário ultrapassar concepções fortemente arraigadas na sociedade e no direito. A questão não diz respeito sobre a capacidade dos animais de se comunicarem ou assumirem deveres, mas sim, de serem seres sencientes, capazes de sofrer e sentir, pois “a capacidade de sofrimento e de ter sentimento são as características vitais que conferem, a um ser, o direito à igual consideração” (DIAS, 2006, p. 121).

Para que seja possível proteger efetivamente os animais dos maus-tratos e da crueldade, a natureza jurídica dos mesmos deve ser repensada, não é crível que eles tenham a mesma consideração, frente ao ordenamento jurídico, que os seres inanimados. Portanto, o reconhecimento dos animais como sujeitos de direitos, poderá fortalecer ainda mais as leis protetivas que visam cessar a crueldade e punir os maus-tratos e abusos cometidos contra eles.

#### **4 Normas civilistas versus normas constitucionais sobre a natureza jurídica dos animais**

A Constituição representa o fundamento jurídico do Estado Democrático de Direito<sup>27</sup>. A Carta Magna brasileira foi promulgada em 1988 e trouxe inovações na proteção jurídica dos animais, vedando expressamente a crueldade e penalizando, via legislação infraconstitucional, os maus-tratos. Dessa forma, indiretamente, atribuiu direitos e valores a estes, partindo do pressuposto que são seres sencientes, capazes de sofrer. Entretanto, o Código Civil, lei hierarquicamente inferior, promulgado em 2002, não positivou adequações em relação a legislação constitucional, seguiu o mesmo regramento da codificação

---

<sup>27</sup> Artigo 1º da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]”.

civilista de 1916 e não trouxe qualquer inovação em relação ao *status* jurídico dos animais.

Observa-se que “há uma espécie de mistificação em tornar os animais não humanos quase que invisíveis à moral, à política e, essencialmente, no caso desse ensaio, ao direito”. A partir das divergências legislativas sobre a natureza jurídica dos animais indaga-se: afinal, o que são os animais? São eles objetos inanimados incapazes de sentir dor? Ou são eles seres sencientes, que merecem proteção em face aos maus-tratos e a crueldade? (MEDEIROS; PETTERLE, 2019, p. 02).

O Código Civil é a maior expressão do direito privado brasileiro, ele foi promulgado em 2002, após um longo período de tramitação, tendo em vista que começou a ser elaborado ainda em 1969. Durante esse prolongado período, o projeto de lei do Código Civil foi submetido a várias emendas para sua atualização, entretanto nem todos os assuntos foram abrangidos, e enfrentaram as modificações implantadas na Constituição Federal de 1988, como por exemplo a proteção dos animais (MEDEIROS; PETTERLE, 2019, p. 08).

Com isso, enquanto o projeto de lei do Código Civil tramitava a passos lentos, a Constituição Federal estava sendo escrita sob um novo viés, em essencial, prevendo como direito e dever fundamental à proteção ao meio ambiente e, a partir disso “estabelecendo todo um novo sistema de proteção jurídico-constitucional que deveria ser cumprido pelas demais normas infraconstitucionais” (MEDEIROS; PETTERLE, 2019, p. 08).

Sobretudo, o direito constitucional tem como característica principal a sua posição hierárquico-normativa superior em relação aos outros ramos do direito. Tal superioridade se revela a partir de três perspectivas, ou seja:

(1) as normas do direito constitucional constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria [...]; (2) as normas de direito constitucional são normas de normas [...], afirmando-se como fonte de produção jurídica de outras normas (normas legais, normas regulamentares, normas estatutárias); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes políticos com a constituição (CANOTILHO, 1993, p. 137).

Em face da superioridade normativa da Constituição Federal, todas as normas hierarquicamente inferiores devem estar em conformidade com ela. À vista disso, não podem existir contradições com a Lei Maior, sob pena de nulidade, anulabilidade, inexistência ou ineficácia (CANOTILHO, 1993, p. 138).

Logo, ao analisar os dispositivos constantes no Código Civil de 2002, observa-se que não houve qualquer inovação no que se refere a natureza jurídica dos animais, visto que manteve o que já estava consagrado no Código Civil de 1916<sup>28</sup>. Portanto, “ao que tudo indica, não houve qualquer preocupação em promover uma adequação material ao novo fundamento de validade da “nova” codificação civil do Brasil para o século XXI” (MEDEIROS; PETTERLE, 2019, p. 07).

Assim, “embora tenhamos uma Constituição da década de 80 do século XX, especificamente nessa esfera o nosso Código Civil de 2002 permanece, no plano material, com a concepção da legislação infraconstitucional do ano de 1916”. Nessa senda, cumpre salientar que o Código Comercial, criado em 1850, no século XIX, já atribuía aos animais um *status* jurídico diferenciado em seu artigo 273<sup>29</sup>, proibindo o penhor comercial de semoventes (MEDEIROS; PETTERLE, 2019, p. 07).

---

28 A exemplo disso, previa o artigo 47 do referido diploma legal “são móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia”.

29 Artigo 273 do Código Comercial: “Podem dar-se em penhor bens móveis, mercadorias e quaisquer outros efeitos, títulos da Dívida Pública, ações de companhias ou empresas e em geral quaisquer papéis de crédito negociáveis em comércio. Não podem, porém, dar-se em penhor comercial escravos, nem semoventes.”

Denota-se que ao vedar a crueldade em seu artigo 225 a Constituição Federal, “reconhece expressamente a condição de senciência dos animais não humanos, haja vista somente aquele que sente pode ser submetido a qualquer tipo de crueldade” (MEDEIROS; NETO; PETTERLE, 2016, p. 72). Entretanto, o Código Civil de 2002, “contrariando a ordem do disposto na Carta Fundamental, mantém a lógica de 1916 e continua considerando os animais não humanos como coisas. Inegável que há, aí, uma incompatibilidade” (MEDEIROS; PETTERLE, 2019, p. 08).

Nesse sentido,

havendo incompatibilidade entre o conteúdo da norma e o da Constituição, manifestar-se-á a inconstitucionalidade material. Pode ocorrer também inconstitucionalidade material quando a norma, embora disciplinando matéria deixada pelo Constituinte à liberdade de conformação do legislador, tenha sido editada não para realizar os concretos fins constitucionais, mas sim para prosseguir outros, diferentes ou mesmo de sinal contrário àqueles, ou tendo sido editada para realizar finalidades apontadas na Constituição, ofende a normativa constitucional por fazê-lo de modo inapropriado, desnecessário, desproporcional ou, em síntese, de modo não razoável (CLÈVE, 2000 p. 45).

Dito de outro modo, a Constituição Federal admite que os animais precisam de proteção jurídica em face de sua senciência, portanto veda qualquer forma de crueldade contra estes. Em contrapartida, para o direito civil os animais são objetos de direito, que podem ser apropriados pelo homem, tendo a mesma consideração perante a lei que os objetos inanimados. Silva e Kuhnen afirmam que “para que os animais sejam reconhecidos de maneira diferente das árvores, montanhas e rios é preciso que sejam reconhecidos de maneira efetiva dentro do sistema” (2015, p. 50).

Em vista disso, resta evidente que os novos parâmetros trazidos ao ordenamento jurídico no artigo 225 da Constituição Federal, não serviram



como base para a elaboração do “novo” texto do Código Civil brasileiro. Constata-se que a legislação infraconstitucional nasceu velha, devendo ser averiguada sua compatibilidade material com o seu fundamento de existência, a Lei Maior (MEDEIROS; PETTERLE, 2019, p. 07).

O vício material se refere a incompatibilidade entre o conteúdo de uma norma jurídica e o preceito constitucional. Por conseguinte, existindo afronta do ato normativo a qualquer princípio ou preceito constitucional, este deverá ser declarado inconstitucional (LENZA, 2018, p. 272). No mesmo sentido, para Barroso, “a inconstitucionalidade material<sup>30</sup> expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva, entre a lei ou ato normativo e a Constituição” (2016, p. 51).

Para Medeiros e Petterle inexistente diálogo entre a Constituição Federal e o Código Civil. Visto que ocorre um vício material entre a norma civilista e o mandamento constitucional. Explicam que, “enquanto a Constituição avança e reconhece que os animais são dotados de sensibilidade, a lei civil, infraconstitucional, não acompanha o mandamento constitucional e permanece em 1916 categorizando os animais não humanos como coisas”. Desse modo, “o enquadramento dos animais como coisas móveis, desprezada a sua capacidade de ser senciente, que sente dor, que está sujeito ao sofrimento e, portanto, fora da esfera das coisas (inanimadas), no nosso entendimento, viola materialmente a Constituição” (2019, p. 10).

Há um aparente conflito no ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito a natureza jurídica dos animais não humanos. De um lado, a Carta Magna considera a fauna elemento constitutivo do meio ambiente, ou seja, um direito difuso. De outro lado, o Código Civil classifica os animais como bens, aplicando a estes as normas concernentes ao direito

---

30 Observa-se que “a análise da constitucionalidade das espécies normativas (art. 59 da CF) consubstancia-se em compará-las com determinados requisitos formais e materiais, a fim de verificar-se sua compatibilidade com as normas constitucionais. [...] Trata-se da verificação material da compatibilidade do objeto da lei ou do ato normativo com a Constituição Federal” (MORAES, 2019, p. 766).

de propriedade. Desse modo, Ferreira aduz que a Constituição Federal deve prevalecer sobre as normas que a contrariem, logo, a fauna deve “ser reconhecida como um interesse que a todos pertencem, devendo, portanto, ser amplamente protegida pelo poder público” (2014, p. 107-109).

No que tange ao entendimento jurisprudencial, cabe analisar o REsp 1.115.916/MG<sup>31</sup>, que teve origem com a propositura da ação civil pública pelo Ministério Público de Minas Gerais, contra o município de Belo Horizonte, que tinha o propósito de sacrificar animais de rua em câmaras de gás, pautando-se no artigo 1263 do Código Civil<sup>32</sup>, visto que os considerava coisas abandonadas de livre disposição da Administração Pública. Nos termos do voto do ministro relator, Humberto Martins, não há como considerar que animais como cães e gatos sejam coisas, pois possuem sistema nervoso desenvolvido, sendo capazes de sentir dor. Ademais, afirma que tais animais possuem vida biológica, psicológica e afetiva.

Ainda, o ministro afirma que a reprovação da crueldade para com os animais não se fundamenta na necessidade de equilíbrio do meio

---

31 ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL - CENTRO DE CONTROLE DE ZOOSE - SACRIFÍCIO DE CÃES E GATOS VÁRIOS APREENDIDOS PELOS AGENTES DE ADMINISTRAÇÃO - POSSIBILIDADE QUANDO INDISPENSÁVEL À PROTEÇÃO DA SAÚDE HUMANA - VEDADA A UTILIZAÇÃO DE MEIOS CRUÉIS. [...]3. A meta principal e prioritária dos centros de zoonose é erradicar as doenças que podem ser transmitidas de animais a seres humanos, tais quais a raiva e a leishmaniose. Por esse motivo, medidas de controle da reprodução dos animais, seja por meio da injeção de hormônios ou de esterilização, devem ser prioritárias, até porque, nos termos do 8º Informe Técnico da Organização Mundial de Saúde, são mais eficazes no domínio de zoonoses. 4. Em situações extremas, nas quais a medida se torne imprescindível para o resguardo da saúde humana, o extermínio dos animais deve ser permitido. No entanto, nesses casos, é defeso a utilização de métodos cruéis, sob pena de violação do art. 225 da CF, do art. 3º da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, dos arts. 1º e 3º, I e VI do Decreto Federal n. 24.645 e do art. 32 da Lei n. 9.605/1998. 5. Não se pode aceitar que com base na discricionariedade do administrador realize práticas ilícitas. É possível até haver liberdade na escolha dos métodos a serem utilizados, caso existam meios que se equivalham dentre os menos cruéis, o que não há é a possibilidade do exercício do dever discricionário que implique em violação à finalidade legal. 6. In casu, a utilização de gás asfixiante no centro de controle de zoonose é medida de extrema crueldade, que implica em violação do sistema normativo de proteção dos animais, não podendo ser justificada como exercício do dever discricionário do administrador público. Recurso especial improvido (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2009).

32 Artigo 1.263 do Código Civil: “Quem se assenhorear de coisa sem dono para logo lhe adquire a propriedade, não sendo essa ocupação defesa por lei”.

ambiente, mas sim em razão da sua sciência. Visto que, “a rejeição a tais atos, aflora, na verdade, dos sentimentos de justiça, compaixão, de piedade, que orientam o ser humano a repelir toda e qualquer forma de mal radical, evitável e sem justificativa razoável”, assim, os animais devem ser protegidos dos maus tratos em razão de seus atributos análogos aos dos seres humanos.

O Ministro relator pautou sua decisão na Declaração Universal dos Direitos dos Animais, na Constituição Federal, no Decreto Federal 24.645/24 e na Lei de Crimes Ambientais, sustentou que o recurso “colide agressivamente não apenas contra tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Afronta, ainda, a Carta Fundamental da República Federativa do Brasil e a leis federais que regem a Nação”.

Logo, o Código Civil está em contradição com o fundamento constitucional, retratando uma inconsistência material, bem como encontra-se em descompasso com outras legislações infraconstitucionais que visam a proteção animal, como por exemplo a Lei de Crimes Ambientais (MEDEIROS; PETTERLE, 2019, p. 07).

Por mais que existam projetos de lei<sup>33</sup> tramitando que visem a alteração da natureza jurídica dos animais, “há de se trabalhar mudanças de paradigmas há muito enraizadas e confrontar tradições e hábitos mentais arraigados” (MEDEIROS; PETTERLE, 2019, p. 02). Assim, a realidade revela que a maioria dos seres humanos é especista e considera o interesse da sua espécie, superior, em detrimento das demais, levando, a um tratamento desigual, cruel e insensível para com os não humanos (SINGER, 2013, p. 21).

---

33 “Acrescente-se que há debates sendo travados nesse sentido, perante o Congresso Nacional. Veja-se, a propósito, a relação de Projetos de Lei em andamento, dentre eles a definição de um estatuto jurídico para os animais (a exemplo dos projetos SF PLS 631/2015, SF PLS 677/2015 e PL 6799/2013, dentre outros). Advirta-se que embora os conteúdos por vezes possam sejam diametralmente opostos, observa-se um crescente quantitativo de projetos de lei no sentido de ampliar a proteção jurídica dos animais não-humanos” (MEDEIROS; NETO; PETTERLE, 2016, p. 20).

Destarte, observa-se que o status jurídico de coisas atribuído aos animais pelo Código Civil, encontra-se ultrapassado e incompatível com a legislação hierarquicamente superior, demonstrando a existência de um conflito material entre o conteúdo das normas. Em vista disso, tanto o entendimento jurisprudencial, quanto o entendimento doutrinário discutem e refletem a possibilidade jurídica dos animais não se encaixarem mais como coisas, mas sim como seres sencientes que merecem proteção estatal contra os maus-tratos e crueldade, à luz da Constituição Federal.

### **Considerações finais**

Observa-se que há divergências acerca da natureza jurídica dos animais não humanos no ordenamento jurídico brasileiro, questionando se estes são objetos ou sujeitos de direito. Entretanto, é indubitável a atribuição constitucional de direitos subjetivos aos animais, fundada nos valores da dignidade e da igualdade, haja vista que se tratam de seres sencientes, capazes de vivenciar os mais diversos sentimentos, quais sejam dor, prazer, fome, sono, sede, alegria, entre outros, tais como os seres humanos. Portanto, o seu sofrimento deve ter igual consideração, pois um ordenamento jurídico digno não pode condescender com o sofrimento de um ser vivo capaz de sentir.

Dessa forma, os animais não podem continuar sendo considerados coisas/bens móveis semoventes, objetos de livre apropriação do homem, tais como os objetos inanimados. Tal classificação não acompanha a evolução trazida pela Constituição Federal de 1988, que considera o meio ambiente um direito fundamental e visa a proteção da fauna, não apenas em razão da sua função ecológica, mas à luz do bem-estar dos não humanos. A norma constitucional regula o aspecto ético da questão, tendo em vista que se tratam de seres vivos, que merecem ser tratados com respeito, dignidade e igualdade, em face da sua senciência.

Ainda, assim, no Brasil, o pensamento civilista prepondera no ordenamento jurídico e considera os animais bens móveis semoventes, compreendendo que a estes não podem ser atribuídos direitos. Entretanto, percebe-se que, mesmo a passos lentos, a doutrina e a jurisprudência estão tentando mudar tal situação, a partir da interpretação da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional, como por exemplo da Lei de Crimes Ambientais, que visa a proteção e preservação dos não humanos em face aos atos cruéis cometidos contra estes.

Ademais, existem Projetos de Lei que visam alterar a natureza jurídica atribuída aos animais pelo Código Civil, mas para isso, além da mudança legislativa, será necessária a mudança de paradigmas enraizados na sociedade e de tradições que perduram há muitos anos.

É irrefutável a incompatibilidade material entre a norma constitucional e a norma civilista, pois enquanto a primeira admite a senciência dos não humanos, reconhece que são seres passíveis de sofrimento e que merecem proteção em face aos maus tratos; o Código Civil continua mantendo-os na condição de coisas, equiparando-os a qualquer outro objeto que possa ser apropriado pelo ser humano, privado de direito próprio.

Constata-se que a lei civilista revela um pensamento antiquado e, em que pese tenha sido publicada em 2002, conservou o pensamento de 1916, não se adaptando aos novos parâmetros de proteção animal trazidos pela Constituição Federal de 1988. Logo, as disposições do Código Civil referente aos animais não humanos conflita com o viés das inovações trazidas pela Carta Magna, havendo, portanto, incompatibilidade material entre as leis.

Portanto, defende-se a criação de um terceiro gênero, compreendendo os animais como sujeitos de direitos, reconhecendo-os como seres sencientes, que devem ser respeitados em suas singularidades,

sem, contudo, atribuir-lhe personalidade jurídica. Desse modo, o reconhecimento dos animais como sujeitos de direitos, poderá fortalecer ainda mais as leis protetivas que visam cessar a crueldade e punir os maus-tratos e abusos cometidos contra eles.

## Referências

ANDRADE, Fernanda; ZAMBAM, Neuro José. A condição de sujeito de direito dos animais humanos e não humanos e o critério da sciência. *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 11, n. 23. p. 143-171, set-dez./2016. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/20373/12957>>. Acesso em: 17 mai. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502629271/cfi/0!4/4@0.00:22.1>>. Acesso em: 05 dez. 2019.

BRASIL. *Código Civil de 1916*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em 11 nov. 2020.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)>. Acesso em: 12 mai. 2019.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 mai. 2019.

BRASIL. *Lei de Crimes Ambientais*, Lei 9.605, 13 de fevereiro de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm)>. Acesso em 15 mai. 2019.

BRASIL. *Lei nº 14.064*, de 29 de setembro de 2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L14064.htm#:~:text=L14064&text=Alterar%20a%20Lei%20n%C2%BA%209.605,Art.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14064.htm#:~:text=L14064&text=Alterar%20a%20Lei%20n%C2%BA%209.605,Art.)>. Acesso em: 19 out. 2020.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 27*, de 2018. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133167>>. Acesso em: 29 nov. 2019.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp*: 1115916 MG 2009/0005385-2, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 01/09/2009, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: Dje 18/09/2009).

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp*: 1713167 SP 2017/0239804-9, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 19/06/2018, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: Dje 09/10/2018).

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=180541>>. Acesso em: 11 nov. 2020.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <[http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia\\_pt\\_br&idConteudo=185142&modo=cms](http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185142&modo=cms)>. Acesso em: 11 nov. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DIAS, Edna Cardozo. Os animais como sujeitos de direito. *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 1, n. 1, 2006. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/issue/view/875/showToc>>. Acesso em: 10 dez. 2019.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: *Teoria Geral do Direito Civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FELIPE, Sônia T. *Acertos abolicionistas: a vez dos animais: crítica à moralidade especista*. São José: Ecoânima, 2014.

FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães; A proteção aos animais e o direito: *O Status Jurídico dos Animais como Sujeitos de Direito*. Curitiba: Editora Juruá, 2014.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547230043/cfi/3!/4/4@0.00:52.5>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; TONDO, Ana Lara. Experimentação animal na indústria de cosméticos e teoria do direito: uma análise sistêmica dos “direitos humanos dos animais”. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 12. p. 43-82, mai-ago./2017. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/22943/14610>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. Novo curso de direito civil: *parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609505/cfi/0!/4/4@0.00:57.1>>. Acesso em: 29 nov. 2019.

GODINHO, Adriano Marteleto; GODINHO, Helena Telino Neves. *A controversa definição da natureza jurídica dos animais no estado socioambiental*, 2017. Disponível em: <<https://nionfern.wixsite.com/animalcidadao/single-post/2017/03/10/A-CONTROVERSA-DEFINI%C3%87%C3%83O-DA-NATUREZA-JUR%C3%8DDICA-DOS-ANIMAIS-NO-ESTADO-SOCIOAMBIENTAL>>. Acesso em: 12 out. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553608461/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 09 dez. 2019.

GORDILHO, Heron José de Santana; SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Animais em juízo: Direito, personalidade jurídica e capacidade processual. *Revista dos Tribunais*. v. 65. p. 333-362, jan-mar./2012. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=ioad82d9a000016efb9019e3170d3110&docguid=L212bef106dae11e1bee400008517971a&hitguid=L212bef106dae11e1bee400008517971a&spos=15&epos=15&td=2103&context=38&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 12 dez. 2019.



KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602285/cfi/6!4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 05 dez. 2019.

LEVAL, Laerte Fernando. *Direito dos Animais*. São Paulo: Mantiqueira, 2011.

LEVAL, Laerte Fernando. *Proteção jurídica da fauna*. 2005, p. 583-630. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/7203422-protECAo-juridica-da-fauna.html>>. Acesso em: 24 mai. 2019.

LEVAL, Laerte Fernando; DARÓ, Vânia Rall. Experimentação animal: histórico, implicações éticas e caracterização como crime ambiental. *Revista dos Tribunais*. v. 36, p. 01-10, out-dez./2004. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad82dgao000016ce7838339f430654f&docguid=I454b7f6of25211dfab6f01000000000&hitguid=I454b7f6of25211dfab6f01000000000&spos=2&epos=2&td=41&context=97&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 01 set. 2019.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: volume 1: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616886/cfi/3!4/4@0.00:12.8>>. Acesso em: 05 ago. 2020.

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

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597021097/cfi/6/10!4/2/4@0:0>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; ALBUQUERQUE, Letícia. O lado obscuro dos cosméticos. *Revista dos Tribunais*, v. 78, p. 01-16, abr-jun./2015. Disponível em:

<<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad6adc500000169cec3e650e1893d41&docguid=I89242720165411e59aa201000000000&hitguid=I89242720165411e59aa201000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=43&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; NETO, Jayme Weingartner; PETERLE, Selma Rodrigues. *Animais não-humanos e a vedação de crueldade*: o STF no rumo de uma jurisprudência intercultural. Canoas: Unilasalle, 2016. Disponível em: <<https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/books/article/view/3285/1655>>. Acesso em: 26 mai. 2019.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; PETERLE, Selma Rodrigues. Análise crítica do Código Civil de 2002 à luz da Constituição brasileira: animais não humanos. *Revista dos Tribunais*, v. 93, p. 01-13, jan-mar./2019. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad82d9b00000169da584e609220b5c2&docguid=I5d7a42505011e98b5201000000000&hitguid=I5d7a42505011e98b5201000000000&spos=1&epos=1&td=5&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Direito civil: parte geral*. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502196124/cfi/o!/4/4@0.00:35.9>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020915/cfi/6/10!/4/2/6@0:100>>. Acesso em: 07 ago. 2020.

PALMA, Rodrigo Freitas. *História do direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610259/cfi/4!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 11 nov. 2020.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984298/cfi/6/10!/4/14/2@0:100>>. Acesso em: 28 nov. 2019

PORTUGAL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://bdjur.almedina.net/item.php?field=node\\_id&value=2147835](http://bdjur.almedina.net/item.php?field=node_id&value=2147835)>. Acesso em: 28 nov. 2019.

RODRIGUES, Danielle Tettü. O direito & os animais: *uma abordagem ética, filosófica e normativa*. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

SANTOS, Cleopas Isaías. Experimentação animal e direito penal: *O crime de crueldade e maus-tratos à luz da teoria do bem jurídico*. Curitiba: Editora Juruá, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MACHADO, Paulo Affonso Leme; FENSTERSEIFER, Tiago. *Constituição e legislação ambiental comentadas*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626492/cfi/4!/4/4/4@0:00:19.1>>. Acesso em: 14 mai. 2019.

SILVA, Luciana Caetano da. *Fauna terrestre no direito penal brasileiro*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

SILVA, Maria Alice da; KUHNEN, Tânia Aparecida. Direitos e cuidados para a proteção da autonomia prática de animais não humanos. *Revista Internacional Interdisciplinar INTER-thesis*. v. 12, n. 1. Jan./Jun. 2015. pp. 41-64. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/view/1807-1384.2015v12n1p65>>. Acesso em: 15 ago. 2019.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Direito animal e hermenêutica jurídica da mudança: *animais como novos sujeitos de direito*. XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2352065](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2352065)>. Acesso em: 28 nov. 2019.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Princípios de proteção animal na Constituição de 1988.

*Revista dos Tribunais*. v. 80, p. 01-25, nov-dez./2015. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=ioad82d9b000016ac73bf3f322a507c8&docguid=I9e06a140ba9b11e5930101000000000&hitguid=I9e06a140ba9b11e5930101000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=39&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm =&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 17 mai. 2019.

SINGER, Peter. *Libertação animal*. Tradução de: Marly Winckler e Marcelo Brandão Cipolla. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978854728262/cfi/0!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de introdução e parte geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984052/cfi/6/10!/4/2/4@0:0>>. Acesso em: 05 ago. 2020.

THEODORO, Humberto Júnior. *Curso de direito processual civil, volume I*. 61. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989750/cfi/6/34!/4/58/2@0:100>>. Acesso em: 12 out. 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597019742/cfi/6/10!/4/10/2@0:59.0>>. Acesso em: 02 dez. 2019.

## **Os efeitos da revogação da tutela de urgência nas ações de medicamentos, tendo em vista a imprescindibilidade dos fármacos**

*Kamila Vaccari*<sup>1</sup>  
*Nadya Regina Gusella Tonial*<sup>2</sup>

### **1 Introdução**

O presente estudo visa analisar os efeitos da revogação da tutela de urgência nas ações de medicamentos, tendo em vista a imprescindibilidade dos fármacos no sentido de exemplificar o cumprimento das obrigações do Estado no âmbito da saúde, bem como, a omissão das três esferas da federação na consecução de políticas públicas pertinentes à saúde, levando em consideração a natureza da irreversibilidade da antecipação de tutela, em conformidade com o disposto no artigo 300, §3º do Código de Processo Civil.

O direito à vida é garantia constitucional e a saúde é direito de todos e dever do poder público, cujo o cumprimento pode ser exigido de qualquer dos entes políticos, que são solidários quanto ao seu encargo. Deve-se destacar, ainda, que tais garantias constitucionais à vida e à saúde não podem estar condicionadas a entraves administrativos, fazendo com que, por inúmeras vezes, sejam discutidas judicialmente como argumentos pelos quais pretendem os entes livrar-se de atender seus cidadãos.

---

<sup>1</sup> Acadêmica do Curso de Direito da UPF Campus Casca. Endereço eletrônico: kamilavaccario7@gmail.com

<sup>2</sup> Professora Titular I da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS. Mestre em Direito pela UNISINOS. Doutoranda em Ciências Jurídicas pela UNIVALI. Endereço eletrônico: nadyatonial@gmail.com

Objetivou-se a estudar os efeitos da revogação da tutela de urgência, para examinar a atuação jurisdicional, no que diz respeito às políticas públicas referentes à saúde, enquanto direito fundamental. Compreender, o posicionamento dos Tribunais quanto à possibilidade de conceder a tutela provisória de urgência nas ações de medicamentos, tendo em vista a solidariedade plena dos entes federados e a colidência de princípios entre os estados e os municípios para custear os insumos necessários para o tratamento das patologias.

## **2 A irreversibilidade da antecipação de tutela nas ações de medicamentos**

As ações de medicamentos tornam-se um principal instrumento na hora de garantir a efetivação do direito à saúde, uma vez que são incontáveis os pacientes que necessitam do auxílio do Poder Judiciário para assegurar a prestação desse serviço de forma gratuita, tendo em vista que, o Estado não cumpre com o dever de fornecer os insumos através do Sistema Único de Saúde. E, muitos desses pacientes não dispõem de condições financeiras suficientes para arcar com os custos de medicamentos de alto valor.

A principal condição que garante a concessão da antecipação<sup>3</sup> dos efeitos da tutela está elencada no artigo 300, §3º do Código de Processo Civil, no qual aduz que não será possível conceder a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. Essa norma tem preocupação com o direito ao contraditório e a ampla defesa, visando preservar o direito à segurança jurídica do réu, devendo ser

---

<sup>3</sup> Observa-se que o “§3º do art. 300, veda a concessão da tutela de urgência de natureza antecipada quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. Embora a urgência sirva para qualificar essa modalidade de tutela, o legislador supervaloriza a probabilidade. Porque na tutela de urgência, a probabilidade é menos acentuada, vez que os requisitos referentes ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora* se somam, do que na tutela da evidência, exige-se que os efeitos sejam reversíveis. Não deixa de ser estranho o fato da probabilidade, somada à urgência não serem suficientes para inverter o ônus da demora da prestação jurisdicional, mas assim é a lei. Na ponderação, o provável e urgente vale menos que o irreversível. Essa exigência é justificada pela nossa cultura jurídica, que ao longo do tempo sedimentou-se no sentido de pressupor que a realização de um direito exige tutela definitiva” (DONIZETTI, 2016, p.472).

interpretada como um meio de efetivação da tutela jurisdicional, visto que, trata do principal instrumento para o acesso à ordem jurídica de forma justa. (NEVES, 2016, p. 443).

A reversibilidade prevista em lei poderá ser *in natura*. Isso significa que seria melhor que houvesse a possibilidade de a decisão voltar ao *status quo ante*, ou seja, que pudesse haver a reposição do estado das coisas, no sentido de voltarem a ser o que eram antes da providência. Dessa forma, poderá ser considerada reversível a tutela provisória que gerar indenização para compensar o dano sofrido.

Em virtude disso, em determinados casos, seria pertinente a aplicação do princípio da proporcionalidade<sup>4</sup>, devendo ser de alguma forma, ponderados os bens jurídicos expostos aos riscos para cada uma das partes, podendo tal situação auxiliar na conclusão para conceder ou não a tutela.(WAMBIER; TALAMINI, 2016, p.875).

Nos casos em que existe risco ao paciente, deveria haver a flexibilização que tem como principal fundamento o princípio da proporcionalidade, estabelecendo que nos casos de conflito dentro do processo, deve o magistrado ponderar os interesses de cada parte e dar preferência às situações de maior relevância, como os que dizem respeito à vida, à saúde e a integridade física da pessoa humana.

Preenchidos os pressupostos da fumaça do bom direito e do perigo da demora, exige-se, que cumulativamente, os efeitos da tutela de urgência satisfativa sejam reversíveis (CARNEIRO, 2004, p. 56), para então ser

---

<sup>4</sup> O Ministro Luís Roberto Barroso ensina que: “o princípio da razoabilidade, num primeiro momento, teve caráter puramente procedimental, já que ligado à idade de devido processo legal, associado, basicamente, aos direitos de contraditório e ampla defesa. Apenas num segundo momento é que se fala em um caráter mais material do princípio, “por via do qual o Judiciário passou a desempenhar determinados controles de mérito sobre o exercício de discricionariedade pelo legislador”. (...) Por fim, a razoabilidade deve embutir, ainda, a ideia de proporcionalidade em sentido estrito, consistente na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar de a medida é legítima. Se o Poder Público, por exemplo, eletrificar certo monumento de modo a que um adolescente sofra uma descarga elétrica que o incapacite ou mate quando for pichá-lo, a absoluta falta de proporcionalidade entre o bem jurídico protegido, o patrimônio público - o bem jurídico sacrificado - a vida - torna inválida a providência” (2010, p. 255-256).

possível retornar ao estado *quo ante*, nos casos em que poderá ser constatado no decorrer do processo, que a tutela concedida deve ser alterada ou revogada. Essa é a principal característica da precariedade da referida tutela (BEDAQUE, 2003, p. 341).

No mais, resta pertinente mencionar que a reversibilidade deverá ser apreciada sempre dentro dos ditames legais e em conformidade com o caso concreto, ou seja:

não pode justificar a medida excepcional do art. 300 a vaga possibilidade de a parte prejudicada ser indenizada futuramente por aquele a quem se beneficiou com a medida antecipatória. Só é realmente reversível, para os fins do art. 300, §3º, a providência que assegure ao juiz as condições de restabelecimento pleno, caso necessário, dentro do próprio processo em curso. Se, portanto, para restaurar o status quo se torna necessário recorrer a uma problemática e complexa ação de indenização de perdas e danos, a hipótese será de descabimento da tutela de urgência (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 625).

Ressalta-se que, conceder a tutela provisória satisfativa irreversível<sup>5</sup> é como conceder e tutela definitiva antes do final da lide, ou seja, representa uma contradição. Significa, antecipar a vitória do autor, sem assegurar ao réu o contraditório e o devido processo legal. Diante da irreversibilidade da situação de fato, o prosseguimento do processo se torna inútil. Por isso, com o objetivo de controlar os abusos na utilização de tal providência, tona-se uma forma de preservar a parte ré contra os excessos na utilização da medida. Sendo assim, da mesma maneira em que aumentam o número de casos no sentido de antecipar qualquer

---

<sup>5</sup> “A irreversibilidade não pode atuar como um limite intransponível à técnica da tutela jurisdicional diferenciada, seja na tutela antecipada, seja na execução provisória da decisão recorrida. Na verdade, compete ao juiz ao juiz examinar os diferentes pesos dos valores que estão em jogo ou, simplesmente, a proporcionalidade da providência; significa que o órgão jurisdicional deve mostrar-se consciente, sempre por meio de decisão motivada, dos benefícios e malefícios da concessão e da denegação – trata-se de medir o *periculum in mora* comparando-o com “*periculum in mora*” reverso” (LUCON, 2016, p. 238).



procedimento, também foi necessário delimitar a sua área de incidência (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p.613).

Por isso, possui o magistrado o dever de agir com cautela, pois nos casos em a busca da tutela advém do resguardo do direito à vida, o requisito negativo da reversibilidade da tutela deverá ser refletido em concordância com o princípio da proporcionalidade com o intuito de garantir o bem maior a ser tutelado, nesse caso a vida do ser humano.

Nos processos de medicamentos, por exemplo, a parte autora ajuíza a demanda, com o intuito de postular os fármacos indispensáveis para garantir o seu bem-estar, efetivando assim, o seu direito à vida e à saúde. Para isso, será necessário juntar no processo inúmeros documentos para gerar o seu início. Na exordial, deverá ser postulada a antecipação dos efeitos da tutela e dentro desse contexto, caberá ao juiz autorizar ou não a tutela de urgência de acordo com o caso apresentado.

Dessa forma, se estiverem presentes os pressupostos da irreversibilidade no início da ação e no decorrer do processo forem produzidas provas capazes de confirmar que a parte autora não necessita da medicação pleiteada, cabe ao juiz protelar a análise do pedido da tutela de urgência. Porém, se nesse mesmo caso, fosse deferida a antecipação dos efeitos da tutela e, futuramente, já na prolação da sentença de mérito, fosse reconhecida a improcedência do pedido, visto que houve a comprovação de que o autor não tinha o direito alegado, e em virtude de um descuido não houve análise dos fatos em concordância com o caso, deverá o beneficiado em razão da antecipação de tutela, ressarcir os danos suportados pelo demandado (WAMBIER, 2016, p. 159).

Nesses casos, deverá o juiz ponderar e aplicar o princípio da proporcionalidade e considerar a segurança jurídica<sup>6</sup> da parte adversa,

---

<sup>6</sup> Ensina José Afonso da Silva: “a segurança jurídica consiste no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade

levando sempre em consideração os prejuízos que poderão ser causados no caso de indeferimento da medida, por isso, deve ser resguardado o direito fundamental à vida e à saúde do requerente.

Pelo fato de o direito à saúde estar diretamente ligado à garantia do direito à vida e é assegurado pela Constituição Federal, o deferimento da antecipação de tutela, nas demandas referentes a efetivação da prestação do direito à saúde, por se tratarem de casos excepcionais, não dependem da reversibilidade. Sendo pacífico o entendimento de que deverão ser consideradas as peculiaridades de cada caso, diante da comprovação da inexistência de perigo de irreversibilidade. Assim, o princípio da razoabilidade está presente na maioria dos julgados que refere ao direito à saúde, visto a importância de assegurar aos cidadãos a prestação jurisdicional de forma igualitária e a fim de garantir o bom senso nas relações entre cidadão e Estado.

Em virtude disso, é necessário que a jurisprudência diminua cada vez mais o requisito da reversibilidade, visto que, a interpretação literal do artigo 300, §3º do Código de Processo Civil, visa impedir que as crises do direito material, abrangidas de urgência, sejam o mais rápido possível resolvidas, com a devida concessão da medida de urgência (DONIZETTI, 2016, p. 472).

Assim, embora exista o dispositivo legal específico, prevendo como negativo o requisito da irreversibilidade, artigo 300, §3º, do Código de Processo Civil, caberá ao Magistrado atentar para a sua decisão, sempre observando o princípio da proporcionalidade, pois no que se refere ao fornecimento de medicamentos pelos entes públicos, tal requisito poderá ter sua aplicação de forma mais branda. Logo, o dever de ponderar é mais

---

reconhecida<sup>1</sup>. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída” (2006, p. 133).

importante naquele momento, pois o direito à saúde do paciente, ora autor acaba se sobrepondo ao direito patrimonial dos entes. Por isso, deverá o juiz agir em conformidade com o resguardado pela Constituição Federal e respeitar o direito fundamental à vida.

## **2 A legitimidade passiva e a desnecessidade de devolução dos valores após o deferimento da medida antecipatória nas ações de medicamentos**

Ao dispor sobre fornecimento de medicamentos, é comum a premissa que sua prestação é responsabilidade do poder público, pois, segundo a Constituição Federal, o direito à saúde deve ser conferido de forma solidária pelos três entes federativos, os Estados, os Municípios e a União, posto que todos eles possuem legitimidade para atuar no polo passivo nas ações de medicamentos, no entanto, mesmo que a responsabilidade solidaria entre eles seja reconhecida, o litisconsórcio passivo é facultativo, devendo a parte autora escolher contra qual deles deseja litigar, não sendo necessário a inclusão de todos no polo passivo.

Ao se tratar de direito à saúde, os entes públicos possuem responsabilidade solidária e, por isso, são legitimados passivos nas demandas em que a causa de pedir for a prestação à saúde do Sistema Único de Saúde em qualquer uma das esferas, já que o Único de Saúde descentralizou os serviços e os recursos financeiros dos entes da federação, asseverar ainda mais a solidariedade dos entes (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019).

O artigo 302, Inciso I, do Código de Processo Civil<sup>7</sup>, trata dos casos em que houve a improcedência dos autos, caso em que deverá o requerente responder pelos prejuízos causados à parte contrária em virtude da efetivação da tutela de urgência.

---

<sup>7</sup> Artigo 302 do Código de Processo Civil de 2015: “Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se: I - a sentença lhe for desfavorável”.

Nesse sentido, nas circunstâncias em que os magistrados decidiram pela concessão da tutela de urgência, e posteriormente, na sentença o pedido inicial foi julgado improcedente, inclusive quanto ao ressarcimentos dos valores gastos com a medicação pelos cofres públicos, os juízes sempre se utilizam do artigo 302, Inciso I, do Código de Processo Civil, pois, em decorrência do reconhecimento da necessidade de responsabilizar pelo prejuízo devido a antecipação da medida, o juízo sumário seria retroativamente apagado, ao invés de substituído (CABRAL; CRAMER, 2016, p. 472).

É possível constatar a existência de uma atenuação no que diz respeito a irreversibilidade, como se em alguns casos, devido a urgência na utilização dos fármacos ou na realização de procedimentos a doutrina e a jurisprudência são capazes de vislumbrar a necessidade da concessão da antecipação dos efeitos da tutela para que seja possível, resguardar o direito fundamental à vida e o direito social à saúde. Compreendem que os insumos ou valores recebidos para a sua aquisição são irrepetíveis, pelo fato de serem indispensáveis para garantir o bem estar do paciente (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 874).

Em razão disso, havendo os dois bens jurídicos a serem tutelados, não poderá o magistrado negar esse direito fundamental ao requerente, mas também deverá agir de forma a causar prejuízos aos entes públicos. No entanto, a realidade demonstra que a União, os Estados e os Municípios não cumprem com sua obrigação, fazendo que o juiz seja obrigado a analisar e decidir os pedidos de tutela antecipada, observando o conjunto probatório, a urgência demonstrada pelo requerente e a possibilidade de reversibilidade da demanda<sup>8</sup> (FIGUEIREDO; SARLET, 2009, p. 19-20).

---

<sup>8</sup> “Na situação exemplificativa do autor que pleiteia seja o réu obrigado a arcar com os custos de intervenção cirúrgica – que é realizada –, verificamos que a conclusão final do magistrado, indicando que a *ratio* pende em favor do réu, e que a cirurgia nunca deveria ter sido realizada, impõe consequências processuais de relevo, sabido que o autor usufruiu todos os efeitos da providência que lhe foi deferida em regime de urgência. [...] Filiamo-nos à corrente

Desse modo, caso o juiz fique em dúvida se deve conceder ou não a medida antecipatória, deverá ela ser concedida, pois entre causar dano irreparável à saúde do autor ou causar dano patrimonial ao réu, sobrepõem-se a tutela antecipada (SCWARTZ, 2002, p. 127).

Portanto, acerca da discussão devolução ou não dos valores após o deferimento da antecipação de tutela e a posterior improcedência da demanda, constata-se que por se tratar de direito inerente à vida e à saúde, faz-se necessário que haja o reconhecimento da natureza alimentar dos valores recebidos em razão da medida e após a apreciação da boa-fé do requerente, compreender que não são possíveis de devolução.

#### **4 O direito à saúde no Brasil e as decisões judiciais**

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, as decisões dos tribunais quanto a concretização dos direitos fundamentais em especial, a saúde, continham uma certa restrição em sua efetividade. Por isso, de certa forma, havia uma timidez na aplicação do direito à saúde como sendo um direito subjetivo, visto que, nessa época o referido direito não era interpretado como sendo um direito fundamental.

Percebe-se, que antes da Carta Magna de 1988, o direito à saúde era questionado no sentido de não ser um direito social, por isso, as consequências jurídicas derivadas da sua no Poder Judiciário também eram constantemente ignoradas pelos juízes (FIGUEIREDO; SARLET, 2008, p. 26-27).

---

doutrinária que entende possa (ou até mesmo deva) o magistrado deferir a tutela antecipada quando, mesmo diante do perigo da irreversibilidade, mostra-se do lado do autor situação de evidente dano irreparável ou de difícil reparação, o que fica ilustrado através do aproveitamento do exemplo antes examinado, referindo-se à necessidade de que seja realizada intervenção cirúrgica, sob pena de o autor vir a falecer. Temos dois bens jurídicos a preservar: de um lado, o bem jurídico *vida*, que se sobrepõe a qualquer outro; do lado oposto, *interesse meramente patrimonial*, dizendo respeito à possibilidade de o réu sofrer perda material na hipótese de a medida ser posteriormente revogada, chegando-se à conclusão de que nunca deveria ter sido deferida, já que a verossimilhança da alegação não se confirmou no término da fase de instrução probatória, revelando-se verdade diferente no mundo dos autos" (MONTENEGRO FILHO, 2007, p.32-33).

À vista disso, após a entrada em vigor da Constituição de 1988, e com o reconhecimento da importância do direito à saúde como sendo um direito social, houveram inúmeras mudanças significativas nos julgamentos dos tribunais, bem como nas decisões dos magistrados no sentido de aplicar a norma constitucional de forma ampla compreendendo que o Estado tem o dever de prestar saúde a todos os cidadãos (MARINONI; MITIDIERO, SARLET, 2016, p. 625).

Dentro desse contexto, é possível constatar que, no início, a jurisprudência brasileira possuía um posicionamento que ia contra qualquer interferência do Judiciário, no que se refere ao controle judicial das políticas públicas, em nome da separação dos poderes<sup>9</sup> e dos princípios orçamentários que regem a administração pública. Porém, nos dias atuais, é possível perceber que houveram mudanças consideravelmente positivas, tendo em vista que, os tribunais passaram a entender que não devem haver obstáculos para o atendimento do direito à saúde (SOUZA, 2011, p. 101-102).

Assim, o direito à saúde é um direito fundamental e social, necessitando de prestação estatal positiva. Por isso, a Lei Maior estabeleceu uma liberdade positiva, um dever de agir, que deverá ser garantida a toda a população, com base no acesso universal e isonômico.

Dentro dessa linha, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em suas decisões mais recentes, entende que o direito à saúde, na condição de direito fundamental, representa direito constitucional indissociável do direito à vida, pois ambos devem andar juntos e não podem sofrer impedimentos em normas de caráter administrativo, pelo fato de poder tornar inócuo a disposição constitucional e não efetivar esse direito.

---

<sup>9</sup> Artigo 2º da Constituição Federal de 1988: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Nesse sentido, conforme o entendimento da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça Gaúcho, tendo como relator o Desembargador Sergio Luiz Grassi Beck, na Apelação Cível nº 70083631192, publicada em 11 de março de 2020, constata-se que a jurisprudência dominante, vem decidindo que o direito à saúde, como sendo direito fundamental que assiste a todas as pessoas e representa dessa forma, um direito indispensável por ser inerente ao direito à vida e que não pode de jeito nenhum sofrer impedimentos estabelecidos nas normas de caráter programático, para não ser considerada, tão somente, uma promessa constitucional e sua prestação jurisdicional deve ser garantida pelo Poder Judiciário, sendo a solidariedade partilhada entre todos os entes, prevalecendo a defesa ao direito à vida e a saúde.

Logo, o direito à saúde em conformidade com o previsto na Constituição Cidadã de 1988 resta inserido em um processo que busca resgatar o Estado Democrático de Direito, com a valorização dos direitos fundamentais em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana ocupa o papel de maior destaque, para difundir os direitos fundamentais que detém total prioridade sobre os princípios administrativos (CANOTILHO, 2015, p. 51-68).

Com relação ao apedido de medicamentos não incluídos na lista do Sistema Único de Saúde, a Primeira Seção do STJ concluiu o julgamento do recurso repetitivo de REsp n. 1.657.156- RJ, relatado pelo Ministro Benedito Gonçalves, em 25 de abril de 2018, estabelecendo que constitui obrigação do poder público o fornecimento de medicamentos não incorporados pelos atos normativos do Sistema Único de Saúde, desde que apresentem os seguintes requisitos: 1 – Comprovação por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim

como da ineficácia, para tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; 2 – Incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito, e; 3 – A existência de registro do medicamento na Anvisa.

Ainda, ressalta-se que a maioria dos julgados determinam a irreversibilidade dos efeitos da tutela após o seu deferimento. Preceituam decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul nº 71005726260, e nº 71005663299, ambos julgados pela relatora Desembargadora Deborah Coletto Assumpção de Moraes, em 24 de novembro de 2015.

Portanto, possível concluir que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde ganhou a devida importância, tornando-se direito fundamental e indispensável, devendo ser garantido pelos entes públicos, cabendo ao Poder Judiciário garantir a efetivação desse direito. No mais, pode-se compreender que o objetivo da medida antecipatória é o de resguardar o bem jurídico tutelado, no caso em tela, o direito à vida e à saúde e em conformidade com o entendimento da doutrina e da jurisprudência, não há a necessidade de devolução dos valores despendidos pelos entes públicos para fornecer os tratamentos solicitados pelos demandantes.

Quanto ao mais, cabe mencionar acerca da reserva do possível, pois trata de fator fundamento do direito à saúde. Dentro desse contexto, deve-se partir do pressuposto que todos os direitos fundamentais implicam em algum custo, porém, aqueles direitos que não implicam em uma prestação por parte do Estado possuem neutralidade econômica e, portanto, a sua efetivação não depende do dinheiro público. Entretanto, quando se trata de direitos sociais a sua efetivação depende da reserva direta de recursos financeiros (GLOECKNER, 2016, p. 166).



Tal princípio, visa regulamentar a atuação do Estado no que diz respeito à efetivação dos direitos sociais e fundamentais e se define como sendo a construção da doutrina alemã, afirmando que os direitos já previstos somente poderão ser garantidos quando existem recursos públicos para isso. Desse modo, a reserva do possível passa atuar como um garantidor dos direitos fundamentais (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 30).

Para tanto, vislumbra-se o entendimento da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na Primeira Câmara Cível, tendo como relator o Desembargador Sérgio Luiz Grassi Back, na Apelação Cível, nº 70084133545, de 07 de maio de 2020.

Assim, em conformidade com o princípio da reserva do possível e do mínimo existencial a ausência de recursos e verbas para promover um direito social, não caracteriza um empecilho para efetivar a prestação ao direito à saúde, uma vez que o mínimo existencial tem como função principal assegurar a cada pessoa uma vida digna, com saúde, alimentação e educação. Dessa forma, é do Estado a obrigação de garantir aos cidadãos que não dispõem dessas condições o auxílio necessário, devendo o Poder Judiciário atuar nos casos em que houver a violação ou omissão desses direitos fundamentais.

Portanto, possível concluir que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde ganhou a devida importância, tornando-se direito fundamental e indispensável, devendo ser garantido pelos entes públicos, cabendo ao Poder Judiciário garantir a efetivação de direito inerente à vida do ser humano. No mais, pode-se compreender que o objetivo da medida antecipatória é o de resguardar o bem jurídico tutelado, no caso em tela, o direito à vida e à saúde e em conformidade com o entendimento da doutrina e da jurisprudência, não há necessidade de

devolução dos valores despendidos pelos entes públicos para fornecer os tratamentos solicitados pelos demandantes.

### **Considerações finais**

Denota-se que a principal condição para a concessão está elencada no artigo 300, §3º do Código de Processo Civil. A reversibilidade prevista em lei poderá ser *in natura*. Isso significa que deveria haver, sempre, a possibilidade de a decisão voltar ao *status quo ante*, ou seja, que pudesse haver a reposição do estado das coisas, no sentido de voltarem a ser o que eram antes da providência.

Dessa forma, mesmo sendo de caráter irreversível a tutela de urgência satisfativa, relacionada com o direito à saúde, se faz, imprescindível, a fim de evitar algo mais grave à saúde do requerente.

Os tribunais e a doutrina, entendem que a parte autora não deve ser responsabilizada pelo deferimento da medida antecipatória, em virtude de uma posterior revogação decidida pelo magistrado. Sendo, por tanto, irrepetíveis os valores disponibilizados pelos réus para efetivar o tratamento médico do paciente, em virtude da natureza alimentar que envolve. Ou seja, caso a tutela antecipada venha a ser extinta, irá produzir efeito *ex nunc*, isso significa que a decisão proferida anteriormente, não retroagirá. Se nos autos existem instrumentos probatórios dos elementos da tutela antecipada, não há que se cogitar sobre enriquecimento de forma indevida, pois cabe ao juiz o bom senso de analisar corretamente o conjunto probatório, logo não haverá do agente.

Em sentido oposto, outro entendimento, doutrinário minoritário defende a necessidade de responsabilização do autor pela antecipação da tutela jurisdicional, sustentando que, ao ingressar com a demanda, a parte deverá assumir as consequências referentes à judicialização da saúde. Defendem que, no momento em que as partes optam por ajuizar a ação

referente à saúde, adquirem uma responsabilidade a qual proíbe o enriquecimento ilícito.

Em resposta a problemática, constata-se que com o deferimento da tutela de urgência é a medida indispensável quando se verifica a presença do perigo de dano iminente ou ao resultado útil do processo e por se tratar de direito inerente à vida e a saúde, deveriam ser afastados todos os empecilhos que dificultam o acesso à esses direitos. Devendo ser, irrepetíveis os valores recolhidos nas ações de fornecimento de medicamentos, o que demonstra o respeito pela vida e a fundamentalidade do direito envolvido.

## Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e tutela antecipada: tutela sumárias e de urgência (tentativas de sistematização)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

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: 21 de outubro de 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei 13.105, de 15 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 21 de outubro de 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Consulta jurisprudencial**. disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411981&caixaBusca=N, 20/05/2020>>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

BRAISL. **Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm)>.

Acesso em: 25 de maio de 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Manual de Planejamento no SUS.** Fundação Oswaldo Cruz. 1.ed. Brasília, 2016.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Responsabilidade dos Entes.** Disponível em:  
<<http://portalms.saude.gov.br/index.php/sistema-unico-de-saude/responsabilidade-dos-entes>>. Acesso em 17/10/2019.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 4ed. Coimbra: Livraria Almeida, s.d. São Paulo, 2013.

DONIZETTI. **Curso didático de direito processual civil.** 19.ed. São Paulo. Atlas LTDA. 2016.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988.** *Revista de Direito do Consumidor: RDC*, 2008.

GLOECKNER, Joseane Ledebum. **A garantia do Direito Fundamental à Saúde.** *Revista Defensoria Pública do Rio Grande do Sul.* Ano, 7, V. 14. Jan/abril. Porto Alegre: DPE, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar. Procedimentos Especiais.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível. Mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de Processo Civil.** 16.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016.

## **A efetividade do sistema protetivo do consumidor no período de pandemia da COVID-19**

*Katrim Gomes Moreira <sup>1</sup>  
Nadya Regina Gusella Tonial <sup>2</sup>*

### **1 Introdução**

O presente trabalho visa analisar a efetividade do sistema de proteção do consumidor no Brasil, diante da pandemia da COVID-19, e com isso, verificar algumas relações de consumo que foram atingidas por práticas abusivas, como as do transporte aéreo e da comercialização de insumos farmacêuticos para combate ao vírus, em especial, o álcool gel. Para tanto, leva-se em conta, o contexto da pandemia COVID-19, como uma situação de crise sanitária mundial, a qual afetou diretamente além do setor de saúde, o setor econômico e as relações de consumo.

Justifica-se a importância da pesquisa, tendo em vista que o surgimento de um vírus que desencadeou uma situação de calamidade pública, capaz de impactar diretamente as relações de consumo, trouxe consigo a preocupação com a economia, e por conta disso, o exercício de uma série de práticas consideradas abusivas, afetando diretamente os consumidores o que acabou por agravar sua vulnerabilidade, podendo trazer a violação aos seus direitos à vida, saúde e segurança, prejuízos econômicos, e assim, afrontando diretamente a dignidade humana.

Assim, questiona-se: o sistema adotado pelo Código de Defesa do Consumidor é capaz de garantir a efetiva proteção do consumidor e ao

---

<sup>1</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo.

<sup>2</sup> Professora Titular I da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS. Mestre em Direito pela UNISINOS. Doutoranda em Ciências Jurídicas pela UNIVALI.

mesmo tempo o equilíbrio nas relações de consumo, diante dos desafios trazidos por uma situação de pandemia mundial?

Dessa forma, objetiva-se compreender a importância da proteção do consumidor para a efetivação do equilíbrio nas relações de consumo, levando em consideração as alterações legislativas ocorridas atualmente, em razão do surgimento de uma pandemia que afetou as relações de consumo no âmbito mundial. Analisam-se os meios de proteção ao consumidor, dando ênfase aos direitos básicos, bem como, o estudo das práticas abusivas, da legislação adotada, atualmente, e a forma de responsabilização do fornecedor.

## **2 Os direitos do consumidor e sua principiologia**

A Constituição Federal positivou a defesa do consumidor como um direito fundamental e como um princípio da ordem econômica, no artigo 5º, inciso XXXII e no artigo 170, inciso V. Ainda, estabeleceu a necessidade de elaboração de lei, com o objetivo de proteger e defender o consumidor, motivo pelo qual, na data de 11 de setembro de 1990, foi promulgada a Lei n. 8.078, o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Historicamente, antes da efetivação do reconhecimento do consumidor pela Constituição Federal e da elaboração do CDC, existiam associações cíveis de consumidores que foram as primeiras organizações formadas para promover a defesa e a tutela dos seus direitos, o chamado movimento consumerista. No Rio Grande do Sul pode-se destacar a título de exemplo, a Associação das Donas de Casa, criada em 1988 em Porto Alegre, bem como, a Associação de Proteção ao Consumidor – APC, datada de 1975 (FERREIRA, 2019).

Após a elaboração do CDC e com o aumento em massa do consumismo e, conseqüentemente, das relações de consumo, também se multiplicaram os conflitos e as demandas decorrentes desses avanços.

Nesse sentido, explicam os autores do anteprojeto Ada P. Grinover e Antônio Herman V. Benjamin, que

o homem do século XXI vive em função de um modelo novo de associativismo: a sociedade de consumo [...], caracterizada por um número crescente de produtos e serviços, pelo domínio do crédito e do *marketing*, [...]. Se antes fornecedor e consumidor encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio de poder de barganha, agora é o fornecedor, que, inegavelmente, “dita as regras”. [...]. O mercado por sua vez, não apresenta, em si mesmo, mecanismos eficientes para superar tal vulnerabilidade do consumidor. [...]. Toda e qualquer legislação de proteção ao consumidor tem, portanto, a mesma *ratio*, reequilibrar a relação de consumo, seja reforçando, quando possível, a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas de mercado. (2001, p. 6-7 - grifo do autor).

Nesse contexto, imprescindível a análise de alguns dos princípios e direitos básicos que regem o direito do consumidor, bem como da configuração da relação jurídica de consumo. Tal relação se estabelece por meio de elementos objetivos e subjetivos, através dos quais se formará um vínculo que possa ser regulado por uma norma jurídica (TARTUCE, 2020, p. 62).

O CDC não traz um conceito de relação de consumo, no entanto, preocupa-se em definir os elementos capazes de caracterizá-la, para que, assim, possam ser aplicadas as normas de defesa do consumidor. Apresentam-se como elementos objetivos dessa relação os produtos e serviços, já como elementos subjetivos o fornecedor e o consumidor. Conforme o CDC estabelece em seu artigo 2º, “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Segundo Tartuce “o principal qualificador da condição de consumidor é que deve ele ser *destinatário final* do produto ou serviço”, (2020, p. 70 - grifo do autor).



No mesmo sentido, explica Filomeno:

[...] o conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter *econômico*, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de outra atividade negocial. [...] Abstraidas todas as conotações de ordem filosófica, psicológica e outras, entendemos por “*consumidor*”, qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço (2001, p. 26-28 - grifo do autor).

Observa-se que, o CDC adotou a interpretação finalista, noção de destinatário final fático, mais econômico de um produto ou serviço, sendo necessário que, adquira ou utilize o produto ou serviço na satisfação de interesse próprio ou de sua família, não podendo haver a finalidade de obtenção de lucro em outra relação jurídica, nem de insumo ou incremento a uma nova atividade negocial. No entanto, o STJ vem se filiando à corrente finalista aprofundada para a tomada de decisões que necessitam de uma interpretação mais extensiva do CDC no caso concreto, entendendo como requisito essencial, o reconhecimento da vulnerabilidade da parte, para ser reconhecida como consumidor equiparado. (MIRAGEM, 2013, p. 145-155).

Para a definição jurídica de fornecedor conceitua o artigo 3º do CDC que é “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados”, que por sua vez, “desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. Observa-se que, o caput do artigo

deve ser interpretado, juntamente, com seus parágrafos, pois existe a “necessidade de remuneração na prestação de serviços”, ou seja, “a atividade de fornecimento de produtos e de prestação de serviços, devem desenvolver-se como espécie de atividade econômica do fornecedor” (MIRAGEM, 2013, p. 156).

As principais características que devem ser observadas quanto ao fornecedor são a habitualidade com que realiza a atividade do fornecimento do produto ou serviço, o caráter profissional, que revela a superioridade em termos de conhecimento em relação as características do produto ou serviço que fornece, bem como o caráter econômico no mercado de consumo.

Os elementos objetivos referem-se ao objeto da relação de consumo, que cria o vínculo entre consumidor e fornecedor, eles podem ser produtos ou serviços. Os primeiros definidos pelo parágrafo 1º, do artigo 3º, do CDC como qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. Logo, produto “*é qualquer objeto do interesse em dada relação de consumo, e destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário final*” (FILOMENTO, 2001, p.44 - grifo do autor).

Também, podem ser serviços, sendo esses, “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”, conforme expresso no parágrafo 2º, do artigo 3º, do CDC. Explica Filomeno que, “aqui o Código de Defesa do Consumidor abrange todo e qualquer tipo de serviço, entendido como **uma utilidade** usufruída pelo consumidor, e prestada por um fornecedor determinado, num *facere* (fazer)” (2012, p. 48 - grifo do autor). Já, Nunes define serviço como uma atividade, uma ação humana que visa uma finalidade (2013, p. 149).

Através da análise dos elementos que compõem uma relação de consumo, verifica-se que são conceitos que se relacionam e são dependentes, não podendo ser analisados isoladamente. Assim, para que se concretize uma relação de consumo, bem como os efeitos da aplicação das normas do CDC é necessário que ambos os elementos subjetivos e, pelo menos, um dos elementos objetivos estejam presentes.

Superada a análise da configuração de uma relação de consumo, percebe-se que dentre os princípios e direitos que regem o direito do consumidor, destacam-se: o direito à proteção da vida, saúde e segurança; o princípio da vulnerabilidade; da boa-fé objetiva e do equilíbrio. Os princípios, assim como as regras, são as bases jurídicas nas quais devem ser fundamentados os sistemas, como é o caso do CDC, que se revela um microsistema regulador das relações de consumo. Assim, os princípios possuem alto grau de generalidade atuando como comando de otimização, pois ordenam que sejam interpretados na maior medida possível, no sentido mais amplo de abrangência (MIRAGEM, 2013. p. 114).

O direito à proteção da vida, saúde e segurança faz parte do rol de direitos básicos do consumidor, constante do artigo 6º do dispositivo. Cabe ressaltar que, este direito está diretamente ligado com o princípio da dignidade da pessoa humana positivado na Constituição Federal, no artigo 1º, inciso III, assim, os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não devem acarretar riscos à saúde ou a segurança dos consumidores, como preceitua o artigo 8º, do CDC. Ainda, o artigo 10 do mesmo dispositivo legal reforça, que o fornecedor não pode colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber que apresenta alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou à segurança. Esse direito surgiu inspirado na Resolução n. 39/428 de 1985 da Organização das Nações Unidas – ONU (SANTANA, 2014, p. 56-58).

Constata-se que, a norma foca na prevenção, impondo aos fornecedores um dever de qualidade na prestação de serviços ou fornecimento de produtos, com o intuito de lhes assegurar o funcionamento adequado, que atenda as finalidades que lhe são inerentes, sem oferecer riscos à saúde e à segurança do consumidor (BESSA, 2021, p. 48). Cumpre destacar que, além, das sanções administrativas previstas no CDC o fornecedor ainda poderá ser responsabilizado civil e penalmente, pelos danos que causar.

Outro princípio protetor da relação de consumo é o da vulnerabilidade, constante no inciso I, do artigo 4º do CDC. É cediço que nas relações de consumo, o consumidor é considerado a parte mais fraca da relação, sendo necessário o reconhecimento dessa fragilidade e a efetivação de medidas que garantam a igualdade entre as partes. Essa isonomia, também, é assegurada pela Constituição Federal, visto que, o CDC visa reequilibrar essa relação manifestamente desigual, oferecendo proteção.

Essa vulnerabilidade pode ser caracterizada por vários ângulos, ou seja: caráter técnico pela falta de conhecimentos específicos sobre o objeto da relação de consumo; jurídico pela falta de conhecimento do consumidor acerca dos seus direitos e das repercussões da relação entre eles estabelecidas; fático que pode abranger outras circunstâncias como a falta de condições econômicas, físicas ou psicológicas, falta de nível de informação do consumidor, que o coloquem em posição de debilidade relativamente ao fornecedor (MIRAGEM, 2013, p. 114-122).

Em um sentido ainda mais amplo foi o entendimento da Ministra do STJ Nancy Andrighi ao proferir voto no Recurso Especial n. 476.428-SC, em que sustentou:

[...] não se pode olvidar que a vulnerabilidade não se define tão somente pela capacidade econômica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda ser vulnerável pela dependência do produto; pela natureza adesiva do contrato imposto, pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável; pela extremada necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, dentre outros fatores (Superior Tribunal de Justiça, 2005).

Destaca-se que, essa vulnerabilidade pode ser agravada em relação a crianças e idosos. No caso das crianças e adolescentes, em virtude de seu estágio de vida, em não ter uma formação intelectual completa, não possuem controle sobre aspectos práticos da contratação, tais como valores financeiros envolvidos, riscos e benefícios do negócio, bem como, em razão dos apelos de técnicas de marketing, que permitem se deixar convencer com maior facilidade. Já, o consumidor idoso, assim considerado aquele com idade igual ou superior a 60 anos, podem ser observados dois aspectos: a diminuição ou perda de aptidões físicas ou intelectuais que os torna mais suscetíveis e débeis em relação ao fornecedor; e a necessidade e catividade de determinados produtos ou serviços que os colocam em situação de dependência em relação ao fornecedor (MIRAGEM, 2013, p. 118-119).

Ainda, no que tange aos princípios do direito do consumidor, destaca-se o princípio da boa-fé objetiva. Conforme previsão do artigo 4º, inciso III do CDC, a boa-fé objetiva impõe às partes um dever de conduta de agir com honestidade e lealdade, para que exista o equilíbrio contratual em relação aos direitos e deveres que foram por ambas assumidos na relação de consumo. Com isso, visa a realização do interesse dos contratantes sem que ocorram condutas capazes de caracterizar algum tipo abuso ou lesão (NUNES, 2013, p. 180-184).

Cabe distinguir a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva, pois a referência feita pelo CDC é quanto a primeira, uma vez que a boa-fé subjetiva diz respeito, à ausência de conhecimento sobre determinado fato, ou simplesmente a falta de intenção de prejudicar outrem. Já, a boa-fé objetiva adotada pelo CDC impõe ao fornecedor um dever de informar qualificado, pois além do cumprimento formal do oferecimento de informações, exige o dever substancial de que essas informações sejam, efetivamente, compreendidas pelo consumidor (MIRAGEM, 2013, p. 125-128).

Desse modo, é reconhecida a vulnerabilidade do consumidor, pois ele se encontra em desigualdade com relação ao fornecedor, devendo ser protegido. Assim, faz-se necessário destacar a importância do princípio do equilíbrio, que incide sobre as consequências patrimoniais nas relações de consumo, protegendo o equilíbrio econômico do contrato e a posição do consumidor em face a sua vulnerabilidade. Com isso, projeta-se o desenvolvimento do princípio da igualdade substancial previsto na Constituição (MIRAGEM, 2013, p.128-129).

Importante mencionar o disposto no artigo 6º, inciso V, do CDC, o qual traz a possibilidade de modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. Observa-se que, o CDC permite a revisão de cláusula que era equitativa quando do fechamento do contrato e que, posteriormente, em razão de fatos supervenientes tornou-se excessivamente onerosa para o consumidor. Nesse sentido, aduz Marques que,

a norma do art. 6º do CDC avança, em relação ao Código Civil [...], ao não exigir que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível – apenas exige a quebra da base objetiva do negócio, a quebra de seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre prestações, [...]. Em outras

palavras, o elemento autorizador da ação modificadora é o resultado objetivo da engenharia contratual, que agora apresenta a mencionada onerosidade excessiva para o consumidor, resultado de simples fato superveniente, fato que não necessita ser extraordinário, irresistível, fato que podia ser previsto e não foi. O CDC, também, não exige, para promover a revisão, que haja “extrema vantagem para a outra” parte contratual, como faz o Código Civil (2012, p. 73-74).

Ainda, as normas do artigo 51 do CDC, tendo em vista o princípio do equilíbrio, apresenta um rol exemplificativo das cláusulas que podem ser consideradas abusivas e, portanto, passíveis de nulidade. Por outro lado, tal princípio incide, também, na proteção do equilíbrio econômico do contrato entre consumidor e fornecedor. Em outras palavras, visa a proteção do interesse útil do contrato e admite a redução do negócio jurídico, com a decretação da nulidade apenas da cláusula considerada abusiva, sem necessidade da anulação ou rescisão de todo o negócio (MIRAGEM, 2013, p. 129-131).

Logo, verifica-se que o ordenamento normativo constante no CDC, por meio de uma ampla principiolgia, busca garantir a efetivação da proteção dos direitos do consumidor instituídos pela Constituição Federal. Portanto, preocupa-se em concretizar as relações de consumo de maneira a satisfazer os interesses das partes envolvidas, mantendo o viés econômico do negócio, mas sempre respeitando a dignidade da pessoa humana, com atenção especial à vulnerabilidade do consumidor na relação consumerista.

### **3 A sociedade de consumo, a pandemia e os direitos do consumidor**

Vive-se em uma sociedade que está em constante valorização do ato de consumir, as técnicas de marketing e o acesso de maior quantidade de consumidores às tecnologias ajudam a difundir a cultura do consumismo.

O surgimento da sociedade de consumo pode ser dividido em três principais momentos, denominados de ciclos. O primeiro compreendido entre o período de 1880 a 1945, em que houve a criação de máquinas de produção contínua, o que possibilitou a expansão da produção em massa, bem como a reestruturação das fábricas, a baixa nos preços de venda e a tentativa de democratização do acesso aos bens. Nesse período surgiu a padronização de produtos e marcas, o marketing e o chamado “consumidor moderno” (LIPOVETSKY, 2007, p. 27-31).

O segundo ciclo, datado de 1950 a 1970, foi o período responsável pela difusão de crédito levando, assim, o poder de compra a diferentes classes sociais, para aperfeiçoar a aquisição de bens duráveis e fazer com que, cada vez mais classes sociais tivessem acesso aos produtos. Nasceu a “sociedade da abundância”, que desenvolveu a sociedade de consumo<sup>3</sup> de massa (LIPOVETSKY, 2007, p. 32-37).

Já, o terceiro ciclo, iniciou em 1970, e encontra-se vigendo até o presente momento e caracteriza-se pelo desejo incontrolável de consumir, criando uma necessidade permanente entre os consumidores, que traz como consequência o consumo e descarte inconsequentes (LIPOVETSKY, 2007, p. 37-38).

Deste modo, o consumo deixou de ser praticado por necessidade e passou a ser realizado pelo desejo incontrolável de consumir, através da geração de necessidades artificiais, da paixão pelo novo, da busca da realização pessoal através da aquisição de bens materiais. O consumo se tornou uma obrigação e uma função para o cidadão, que vive em uma

---

<sup>3</sup> De acordo com o filósofo Gilles Lipovetsky, “a partir dessa época, estabeleceu-se um novo tipo de economia fundado na incitação permanente ao consumo, na melhoria contínua das condições de vida, na difusão social do conforto material, no acesso ao lazer para todos. Nas democracias avançadas desenvolveu-se o que se tem o costume de chamar de sociedade de consumo de massa, a qual é inseparável de uma expansão sem precedentes das estratégias sedutoras no universo da produção e da comunicação, da distribuição e da cultura. Sedução do “sempre novo”, sedução do progresso que deve ser hiperbólico, sedução do bem-estar material, do lazer e do divertimento: a economia consumista afirmou-se de imediato como um capitalismo de sedução de massa” (2020, p. 169).



sociedade que tornou o consumo um grande valor social, e em consequência, gerou para os produtores uma espécie de obrigação, na criação de contínuas tendências estimulantes de consumo, tornando o ato de consumir um fim em si mesmo (GALBRAITH, 1987, p. XVI).

Ainda, explica Bauman que, o consumo se tornou um investimento em tudo o que serve para o “valor social” e para a autoestima do indivíduo, ou seja, o objetivo crucial é a “comodificação do consumidor” elevando a condição de consumidor à de mercadorias vendáveis, pois os membros dessa sociedade de consumidores, mesmo que inconscientes, buscam através do consumo serem diferentes, presumirem-se melhores, do que aquilo que são ou se tornaram (BAUMAN, 2008, p. 72-77).

Contudo, a atual sociedade de consumo encontra-se em um momento atípico, em razão do surgimento de uma crise sanitária mundial, que teve origem na região de Wuhan, província de Hubei, localizada na parte central da China, que foi comunicada a Organização Mundial da Saúde em 31 de dezembro de 2019. Trata-se do SARS-Cov-2, causador da doença denominada COVID-19, popularmente conhecida como coronavírus, o que desde então vem afetando não só a saúde dos consumidores, mas, também, o mercado de consumo (MUCELIN; D’AQUINO, 2020, p. 17-18).

Deste modo, o alto número de pessoas infectadas, inicialmente os imunodeprimidos e os idosos, a rapidez com que o vírus se espalhou, por quase todos os continentes e o crescente aumento do número de mortes causadas pela infecção por Covid 19, levaram a OMS a declarar como pandemia global, o que influenciou não somente a saúde dos cidadãos, mas, também, a saúde dos mercados. (MUCELIN; D’AQUINO, 2020, p. 18-19).

Evidentemente que, o mundo não estava preparado para enfrentar tal situação, em especial o Brasil, por conta das insuficientes respostas reativas do governo, bem como em razão de uma série de medidas

tomadas por autoridades e pelos próprios fornecedores. Tais atos acabaram por mitigar vários direitos e garantidas fundamentais dos consumidores, acarretando cobranças abusivas, métodos comerciais coercitivos, propaganda enganosa, produtos defeituosos que colocam em risco a vida, a saúde e a segurança de toda a coletividade, entre outros, o que evidencia ainda mais a vulnerabilidade do consumidor, principalmente, diante de uma situação de calamidade pública, como a atual.

Entre as medidas de prevenção recomendadas mundialmente estavam a higienização das mãos e o uso de álcool em gel, o uso de máscaras e evitar aglomerações de pessoas. Posteriormente, com o agravamento da crise sanitária houve a determinação de fechamento de estabelecimentos comerciais, de fronteiras aéreas e terrestres, bem como a proibição de viagens, restrição de deslocamentos, e em alguns locais a decretação de *lockdown*, para tentar frear a propagação do vírus, evitar a aglomeração de pessoas, e com isso, a superlotação de hospitais e o consequente colapso na área da saúde (MUCELIN; D'AQUINO, 2020, p. 20).

Desse modo, algumas medidas como a redução de jornadas de trabalho, o fechamento de estabelecimentos que não conseguiram se manter ou não tinham condições de se adaptar ao novo modelo de trabalho, e o desemprego gerado pela pandemia, atingiram diretamente o mercado de consumo. Além da redução drástica do poder de compra dos consumidores, de acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – CADE, as cadeias de distribuição globais, também, foram afetadas, houve o fechamento de bolsa de valores, o enfraquecimento da demanda por bens de consumo e de produção importados, aumento de preços de produtos e serviços (inclusive de itens

de higiene básica), impactando diretamente o bem estar dos consumidores (MUCELIN; D'AQUINO, 2020, p. 18-19).

Observa-se que, um dos setores mais afetados pelos efeitos da COVID-19 e que causou muitos transtornos na vida dos consumidores foi o do transporte aéreo. Em razão de tal cenário inúmeras viagens nacionais e internacionais foram canceladas ou tiveram que ser adiadas, seja por conta do fechamento de fronteiras, seja pelos passageiros que desistiram de viajar pelo receio de contrair a enfermidade. Nesse sentido, houve a adoção de diversas normas para regulamentar medidas emergenciais para a aviação civil nacional, o que vem gerando confusão e dificultando a vida dos consumidores passageiros, quando tentam formalizar pedidos de cancelamento, bem como, para solicitar o reembolso de suas passagens (TARGA; SQUEFF, 2020, p. 74-78).

Diante de tal situação os consumidores que estavam com viagem programada começaram a procurar as companhias aéreas com a intenção de cancelar e obter reembolso dos valores já pagos, no entanto, não conseguiam concretizar esse cancelamento diretamente, o que obrigou a buscar ajuda nos órgãos de defesa do consumidor. Isso levou o PROCONS Brasil, Associação Brasileira de Procons, a se manifestar através de expedição de nota informativa, em 27 de fevereiro de 2020, orientando o mercado de consumo com relação ao cancelamento ou remarcação de viagens e pacotes de turismo com destinos a lugares com casos confirmados de coronavírus. Parte das orientações eram solicitações dos consumidores aos fornecedores, do adiamento sem o pagamento de multas ou taxas de remarcação, ou para solicitar a devolução do valor integral pago, com fundamento de justo motivo de saúde pública (TARGA; SQUEFF, 2020, p. 79-80).

Na contramão do referido entendimento os Ministério da Justiça e Segurança Pública, do Turismo, da Economia e da Saúde, expediram em

06 de março de 2020, a Nota Técnica de n. 2/2020, apontando que os diplomas que regem as relações passageiro-empresas aéreas, são a Resolução n. 400/2016 da Agência Nacional da Aviação Civil (ANAC), o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e o Código Civil, referindo que em caso de cancelamento em virtude de acontecimento extraordinário e imprevisível, a análise dependeria do país de destino. Também na solicitação de reembolso, os custos recairiam de acordo com o contrato de transporte adquirido. (TARGA; SQUEFF, 2020, p. 80-81).

Já o Ministério Público Federal, estando de acordo com as orientações da Associação de Procons, encaminhou a ANAC, em 10 de março de 2020, a Recomendação n. 03/2020 a fim de que a agência reguladora publicasse ato normativo assegurando aos consumidores a possibilidade de cancelamento sem ônus, de passagens nacionais e internacionais adquiridas até 09 de março de 2020, e ainda a devolução de valores cobrados a título de multas e taxas a todos os passageiros que haviam solicitado o cancelamento em razão da COVID-19 (TARGA; SQUEFF, 2020, p. 81).

Em resposta a ANAC referiu que a alteração ou cancelamento por iniciativa do passageiro estão sujeitas as regras contratuais de tarifação, o que permitiu que as companhias aéreas continuassem as cobranças de multas e taxas de cancelamento. Dessa forma, por não haver consenso referente à cobrança ou não das tarifas diante das orientações divergentes, os consumidores seguiram no impasse, necessitando recorrer ao Poder Judiciário, mediante o ajuizamento de ações com pedidos de urgência para pedir o cancelamento ou remarcar suas viagens.

Após, em 12 de março de 2020, o Presidente da República editou a Medida Provisória n. 925, dispondo sobre medidas emergenciais para a aviação civil em razão da COVID-19. O artigo 3º estabeleceu prazo de 12 meses para reembolso do valor relativo a compra de passagens, mantendo

a assistência material, bem como as demais regras do serviço contratado. Ainda, determinou que os passageiros fossem isentos de penalidades contratuais, somente no caso de aceitar a conversão do valor em crédito a ser utilizado dentro do período de um ano, contados da data do voo inicialmente contratado. Tal disposição se aplicaria aos contratos de transporte firmados até 31 de dezembro de 2020.

Alguns dias depois, mais precisamente em 20 de março de 2020, foi assinado um Termo de Ajustamento de Conduta-TAC<sup>4</sup> entre as companhias aéreas MAP, AZUL, Passaredo, TAM e GOL, com o Ministério da Justiça e da Segurança através da SENACOM-Secretaria Nacional do Consumidor, e representantes do Ministério Público Federal, do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, e da ABEAR-Associação Brasileira de Empresas Aéreas, que estipulavam regras a respeito de cancelamento, remarcação e reembolso de voos. (TARGA; SQUEFF, 2020, p. 85-90). Atualmente, essa matéria encontra-se regulada pela Lei n. 14.034 de 05 de agosto de 2020, modificada pela Medida Provisória n. 1024 de 31 de dezembro de 2020.

Além dos dissabores enfrentados pelos consumidores nos setores de transporte aéreo, destaca-se a violação de direitos referentes à dignidade da pessoa humana, à proteção da vida, saúde e segurança, a violação dos princípios da vulnerabilidade e do equilíbrio, do direito à informação, entre outros, em razão de práticas abusivas e enganosas por parte dos fornecedores de produtos de higiene e limpeza, que mesmo diante do

---

<sup>4</sup> Resumidamente, pelo o TAC firmado, os passageiros que adquiriram passagens até o dia 20 de março de 2020, para voos que seriam efetuados entre 01 de março e 30 de junho de 2020, poderiam remarcar a viagem por um única vez de forma gratuita, para período dentro do intervalo de validade da passagem e respeitando a mesma origem de destino; já para a solicitação de cancelamento e reembolso o documento estabeleceu que seria gratuito, sem a incidência de taxas e multas se o passageiro aceitasse um crédito válido por um ano a contar da aquisição da passagem, mas se optasse pelo cancelamento e reembolso, seriam aplicadas as multas e taxas contratuais incidentais e o passageiro só receberia o valor residual, sem incidência de correção monetária e tendo a companhia aérea o prazo de 12 meses a contar da solicitação para efetivar o reembolso, ainda o TAC libera as companhias aéreas do dever de prestar assistência material aos passageiros acometidos por atrasos ou cancelamentos de voos em decorrência de fechamento de fronteiras provocados pela COVID-19 (TARGA; SQUEFF, 2020, p. 85-87).

enfrentamento de uma pandemia, visaram apenas o lucro imediato e colocaram em risco toda a coletividade.

Assim, as orientações do Ministério da Saúde para desacelerar o contágio envolveram a limpeza e higienização de superfícies, sendo recomendado o uso frequente de álcool em gel<sup>5</sup> nas mãos, superfícies e objetos, bem como, o uso de máscaras de proteção, com a devida troca, devido ao alto risco de se tornar uma fonte de infecção para o usuário.

Ocorre que, com o aumento da demanda desses produtos por questão de saúde de extrema necessidade, os fornecedores se aproveitaram da situação objetivando a obtenção de lucro, o que além de violar os direitos do consumidor, foi extremamente prejudicial para a sociedade. Tal prática estimulou o consumo predatório desses itens, elevando injustificadamente os preços, o que impediu que a parcela menos favorecida economicamente da população conseguisse se proteger de forma efetiva contra a nova infecção. Assim, grande parte da população ficou sem acesso aos produtos de primeira necessidade e exposta ao risco de contaminação (MUCELIN; D'AQUINO, 2020, p. 22).

Conforme indicação do sítio eletrônico JáCotei, em pesquisa realizada entre os dias 11 a 15 de março de 2020, o valor de uma máscara modelo N95, bem como, o de uma máscara cirúrgica, apresentou uma variação para mais no preço, equivalente a R\$ 20,00 (vinte reais). Dependendo do modelo e marca os números são, ainda, mais impressionantes, podendo no mesmo dia a elevação de preços chegar de R\$ 85,00 (oitenta e cinco reais) para R\$ 220,00 (duzentos e vinte reais), o que representa um

---

<sup>5</sup> Conforme mencionado no recente trabalho dos autores D'Áquino e Mucelin, no que toca ao álcool em gel, em meio ao exame de *fake News* a respeito do tema, o Conselho Federal de Química, por intermédio de seu presidente, José de Ribamar Oliveira Filho, esclareceu sobre a eficácia do produto, estabelecendo que o grau alcoólico recomendado é o de 70%, de maneira que propicia a desnaturação de proteínas e de estruturas lipídicas da membrana celular, destruindo o microrganismo. Especificamente em relação ao Coronavírus, define o uso de álcool em gel como medida preventiva e mitigatória, tanto nos setores da saúde quanto para a comunidade em geral, seguindo orientação da OMS (2020, p. 20). “grifo do autor”.

aumento de 258%. E mais, no dia 15 de março de 2020, o produto encontrava-se no mercado com o valor de R\$ 599,90 (quinhentos e noventa e nove reais e noventa centavos). De acordo com o noticiado pelo site G1, em 13 de março de 2020 alguns estabelecimentos chegaram a aumentar o preço das máscaras em 2.700% após o aumento da procura por conta do coronavírus (MUCELIN; D'AQUINO, 2020, p. 21).

No tocante ao álcool em gel, verifica-se que houve alterações significativas, sendo que um Kit com 12 frascos de 100 ml cada, de R\$ 90,00 (noventa reais) passou a custar R\$ 130,00 (cento e trinta reais); outro de marca diferente, em que o frasco que custava 6,90 (seis reais e noventa centavos) passou a custar R\$ 99,00 (noventa e nove reais), um aumento injustificado de preço equivalente a 1.334% (MUCELIN; D'AQUINO, 2020, p. 21), que representa uma prática abusiva<sup>6</sup>.

Não bastasse o aumento abusivo nos preços de itens de extrema necessidade, frente ao enfrentamento da Covid19, outra preocupação que vem assolando os consumidores é a venda de álcool em gel falsificado ou adulterado, o que aumenta ainda mais a vulnerabilidade do consumidor, pois compra o produto para sua proteção, porém o mesmo encontra-se adulterado e sem nenhuma eficácia contra o coronavírus, o que expõe ao risco sua vida, saúde e segurança. O produto indicado como medida de precaução deve conter o teor alcoólico de 70 % para garantir a eficácia da proteção, no entanto, alguns fornecedores estavam entregando o produto com teor alcoólico menor<sup>7</sup> do que o recomendado para a desinfecção, o que não se mostrava eficaz no combate ao coronavírus.

---

<sup>6</sup> Tais práticas abusivas vêm sendo exercidas no mundo inteiro, a exemplo na Europa que conforme reportagem do site UOL, de 03 de abril de 2020, a França tabelou os preços do álcool em gel para coibir os preços abusivos, pois lá a marca mais comercializada do produto apresentou um aumento de 700%, sendo que o frasco de 100 ml, custava 3,10 euros (R\$ 15,61) e em 08 de fevereiro de 2020 passou a custar 25,27 euros (R\$ 127,21) (UOL, 2020).

<sup>7</sup> Pois conforme a reportagem oriunda do site GZH, exibida em 03 de dezembro de 2020, o produto falsificado estava sendo fornecido para farmácias, clínicas médicas, distribuidoras de medicamentos, mercados, prefeituras e para a APAE (Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais).

Os produtos falsificados vêm sendo comercializados inclusive com o poder público, adquirido pelas prefeituras para serem distribuídos à população, o que levou a prisão inclusive de um enfermeiro servidor da Secretaria da Saúde do município de Casca no Rio Grande do Sul, (GZH, 2020). Em outro caso, empresário também foi indiciado por falsificação e venda de álcool em gel impróprio, que era fornecido inclusive para escolas (CORREIO DO POVO, 2020).

Em ambas as situações tanto na questão do setor aéreo, quanto na questão de fornecimento de itens de higiene essenciais ao combate da pandemia, o que se pode observar é o total descaso com a dignidade humana do consumidor, através da violação de direitos e da adoção de práticas abusivas pelos fornecedores, que se aproveitam de uma situação de emergência mundial, na qual as pessoas se encontram em regime de isolamento ou quarentena, com receio de risco a sua integridade física, o que agrava, ainda, mais sua vulnerabilidade. Explicam Mucelin e D'Aquino que:

[...] não é o álcool em gel ou a máscara que oferece nocividade ao consumidor, mas são elas que resguardam esse indivíduo (e os do entorno) dessa nocividade. Portanto, proteger o consumidor contra esses aumentos de preços (aspecto patrimonial), então oportunizando o acesso ao consumo desses itens de primeira necessidade e de uso inadiável (aspecto existencial), vai além da proteção dos interesses econômicos: em diálogo, no caso de saúde pública, o objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo no que toca à saúde do consumidor mora também no controle de variações injustificadas de preços e no reconhecimento da abusividade, pois é a privação desses bens que tem o potencial de causar danos não só ao consumidor individualmente considerado, mas a toda coletividade (2020, p. 24).

Com relação às companhias aéreas, em tempos de pandemia é inviável pensar apenas em assegurar o funcionamento dos serviços de



transporte aéreo, pois as recentes normas<sup>8</sup> que regulam essa questão claramente priorizam os interesses da malha aérea em detrimento dos interesses dos passageiros. Porém, o fundamento maior do Estado Democrático de Direito é a dignidade humana, a pessoa vem em primeiro lugar, de modo que, todas as normas devem ser aplicadas em conformidade a tal fim, dando primazia aos interesses da pessoa humana, que, independentemente, de qualquer circunstância, são soberanos à luz do que prescreve a própria Constituição Federal (TARGA; SQUEFF, 2020, p. 102-104).

Verifica-se que o surgimento de uma pandemia que ocasionou graves consequências mundiais à saúde pública, também, foi capaz de atingir diretamente o mercado e a sociedade de consumidores, que em razão disso desencadeou uma série de práticas abusivas, violação de princípios e direitos, oportunizando o ganho econômico imediato por parte de alguns fornecedores, em detrimento do bem-estar dos consumidores, provocando o agravamento de sua vulnerabilidade.

Tal situação merece atenção, com o fito de coibir as práticas abusivas e em não sendo possível, uma vez que já tenha ocorrido o dano, dar a efetiva reparação ao consumidor lesado, mediante a responsabilização do fornecedor.

#### **4 A responsabilidade dos fornecedores em tempo de pandemia: os casos do álcool gel e das passagens aéreas**

Diante da atual situação em que, o mundo encontra-se travando uma batalha contra um vírus mortal causador da infecção covid-19, as medidas sanitárias adotadas como forma de prevenção da propagação do contágio da doença, acabaram por interferir em todos os setores da economia e,

---

<sup>8</sup> Acerca do assunto, ver Lei n. 14.034/2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L14034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14034.htm) - view.

consequentemente, o mercado de consumo, afetando o bem-estar dos consumidores e deixando margem para a ocorrência de inúmeras formas de abuso por parte dos fornecedores. Destarte, como forma de coibir tais abusos, e muitas vezes reparar os danos sofridos pelos consumidores, é de extrema necessidade a análise da responsabilidade civil desses fornecedores.

Conforme explica Gomes, “a responsabilidade civil talvez seja o instituto jurídico mais afeto ao senso de justiça do ser humano, pois se prende ao dano provocado na seara alheia por uma ação humana, de forma direta ou indireta” (2001, p.15).

Compartilha do mesmo pensamento o autor Khouri afirmando que,

quando a violação de um direito se constituir em um prejuízo econômico, a sanção penal é insuficiente, embora seja uma resposta da sociedade como um todo é evidente que na perspectiva da vítima ou do titular do direito violado é preciso que ela seja reconduzida a situação patrimonial anterior a violação, pois não seria justo que o lesado suportasse o prejuízo de um dano a que não deu causa, e essa é a função que cabe ser desempenhada pela responsabilidade civil (2013, p. 171).

Na esfera consumerista a evolução da reponsabilidade civil se deu através da revolução industrial, pois ela ocasionou transformações na sociedade industrial, caracterizadas pela automação do processo produtivo, produção em série, com correlato consumo em massa e com distribuição em cadeia dos produtos. No entanto, essa industrialização teve seus custos, incluindo inúmeros danos e prejuízos causados pelos produtos manufaturados ou industrializados da época aos seus consumidores, o que levou ao questionamento se o direito de tais pessoas de ver seu prejuízo ressarcido deveria ser sacrificado em favor da industrialização e da acumulação de lucros. Concluindo-se pelo dever de reparação dos danos causados a outrem (GOMES, 2001, p. 22-25).

A responsabilidade civil exerce duas funções, punitiva e reparadora, a função punitiva se destaca quando se está diante de danos não patrimoniais, ou seja, os morais. Nesses casos não há como reintegrar o lesado ao *status quo*, não podendo falar em reparação de dano, o correto é a compensação do dano, pois ocorre quando há violação de um direito de personalidade, o que é insuscetível de reparação, somente podendo haver a compensação (KHOURI, 2013, p. 173).

Os fornecedores adentram no mercado ofertando seus produtos e serviços em busca de lucro, essa circulação dos bens que negociam, pode causar danos a quem os adquira. Assim, nada mais justo, que o fornecedor arque com os malefícios que esses produtos e serviços possam gerar aos consumidores. Desse raciocínio se constrói a Teoria do Risco, segundo a qual, aquele que auferir benefícios com uma determinada atividade, também deve arcar com os riscos que esta possa produzir na seara jurídica alheia. A responsabilidade do fornecedor está vinculada aos efeitos dos produtos e serviços por ele oferecidos e que são consumidos pelos consumidores de forma geral, gerando uma responsabilidade *erga omnes*. Através da teoria do risco da atividade, acrescentada a vulnerabilidade do consumidor diante do mercado de consumo, fez nascer para os fornecedores a responsabilidade objetiva, sem culpa, prevista no artigo 6º, inciso VI, do CDC (GOMES, 2001. p. 57-62).

Passa-se a análise da responsabilidade civil dos fornecedores através das condutas por alguns destes praticadas durante a pandemia. A responsabilidade civil reconhece como indenizáveis os danos materiais, prejuízos patrimoniais que se verificam em relação aos bens, e os danos morais, que se verificam em relação a interesses insuscetíveis de avaliação pecuniária. O CDC estabelece como direito básico do consumidor a “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais”, sendo os materiais aqueles danos que causam prejuízo econômico e os danos

morais, traduzem-se, em regra, em ofensa à personalidade, podendo mesmo ser presumido, qualquer ato que atente contra a credibilidade do consumidor, em face de práticas abusivas ou falhas no fornecimento de produtos ou serviços (MIRAGEM, 2013, p. 522-523).

No tocante às práticas abusivas, destacam-se aquelas relacionadas ao aumento injustificado dos preços de produto de combate a COVID 19, (mais especificamente o álcool em gel e as máscaras de proteção individual), haja vista o agravamento da vulnerabilidade dos consumidores diante de uma questão de saúde pública, para a obtenção de lucro, não havendo justificativa plausível para tais aumentos. Em decorrência do espriamento do vírus, os consumidores foram obrigados a adquirir produtos por qualquer preço, “encontrando-se em uma situação de fraqueza frente ao fornecedor, em razão de determinadas condições ou qualidades a eles inerente, o que podia ser identificada *a priori* (em abstrato – pessoa não infectada) ou *a posteriori* (em concreto – pessoa já infectada)” (MUCELIN; D’AQUINO, 2020, p. 22-23).

Naquela situação, os fornecedores aproveitaram-se do medo dos consumidores para elevar os preços, exigindo vantagem manifestamente excessiva do consumidor, situação apontada como prática abusiva, prevista no artigo 39, incisos, V e X do CDC. No campo da ciência médica, essas práticas abusivas que acabaram por agravar a situação de vulnerabilidade do consumidor, pois impediram a parcela mais pobre da população de se proteger. Logo, a “chance de exposição das pessoas ao adoecimento, resultante de um conjunto de aspectos que, ainda que se refiram imediatamente ao indivíduo, são também relacionados ao coletivo no qual esse indivíduo está inserido” (MUCELIN; D’AQUINO, 2020, p. 26-27).

Cabe destacar aqui o entendimento de Benjamin segundo o qual, como práticas abusivas aqueles comportamentos, contratuais ou não, “que

abusam da boa-fé do consumidor, assim como de sua situação de inferioridade econômica ou técnica. É compreensível, portanto, que tais práticas sejam consideradas ilícitas *per se*, independente da ocorrência de dano para o consumidor” (2001, p. 318).

Outro ponto importante a ser estudado é a questão da comercialização de álcool em gel falsificado, o que além de ser considerado prática abusiva, também constitui crime contra as relações de consumo, infração penal prevista no artigo 66 do CDC, além de gerar responsabilidade objetiva do fornecedor pelo vício do produto. Conforme o mencionado artigo, “fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, **características, qualidade**, quantidade, **segurança**, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos e serviços: Pena – Detenção de três meses a um ano e multa”. No caso, a oferta de mercadoria com características e conteúdo falsos em detrimento da saúde e boa-fé dos consumidores, mediante conduta dolosa, que é, a vontade livre e consciente do agente de fazer afirmação falsa do produto, oferecendo mercadorias com dados inverídicos (NUNES, 2020).

A responsabilidade pelo vício do produto está prevista no artigo 18 do CDC<sup>9</sup>, decorre da violação a um dever de adequação, entendida como a qualidade do produto de servir, ser útil, aos fins que legitimamente dele se esperam. Essa adequação, também denominada como teoria da qualidade, está vinculada à proteção da confiança dos consumidores, este fundamento determina aos fornecedores um dever geral de oferecer produtos seguros e adequados aos fins que deles se pretendem (MIRAGEM, 2013, p. 568-572).

---

<sup>9</sup> Artigo 18 do CDC: “Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade e quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas”

Por vício de qualidade, entende-se o decorrente da ausência, no objeto da relação de consumo, de propriedades ou características que possibilitem a este atender os fins legitimamente esperados pelo consumidor, trata-se de uma frustração dos fins legitimamente esperados pelo consumidor no momento da aquisição ou utilização do produto, incluindo-se nesses fins o atendimento à utilidade presumível e razoavelmente esperada do produto, além da expectativa de que o produto esteja próprio ao consumo. Nesse sentido, importante destacar o artigo 18, § 6º, do CDC, o qual explica o que se considera produto impróprio para consumo, caracterizando vício de qualidade<sup>10</sup>.

Pode-se incluir nesse mesmo contexto, o vício de informação, caracterizado pela apresentação ou oferta de produtos que possuem qualidades ou propriedades que de fato não detenham, ou seja, divergência entre a informação oferecida e a qualidade efetivamente apresentada pelo produto em questão (MIRAGEM, 2013, p. 572-574).

Cite-se o exemplo de venda de álcool em gel a 70%, quando na verdade, efetivamente o produto contivesse apenas 46% (JUS, 2020). Tal conduta caracteriza claramente uma prática abusiva, e que enseja o direito ao consumidor de fazer uso imediato das alternativas oferecidas pelo CDC em seu artigo 18, § 1º. Nesse caso, conforme prevê o § 3º, do referido artigo, o produto é essencial e em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas pode comprometer a qualidade ou características do produto.

Conforme explica Khouri, a regra é que verificado o defeito o consumidor, inicialmente deve pleitear ao fornecedor que o repare no prazo de 30 dias, somente podendo o consumidor escolher uma das opções

---

<sup>10</sup> Artigo 18, § 6º, CDC: “São impróprios ao uso e consumo: II – os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos, ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação”

disponíveis no § 1º, do artigo 18, quais sejam, “I – a substituição do produto por outro da mesma espécie em perfeitas condições de uso; II – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III – o abatimento proporcional do preço”, caso o defeito não seja sanado no prazo (2013, p. 216).

No entanto, em se tratando de produto essencial, como o álcool gel (em que estando em meio a uma pandemia, é item fundamental para a proteção dos consumidores contra a Covid19) em razão da extensão do vício, não há como substituir as partes viciadas. As circunstâncias são claras, se houver comprometimento da utilização do produto, e sobretudo, frustrar as expectativas legítimas do consumidor na aquisição do produto (estar adquirindo um produto para a proteção de sua vida e saúde, bem como, da vida e saúde de familiares) legitimam o consumidor a fazer uso imediato das opções constantes do artigo 18, § 1º (MIRAGEM, 2013, p. 573-577).

No tocante às alternativas apresentadas pelo CDC, a primeira colocada à disposição do consumidor é a substituição do produto por outro da mesma espécie, que esteja em perfeitas condições de uso, contudo. Caso não haja a possibilidade de substituição do produto (por não ser mais fabricado pelo fornecedor), admite-se a hipótese de substituição por outro de espécie, marca ou modelo diverso, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, ou ainda, a restituição imediata da quantia paga (MIRAGEM, 2013, p. 580-585).

Cumpre salientar que, mesmo que o consumidor venha a fazer uso de uma das alternativas previstas no artigo 18, § 1º, do CDC, isso não elimina a possibilidade de que venha reclamar perdas e danos. A indenização é admitida sempre que houver prejuízos ressarcíveis por parte do consumidor, sejam danos materiais ou morais, uma vez que essa é uma alternativa autônoma, decorrente do direito da efetiva prevenção e

reparação ao qual o consumidor faz jus quando sofre um dano, conforme previsto no artigo 6º, inciso VI do dispositivo (MIRAGEM, 2013, p. 580-585).

As práticas abusivas ocorridas durante o atual período pandêmico, também foram exercidas no setor aéreo, pois conforme já analisado anteriormente, em razão de uma pandemia imprevisível que afetou mundialmente a circulação de pessoas, houve a necessidade de cancelamento ou remarcação de viagens por parte dos consumidores, tendo muitos destes sofrido prejuízos por conta da obstacularização desse adiamento ou cancelamento de viagens por parte dos fornecedores desses serviços, tendo o exercício de seus direitos condicionado ao pagamento de multas, causando inegável dano aos consumidores (MUCELIN; D'AQUINO, 2020, p. 22).

No mesmo sentido, constata-se que as medidas adotadas pelas autoridades Federais, especialmente o TAC firmado pela SENACOM e a Lei n. 14.034/20 não buscaram resguardar os interesses dos passageiros consumidores, uma vez que deram margem a práticas abusivas tais como: fixação de prazo de 12 meses para pagamento de reembolso, sem a incidência de correção monetária; obrigar o passageiro a aceitar remarcação de voo para evitar maiores prejuízos financeiros, sendo essa intransferível, não podendo ser negociada com terceiro; aplicação de multa em valores desproporcionais em relação ao valor pago da passagem em caso de cancelamento solicitado pelo passageiro, mesmo diante de justo e fundado motivo de saúde pública; exoneração das companhias aéreas de prestar assistência material; imposição de resolução de conflitos através de canal da empresa com prazo para resposta de até 45 dias (TARGA; SQUEFF, 2020, p. 102).

Preconiza o CDC, em seu artigo 14, que o fornecedor de serviços responde pela reparação dos danos causados aos consumidores por



defeitos relativos à prestação de serviço, bem como, por informações insuficientes e inadequadas sobre sua fruição e riscos. Veja-se que, atualmente, as questões relativas ao transporte aéreo são reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor, Código Civil, Código Brasileiro de Aeronáutica e pelas resoluções expedidas pela ANAC, destacando-se a Resolução n. 400/2016, o que permite “a aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes, que consiste na aplicação harmoniosa das normas com campos de atuação convergentes, porém não idênticos, à luz dos princípios constitucionais para a resolução dos conflitos, priorizando a pessoa humana”. Especialmente em relação ao CDC, essa teoria encontra-se expressamente no artigo 7º, que permite o diálogo entre suas disposições e outras fontes de direito, para acrescentar novos direitos àqueles que já disciplina (TARGA; SQUEFF, 2020, p. 93 a 94).

Dessa forma, verifica-se que as medidas adotadas se opõem frontalmente as normas que regem o setor aéreo, violando os direitos dos consumidores, quanto ao cancelamento, pois segundo o artigo 740 do Código Civil, “o passageiro tem direito a rescindir o contrato de transporte antes de iniciada a viagem, sendo-lhe devida a restituição do valor da passagem, desde que feita a comunicação ao transportador em tempo de ser renegociada”. A seu turno, a Resolução n. 400 da ANAC, também assegura o direito do passageiro de desistir da viagem, sem ônus, desde que, realizado dentro do prazo de 24 horas a contar do recebimento do comprovante nas compras feitas com antecedência de no mínimo sete dias da data do embarque. Já o CDC disciplina em seu artigo 49, o direito de arrependimento do consumidor no prazo de sete dias a contar da contratação do serviço fora do estabelecimento, o que permitiria o cancelamento sem ônus ao passageiro. Nesses casos o prazo para o reembolso é de sete dias a contar da data da solicitação feita pelo

passageiro, conforme o artigo 29, da Resolução n. 400/2016 (TARGA; SQUEFF, 2020, p. 95).

No que diz respeito à assistência material, o TAC exonera as companhias aéreas quanto a sua prestação, porém conforme estabelece o artigo 734 do Código Civil, *in fine* “é nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade do transportador”, ainda o CDC, no seu artigo 25 veda a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar do prestador de serviço. Assim, é dever do transportador prestar assistência material, pois trata-se de obrigação acessória que deve ser integralmente mantida e realizada nos termos da legislação já existente, sendo estas as medidas mais protetivas e benéficas para o consumidor passageiro (TARGA; SQUEFF, 2020, p. 100).

No mesmo sentido é o entendimento de Miragem:

[...] O exemplo mais candente, nas situações geradas pela pandemia do coronavírus, diz respeito ao contrato de transporte aéreo. O cancelamento ou retardamento de voos ordenado por medidas de polícia é hipótese clara de impossibilidade por fato não imputável ao transportador.<sup>16</sup> Isso não o exonera, contudo, dos deveres acessórios em relação aos passageiros, como é o caso de providenciar hospedagem e alimentação pelo período da interrupção, e de concluir o transporte por outro meio. O que aliás não apenas exsurge do dever genérico de qualidade do serviço previsto no Código de Defesa do Consumidor, como também de regras específicas do contrato de transporte (art. 741 do Código Civil (LGL\2002\400))<sup>17</sup> tomando como obrigação de resultado.<sup>18</sup> A violação destes deveres, que independem da prestação principal, geram responsabilidade do fornecedor (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2020).

Por fim, destaca-se o disposto no artigo 31 e §§, da Resolução n. 400 da ANAC, a qual dispõe sobre a obrigação de prestar atendimento presencial aos passageiros para tratar de pedidos de informação, dúvida e reclamação do usuário, bem como dos seus deveres decorrentes de atraso

de voo, cancelamento de voo, interrupção de serviço e preterição de passageiro, por no mínimo 2 (duas) horas antes de cada decolagem e 2 (duas) horas após cada pouso, conforme previsto no artigo 37 e §§ do referido dispositivo (TARGA; SQUEFF, 2020, p. 98).

Portanto, denota-se que é evidente a violação à dignidade humana do consumidor, tanto no que se refere aos fornecedores, quanto pelas medidas adotadas pelas autoridades que, em pleno momento de extrema fragilidade e aumento de vulnerabilidade do consumidor, em razão do enfrentamento da Covid19, impinge-lhes inúmeras práticas abusivas, expondo ao risco à vida e à saúde, além de causar diversos prejuízos econômicos. Assim, deve o direito como forma de minimizar e prevenir esses abusos, dar a resposta adequada ao consumidor através da responsabilização dos fornecedores e prestadores de serviço, por meio do ressarcimento econômico aos consumidores lesados.

### **Considerações finais**

A presente pesquisa buscou analisar a violação dos direitos do consumidor mediante práticas abusivas adotadas nas relações de consumo durante o enfrentamento da pandemia de Covid 19. Assim, denota-se que o ordenamento jurídico consumerista além de possuir ampla gama de princípios e direitos básicos próprios, também adota os princípios gerais do Estado Democrático de Direito, bem como, permite a aplicação das demais fontes do direito em conjunto com os seus dispositivos, afim de garantir mais proteção ao consumidor, o que a doutrina denomina como a Teoria do diálogo das fontes.

Dessa forma, o surgimento de uma pandemia que cresce diariamente, sem sinais de que findará em breve, afeta direta todas as modalidades de relações de consumo e, conseqüentemente, aumenta a vulnerabilidade dos consumidores. Tal fato demanda maior atenção na

interpretação e aplicação dos dispositivos constantes no CDC, juntamente com o Código Civil, Constituição Federal e demais dispositivos específicos que regulamentem determinada relação de consumo, afim de garantir a proteção dos consumidores e evitar a ocorrência de graves prejuízos ao seu bem-estar.

Assim, a busca por lucro imediato por parte dos fornecedores, obtida através do aumento injustificado de preços, do fornecimento de produtos adulterados ou falsificados, do vício de informação, bem como, a cobrança de multas abusivas, entre outras práticas abusivas adotadas durante a pandemia trouxeram prejuízos aos consumidores. Logo, devem ser de imediato reparadas pelos fornecedores, como forma de reequilibrar a relação de consumo, bem como de prevenir a ocorrência de novas práticas abusivas, de vulnerabilidade agravada dos consumidores, frente à pandemia).

Verifica-se que, apesar da ampla divulgação feita pelos meios de comunicação, bem como pela OMS, destacando a seriedade da crise sanitária vivida atualmente, que até data de 04 de junho de 2021, já ocasionou a morte de 470.968<sup>11</sup> brasileiros em razão da contaminação pelo coronavírus, não foram o suficiente para a adoção de políticas públicas visando garantir a proteção da vida, saúde e segurança dos consumidores. Ao invés disso, o intuito de alguns fornecedores foi de se aproveitar da situação para a busca de lucro imediato, enquanto as soluções adotadas pelo Poder Público foram mais com intuito de proteger a economia.

Nesse viés, em resposta a problemática apresentada, afirma-se que nenhuma das medidas legais adotadas atualmente devem servir para mitigar os direitos de proteção dos consumidores, uma vez que diante de tal grave situação, estar-se-ia violando norma fundamental prevista na

---

<sup>11</sup> Reportagem exibida pelo Jornal Nacional em 04 de junho de 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RbN8szafmEo>.

Constituição Federal. Ainda, necessário preservar os direitos básicos à vida, saúde e segurança garantidos pelo CDC, os quais devem prevalecer, tanto durante, quanto depois do fim da pandemia e ser amplamente interpretados em conjunto com os demais dispositivos legais. Somente, assim, haverá a efetiva proteção do consumidor e concretização do equilíbrio na relação de consumo, principalmente diante do agravamento da vulnerabilidade trazida pela Covid19.

## Referências

- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BESSA, Leonardo Roscoe. *Código de defesa do consumidor comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 476.428-SC*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%27476428%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%27476428%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27476428%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%27476428%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em 20 mar. 2021.
- CORREIO DO POVO. *Empresário é indiciado pela polícia civil por falsificação e venda de álcool gel impróprio*. 2020. Disponível em: <https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/pol%C3%ADcia/empres%C3%A1rio-%C3%A9-indiciado-pela-pol%C3%ADcia-civil-por-falsifica%C3%A7%C3%A3o-e-venda-de-%C3%A1lcool-gel-impr%C3%B3prio-1.463530>. Acesso em: 16 abr. 2021.
- FERREIRA, Claudio Pires. O Consumerista. *Uma breve história sobre as entidades que defendem os consumidores*. 2019. Disponível em: <https://www.oconsumerista.com.br/2019/11/historia-entidades-consumidores/> - :-:text=No%20dia%2013%

zode%20maio,gera%C3%A7%C3%A3o%20de%20defensores%20do%20consumidor. Acesso em: 10 mar. 2021.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direito do consumidor*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

G1 BAHIA. *Estabelecimentos aumentam preço das máscaras hospitalares em 2.700%, após procura por causa do Coronavírus*. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bahia/noticia/2020/03/13/estabelecimentos-aumentam-preco-das-mascaras-hospitalares-em-2700percent-apos-procura-por-causa-do-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 14 abr. 2021.

GALBRAITH, John Kenneth. *A sociedade afluyente*. Tradução de Carlos Afonso Malferrari. São Paulo: Pioneira, 1987.

GOMES, Marcelo Kokke. *Responsabilidade Civil: Dano e defesa do consumidor*. Belo Horizonte-MG: Del Rey, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GZH. *Operação do MP prende empresário que vendia álcool em gel falsificado durante a pandemia*. 2020. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2020/12/operacao-do-mp-prende-empresario-que-vendia-alcool-gel-falsificado-durante-a-pandemia-cki8q2codoo00017wixf7auu6.html>. Acesso em: 16 abr. 2021.

GZH. *Polícia Civil descobre esquema de venda de álcool gel falsificado*. 2020. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2020/06/policia-civil-descobre-esquema-de-venda-de-alcool-gel-falsificado-ckaznf1kvo09lo15n52ksvpkl.html>. Acesso em: 16 abr. 2021.

JUS.com. NUNES, Leandro Bastos. *Crimes relacionados a pandemia do coronavírus*. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/80526/crimes-relacionados-a-pandemia-do-coronavirus>. Acesso em: 12 mai. 2021.

KHOURI, Pulo R. Roque A. *Direito do consumidor: Contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LIPOVETSKI, Gilles. *A sociedade da sedução: democracia e narcisismo na hipermodernidade liberal*. Tradução de Idalina Lopes. Barueri-SP: Manole, 2020.

LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Tradução de Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das letras, 2007.

MIRAGEM, Bruno. *Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil*. Revista dos Tribunais. São Paulo: v. 1015/82020. 2020. Disponível em: <https://brunomiragem.com.br/wp-content/uploads/2020/06/001-nota-relativa-a-pandemia-de-coronavirus-e-suas-repercussoes.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2021.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MUCELIN, Guilherme; D'AQUINO, Lúcia Souza. *O papel do direito do consumidor para o bem-estar da população brasileira e o enfrentamento à pandemia de COVID-19*. Revista de direito do consumidor. Brasília: Brasilcon, ano 29, vol. 129, Jul. 2020. Disponível em <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1311/1294>. Acesso em 31 mar. 2021.

NUNES, Luis Anonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTANA, Hector Valverde. *Proteção internacional do consumidor: necessidade de harmonização da legislação*. Revista de direito internacional. Brasília: v.11, n. 1, 2014. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79125014.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2021.

TARGA, Maria Luiza Baillo; SQUEFF, Tatiana Cardoso. *Os direitos dos passageiros-consumidores em tempos de pandemia*. Revista de direito do consumidor. Brasília:

- Brasilcon, ano 29, vol. 129, Jul. 2020. Disponível em <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1313/1232>. Acesso em 06 abr. 2021.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*, volume único. 9. Rio de Janeiro: Método, 2020 – recurso online.
- UOL. *Coronavírus*. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/03/04/coronavirus-para-evitar-precos-abusivos-franca-tabela-preco-de-alcool-gel.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.



## Os efeitos sucessórios da multiparentalidade <sup>1</sup>

*Lavinia Dornelles Picinini <sup>2</sup>*

*Fernanda Oltramari <sup>3</sup>*

### Introdução

O presente artigo pretende analisar os efeitos sucessórios decorrentes do reconhecimento da multiparentalidade, frente à possibilidade de o registro civil conter a figura de mais de um pai ou mais de uma mãe. O assunto mostra-se relevante diante do atual sentido de família e filiação, já que os vínculos biológicos mostram-se cada vez mais insuficientes como elo entre pais e filhos.

O instituto da multiparentalidade está em voga no cenário jurídico brasileiro face o seu reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 898.060/SC, que resultou na Repercussão Geral 622, igualando a paternidade socioafetiva com a biológica em direitos e deveres. Apesar de reconhecer que a multiparentalidade gera efeitos, o Supremo Tribunal Federal não delineou a extensão desses.

---

<sup>1</sup> Artigo científico produzido no Curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2020.

<sup>2</sup> Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: laviniadp@hotmail.com.

<sup>3</sup> Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo e orientador da pesquisa realizada. E-mail: fernanda@oltramariadvogados.com.br. Currículo Lattes:

Dentre os diversos reflexos, a multiparentalidade produzirá efeitos no campo sucessório. Assim, justifica-se a relevância da pesquisa, ante a necessidade de releitura dos dispositivos existentes no Código Civil de 2002, principalmente no que se refere à sucessão pelos ascendentes. Com efeito, este estudo busca perquirir como se dará o direito sucessório, especialmente dos ascendentes, quando reconhecida a multiparentalidade.

Num primeiro momento, se discorrerá acerca do desenvolvimento histórico da filiação, inicialmente regida pelo Código Civil de 1916 quando somente os filhos concebidos na constância do casamento eram legítimos. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, inúmeros princípios passaram a reger o direito de família, houve a eleição da pessoa humana em detrimento do patrimônio e os vínculos biológicos deram lugar aos vínculos de afeto. A partir do Código Civil de 2002, chegou-se ao atual conceito de filiação, regido pela igualdade, afeto, cuidado, amor e assistência despendidos para com a prole.

Num segundo momento, passa-se a abordar o conceito de multiparentalidade e os requisitos para seu reconhecimento. Analisa-se a tese de Repercussão Geral 622 exarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 898.060/SC, bem como, os Provimentos 63 e 83 fixados pelo Conselho Nacional de Justiça, que possibilitam o registro da multiparentalidade no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais.

O terceiro e último tópico, abrange os efeitos sucessórios advindos da multiparentalidade, com a análise dos reflexos sucessórios decorrentes do reconhecimento da multiparentalidade, dando-se ênfase a classe dos ascendentes.

## **1 A filiação no ordenamento jurídico brasileiro**

O direito de família é marcado pela sua constante reinvenção. Neste ínterim, o conceito de filiação atual se difere muito daquele do século XX, bem como os direitos e o tratamento despendido aos filhos. Esta mudança se deve, principalmente, a promulgação da Constituição Federal de 1988 e da vigência do Código Civil de 2002.

No início do século XX, as relações familiares eram reguladas exclusivamente pelo Código Civil de 1916, que privilegiava a preservação do patrimônio, sob o pretexto de preservação do núcleo familiar (BORGES, 2018, p. 97).

A família era vista como uma comunidade de sangue, tendo por base o casamento e onde somente os filhos concebidos da união conjugal eram considerados legítimos (DELINSKI, 1997, p. 16). “Nesse contexto, a antiga lei civil submetia a identificação dos filhos à situação conjugal de seus genitores, catalogando-os em legítimos, ilegítimos e legitimados” (BORGES, 2018, p. 97).

Legítimos eram os filhos provenientes do matrimônio. Enquanto que filhos que não houvessem sido concebidos na constância do casamento eram considerados ilegítimos, mas poderiam tornar-se legitimados se os pais se cassassem. Em relação aos filhos ilegítimos, eram subdivididos em naturais, quando os pais não eram casados, e espúrios, quando houvesse a existência de algum impedimento matrimonial entre os progenitores. Os filhos espúrios ainda eram classificados em adulterinos, quando um dos genitores ou ambos eram ligados pelo matrimônio com outrem, e filhos incestuosos, se os pais possuíssem uma relação de parentesco muito próxima, que os proibisse de casarem validamente (MADALENO, 2019, p. 513).

Os filhos ilegítimos se encontravam em uma situação marginalizada, visto existir impedimento de seu reconhecimento pelo pai, bem como, sua

exclusão da linha familiar paterna, sob o pretexto de preservação da paz na família que o pai havia constituído pelo casamento. Assim, prevaleciam “os interesses da instituição ‘matrimônio’ sobre os interesses dos membros que a compunham” (DELINSKI, 1997, p. 17).

O reconhecimento dos filhos havidos fora do matrimônio só se deu com o advento do Decreto-lei 4737/1942 e da Lei 883/1949, mas que só autorizava o reconhecimento após a dissolução do casamento do genitor. Mesmo assim, os filhos eram registrados como ilegítimos e tinham direito somente a metade da herança a que os filhos legítimos ou legitimados viessem a receber, sob a justificativa de amparo social. Ademais, “o máximo a que se chegou foi conceder o direito de investigação a paternidade para o fim único de buscar alimentos, tramitando a ação em segredo de justiça” (DIAS, 2015, p. 362).

No plano jurídico, a família patriarcal teve seu declínio com a Constituição Federal de 1988 e com os valores introduzidos por ela, dando espaço para a família atual, que se encontra assentada no paradigma da afetividade (LÔBO, 2017, p. 15). Dentro desta ótica,

a Constituição de 1988 representou, sem dúvida, o grande divisor de águas do direito privado, especialmente, mas não exclusivamente, nas normas de direito de família. O reconhecimento da união estável como entidade familiar (art. 226, § 7º) representou um grande passo jurídico e sociológico em nosso meio. É nesse diploma que se encontram princípios expressos acerca do respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Nesse campo, situam-se os institutos do direito de família, o mais humano dos direitos, como a proteção à pessoa dos filhos, direitos e deveres entre cônjuges, igualdade de tratamento entre estes etc. Foi essa Carta Magna que também alçou a princípio constitucional da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros (art. 226, § 5º) e igualdade jurídica absoluta dos filhos, não importando sua origem ou a modalidade de vínculo (art. 227, § 6º). Ainda, a Constituição de 1988 escreve o princípio da paternidade responsável e o respectivo planejamento familiar (art. 226, § 7º). O Código Civil de 2002 complementou e estendeu

esses princípios, mas, sem dúvida, a verdadeira revolução legislativa em matéria de direito privado e especificamente de direito de família já ocorrera antes, com essa Constituição (VENOSA, 2018, p. 7).

A Magna Carta, em seu artigo 227, § 6º, pôs fim à discriminação da filiação, estabelecendo o princípio da isonomia entre os filhos e determinando a igualdade de tratamento e de direitos entre a prole. Ademais, buscou abolir qualquer disposição legal do ordenamento jurídico brasileiro que fosse em sentido contrário (MADALENO, 2019, p. 512).

A partir da Constituição Federal de 1988 houve uma mudança de paradigma e a filiação passou a se estabelecer pelo nascimento. Não mais interessando se a concepção foi lícita ou ilícita, nem se decorreu de um relacionamento ético. Atentando-se para o fato de que o filho incestuoso também é filho (DIAS, 2015, p. 362).

O tratamento isonômico à prole deve se dar tanto no campo patrimonial, quanto no existencial. Logo um filho terá o mesmo direito do outro no que concerne aos alimentos, nome, poder familiar, sucessão, independentemente de sua origem. A par disso, havendo, no ordenamento jurídico, qualquer previsão discriminatória entre os filhos, esta deve ser repelida de imediato (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 102).

As famílias contemporâneas se justificam e possuem como elo o afeto. “O afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana” (MADALENO, 2019, p. 99),

maior prova da importância do afeto nas relações humanas está na igualdade da filiação (CC, art. 1.596), na maternidade e paternidade socioafetivas e nos vínculos de adoção, como consagra esse valor supremo ao admitir outra origem de filiação distinta da consanguínea (CC, art. 1.593), ou ainda através da inseminação artificial heteróloga (CC, art. 1.597, inc. V); (MADALENO, 2019, p. 99).

O afeto advém da convivência familiar, não é fruto da biologia, e possui forte ligação com o direito fundamental à felicidade, logo existe a necessidade de o Estado atuar auxiliando os cidadãos na busca de seus desejos, como meio de concretizar a felicidade (DIAS, 2015, p. 52-53).

Apesar do texto constitucional não ter adotado a palavra afeto, a Constituição Federal o elencou no âmbito de sua proteção (DIAS, 2015, p. 52). A afetividade está implícita na Constituição, encontrando-se nela fundamentos essenciais deste princípio, sendo um deles a igualdade da filiação.

A Constituição Federal reconhece a importância da afetividade nas relações familiares, ao conferir proteção a situações subjetivas afetivas. E os valores amparados por ela demonstram o seu reconhecimento implícito. A par disso, todas as categorias de direito de família são afetadas pelo princípio, provocando uma análise das definições de diversos institutos, como por exemplo, “o conceito de família, a definição do que se entende por entidade familiar, o reconhecimento da relação paterno/materno-filial, os institutos da guarda e da visitação, os critérios para estipulação de famílias substitutas, os casos de dever alimentar” (CALDERÓN, 2017, p. 52-53).

Pode-se dizer que o Código Civil Brasileiro adotou o princípio da afetividade em seu artigo 1.593, ao pronunciar que os laços de parentesco podem advir de outra origem, que não a biológica, em menção clara ao parentesco decorrente da socioafetividade (LÔBO, 2017, p. 70).

A família contemporânea busca constituir relações calcadas no afeto, em detrimento da família do século XIX, formada por laços predominantemente sanguíneos e patrimoniais. Ao priorizar o afeto, a família passou a ser uma entidade plural, calcada no princípio da dignidade da pessoa humana. Isso se reflete nos comportamentos das

famílias atuais, como no fato de os filhos permanecerem ligados aos pais até se tornarem independentes e não por coerção de vontade. Nos laços de solidariedade e de afeto que mantêm os cônjuges e companheiros unidos com o passar do tempo (PEREIRA, 2019, p. 66).

A família evoluiu do “fato natural da consanguinidade para o fato cultural da afetividade” (LÔBO, 2017, p. 25). Estando, atualmente, fundada no sentimento da afeição, não sendo mais suficiente a descendência genética como caracterizador (MADALENO, 2019, p. 514). A socioafetividade passou a ser admitida como vínculo suficientemente formador da relação parental (CALDERÓN, 2017, p. 181).

João Baptista Villela, um dos precursores a abordar a parentalidade socioafetiva, ainda em 1979, em sua obra “Desbiologização da Paternidade”, conceitua a paternidade e a maternidade, não na circunstância de gerar, mas na de amar e servir (p. 408). Nos versos do dito popular “pai é quem cria”.

A parentalidade socioafetiva se concretiza quando “ao dar abrigo, carinho, educação, amor... ao filho, expõe o foro íntimo da filiação, apresentando-se em todos os momentos, inclusive naqueles em que se toma a lição de casa ou verifica o boletim escolar” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 591), independentemente de ser o gerador biológico do filho.

Toda a paternidade/maternidade é socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não, ou seja, a primeira é gênero, do qual são espécies a paternidade/maternidade biológica e a paternidade/maternidade não biológica (LÔBO, 2017, p. 26). No que tange a caracterização da filiação socioafetiva esta,

não estabelece os vínculos parentais com o nascimento, mas sim na vontade de ser genitor, e esse desejo é sedimentado no terreno da afetividade, e põe em xeque tanto a verdade jurídica como a certeza científica no estabelecimento da filiação. O real valor jurídico está na verdade afetiva e jamais sustentada na

ascendência genética, porque essa, quando desligada do afeto e da convivência, apenas representa um efeito da natureza, quase sempre fruto de um indesejado acaso, obra de um indesejado descuido e da pronta rejeição. Não podem ser considerados genitores pessoas que nunca quiseram exercer as funções de pai ou de mãe, e sob todos os modos e ações se desvinculam dos efeitos sociais, morais, pessoais e materiais da relação natural de filiação (MADALENO, 2019, p. 514).

A filiação socioafetiva é uma modalidade de parentesco fundamentada no artigo 1.593 do Código Civil, “corresponde à verdade aparente e decorre do direito à filiação”. Ainda, sendo reconhecida a filiação socioafetiva, esta gerará os efeitos pessoais e patrimoniais que lhe são inerentes (DIAS, 2015, p. 406-407).

Apesar do Código Civil de 2002 não ter adotado de modo expreso a filiação socioafetiva como uma modalidade de filiação, é inegável que ela está presente no ordenamento jurídico brasileiro. Tendo ganhado tamanha importância que, atualmente, a afetividade é o que justifica e caracteriza uma filiação. Logo, pode-se dizer que a filiação socioafetiva se sobrepõe à biológica, quando está última não possuir qualquer resquício de afeto.

## **2 Multiparentalidade**

A socioafetividade como modalidade de filiação trouxe à tona discussões acerca da possibilidade de coexistência de mais de um pai ou mais de uma mãe de diferentes espécies, abrindo portas para o instituto da multiparentalidade ou pluriparentalidade.

O reconhecimento da afetividade como vínculo formador de filiação deu ensejo à multiparentalidade, situação na qual o filho possui vínculo com mais de um pai ou mais de uma mãe, concomitantemente. Ou seja, o reconhecimento de uma maternidade ou paternidade não exclui a outra, do contrário, haverá cumulação. Contextualizando,



uma pessoa possui um “pai socioafetivo” por longos anos, com essa figura paterna registrada no assento de nascimento e consolidada faticamente, e, entretanto, em um dado momento, descobre que o seu “pai biológico” é outro (com comprovação por exame de DNA, inclusive). Ou seja, o seu “pai socioafetivo” não é o seu ascendente genético, o que significa que esse filho terá um “pai socioafetivo” e outro “biológico”; duas figuras paternas com duas espécies distantes de vínculos. Isso leva à possibilidade de que esse filho pretenda ver reconhecida judicialmente essa paternidade biológica, mas sem abrir mão da paternidade socioafetiva que já possui, mantendo as duas paternidades concomitantemente, lado a lado. Caracterizada, assim, uma situação de multiparentalidade (CALDERÓN, 2017, p. 212).

A multiparentalidade, também chamada de pluriparentalidade, busca conferir mesmo valor à socioafetividade, daquele conferido a realidade consanguínea (MADALENO, 2019, p. 506). O filho passa a ter dois pais ou duas mães reconhecidos pelo direito, sendo um de origem biológica e outro socioafetiva.

Pode-se dizer que a parentalidade socioafetiva é uma modalidade de parentesco civil, que encontra amparo legal a partir da interpretação do artigo 1.593 do Código Civil, estabelecendo que o parentesco pode advir de outra origem. Tratando-se da socioafetividade, embora não existam laços de sangue, há laços de afeto, sendo os últimos reconhecidamente mais importantes como caracterizador do vínculo de filiação (GONÇALVES, 2018, p. 302).

Para que a filiação socioafetiva se configure deverão existir alguns requisitos. O primeiro deles, e o mais importante, é a afetividade. Também se faz necessário o tempo de convivência, pois é responsável pelo nascimento do afeto, do carinho, do cuidado. Por último e, em decorrência dos efeitos, é fundamental que haja o desejo da pessoa ter outra como se

seu filho fosse. Não menos, que o filho reconheça aquela pessoa como sendo seu pai ou sua mãe (CASSETTARI, 2015, 29-36).

Esse desejo se exterioriza através da chamada “posse do estado de filho”, que se apresenta por meio de três requisitos. O primeiro, o *nomen* (nome), quando a pessoa faz uso do nome de família daquele que reconhece como pai/mãe. Por segundo o *tractatus* (tratamento), despendido pelos pais como se aquele seu filho fosse, prestando-lhe cuidados, educação e assistência. E como terceiro requisito a *fama* (reputação), que é o reconhecimento da sociedade de que aquele filho pertence àquela família (CASSETTARI, 2015, p. 29-36). Contudo, a coexistência das três características é dispensável, visto não existir exigência legal e que, na dúvida, o estado de filiação deve ser favorecido (LÔBO, 2017, p. 233).

A família padrão, constituída por pai, mãe e filhos, sempre coexistiu com outras composições familiares, duas mães e nenhum pai, dois pais e nenhuma mãe, ou mesmo de dois pais e duas mães simultaneamente. Até então marginalizadas pelo direito, mas que não podem mais ser ignoradas. “O vínculo biológico isolado é frágil diante das exigências atuais, que reclama cuidado, dedicação e afeto. Nesse ínterim, a busca é de complementação dos vínculos parentais biológico e afetivo e não a exclusão de um deles em detrimento de outro” (GHILARDI, 2013, p. 71).

Tal ordem de ideias acabou por trazer novos desafios aos juristas. Isso porque inúmeras situações acabaram por demonstrar a existência de uma dada relação parental afetiva com determinada pessoa, mas conhecimento do vínculo biológico com outra pessoa (um era o pai socioafetivo, outro era o ascendente genético). Ou seja, como ao lado dos vínculos biológicos e registrais passou-se a reconhecer o liame socioafetivo como consubstanciador de uma relação parental, em muitas das situações havia a dissociação de tais elos. A partir disso, passaram a surgir conflitos nos quais se discutia qual ligação parental deveria prevalecer nos casos de dissenso: a parentalidade afetiva ou

a parentalidade biológica. Desaguaram nos tribunais demandas requerendo a prevalência de uma ou outra espécie de vínculo de filiação, sendo que as decisões vacilaram entre as diversas modalidades de vínculo (biológico, afetivo ou registral) de acordo com a situação fática envolvida. Ante o seu caráter inovador, as decisões que consagravam a prevalência do parentesco socioafetivo sobre o vínculo biológico mereceram destaque e divulgação. Nos últimos anos, o progressivo reconhecimento jurídico de paternidades socioafetivas foi objeto de celebração por grande parte da literatura jurídica e da própria jurisprudência. Por outro lado, é inegável que seguiram presentes outras tantas decisões judiciais que houveram por bem manter a prevalência do elo biológico, mesmo contrariando uma consolidada relação socioafetiva (CALDERÓN, 2017, p. 181).

Em setembro de 2016, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de Recurso Extraordinário n. 898.060/SC, fixou a Repercussão Geral 622, reconhecendo de pronto o instituto da multiparentalidade no ordenamento jurídico brasileiro. O que, até então, era somente objeto de discussão doutrinária.

Da decisão destaca-se que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação, concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016, p. 5).

O julgamento do Supremo Tribunal Federal foi responsável por traçar o atual sentido da parentalidade e da filiação. A partir dele houve a opção de coexistência da paternidade/maternidade socioafetiva e da biológica, sem qualquer prevalência (CALDERÓN, 2017, p. 172-173).

Três pontos relevantes se extraem da decisão: o reconhecimento da socioafetividade como formador de vínculos de parentesco; a equiparação da filiação biológica e socioafetiva, sem qualquer hierarquia; e, não menos importante, a legitimação da multiparentalidade, abrindo portas para a

coexistência registral de pais e mães biológicos e socioafetivos (LIMA, 2018, p. 38).

A decisão da Egrégia Corte trouxe inúmeras e profundas consequências, que não irão refletir apenas no direito de família. Seus efeitos atingem também, o direito das sucessões e o direito previdenciário.

A partir dela diversas dúvidas surgiram, as quais ainda não possuem respostas concretas. É o caso, por exemplo, da adoção, onde o vínculo do menor com a família biológica é rompido, não seria essa uma incoerência do sistema jurídico? Ainda mais se analisado no cenário da adoção “à brasileira”, feita sem os atos jurídicos formais. Nessa perspectiva denota-se que, embora sejam institutos jurídicos distintos, a adoção e a multiparentalidade se confundem na realidade dos fatos (SCHREIBER, 2019, p. 891).

Outra importante indagação refere-se aos casos de doação de material genético para a denominada inseminação artificial. Atualmente o tema é regido pelo Provimento 52 da Corregedoria Geral de Justiça, que no § 4º do artigo 2º dispõe que “o conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento de vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o ser gerado por meio da reprodução assistida”. Baseando-se na decisão do Supremo Tribunal Federal surge o questionamento quanto a validade do reconhecimento de uma relação de ascendência biológica sem efeito de paternidade? (SCHREIBER, 2019, p. 892).

Nesse ínterim inúmeras questões estão em aberto, para as quais as respostas surgirão pouco a pouco, por meio da doutrina e da jurisprudência (SCHREIBER, 2016, p. 01-02). Cumpre ressaltar que não cabe à Suprema Corte redesenhar todo o sistema jurídico a cada decisão, e sim, dar o norte, fixar paradigmas. E, o mais importante, acolher as diferentes formas de família existentes, que não se enquadram nos moldes

tachados pela legislação, não fechando os olhos para a realidade (SCHREIBER, 2019, p. 892-893).

Inspirado na Repercussão Geral 622 do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a multiparentalidade, o Conselho Nacional de Justiça, em novembro de 2017, emitiu o Provimento 63, o qual foi modificado pela edição do Provimento 83, em agosto de 2019. Autorizando que o reconhecimento da parentalidade socioafetiva possa se dar perante o Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, permitindo que conste mais de um pai ou mãe na certidão de nascimento do filho, confirmando assim a multiparentalidade.

A partir dos Provimentos o reconhecimento da parentalidade socioafetiva passou a seguir os mesmos critérios da parentalidade biológica. Perante o Registrador Civil de Pessoas Naturais, na seguinte linha procedimental:

o ato deverá ser declaratório diante do registrador civil, observadas algumas regras definidas para a prestação de anuências. O procedimento não poderá ter teor investigatório, como é feito para a lavratura de registro de nascimento tardio. Da mesma forma que não é exigida a comprovação da paternidade biológica, bastará a declaração do pai ou da mãe socioafetiva. Caso seja verificada fraude, responderá o declarante civil e criminalmente pelo seu ato. E ainda poderá ter desconstituída a filiação, mesmo sendo registral. Exatamente da mesma forma deverá ocorrer o reconhecimento quando o vínculo originar da socioafetividade. Diferenciar ou criar critérios mais rigorosos seria tratamento diferenciado e por isso discriminatório. Portanto, inconstitucional (LIMA, 2018, p. 42-43).

Neste viés, percebe-se que a intenção do Conselho Nacional de Justiça foi a de cumprir os preceitos da Constituição Federal, visto que buscou igualar o registro da parentalidade socioafetiva ao da biológica, dando efetividade aos princípios da dignidade da pessoa humana, a igualdade de

filiação e afetividade. E contribuindo com a celeridade da justiça brasileira, fazendo com que as famílias não precisem passar pela morosidade de um processo para ter o seu amor reconhecido e registrado.

Com seu reconhecimento, a multiparentalidade vem se fazendo presente cada vez mais nas famílias brasileiras. E inegável que ela possuirá os mesmos direitos e deveres de qualquer filiação, não só no direito de família, como no direito das sucessões.

### **3 A multiparentalidade e os efeitos sucessórios**

O reconhecimento da multiparentalidade pelo Supremo Tribunal Federal provocou inúmeras indagações no meio jurídico, especialmente quanto à extensão dos efeitos decorrentes, visto que não houve manifestação a esse respeito. Uma das dúvidas que mais tem instigado e suscitado debates diz respeito aos efeitos sucessórios.

Apesar de o Código Civil de 2002 ainda trabalhar com o ideal de família tradicional, um pai e uma mãe, não existem maiores problemas quando a sucessão ocorrer pela classe dos descendentes, devido a todo alicerce constitucional (GRECO, 2019, p. 32).

Assim, é assegurado aos filhos de relação multiparental o exercício do direito à herança em face de todos os ascendentes. No atual sistema civil-constitucional brasileiro não se pode conceber um filho sem direito à herança, em respeito ao princípio da igualdade da filiação, previsto no artigo 227, § 6º da Constituição Federal. Ademais, deve-se atentar que o direito de herança é um direito fundamental, disposto no artigo 5º, XXX da Constituição Federal, que não limita o número de vezes a que esse direito possa ser exercido (CALDERÓN, 2017, p. 230).

Este é também o entendimento emanado no Enunciado 632 da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que preceitua: “Art. 1.596: Nos casos de reconhecimento de multiparentalidade paterna

ou materna, o filho terá direito à participação na herança de todos os ascendentes reconhecidos”.

Contudo, há que se ponderar se o direito à herança multiparental deve sofrer limitações quando se estiver diante de demandas de caráter puramente patrimonial, que vão ao revés do real significado do instituto. Para Rolf Madaleno, não há como vislumbrar nestas demandas a consagração filosófica e constitucional do direito à busca da felicidade, o qual serviu de escopo para o reconhecimento da multiparentalidade no julgamento emanado pelo Supremo Tribunal Federal (2019, 515).

Diversas são as demandas de investigação de paternidade *post mortem* e ações de declaração de paternidade de filho pré-morto que têm por escopo a habilitação como herdeiro em processo de sucessão. Ditas demandas comportam questionamentos sobre seu sentido ético, especialmente quando o postulante detinha conhecimento da existência do genitor genético ou do filho. Se em vida nunca buscou qualquer aproximação ou contato, sendo uma pessoa completamente estranha ao autor, conclui-se que sua pretensão reveste-se de cunho meramente econômico (MADALENO, 2019, p. 528).

Compartilha de mesmo pensamento Christiano Cassettari, para quem as ações pleiteando direitos sucessórios *post mortem* devem ser vistas com cautela. Especialmente quando o autor da demanda nunca conviveu com o pai biológico, tendo sido criado por pai registral e dele recebido a herança. E agora, somente após a morte do ascendente biológico busca o reconhecimento de paternidade, visando beneficiar-se dos bens deixados. Para o referido autor nestes casos a tese da socioafetiva deve ser aplicada as avessas, a fim de gerar a perda de direito. “Se a convivência com o pai afetivo pode gerar o direito sucessório pela construção da posse do estado de filho, caso ela não existisse poder-se-ia afirmar que não haveria direito à herança no caso em tela” (2017, p. 134).

Na opinião de Dóris Ghilardi, é lamentável que a negativa de reconhecimento da multiparentalidade ainda esteja vinculada à ideologia patrimonialista, pois qual o sentido de não se admitir a pluriparentalidade se ela efetivamente existe? (2013, p. 74).

Para Anderson Schreiber é papel dos “juízes e tribunais separar, como sempre, o joio do trigo, empregando os mecanismos disponíveis na ordem jurídica brasileira para se evitar o exercício de uma situação jurídica subjetiva em descompasso com seu fim axiológico-normativo” (2019, p. 891).

Se na sucessão pelos descendentes não são encontrados maiores problemas quanto à divisão da herança, em razão do princípio da igualdade de filiação que rege o tema. Para classe dos ascendentes, a solução não é tão simples, existindo posições controvertidas a respeito.

A sucessão dos ascendentes está disciplinada nos artigos 1.836 e 1.837 do Código Civil e determina a divisão da herança metade para linha paterna e metade para a linha materna, bem como, prevê a concorrência do cônjuge/companheiro a herança. Ocorre que em caso de multiparentalidade, esta divisão acarretará tratamento desigual, fazendo-se necessárias novas soluções.

Quando o Código Civil de 2002 foi promulgado, na redação dos artigos que regulamentam a herança dos ascendentes, o legislador procurou conferir distribuição igualitária, dada a equivalência da sucessão nas linhas paterna e materna. Sequer cogitou a hipótese de, futuramente, a multiparentalidade vir a ser admitida. Certamente se assim previsse, a redação dos artigos teria sido diferente (PÓVOAS, 2017, p. 121).

Anderson Schreiber explica que em relação à multiparentalidade, a divisão por linhas é de difícil aplicação, visto que existirão casos em que há dois pais e uma mãe ou vice-versa. Assim, indaga se a divisão da herança deve continuar se dando por linha ou passar a ser dividida por cabeça, pois



nestes casos uma das linhas receberia o dobro. O autor conclui que os múltiplos pais devem receber quinhão igual, garantindo a igualdade de tratamento. Assim, afirma que “pode-se continuar a vislumbrar aí uma divisão por linhas, desde que se passe a admitir mais de duas linhas, ou se pode afirmar que a divisão nesses casos se fará por cabeça” (2019, p. 1.006).

Compartilha de mesmo pensamento Flávio Tartuce, defendendo a divisão igualitária da herança entre os ascendentes biológicos e socioafetivos, sob a égide dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (2019, p. 233). Também é favorável à divisão igualitária Hilda Ledoux Vargas, entendendo que, reconhecida a multiparentalidade, pode não existir a figura materna ou paterna, como nos casos de adoção por homossexuais (2017, p. 104).

Sobre o tema o Conselho da Justiça Federal, na VIII Jornada de Direito Civil publicou o Enunciado 642, dispondo que:

nas hipóteses de multiparentalidade, havendo o falecimento do descendente com o chamamento de seus ascendentes à sucessão legítima, se houver igualdade em grau e diversidade em linha entre os ascendentes convocados a herdar, a herança deverá ser dividida em tantas linhas quantos sejam os genitores. Justificativa: Nas hipóteses de multiparentalidade, diante do falecimento de um descendente, com o chamamento à sucessão de seus ascendentes, poderão ser convocados a herdar dois ascendentes da linha paterna e um da linha materna, por exemplo, ou vice-versa. A tradicional divisão da herança na classe dos ascendentes em linha paterna e linha materna não atende à referida hipótese, pois, uma vez observada literalmente nos casos em questão, ensejará diferença entre os ascendentes não pretendida pela lei. De fato, nesses casos, não se pode atribuir, por exemplo, metade da herança aos dois ascendentes da linha paterna, cabendo a cada um deles um quarto dos bens, atribuindo a outra metade ao ascendente da linha materna, uma vez que a mens legis do § 2º do art. 1.836 do Código Civil foi a divisão da herança conforme os troncos familiares. Por conseguinte, para atingir o objetivo do

legislador, nos casos em questão de multiparentalidade, a herança deverá ser dividida em tantas linhas quantos sejam os genitores (2018, p. 13-14).

Esse também foi o entendimento do Instituto Brasileiro de Família, IBDFAM, vanguardista nos temas de direito de família e sucessões, que, reunindo as maiores expressões da atualidade, durante o Congresso do Instituto Brasileiro de Direito de Família, ocorrido em outubro de 2019, proferiu o Enunciado 33, prevendo:

O reconhecimento da filiação socioafetiva ou da multiparentalidade gera efeitos jurídicos sucessórios, sendo certo que o filho faz jus às heranças, assim como os genitores, de forma recíproca, bem como dos respectivos ascendentes e parentes, tanto por direito próprio como por representação (2019, p. 1).

Ademais, deve-se atentar que havendo a existência de cônjuge ou companheiro, tudo isso ainda deve respeitar as regras da concorrência, disciplinada pelos artigos 1.836 e 1.837 do Código Civil. Nestes casos o cônjuge terá direito a um terço da herança, se concorrer com ascendente de primeiro grau (pai e mãe) e a metade da herança, se concorrer com ascendente de segundo grau (avós) ou de grau maior.

Face seu recente reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro, ainda não existem julgados acerca da sucessão dos ascendentes quando reconhecida a multiparentalidade. Contudo, acredita-se ser relevante o julgamento do Recurso Especial 1.688.470/RJ, assim ementado:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE MATERNIDADE SOCIOAFETIVA DE FILHO MAIOR *POST MORTEM*. INTERESSE PROCESSUAL E POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO EXISTENTES. VIABILIDADE DA PRETENSÃO EM TESE. RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE FILIAÇÃO APÓS O FALECIMENTO DO FILHO MAIOR E DE SUA GENITORA BIOLÓGICA. IMPRESCINDIBILIDADE DO CONSENTIMENTO PREVISTO NO ART. 1.614 DO CÓDIGO CIVIL. RESPEITO

À MEMÓRIA E À IMAGEM PÓSTUMAS. 1- Ação distribuída em 11/01/2016. Recurso especial interposto em 09/02/2017 e atribuído à Relatora em 25/08/2017. 2- O propósito recursal é definir se é possível reconhecer a existência de maternidade socioafetiva entre a parte e filho maior, com genitora biológica conhecida, após a morte de ambos, especialmente para o fim de que a parte possa receber a pensão decorrente da morte do pretendo filho. 3- A pretensão de reconhecimento da maternidade socioafetiva post mortem de filho maior é, em tese, admissível, motivo pelo qual é inadequado extinguir o feito em que se pretenda discutir a interpretação e o alcance da regra contida no art. 1.614 do CC/2002 por ausência de interesse recursal ou impossibilidade jurídica do pedido. 4- A imprescindibilidade do consentimento do filho maior para o reconhecimento de filiação post mortem decorre da impossibilidade de se alterar, unilateralmente, a verdade biológica ou afetiva de alguém sem que lhe seja dada a oportunidade de se manifestar, devendo ser respeitadas a memória e a imagem póstumas de modo a preservar a história do filho e também de sua genitora biológica. 6- Recurso especial conhecido e desprovido, por fundamentação distinta, a fim de julgar improcedente o pedido com resolução de mérito (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2018, p. 1).

No julgado em comento a autora buscava o reconhecimento de maternidade socioafetiva de filho maior de idade. Porém teve seu pedido negado em razão da exigência de consentimento prevista no artigo 1.614 do Código Civil, a qual não foi possível, visto que o filho já era falecido.

Todavia, da análise da decisão pode-se concluir que, diante de casos em que o ascendente busca o reconhecimento da filiação, o consentimento se faz imprescindível tratando-se de filho maior de idade. E, com relação ao filho menor, o reconhecimento é passível de impugnação, na linha do que dispõe o artigo citado.

Como se denota, este é um instituto carecedor de proteção do Estado, visto que o legislador, quando da elaboração do Código Civil de 2002, não previu a nova modalidade de família multiparental. Não existindo, portanto, normas aplicáveis ao caso, torna-se patente a necessidade de

preencher as lacunas existentes no Código Civil, fazendo constar as quotas partes de cada ascendente ou a concorrência em partes iguais (SHIKICIMA, 2014, p. 70-76).

O direito civil constitucional mostra-se como uma das possíveis soluções ao impasse. A aplicação dos princípios da função social da herança, da dignidade da pessoa humana, da isonomia substancial, da solidariedade social, da igualdade, da autonomia privada libertadora e da vedação a qualquer discriminação se revelam suficientes a sustentar a divisão igualitária da herança (GRECO, 2019, p. 34).

Atualmente tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de lei 5:774/2019, proposto pelo Deputado Afonso Motta e que pretende alterar o artigo 1837 do Código Civil. Que passaria a vigorar da seguinte forma: “Concorrendo com ascendentes em primeiro grau, ao cônjuge tocará quinhão igual ao que a eles couber; caber-lhe-á a metade da herança se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau”. O objetivo do Projeto é adequar o Código Civil às decisões emanadas pelos tribunais superiores, bem como, para que melhor atenda as novas demandas da sociedade. (2019, p. 5).

Conforme explanado, a sucessão dos ascendentes na multiparentalidade é um instituto inovador, ainda sem previsão legislativa e jurisprudencial. Neste viés, a doutrina mostra-se essencial para a formulação de novos paradigmas, trazendo soluções calcadas no ideal de justiça e igualdade almejados pelo ordenamento jurídico brasileiro, servindo também, como fonte para as decisões emanadas pelo judiciário.

A divisão igualitária da herança entre os ascendentes reconhecidos, tanto de primeiro, quanto de segundo grau mostra-se como a solução mais adequada ao tema, por fazer valer os princípios constitucionais que regem o direito de família e das sucessões, em especial, o da função social da herança e o da igualdade.

## **Considerações finais**

O artigo analisou o instituto da multiparentalidade e os efeitos sucessórios decorrentes de seu reconhecimento, especialmente, no que tange à sucessão pelos ascendentes. A pluriparentalidade se caracteriza pelo reconhecimento de mais de um vínculo parental paterno ou materno, sendo um biológico e outro socioafetivo, tendo ganhado relevância jurídica após julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, que fixou a Tese de Repercussão Geral 622.

Como explanado, o reconhecimento da multiparentalidade passou a surtir efeitos em outros ramos do direito, muito embora o Supremo Tribunal Federal não tenha se manifestado quanto à extensão destes efeitos. Em decorrência, inúmeras indagações no meio jurídico, ainda não havendo um entendimento pacificado tanto na doutrina, quanto na jurisprudência.

De forma expressiva a multiparentalidade produzirá reflexos no âmbito das sucessões, visto que gerará o direito das partes envolvidas pleitearem herança uma em face das outras. Em relação à classe dos descendentes não são encontrados maiores problemas. O filho poderá herdar de todos os genitores reconhecidos, biológicos e socioafetivos, sem qualquer distinção, dada a principiologia que rege a temática, especialmente a igualdade de filiação.

Contudo, em face da recente decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência que trata da temática não é uníssona. Inexiste posição consolidada acerca dos critérios para o reconhecimento da multiparentalidade. Assim, entende-se que o reconhecimento não deve ser aplicado de modo genérico. Deve haver uma análise minuciosa quanto ao cumprimento dos requisitos da multiparentalidade, buscando repelir as

demandas puramente patrimoniais, que vão na contramão do real sentido do instituto. Por isso, devem ser rechaçadas de pronto pelo judiciário.

No tocante à sucessão pela classe ascendente, como visto, não existem normas aplicáveis ao caso, tornando-se evidente a necessidade de se preencher as lacunas existentes. Conforme demonstrado, a doutrina e os enunciados propostos vêm apresentando soluções ao impasse. Outrossim, tramita na Câmara de Deputados o Projeto de lei 5.774/2019 que, se aprovado, preencherá o espaço existente no Código Civil.

A divisão igualitária da herança entre os ascendentes mostra-se como melhor solução, pois efetiva os princípios esculpidos na Constituição Federal, especialmente, a função social da herança e a isonomia. E, apesar de contrariar os artigos do Código Civil, denota-se que cumpre com a vontade do legislador civilista, que ao redigi-los buscava distribuir a herança de modo igualitário.

Assim, conclui-se que se tratando de sucessão dos ascendentes de primeiro grau a partilha da herança deve ser igualitária, inclusive para o cônjuge ou companheiro, quando houver. De mesmo modo entre os ascendentes de segundo grau, porém se houver concorrência com o cônjuge ou companheiro, aos últimos deverá ser assegurada a metade da herança, na linha do que dispõe a segunda parte do artigo 1837 do Código Civil.

Certo é que a multiparentalidade já é realidade no mundo dos fatos e diversos são os casos que vem sendo apresentados ao judiciário. Assim diante da morosidade do Poder Legislativo em apresentar uma resposta, cabe ao Poder Judiciário, o qual decidirá com base nos princípios constitucionais e nas propostas doutrinárias.

## Referências

*Anúncio de enunciados encerra segundo dia do XII Congresso Nacional do IBDFAM.*

IBDFAM, 2019. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/7081/An%C3%B4ncio+de+enunciados+encerra+segundo+dia+do+XII+Congresso+Nacional+do+IBDFAM>>. Acesso em: 18 out. 2019.

BORGES, Lucas de Melo. O reconhecimento da multiparentalidade perante a repersonalização do direito das famílias – impactos patrimoniais. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, v. 25, p. 95-112, jan./fev.2018.

BRASIL, *Constituição Federal*, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_3/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_3/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 18 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. *Código Civil*, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 18 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei 5.774*, de 2019. Altera o art. 1.837 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002(Código Civil), para disciplinar a concorrência entre cônjuge e ascendentes considerando a multiparentalidade. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2227740> >. Acesso em: 10 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.688.470* – Rio de Janeiro. Relatora: Ministra Nancy Andriahi, 10 abr. 2018. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1698346&num\\_registro=201702003965&data=20180413&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1698346&num_registro=201702003965&data=20180413&formato=PDF)>. Acesso em: 06 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 898.060* – Santa Catarina. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+898060%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+898060%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/n9q8b7l>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no direito de família*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977153/cfi/6/10!/4/2/4@0:0>>. Acesso em 29 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. *Primeiras impressões sobre o provimento 83 do CNJ*. Disponível em: <[http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/FINAL%20Coment%C3%A1rios%20Provimento%2083-2019%20CNJ%20\(revisado%202021%20agosto\)%20-%20calderon%20-%20FINAL%20-%20com%20refer%C3%A1ncias.pdf](http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/FINAL%20Coment%C3%A1rios%20Provimento%2083-2019%20CNJ%20(revisado%202021%20agosto)%20-%20calderon%20-%20FINAL%20-%20com%20refer%C3%A1ncias.pdf)>. Acesso em: 02 fev. 2020.

CASSETTARI. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 3. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010602/cfi/6/34!/4/678/2/4@0:1.56>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. VIII JORNADA DE DIREITO CIVIL. *Enunciado 632*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. VIII JORNADA DE DIREITO CIVIL. *Enunciado 642*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento n. 63 de 14 de novembro de 2017*. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos escritórios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Provimento n. 83 de 14 de agosto de 2019*. Altera a Seção II, que trata da Paternidade Socioafetiva, do Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017 da



Corregedoria Nacional de Justiça. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2975>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito da filiação*. São Paulo: Dialética, 1997.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*, volume 6. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

GHILARDI, Dóris. A possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade: vínculo biológico x vínculo socioafetivo, uma análise a partir do julgado AC nº 2011.027498-4 do TJSC. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, v. 36. out./nov. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229320/cfi/4!/4/4@0.00:2.96>>. Acesso em: 09 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. *Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553608560/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 26 fev. 2020.

GRECO, Pedro Teixeira Pinos. A Multiparentalidade e a Multi-hereditariedade: Duas Revoluções Jurídicas Necessárias. *Revista Síntese Direito de Família*. v. 20, n. 116, out./nov. 2019.

LIMA, Márcia Fidelis. O registro civil da parentalidade socioafetiva e da multiparentalidade. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, v. 25, p. 31-54, jan./fev.2018.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547209865/cfi/4!/4/4@0.00:13.1>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. *Direito civil: volume 6: sucessões*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978853607914/cfi/4!/4/4@0.00:7.85>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984670/cfi/6/10!/4/20@0:56.4>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. *Direito de família*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987961/cfi/6/50!/4/170/2@0:10>>. Acesso em: 22 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. *Sucessão legítima*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987190/cfi/6/10!/4/14/2@0:31.7>>. Acesso em: 25 fev. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família: volume V*. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984984/cfi/6/2!/4/2/2@0:39.8>>. Acesso em: 12 dez. 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PL visa equiparar divisão de herança em casos de multiparentalidade. IBDFAM, 2020. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/noticias/7170/PL+visa+equiparar+divis%C3%A3o+de+heran%C3%A7a+em+casos+de+multiparentalidade#:~:text=PL%20visa%20equiparar%20divis%C3%A3o%20de%20heran%C3%A7a%20em%20casos%20de%20multiparentalidade,-27%02F02%02F2020&text=Assim%2C%20se%20uma%20pessoa%20sem,a%20heran%C3%A7a%20junto%20aos%20c%C3%B4njuges](http://www.ibdfam.org.br/noticias/7170/PL+visa+equiparar+divis%C3%A3o+de+heran%C3%A7a+em+casos+de+multiparentalidade#:~:text=PL%20visa%20equiparar%20divis%C3%A3o%20de%20heran%C3%A7a%20em%20casos%20de%20multiparentalidade,-27%02F02%02F2020&text=Assim%2C%20se%20uma%20pessoa%20sem,a%20heran%C3%A7a%20junto%20aos%20c%C3%B4njuges.)>. Acesso em: 10 fev. 2020.

PÓVOAS, Mauricio Cavallazzi. *A Possibilidade De Múltipla Filiação Registral E Seus Efeitos*. 2. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito, 2017.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610532/cfi/4!/4/4@0.00:11.6>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *STF, repercussão geral 622: a multiparentalidade e seus efeitos*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/stf-repercussao-geral-622-a-multiparentalidade-e-seus-efeitos/16982>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

SHIKICIMA, Nelson Sussumu. Sucessão dos ascendentes na multiparentalidade. *Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP*, São Paulo, ano V, n. 18, p. 68-78, 2014. Disponível em: <<http://www.esaoabsp.edu.br/ckfinder/userfiles/files/RevistaVirtual/Revista%20Virtual%20numero%2018.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2019.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das sucessões*. v. 6. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983956/cfi/6/10!/4/6/2@0:0:0>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

VARGAS, Hilda Ledoux. Efeitos sucessórios da multiparentalidade nas famílias neoconfiguradas: uma breve análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no RE 898060. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, v. 24, p. 93-109, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: família*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014860/cfi/6/10!/4/16@0:73.8>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais*. Belo Horizonte, v. 27, n. 21, p. 400-418, 1979. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>>. Acesso em: 31 mai. 2019.

## **Efeitos sucessórios decorrentes do reconhecimento da multiparentalidade <sup>1</sup>**

*Leonardo Bonafé Gayeski <sup>2</sup>*  
*Fernanda Oltramari <sup>3</sup>*

### **Introdução**

O presente estudo baseia-se no direito à herança dos filhos socioafetivos, em decorrência do reconhecimento das famílias multiparentais, diante dessa nova possibilidade de constituição de família nos últimos anos. Destarte, lacunas devem ser preenchidas, a fim de sanar dúvidas e eventuais conflitos acerca da sua aplicabilidade e consequências nos litígios dentro do direito sucessório.

Importante analisar o tema apresentado, uma vez que novas modalidades de famílias vêm surgindo ao longo dos anos, e, com isso, surgem também novos desafios de aplicação e conflitos dentro do sistema jurídico brasileiro. Para tanto, faz-se necessário um estudo aprofundado, com o intuito de auxiliar no desenvolvimento do direito de acordo com a necessidade da sociedade, buscando uma prestação jurisdicional adequada aos conflitos presentes no Poder Judiciário.

Para isso, analisar-se-ão quais são as vertentes acerca do reconhecimento das famílias multiparentais, bem como a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Destarte, salienta-se

---

<sup>1</sup> Artigo científico produzido por Leonardo Bonafé Gayeski, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2020.

<sup>2</sup> Aluno do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, e-mail institucional 151083@upf.br, link de busca do currículo na plataforma Lattes <http://lattes.cnpq.br/8371802222476769>.

<sup>3</sup> Professora Mestre da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, e-mail institucional foltramari@upf.br.

que as famílias multiparentais foram reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal, sendo assim, não se discutindo mais, portanto, acerca da sua existência.

No primeiro tópico, analisar-se-á a proteção das famílias no viés constitucional, em decorrência do surgimento de modalidades novas de núcleos familiares na pós-modernidade. No tópico seguinte, o direito sucessório e suas vertentes no direito civil brasileiro, a partir da conceituação básica da ordem da sucessão hereditária e dos herdeiros necessários em si. Por fim, no terceiro capítulo, buscar-se-á compreender o reconhecimento jurisprudencial da multiparentalidade, diante da existência de famílias formadas por vínculos socioafetivos, e os seus efeitos sucessórios, quando ocorre o falecimento de uma pessoa que deixou no seu legado dois pais ou duas mães, em decorrência da existência de um vínculo biológico e socioafetivo, que será analisado no presente trabalho.

Justifica-se a escolha do tema pois o direito à herança é assegurado pela Constituição Federal como um direito fundamental e o Código Civil não permite distinção entre os filhos havidos fora do casamento com os filhos legítimos. Sendo assim, trata-se de um tema bastante recente, em que os posicionamentos jurisprudenciais se encontram em desenvolvimento, contudo, bastante importante, pois poderá vir a atingir todas as famílias em que há reconhecimento da filiação socioafetiva.

### **1 Constituição Federal: instrumento normativo de proteção às famílias da pós- modernidade**

A família é o berço da vida humana, responsável desde o primeiro contato com o recém- nascido, por cuidar e educar, de maneira geral, da nova vida que foi gerada, bem como, é responsável por lhe dar afeto e suprir suas necessidades básicas. Assim, entende-se que deve haver ampla proteção às famílias, tendo em vista que é neste seio que a criança se

aperfeiçoa, recebe sua educação e começa a moldar seu caráter para viver a sua vida em sociedade.

Asseveram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald “certamente, a filiação é a forma segura de se falar na realização plena e valorização da pessoa humana” (2014, p.543).

Para isso, compreende-se que existem diversas modalidades de família, ou seja, diversas possibilidades para se constituir uma entidade familiar, de forma não taxativa, sendo que o modelo historicamente denominado como “tradicional” – homem e mulher – não pode ser considerado como a família perfeita, ideal. Além disso, tampouco pode ser considerada como a única forma de cuidar e de educar uma criança ou adolescente, tendo em vista as diversas modalidades presentes na sociedade brasileira, identificadas por meio de estudos realizados por equipes multidisciplinares, que não só decorrem de vínculo biológico, mas que nascem dos vínculos afetivos formados entre os integrantes do mesmo núcleo familiar. Paulo Lôbo afirma que “qualquer relação parental/filial é socioafetiva, porque brota de sua raiz cultural adotada pelo Direito. Nesse sentido, a parentalidade socioafetiva é gênero, da qual a parentalidade biológica e a parentalidade socioafetiva em sentido estrito são espécies” (2017, p. 12).

No mesmo sentido, Jacqueline Filgueiras Nogueira fortifica a importância da socioafetividade no meio familiar, tendo em vista que

o vínculo de sangue tem um papel definitivamente secundário para a determinação da paternidade; a era da veneração biológica cede espaço a um novo valor que se agiganta: o afeto, porque o relacionamento mais profundo entre pais e filhos transcende os limites biológicos, ele se faz no olhar amoroso, no pegá-lo nos braços, em afagá-lo, em protegê-lo, e este é um vínculo que se cria e não se determina (2001, p. 147).

Imperioso compreender o amplo conceito de família, conhecer suas peculiaridades e buscando entender a proteção que esta possui perante o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a sua importância, bem como a sua atualidade, uma vez que a Constituição Federal de 1988 ampliou a conceituação, a sua proteção, seus direitos e seus deveres. Dessa maneira, alterou o paradigma patriarcal em que se vivia, dando espaço para o vínculo socioafetivo e para novas constituições destas entidades familiares, afastando a ideologia que qualquer vínculo deveria ter como origem o casamento. Maria Berenice Dias explica que

A Constituição Federal de 1988 alargou o conceito de família, passando a integrá-lo as relações monoparentais, de um pai com seus filhos. Esse redimensionamento, calcado na realidade que se impôs, acabou afastando da idéia de família o pressuposto de casamento. Para sua configuração, deixou-se de exigir a necessidade de existência de um par, o que, consequentemente, subtraiu de sua finalidade a proliferação (2001. p. 20).

Entende-se que a Constituição Federal de 1988 afastou o paradigma patriarcal, proibiu a discriminação de filhos, bem como, trouxe proteção às famílias reconstituídas, decorrentes de um segundo relacionamento. Assim, conforme demonstra o artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal, os filhos socioafetivos possuem direitos iguais aos filhos biológicos, não sendo permitido a discriminação e diferenciação de tratamento legislativo. Até a entrada em vigor da Carta Magna, o Código Civil de 1916 protegia exclusivamente os filhos biológicos, negligenciando direitos aos filhos socioafetivos, pois, segundo o pensamento daquela época, o patrimônio do falecido deveria permanecer para o filho de sangue, pois o objetivo principal do legislador da época era privilegiar a preservação do patrimônio do núcleo familiar (BORGES, 2018, p. 97). Nesse sentido, Rolf Madaleno comenta que

O artigo 227, § 6º, da Constituição Federal veio para terminar com o odioso período de completa discriminação da filiação no Direito brasileiro, sob cuja epidemia viveu toda a sociedade brasileira, e sua história legislativa construiu patamares discriminando os filhos pela união legítima ou ilegítima dos pais, conforme a prole fosse constituída pelo casamento ou fora dele. O texto constitucional em vigor habilita-se a consagrar o princípio da isonomia entre os filhos, ao pretender estabelecer um novo perfil na filiação, de completa igualdade entre todas as antigas classes sociais de perfiliação, trazendo a prole para um único e idêntico degrau de tratamento, e ao tentar derrogar quaisquer disposições legais que ainda ousassem ordenar em sentido contrário para diferenciar a descendência dos pais (2018, p. 657).

O assunto demonstra-se atual, bem como de grande relevância social, tendo em vista que qualquer vínculo familiar deve se valer da afetividade, seja no momento de sua constituição, seja no decorrer do vínculo, criar laços de afeto entre seus membros, visto que o afeto está presente em todas as famílias, seja biológica, seja socioafetiva. Ademais, salienta-se a importância de estudar as mudanças no conceito de família que a Constituição Federal de 1988 trouxe, bem como das novas possibilidades de se constituir um vínculo familiar que não só decorrem do vínculo biológico. Para Saulo Versiani Penna e Deborah Nayara Dos Reis Araujo

o principal reflexo da livre (des)constituição familiar foi o surgimento das famílias reconstituídas, também chamadas de recompostas, modelo no qual um ou ambos os cônjuges vieram de um relacionamento anterior já dissolvido, trazendo consigo os filhos gerados no antigo relacionamento e se unem criando uma estrutura familiar, firmada em laços de afeto, solidariedade e outros interesses comuns (2017. p. 29).

São constituídas de um segundo casamento, mas que utilizam o afeto como um pilar para a constituição de um núcleo e de um vínculo socioafetivo também merece tamanho reconhecimento, da mesma forma



que não há um rol taxativo previsto da Constituição Federal quanto a formação das famílias. Assim, Fabíola Santos Albuquerque destaca que

A pluralidade das entidades familiares se manifesta quando a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, reconhece outras espécies, para além do casamento, todavia não significa que alberga, apenas aquelas, expressamente, previstas, pelo contrário, sua natureza principiológica e contemplativa da cláusula geral de inclusão tutela todo e qualquer tipo de arranjo familiar, ainda que implícito (2009, p. 88).

A Constituição Federal é a maior lei vigente no ordenamento jurídico brasileiro, sendo assim, nenhuma lei abaixo, ou seja, lei infraconstitucional, pode regulamentar acerca de matérias que desacordem com a vontade expressa na Carta Magna, e, fazendo-o, serão denominadas como leis inconstitucionais, isto é, que não possuem eficácia, visto que desrespeitam os princípios estabelecidos na própria Constituição Federal. Assim, pelos poderes que a Constituição Federal possui, foram elencados princípios, direitos e deveres que o Estado e os cidadãos devem seguir, cabendo ao próprio Estado assegurar sua validade e sua eficácia em conformidade com o Poder Judiciário e o Poder Legislativo.

No ordenamento jurídico brasileiro, todas as normas jurídicas devem seguir os ditames estabelecidos na Constituição Federal. Desse modo, ao ser assegurado um direito, cabe ao Estado regulamentar determinada matéria e buscar efetivá-la através da criação de leis, a fim de cumprir com as garantias estabelecidas na lei maior e buscar atualizar-se perante a demanda da sociedade. Outrossim, apesar da Constituição Federal possuir, em regra, eficácia plena<sup>4</sup>, alguns direitos estabelecidos na carta

---

<sup>4</sup> Artigo 5º da Constituição Federal: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

constitucional possuem eficácia limitada, isto é, necessitam de uma iniciativa do Estado em criar leis específicas para que tenham aplicabilidade no ordenamento jurídico, pois, em alguns casos, a Constituição assegura o direito, mas não traz a sua aplicação.

Nesse sentido, explica Luís Roberto Barroso que

Normas de eficácia limitada são as que não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, o qual deixou ao legislador ordinário a tarefa de completar a regulamentação das matérias nelas traçadas em princípio ou esquema. Estas normas, contudo, ao contrário do que ocorria com as ditas não autoaplicáveis, não são completamente desprovidas de normatividade. Pelo contrário, são capazes de surtir uma série de efeitos, revogando as normas infraconstitucionais anteriores com elas incompatíveis, construindo parâmetro para a declaração da inconstitucionalidade por ação e por omissão, e fornecendo conteúdo material para a interpretação das demais normas que compõem o sistema constitucional (2010, p. 251).

Conforme prevê o artigo 3º da Constituição Federal, esta possui como objetivo, dentre outros, reduzir a desigualdade social e promover o bem de todos, sem preconceitos. Além disso, trouxe fim à discriminação entre os filhos havidos fora do casamento com os filhos biológicos, pois, até sua entrada em vigor, os adotados e os socioafetivos eram taxados como ilegítimos. Para Sílvio de Salvo Venosa

O Código Civil de 1916 centrava suas normas e dava proeminência à família legítima, isto é, aquela derivada do casamento, de justas núpcias, em paradoxo com a sociedade brasileira, formada em sua maioria por uniões informais. Elaborado em época histórica de valores essencialmente patriarcais e individualistas, o legislador do início do século passado marginalizou a família não provinda do casamento e simplesmente ignorou direitos dos filhos que proviessem de relações não matrimoniais, fechando os olhos a uma situação social que sempre existiu, especialmente em nosso país de miscigenação natural e incentivada (2011, p. 224).

A Constituição Federal busca nortear o ordenamento jurídico brasileiro, assegurando a todos direitos e princípios, estabelecendo uma base a ser seguida por todas as leis infraconstitucionais, objetivando garantir o bem-estar e uma vida digna aos seus cidadãos. A constituição assegura a todos os brasileiros condições mínimas de vida, lhes garantindo direitos individuais, direitos sociais e garantindo a segurança de determinados povos, classes e grupos, a fim de efetivar a equidade social, demonstrando grande alteração em sua valorização como meio de integração e efetivação dos princípios relativos às famílias, tais como a dignidade humana e o princípio da afetividade.

A Constituição da República traduziu a nova tábua de valores da sociedade, estabeleceu os princípios fundantes do ordenamento jurídico e, no que concerne às relações familiares, alterou radicalmente os paradigmas hermenêuticos para a compreensão dos modelos de convivência e para a solução dos conflitos intersubjetivos na esfera da família (TEPEDINO, 2009, p. 255).

Sendo assim, trazendo a relevância do estudo, o artigo 227 da Constituição Federal é assegura à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, dentre outros, ou seja, cabendo não só à família o dever de cuidar, mas também à sociedade e ao Estado. A partir disso, nasce ao Estado, à sociedade e à família o dever do cuidado à criança e ao adolescente, sendo essencial o cumprimento das obrigações impostas na própria Constituição para que estes tenham condições mínimas de se desenvolverem com saúde e educação, uma vez que são o futuro do país e devem ser tratados com respeito e admiração, para que, no futuro, possam repetir o processo que sofreram, isto é, cuidar e educar as crianças e adolescentes da mesma maneira que foram educados.

Relevante entender as mudanças que a Constituição Federal trouxe, a fim de regulamentar uma maior proteção às famílias e a todos os filhos, uma vez que deixa-se de viver em uma sociedade patriarcal e que utilizava-se o casamento necessariamente como meio de procriação, surgindo, de fato, o relacionamento que se baseia na afetividade. Sílvio de Salvo Venosa explica que

Em nosso país, a Constituição de 1988 representou, sem dúvida, o grande divisor de águas do direito privado, especialmente, mas não exclusivamente, nas normas de direito de família. O reconhecimento da união estável como entidade familiar (art. 226, § 7º) representou um grande passo jurídico e sociológico em nosso meio. É nesse diploma que se encontram princípios expressos acerca do *respeito à dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III). Nesse campo, situam-se os institutos do direito de família, o mais humano dos direitos, como a proteção à pessoa dos filhos, direitos e deveres entre cônjuges, igualdade de tratamento entre estes etc. Foi essa Carta Magna que também alçou a princípio constitucional da *igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros* (art. 226, § 5º) e *igualdade jurídica absoluta dos filhos*, não importando sua origem ou a modalidade de vínculo (art. 227, § 6º). Ainda, a Constituição de 1988 escreve o princípio da paternidade responsável e o respectivo planejamento familiar (art. 226, § 7º). O Código Civil de 2002 complementou e estendeu esses princípios, mas, sem dúvida, a verdadeira revolução legislativa em matéria de direito privado e especificamente de direito de família já ocorrera antes, com essa Constituição (2020, p. 8).

Entende-se que o conceito de família sofreu mudanças significativas em sua interpretação, deixando exposto que a Constituição Federal de 1988 reconheceu que existem diferentes formas de se constituir uma família, além do matrimônio. Desse modo, Paulo Lôbo explica que

o objeto da norma não é a família, como valor autônomo, em detrimento das pessoas humanas que a integram. Antes foi assim, pois a finalidade era reprimir ou inibir as famílias "ilícitas", desse modo consideradas todas aquelas

que não estivessem compreendidas no modelo único (casamento), em torno do qual o direito de família se organizou. "A regulamentação legal da família voltava-se, anteriormente, para a máxima proteção da paz doméstica, considerando-se a família fundada no casamento como um bem em si mesmo, enaltecida como instituição essencial". O caput do art. 226 é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade (2002, p. 59).

A constituição Federal de 1988 trouxe diversas garantias, proteções, deveres e direitos às famílias brasileiras, dentre eles, o dever de cuidado, de educação às crianças e aos adolescentes, bem como, trouxe proteção a qualquer família que seja constituída, tendo em vista o amplo conceito de família abordado doutrinariamente.

Dito isso, explicam Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald que

Outrossim, deixando [a família] de ser compreendida como núcleo econômico e reprodutivo (entidade de produção), avançando para uma compreensão socioafetiva (como expressões de uma unidade de afeto e entreajuda), surgem, naturalmente, novas representações sociais, novos arranjos familiares. Abandona-se o casamento como ponto referencial necessário para buscar a proteção e o desenvolvimento da personalidade do homem. É a busca de *dignidade da pessoa humana*, sobrepujando valores meramente patrimoniais (2014, p. 92).

Denota-se que ocorreram diversas mudanças na legislação com o intuito de regulamentar o interesse da sociedade contemporânea, bem como acompanhar o desenvolvimento social, isto é, a Constituição Federal de 1988 não foi omissa quanto à proteção familiar, uma vez que garante a proteção de quaisquer famílias e não somente àquela família composta por um homem e uma mulher com seus filhos biológicos. Demonstrando, assim, que a Constituição Federal se atualizou de acordo com os interesses

e desenvolvimento social, isto é, a sociedade desenvolveu-se ao ponto de não permanecer preso a um relacionamento – casamento – e, desse modo, novos arranjos familiares surgiram através da constituição de famílias em que seus membros já possuíam filhos, surgindo o vínculo socioafetivo entre padrasto/madrasta e filho.

Para Saulo Versiani Penna e Deborah Nayara Dos Reis Araujo

No entanto, a família de hoje deixou de ser uma instituição jurídica gerida apenas por interesses políticos, de ocasião ou religiosos, para se transformar em um ambiente de desenvolvimento efetivamente humano, detentora de particularidades das pessoas, vivências comuns e conflitos socioafetivos. Aliás, a legalização do divórcio acabou por impulsionar o exercício da recomposição familiar, o que fez surgir uma diversidade de modelos de sua constituição, sendo que a recepção social dessa pluralidade está a configurar formas que estão muito além daquela tradicional decorrente do instituto do casamento (2017. p. 28-29).

A Carta Magna elencou princípios em seu texto constitucional, com o objetivo de garantir a efetivação dos direitos, bem como a fim de dar um norte às leis, garantindo, desse modo, a aplicabilidade dos direitos constituídos consoante ensina Elimar Szaniawski que

A Constituição brasileira, em vigor, edifica o direito geral de personalidade a partir de determinados princípios fundamentais nela inseridos, provenientes de um princípio matriz que consiste no princípio da dignidade da pessoa humana. Os princípios constitucionais, dispostos na Carta Magna, constituem um arcabouço da tutela da pessoa humana em nível constitucional, como um grande sistema de proteção do direito geral de personalidade. Tendo em vista a importância e a extensão do princípio da dignidade da pessoa humana, como princípio matriz, do qual irradiam todos os direitos fundamentais do ser humano, vinculando o poder público como um todo, bem como os particulares, pessoas naturais ou jurídicas e sendo o direito da pós-modernidade um direito que possui por destinatário final a pessoa humana,

exercendo uma função social, todo o direito posto deve ser lido e interpretado à luz da Constituição, em especial, segundo os postulados do princípio da dignidade da pessoa humana (2005, p. 120-121).

Existem outras maneiras de se reconhecer a filiação além do vínculo biológico, como àquelas decorrentes do vínculo socioafetivo através do amor e do afeto. Assim, pode-se afirmar que existem três modalidades de vínculo entre as pessoas, quais sejam, o vínculo biológico, o vínculo civil e o socioafetivo.

Saulo Versiani Penna e Deborah Nayara Dos Reis Araujo destacam que

surge, assim, a ideia da “desbiologização da paternidade”. O vínculo biológico deixa de ocupar o centro das relações parentais para dar espaço às relações de carinho e afeto, o que gera a possibilidade diante do conflito entre a afetividade e o vínculo biológico de se optar pelo primeiro, dada as vantagens de proteção e interesse da criança ou do adolescente eventualmente ali envolvido (2017. p. 31).

Independentemente do tipo de família constituída, o afeto deve sempre estar presente, uma vez que é um dos pilares que a sustentam. Para isso, importante abordá-lo no presente estudo, uma vez que o afeto está diretamente conectado com todos os vínculos familiares, seja biológico, seja socioafetivo, bem como, importante conhecer a proteção constitucional a esses núcleos.

Assim, explica o doutrinador Paulo Lôbo que

A socioafetividade tem sido empregada no Brasil para significar as relações de parentesco não biológico, de parentalidade e filiação, notadamente quando em colisão com os vínculos de origem biológica. A evolução da família expressa a passagem do fato natural da consanguinidade para o fato cultural da afetividade, principalmente no mundo ocidental contemporâneo. Os termos

“socioafetividade” e seus correlatos congregaram o fato social (“sócio”) e a incidência do princípio normativo (“afetividade”) (2017, p. 12).

A Constituição Federal revela-se imprescindível no desenvolvimento dos direitos e garantias que são estabelecidos às famílias, bem como seus princípios, que, por mais que não possuam força de lei, servem como nortes dentro do sistema jurídico brasileiro. Ademais, resta demonstrado que as famílias contemporâneas não decorrem somente do casamento e que o afeto é um dos pilares para o seu desenvolvimento, bem como para o fortalecimento dos vínculos entre as pessoas, especialmente nas famílias que possuem filhos socioafetivos, a fim de compreender os seus efeitos durante o percorrer da vida dos integrantes deste núcleo familiar.

Destacada a relevância do assunto, bem como a necessidade da proteção constitucional a todas as famílias, faz-se necessário um aprofundado estudo acerca do procedimento sucessório das famílias que possuem vínculos socioafetivos, uma vez que é assegurada pela Constituição no artigo 5º, o direito à herança. Desse modo, analisar-se-á o procedimento sucessório, a fim de compreender como deve proceder a sucessão nas famílias socioafetivas, em especial, nas famílias multiparentais, objeto de estudo do presente artigo.

## **2 Direito sucessório brasileiro**

Diante do rol não taxativo de famílias abrangido pela Constituição Federal e do reconhecimento da multiparentalidade, importante o estudo acerca do direito sucessório, apesar das pessoas, de modo geral, evitarem de falar sobre o assunto, pois, de certa maneira, trata-se de um tema delicado e desagradável, uma vez que se fala sobre o falecimento de alguém. Entretanto, deve-se levar em consideração que a morte faz parte da vida humana, tendo em vista que é o ciclo natural, visto que a vida não é eterna, assim, ao morrer, deixa-se tudo o que se possui neste mundo,



inclusive os familiares e bens. Contudo, com a morte de um familiar, “nasce” o direito de herança aos herdeiros, ou seja, ao morrer uma pessoa, aos seus familiares nasce o direito de reaver os bens do falecido, denominado como “*de cujus*”.

No mesmo sentido, afirmam os autores Paulo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho.

O brasileiro, em geral, não costuma falar da morte. Muitos dizem que isso traz mau agouro ou pode, até mesmo, propiciar a sua chegada mais precoce, o que ninguém quer. Mas o fato é que a morte faz parte da vida, sendo a única certeza de toda a nossa trajetória, independentemente de credo ou filosofia (2019, p. 1505).

Imperiosa a compreensão do direito sucessório e o estudo acerca do procedimento a fim de compreender como deve ser aplicado o direito sucessório nos casos de famílias multiparentais. Ademais, o direito sucessório é imprescindível ao ordenamento jurídico brasileiro, visto a sua importância e, nas palavras de Cahali, o direito sucessório representa “o conjunto de regras e complexo de princípios pertinentes à passagem da titularidade do patrimônio de alguém que deixa de existir aos seus sucessores” (2003, p. 24). Ainda, em razão do direito à herança estar previsto na Constituição Federal como um direito individual e uma garantia fundamental, faz-se necessária a compreensão do tema estudado, aliás, vê-se que a Carta Magna vislumbrou a necessidade de resguardar o direito à herança no próprio corpo constitucional, fato que demonstra a importância do direito sucessório para a sociedade e para o ordenamento jurídico. Carlos Roberto Gonçalves afirma que

A Constituição Federal trouxe duas importantes disposições atinentes ao direito sucessório: a do art. 5º, XXX, que inclui entre as garantias fundamentais o direito de herança; e a do art. 227, § 6º, que assegura a

paridade de direitos, inclusive sucessórios, entre todos os filhos, havidos ou não da relação do casamento, assim como por adoção (2020, p. 24).

Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf ensina que o direito sucessório

Representa a transmissão do patrimônio de uma pessoa a uma ou mais pessoas vivas, denominadas herdeiros. É ainda um modo de aquisição de propriedade a título universal, ou seja, referente à totalidade dos bens deixados ou mesmo de uma quota- parte do conjunto do patrimônio. Para que haja a sucessão, tem-se o pressuposto da morte do autor da herança. Antes desse evento, o titular da relação jurídica é o de cujus (de cujus hereditatis agitur). Após sua morte, o herdeiro torna-se titular, sucedendo-lhe em todas as relações jurídicas, as quais se encontrava unido (2014, p. 346).

A vida é passageira, e os bens, apesar de possuírem vida útil, tendem a permanecer no mundo após a morte do seu respectivo dono e, com isso, nasce a pretensão do direito à herança aos familiares do falecido, isto é, o direito sucessório existe para garantir que o patrimônio do falecido continue tendo uma finalidade e para regulamentar a transferência de domínio do patrimônio deixado. Para tanto, necessária a regulamentação acerca da transferência de domínio aos familiares do “de cujus” e, assim, através do Código Civil, busca-se efetivar o direito constitucional à herança.

A Constituição Federal assegura a todos o direito à herança, garantia, essa, que é um direito fundamental, presente no Artigo 5º, inciso XXX, por trazer em seu rol direitos e garantias individuais, bem como a presença da dignidade humana. Ou seja, a Constituição vislumbrou a necessidade de garantir tal direito aos familiares, tendo em vista que é necessário que os herdeiros continuem dando uma finalidade aos bens deixados pelo falecido. Entretanto, salienta-se que o direito sucessório não é unicamente

de interesse privado, visto que o Estado também tem o objetivo de preservar o direito à sucessão, de modo que um patrimônio não fique sem um proprietário, desse modo acaba por proteger a família (VENOSA, 2020, p. 586).

Para que os familiares do falecido recebessem sua herança, não bastou a Constituição Federal assegurar tal direito, pois a garantia da herança não possui eficácia plena, coube ao Estado, através de leis infraconstitucionais, regulamentar a determinada matéria. Ao Direito Civil brasileiro restou a incumbência de regulamentar o direito sucessório, determinando o procedimento e os princípios a serem seguidos. Desse modo, o Código Civil elenca quem são os herdeiros necessários, quais são as regras, de como e quando deve ocorrer a transferência do patrimônio do falecido, bem como estipulando impedimentos a fim de garantir o efetivo direito à herança aos beneficiados. Outrossim, o Código Civil é responsável por regulamentar o direito sucessório, sempre, à luz da Constituição Federal.

Assim, conforme afirma Carlos Roberto Gonçalves

O direito das sucessões é o ramo do direito civil que disciplina a transmissão dos bens, valores, direitos e dívidas deixados pela pessoa física aos seus sucessores, quando falece, além dos efeitos de suas disposições de última vontade. Sob o ponto de vista material, quando uma pessoa morre ela deixa duas coisas: seu corpo e sua herança. Diz-se herança o patrimônio ativo e passivo deixado pelo falecido, também denominado acervo, monte hereditário ou espólio. Para que haja a sucessão hereditária são necessários dois requisitos: primeiro, o falecimento da pessoa física (de cujus); segundo, a sobrevivência do beneficiário, herdeiro ou legatário (princípio da coexistência).

O direito das sucessões não é dos mortos, mas sim dos vivos. São estes os reais titulares e destinatários dele (2019, p. 15).

Imperioso entender o procedimento de habilitação à sucessão, tendo em vista que, para receber o espólio deixado pelo “*de cuius*”, necessariamente deve passar pelas mãos dos herdeiros necessários, os quais encontram-se no artigo 1.845<sup>5</sup> do Código Civil. Dessa maneira, deve haver a vocação hereditária a fim de regulamentar a ordem de chamada dos herdeiros.

Rolf Madaleno explica o conceito da vocação hereditária dispondo que

O termo vocação vem do latim *vocatio*, do verbo *vocare*, que significa chamar, e no direito sucessório tem o sentido de chamar todos os possíveis herdeiros no momento exato da morte do *de cuius*, seja pela vontade por ele expressada por meio de testamento ou em decorrência do texto contido na lei. A vocação legal se produz sempre até o quarto grau de parentesco e independe da existência de testamento, muito embora o testamento possa afastar os parentes da herança quando não forem herdeiros necessários e o testador tenha testado a totalidade de seus bens. A vocação hereditária pode ser legítima, por ser proveniente da lei, ou testamentária, quando 35. proveniente de testamento, cuja derradeira vontade sucessória foi manifestada em vida pelo testador, e haveria uma terceira espécie de vocação, chamada de legitimária, quando o testador ultrapassa a porção disponível e o herdeiro necessário promove uma ação em busca de sua legítima, ou quando um herdeiro filho, portanto, um herdeiro necessário, é desconhecido e promove ação de investigação de paternidade com petição de herança e redução de disposição testamentária, ou quando a cláusula testamentária de deserdação de um herdeiro necessário foi judicialmente declarada injusta (2020, p. 119 e 120).

Necessariamente, a herança, em parte ou na totalidade, deverá passar pelas mãos dos herdeiros necessários, quando estes não renunciarem ou não forem considerados indignos. Assim, afirma-se que os herdeiros necessários são os titulares da herança e que devem ser chamados a

---

<sup>5</sup> Artigo 1.845 do Código Civil: São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

sucedem, quando não sofrerem restrições, isto é, os herdeiros necessários, quando presentes e não restringidos, devem fazer-se presentes, a fim de receber sua quota parte da herança, sendo imprescindível a sua participação.

Além disso, deve ser respeitada uma sequência de chamada, ou seja, as pessoas beneficiadas, denominadas como herdeiras, devem seguir a ordem de chamada do artigo 1.829<sup>6</sup>. A lei buscou regulamentar o direito sucessório da maneira que os descendentes, concorrendo com o cônjuge sobrevivente, se o “*de cujus*” era casado e a depender do regime de comunhão adotado, receberão a herança, dividindo entre si o patrimônio do falecido. Sendo assim, a segunda linha de herdeiros, os ascendentes, só receberão na falta de descendentes. Da mesma forma, o cônjuge sobrevivente só herdará todo o patrimônio na falta de descendentes e ascendentes. Dessa maneira, o Código Civil buscou regulamentar o direito sucessório a fim de que o grau mais próximo exclua o mais remoto, conforme dispõem os artigos 1.833 e 1.840, observando o direito de representação, e, sendo a vontade do “*de cujus*” em dividir de maneira diferente, este, deverá fazer um testamento, observando os limites estipulados pelo próprio Código Civil.

Explica Rolf Madaleno que

Portanto, segundo o sistema regulado pelo Código Civil, no que concerne à herança deixada pelo defunto, são convocados os parentes com ordem de preferência para receberem a herança, a começar pelos descendentes, em concorrência com o cônjuge ou companheiro sobrevivente, salvo se casado ou convivendo no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver

---

<sup>6</sup> Artigo 1.829 do Código Civil: A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.

deixado bens particulares; na falta dos descendentes, os ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou convivente, e se inexistentes, são então vocacionados os colaterais, somente sendo convocados os herdeiros de outra classe, na falta ou diante da renúncia dos herdeiros da classe antecedente. Desse modo, a primeira classe a ser chamada é a dos descendentes, considerando sempre a proximidade de grau de parentesco, sendo por isso convocados os filhos e se não mais existirem, serão chamados os netos, que estão em grau posterior de parentesco (2020, p. 322 e 323).

Importante destacar que o Código Civil não permite distinção entre os filhos havidos fora do casamento com àqueles biológicos, ou seja, ao contrário do antigo Código Civil de 1916, não se pode mais distinguir os filhos, antigamente denominados como filhos legítimos e filhos ilegítimos, ou seja, dentro do direito sucessório, a herança será dividida entre os mesmos, sem distinção, seguindo os ditames constitucionais, conforme explicam Cahali e Hironaka “o direito sucessório de qualquer filho é idêntico, seja ele havido no casamento ou fora dele, através de adoção ou mesmo de procriação assistida” (2014, p. 168) .

O Código Civil de 2002 buscou atualizar-se a fim de se enquadrar nos ditames definidos na Constituição Federal vigente e, dessa maneira, o ordenamento jurídico brasileiro buscou tutelar os interesses de todas as famílias, abrangendo, inclusive, o direito sucessório às famílias socioafetivas, não decorrentes dos vínculos biológicos, bem como os filhos adotivos, efetivando o direito individual constitucional de direito à sucessão e efetivando, principalmente, o princípio da dignidade humana, uma vez que não distingue mais os filhos biológicos daqueles socioafetivos. Para tanto, vê-se que o direito sucessório vislumbrou a necessidade de regulamentar a matéria da seguinte maneira.

A sucessão poderá ocorrer de duas maneiras, sendo através da sucessão legítima e através da sucessão testamentária. Aquela, regulamentada pelos artigos 1.829 até 1.844 do próprio Código Civil, em

que se deve levar em consideração a vocação hereditária, anteriormente exposta, e esta ocorre como efetivação da última vontade do falecido, isto é, a sucessão testamentária baseia-se na vontade da pessoa em escolher quais bens e para quem deseja transferir seu patrimônio, observando os limites estipulados pelo próprio Código Civil.

Ademais, salienta-se que a herança é transmitida automaticamente, não sendo necessária a aceitação do herdeiro, isto é, os herdeiros não necessitam dar prévia aceitação para receber herança e, sequer, precisam saber da morte do familiar para receber sua quota parte da herança. Ademais, entende-se que o herdeiro não necessita ter plena capacidade civil para receber sua herança, mas sendo absolutamente incapaz, seu patrimônio será regido pelos seus pais, tutor ou curador.

Dito isso, necessária a compreensão da importância do princípio *saisine* para o direito sucessório, presente no artigo 1.784 do Código Civil, o qual originou-se no Direito Francês na Idade Média no decorrer do regime feudal. Assim, explica Carlos Roberto Gonçalves que

O princípio da *saisine* surgiu na Idade Média e foi instituído pelo direito costumeiro francês, como reação ao sistema do regime feudal. Por morte do arrendatário, a terra arrendada devia ser devolvida ao senhor, de modo que os herdeiros do falecido teriam de pleitear a imissão na posse, pagando para tal uma contribuição. Para evitar o pagamento desse tributo feudal, adotou-se a ficção de que o defunto havia transmitido ao seu herdeiro (2020, p. 37).

Assim, entende-se que o princípio da *saisine* no direito civil brasileiro está presente no artigo 1.784 do Código Civil ao falar que “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. Desse modo, compreende-se que os requisitos de validade da sucessão hereditária são a morte de uma pessoa e a ordem da vocação hereditária, conforme entendimento de Carlos Alberto Dabus

Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, os quais dispõem que “dois são os pressupostos da sucessão: a morte do autor da herança e a vocação hereditária, estimando-se, desta forma, que lhe sobreviva o herdeiro” (MALUF, 2013, p. 58).

A fim de enquadrar as famílias multiparentais no direito sucessório, necessário o entendimento acerca do procedimento acima exposto, bem como compreender quais as consequências do reconhecimento das famílias multiparentais no ordenamento jurídico brasileiro, visto que foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal – STF.

### **3 A Multiparentalidade e os efeitos sucessórios**

A sociedade desenvolveu-se com o decorrer dos anos e novas modalidades de famílias foram constituídas. A partir disso, surge ao Estado a necessidade de atualizar-se, a fim de ir ao encontro dos interesses e das demandas dos seus integrantes, para que, quando necessário, exerça a sua função jurisdicional de maneira célere e eficaz. Dessa maneira, a legislação brasileira sofreu severas mudanças com o advento da Constituição Cidadã de 1988, sendo que a proteção constitucional deixou de ser reservada às famílias frutos de casamento que possuem filhos exclusivamente biológicos.

O tratamento igualitário entre filhos socioafetivos e biológicos é recente, uma vez que, anteriormente à Constituição Federal de 1988, os filhos biológicos possuíam grande prevalência perante os extraconjugais, antigamente denominados como ilegítimos pelo antigo Código Civil brasileiro. O maior interesse era de que o patrimônio do falecido continuasse na posse de um parente de sangue, filho do casal. Consoante explica Paulo Lôbo,

Nenhum direito sucessório lhes era assegurado, ainda que o pai (ou a mãe) quisesse contemplá-los, porque a lei impedia o reconhecimento da filiação,



fosse voluntário ou judicial. Esse quadro excludente perdurou durante boa parte da primeira metade do século XX, em grande medida impulsionado pela pressão conservadora de forças religiosas e moralistas (2016, p. 19).

Ademais, tal situação ocorria também com os filhos adotivos, que sofriam pelo tratamento diferenciado e pela limitação de direitos, motivo pelo qual não lhes era assegurado o direito à herança, conforme ensina Paulo Lôbo

Entendia o direito anterior que a adoção simples não excluía a relação de parentesco com a família de origem, o que repercutia no direito das sucessões, pois este dizia respeito àquela e não à nova família. Após o advento da Constituição, os direitos sucessórios do filho que foi adotado são plenamente iguais aos dos filhos biológicos do pai ou pais adotantes. Não há mais, no direito brasileiro, filhos adotivos, uma vez que após o procedimento de adoção cessa o vínculo da filiação com sua origem (2016, p. 20).

Com o avanço dos interesses da sociedade e de suas interatividades, surgiu o instituto da família multiparental, composta por uma família que tem como pilar a socioafetividade, isto é, que possui um vínculo de afeto, o qual não decorre exclusivamente de vínculo biológico, composta por mais de um pai ou mais de uma mãe, sendo, um destes, parente socioafetivo e outro consanguíneo, conforme ensina Carlos Roberto Gonçalves ao dizer que “a multiparentalidade, pois, consiste no fato de o filho possuir dois pais ou mães reconhecidos pelo direito, o biológico e o socioafetivo, em função da valorização da filiação socioafetiva” (2019, p. 306). No mesmo sentido Maria Berenice Dias comenta acerca da importância que a manutenção do nome no registro civil possui à criança e ao adolescente, veja-se “O direito de uma criança ou adolescente ter retratado em seu assento de nascimento o espelho de sua família constitui

elemento essencial para a formação e desenvolvimento de sua identidade pessoal, familiar e social” (2020, p. 236).

Sendo assim, afirma Rolf Madaleno

A família sociológica se assenta no afeto cultivado dia a dia, alimentado no cuidado recíproco, no companheirismo, na cooperação, na amizade, na cumplicidade. O afeto está presente nas relações familiares tanto na convivência entre o homem e a mulher, como na relação entre pais e filhos, não necessariamente advindos do imprescindível vínculo biológico. A parentalidade apresenta três verdades: a primeira delas é a verdade matrimonial, surgida do casamento ou da união estável; a segunda verdade é biológica e a terceira é a verdade afetiva (2004, p. 19).

Dessa maneira, para que a família seja reconhecida como multiparental, alguns requisitos devem ser cumpridos, posto que quem reconhecerá a multiparentalidade será o Poder Judiciário. Assim, os integrantes da família devem se aceitar como se parentes fossem, sempre com grande ligação pelo afeto.

Assim, necessário o estudo aprofundado acerca do vínculo socioafetivo, que é o meio adequado a ser utilizado objetivando o reconhecimento de famílias multiparentais.

Para isso, estudar-se-á a posse de estado de filho, que possui como pilar a socioafetividade entre os integrantes da família, independente da origem do vínculo.

Afirma Jacqueline Filgueras Nogueira que

Na prática social, as relações de afeto são mais importantes que as oriundas da consanguinidade, pois o entendimento majoritário é de que pais são os que criam, não os que procriam, de tal forma que se se deve considerar como verdadeiro pai aquele que, embora não seja do ponto de vista biológico, é o homem que ama, cria, educa e alimenta uma criança, assumindo todas as

funções inerentes de pai, sendo este considerado como tal por esta criança (2001, p. 56).

Assim, imperioso conhecer a posse de estado de filho, uma vez que é imprescindível para o reconhecimento da família multiparental. Para tanto, o autor Paulo Lôbo explana acerca dos requisitos

a) **Comportamento social típico de pais e filhos.** O comportamento que se tem entre pais e filhos deve aferível socialmente. É típico porque se repete de modo subjetivo e objetivo em todos os relacionamentos equivalentes, regularmente entre pais e filhos. No Brasil, a doutrina tradicionalmente desdobra esse requisito em três outros, segundo antiga lição: **a) Nome**, quando um dos pais ou ambos atribuem seus sobrenomes ao perflhado, mediante registro civil; **b) trato**, quando um ou ambos os pais tratam socialmente o perflhado como seu filho; **c) fama**, quando a comunidade onde vivem os pretensos pais e filhos os reconhecem assim, segundo as circunstâncias. Contudo, esses requisitos não são cumulativos e basta um deles ou outras circunstâncias distintas para gerar o convencimento judicial da existência de comportamento social típico entre pais e filhos.

b) **Convivência familiar duradoura.** O comportamento social típico de pais e filhos apenas se consolida quando ocorre convivência familiar, ou seja, quando essas pessoas integrem uma entidade familiar juridicamente reconhecida e convivam assim. Essa convivência há de ser duradoura e não episódica. O direito brasileiro não impõe um tempo determinado para que se caracterize a convivência familiar, mas há de ser suficiente para que se identifiquem laços familiares efetivos e não apenas relações genericamente afetivas.

c) **Relação de afetividade familiar.** As relações entre as pessoas devem ser de natureza afetiva e com escopo de constituição de família, para que se constitua estado de parentalidade e de filiação. Devem ser desconsideradas como tais as que tenham outro escopo ou interesse, ainda que haja convivência sob o mesmo teto. Assim, não há efetividade familiar no acolhimento doméstico que uma pessoa dá a uma criança desabrigada, ou na relação social entre padrinhos e madrinhas e seus afilhados, ou na prática de

apadrinhamento de criança que viva em instituição de acolhimento. (2017, p. 231) (grifei).

A respeito da posse do estado de filho, Maria Berenice Dias afirma que a filiação socioafetiva se baseia no reconhecimento da posse de estado de filho, em razão dos laços de afeto. A posse de estado de filho é a expressão psicológica de parentalidade, sendo que o “vínculo” biológico não possui prevalência frente ao vínculo socioafetivo do filho, pois é quem cuida, ama e participa da sua vida, sendo que a afetividade possui valor jurídico (2020, p. 229). Vislumbra-se que a posse de estado de filho está demonstrada através da boa convivência entre os integrantes da família e da prática dos poderes familiares, tais como saúde, moradia, lazer, educação e segurança. Desse modo, faz-se necessária a presença da posse de estado de filho para que a família multiparental seja reconhecida. Maria Berenice Dias discorre acerca das mudanças acerca das famílias e seus novos conceitos, asseverando que

Esses novos modelos familiares, muitos formados com pessoas que saíram de outras relações, fizeram surgir novas estruturas de convívio, sem que seus componentes disponham de lugares definidos com uma terminologia adequada. Inexistem na língua portuguesa vocábulos que identifiquem os integrantes da nova família. Que nome tem a namorada do pai? O filho do primeiro casamento é o que do filho da segunda união? “Madrasta”, “meio-irmão” são palavras que vêm encharcadas de significados pejorativos, não servindo para identificar os figurantes desses relacionamentos que vão surgindo (2001).

A multiparentalidade está relacionada diretamente ao direito de família, sendo que, se reconhecida, o interessado poderá postular direitos oriundos dos filhos, tais como o direito de inclusão do nome no registro civil, o direito de alimentos, o direito de visitas e, marcante para o presente

estudo, a multiparentalidade possui extrema importância para o direito sucessório, pois, uma vez que reconhecido o vínculo biológico ou socioafetivo, nasce a pretensão de herança ao filho da família multiparental, bem como aos seus descendentes e ascendentes, os quais são herdeiros necessários.

No mesmo sentido, explica Ricardo Calderón o conceito da multiparentalidade da seguinte forma:

Para exemplificar: uma pessoa possui um ‘pai socioafetivo’ por longos anos, com essa figura paterna registrada no assento de nascimento e consolidada faticamente, e, entretanto, em um dado momento, descobre que o seu ‘pai biológico’ é outro (com comprovação por exame de DNA, inclusive). Ou seja, o seu ‘pai socioafetivo’ não é o seu ascendente genético, o que significa que esse filho terá um ‘pai socioafetivo’ e outro ‘biológico’; duas figuras paternas com duas espécies distantes de vínculos. Isso leva à possibilidade de que esse filho pretenda ver reconhecida judicialmente essa paternidade biológica, mas sem abrir mão da paternidade socioafetiva que já possui, mantendo as duas paternidades concomitantemente, lado a lado. Caracterizada, assim, uma situação de multiparentalidade (2017, p. 212).

Conforme exposto anteriormente, é notória a mudança dos padrões familiares na sociedade e na tutela constitucional, bem como, que estes mudaram ao longo dos anos, restando demonstrada a importância que a afetividade possui perante o reconhecimento das famílias multiparentais, sendo que o seu reconhecimento se deu pelo caráter repetível. Através da Repercussão Geral, o STF buscou uniformizar futuras decisões, a fim de que a sociedade evite buscar o judiciário para tratar do assunto que já resta analisado.

Somente após o reconhecimento pelo do Supremo Tribunal Federal é que a multiparentalidade recebeu, de fato, proteção constitucional e respaldo para ser aplicada com segurança jurídica, posto que, até então, a

multipartalidade não era reconhecida pelo ordenamento jurídico e só tinha validade através do reconhecimento judicial aplicado em cada caso específico, a depender da situação fática e do entendimento de cada tribunal. Ou seja, a matéria não estava pacificada no ordenamento jurídico, por isso, o seu reconhecimento dependeria do vínculo familiar daqueles que desejavam reconhecer a multipartalidade.

O tema da multipartalidade foi analisado e reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal através do tema de repercussão geral número 622<sup>7</sup>, no sentido de coexistência dos vínculos, ou seja, as famílias multipartais existem por lei e de fato. Consoante Flávio Tartuce “A decisão do STF é o fim do caminho. A regra passou a ser a multipartalidade, nos casos de dilemas entre a parentalidade socioafetiva e a biológica. Uma não exclui a outra, devendo ambas conviver em igualdade plena” (2021, p. 1.345).

Assim, o Supremo Tribunal Federal firmou que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica com os efeitos jurídicos próprios” (BRASIL, 2016).

Salienta-se que o Supremo Tribunal Federal – STF é o maior órgão público do Poder Judiciário que tem como incumbência zelar pela Constituição Federal, órgão que a interpreta e traz aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, por ser o principal órgão do Poder Judiciário, considerado como “última instância”, quando necessário, lhe

---

<sup>7</sup> RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. IMPRESCRITIBILIDADE. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. PATERNIDADE BIOLÓGICA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. CONTROVÉRSIA GRAVITANTE EM TORNO DA PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM DETRIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. ART. 226, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PLENÁRIO VIRTUAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. Decisão: O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Ministro LUIZ FUX Relator.

são demandados assuntos complexos e de grande relevância para o ordenamento jurídico, denominados como assunto de repercussão geral<sup>8</sup>, em que o STF é chamado para que exerça sua jurisdição a fim de determinar qual é o direito a ser aplicado. Isto é, a partir da análise do Supremo é que surge a validade do objeto em análise, no presente estudo, as famílias multiparentais “nasceram” para o ordenamento jurídico após o reconhecimento do STF.

Flávio Tartuce comenta a decisão no sentido de declarar que inexistente prevalência entre parentalidade socioafetiva sobre a biológica, assim, disserta que

A tão comentada decisão do STF sobre a repercussão geral da paternidade socioafetiva acaba por confirmar a impossibilidade de se quebrar o vínculo de filiação em casos tais. A repercussão geral era pertinente, pois existiam decisões que concluíam pela não prevalência da parentalidade socioafetiva sobre a biológica. Conforme a tese que foi ali fixada pela Corte Máxima Brasileira, “a paternidade socioafetiva declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (Recurso Extraordinário 898.060, originário do Estado de Santa Catarina, com repercussão geral, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.09.2016, publicado no *Informativo* n. 840 da Corte) (2021, p. 1.344).

Ricardo Calderón explica a importância do reconhecimento das relações socioafetivas como vínculo parental através do julgamento de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, bem como, os desafios que foram expostos com tal reconhecimento, uma vez que novas

---

<sup>8</sup> Instituto processual pelo qual se reserva ao STF o julgamento de temas trazidos em recursos extraordinários que apresentem questões relevantes sob o aspecto econômico, político, social ou jurídico e que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Foi incluído no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e regulamentado pelos arts. 322 a 329 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e pelos arts. 1.035 a 1.041 do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=entendarg#:~:text=1.-,Repercuss%C3%A3o%20Geral,os%20interesses%20subjetivos%20da%20causa>. Acesso em: 06 mar. 2021.

demandas serão lançadas aos tribunais com o intuito de reconhecer vínculos socioafetivos. Assim, disserta que

O Superior Tribunal de Justiça desempenhou papel central no reconhecimento jurídico das relações socioafetivas como suficiente vínculo parental – construção essa que foi eminentemente jurisprudencial. Há diversos precedentes que consolidaram o vínculo afetivo como densificador de uma relação filial, lastreado no instituto da *posse de estado de filho*. Consequentemente, além dos conhecidos vínculos biológicos e registrais, o elo socioafetivo também passou a ser merecedor de relevo para o Direito. Tal ordem de ideias acabou por trazer novos desafios aos juristas. Isto porque inúmeras situações acabaram por demonstrar a existência de uma dada relação parental afetiva com determinada pessoa, mas conhecimento do vínculo biológico com outra pessoa (um era o pai socioafetivo, outro era o ascendente genético). Ou seja, como ao lado dos vínculos biológicos e registrais se passou a reconhecer o liame socioafetivo como consubstanciador de uma relação parental, em muitas das situações havia a dissociação de tais elos. A partir disso, passaram a surgir conflitos nos quais se discutia qual ligação parental deveria prevalecer nos casos de dissenso: a parentalidade afetiva ou a parentalidade biológica (2017, p. 181).

Maria Berenice Dias comenta acerca do reconhecimento das famílias multiparentais e seus efeitos

A multiparentalidade passou a ser chancelada pela Justiça a partir do reconhecimento de que a parentalidade não tem origem exclusivamente no vínculo biológico. A filiação socioafetiva é reconhecida, inclusive, como prevalente. O tema foi aceito como de repercussão geral pelo STF. E é objeto de enunciado do IBDFAM [Instituto Brasileiro de Direito de Família]. Admitido que a parentalidade socioafetiva pode coexistir com a biológica, foi aberto o caminho para a relação fática existente. Do mesmo modo. Na reprodução assistida. A participação de mais pessoas no processo procriativo torna possível que todos os envolvidos sejam pais (2020, p. 234).



Relevante destacar que o reconhecimento das famílias multiparentais trouxe uma nova preocupação à doutrina, tendo em vista que, reconhecido o vínculo familiar, nasce a pretensão de herança entre o filho reconhecido e o pai/mãe. Assim, Flávio Tartuce aponta três consequências da referida decisão, quais sejam

A primeira delas é o reconhecimento expresso, o que foi feito por vários Ministros, no sentido de ser a afetividade um valor jurídico e um princípio inerente à ordem civil- constitucional brasileira.

A segunda consequência, repise-se, é a afirmação de ser a paternidade socioafetiva uma forma de parentesco civil (nos termos do art. 1.593 do CC), em situação de igualdade com a paternidade biológica. Em outras palavras, não há hierarquia entre uma ou outra modalidade de filiação, o que representa um razoável equilíbrio.

A terceira consequência é a vitória da multiparentalidade, que passou a ser admitida pelo Direito Brasileiro, mesmo que contra a vontade do pai biológico. Ficou claro, pelo julgamento, que o reconhecimento do vínculo concomitante é para todos os fins, inclusive alimentares e sucessórios. Quanto aos efeitos sucessórios, na *VIII Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em abril de 2018, aprovou-se o Enunciado n. 632, segundo o qual “nos casos de reconhecimento de multiparentalidade paterna ou materna, o filho terá direito à participação na herança de todos os ascendentes reconhecidos (2021, p. 1346).

O reconhecimento da multiparentalidade trouxe dúvidas acerca dos direitos que se adquirem com o reconhecimento da paternidade, isto é, os direitos que decorrem da família, tais como o direito de alimentos, de inclusão do nome no registro civil, de visitas e, de extrema relevância para o presente estudo, os direitos sucessórios que são adquiridos com o reconhecimento. Contudo, conforme diz Christiano Cassettari “No Direito das Sucessões a pergunta recorrente é se o filho pode receber três heranças se tiver três pais. Não vemos problema para que isso ocorra” (2017, p. 155).

Assim, o Poder Judiciário, ao deparar-se em um conflito de interesses que verse direito sucessório de família multiparental, deve utilizar a legislação vigente, aplicando de maneira similar às famílias multiparentais.

Importante analisar como o ordenamento jurídico brasileiro aborda o reconhecimento da multiparentalidade, a fim de cumprir com o papel jurisdicional que lhe é designado, pois, o Estado tem o dever e o poder de jurisdição, isto é, lhe cabe resolver as lides que lhes são propostas e assegurar, através de um julgamento justo e válido, bem como, através de leis e entendimentos atualizados, que as demandas sejam sanadas e, dessa maneira, que seus cidadãos deem fim aos seus litígios.

Posto isso, Ricardo Calderón comenta acerca da necessidade de incluir o filho de família multiparental na herança, discorrendo que

Essa solução, embora possa chamar a atenção em um primeiro momento, é a única possível para manter a coerência do nosso sistema familiar e sucessório, à luz do atual Direito Civil-Constitucional, visto não se mostrar adequado permitir o reconhecimento de filho sem direito à herança (o que pode indicar um perigoso retrocesso) (2017, p 231).

Desse modo, analisa-se o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul após o reconhecimento, o qual diz:

APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA, CUMULADA COM RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. SENTENÇA QUE RECONHECEU A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA, SEM EXCLUSÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA/REGISTRAL. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL DE JUSTIÇA, E CORTES SUPERIORES. SENTENÇA CONFIRMADA. Descabido o pedido de exclusão do pai registral, ante a ausência de comprovação de vício de vontade, de consentimento, quando do registro de nascimento levado a efeito, sendo imperioso o reconhecimento dos vínculos afetivos e parentais, com todos os seus reflexos jurídicos, abarcando, assim, a mais completa e adequada tutela jurisdicional das pessoas envolvidas. Manutenção da

multipartalidade, à vista do reconhecimento dos vínculos socioafetivo e biológico, espelhamento da situação fática. Apelação desprovida, em decisão monocrática.(Apelação Cível, Nº 70083168963, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em: 29-03-2020).

Resta demonstrada, dessa maneira, a possibilidade de se constituir uma família que possua pais biológicos concomitantemente com pais socioafetivos, isto é, não excluindo um vínculo e não dando prevalência de um sobre outro, mas sim somar-se. Assim, cabe ao Estado assegurar a efetividade e a aplicabilidade do reconhecimento da multipartalidade, bem como atualizar seu entendimento e o ordenamento jurídico, a fim de ir ao encontro com a evolução da sociedade e das suas demandas.

Imperioso a compreensão de que, com o reconhecimento da multipartalidade e a inexistência de prevalência de um vínculo sobre outro, ao reconhecer a família como multipartal, ao mesmo tempo se tem como reconhecido todos os direitos familiares, sem a necessidade de nova ação judicial para buscar reconhecer o direito a alimentos, inclusão do nome no registro civil, visitas e inclusão na herança. Luiz Paulo Vieira de Carvalho discorre acerca da necessidade de inclusão da herança aos filhos de famílias multipartais asseverando que

Além disso, é de recordar que o Direito à Herança é cláusula pétrea (art. 5º, XXX) e, em tais termos civis constitucionais, uma vez reconhecida e oposta ao termo de nascimento a multipartalidade (a desaguar na presunção de veracidade do aludido registro), o recolhimento múltiplo de direito sucessório paterno ou materno nada mais é do que efeito natural e consequente da morte de quaisquer dos ascendentes a favor do descendente de primeiro grau (art. 1.829, I, do CC, c/c o art. 227, § 6º, da CRFB) (2017, p. 332).

Conforme Enunciado 632 da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, reconhecida a multiparentalidade, ao filho nasce a pretensão à herança, dizendo:

ENUNCIADO 632 - Art. 1.596: Nos casos de reconhecimento de multiparentalidade paterna ou materna, o filho terá direito à participação na herança de todos os ascendentes reconhecidos. Justificativa: Na Repercussão Geral 622 o Supremo Tribunal Federal aprovou a seguinte tese: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios" (Rext 898060/SC). A tese é explícita em afirmar a possibilidade de cumulação de uma filiação socioafetiva concomitantemente com uma filiação biológica, mantendo-se ambas em determinado caso concreto (o que vem se denominando multiparentalidade). **A legislação não prevê expressamente os efeitos sucessórios desta situação jurídica. Uma das questões que decorre do reconhecimento destas relações multiparentais seriam os seus possíveis efeitos sucessórios. A partir disso, o enunciado visa aclarar que o referido filho terá direito à dupla herança perante esses ascendentes reconhecidos.** 10 O principio da igualdade na filiação (art. 227, parágrafo 6º, CF, reiterado pelo art. 1.596 do Código Civil) não permite outra interpretação que não ser a admissão da dupla-herança nestas situações multiparentais, conforme já deliberado pelo STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Villas Bôas Cueva, REsp 1.618.230/RS. O texto proposto visa sanar uma questão em discussão na comunidade jurídica, explanando o sentido majoritário que vem sendo adotado pela doutrina (Zeno Veloso, dentre outros) e pela jurisprudência (STJ, dentre outros) (grifei).

O STJ deferiu um pedido de cumulação de herança em face de dois pais para uma pessoa de 61 anos de idade que buscou reconhecer e receber herança do seu pai biológico, tendo seu pedido deferido a partir do julgamento de Repercussão Geral nº 622 do STF:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. FILIAÇÃO. IGUALDADE ENTRE FILHOS. ART. 227, § 6º, DA CF/1988. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. VÍNCULO BIOLÓGICO. COEXISTÊNCIA. DESCOBERTA POSTERIOR. EXAME DE DNA. ANCESTRALIDADE. DIREITOS SUCESSÓRIOS. GARANTIA. REPERCUSSÃO GERAL. STF. 1. No que se refere ao Direito de Família, a Carta Constitucional de 1988 inovou ao permitir a igualdade de filiação, afastando a odiosa distinção até então existente entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos (art. 227, § 6º, da Constituição Federal). 2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 898.060, com repercussão geral reconhecida, admitiu a coexistência entre as paternidades biológica e a socioafetiva, afastando qualquer interpretação apta a ensejar a hierarquização dos vínculos. 3. A existência de vínculo com o pai registral não é obstáculo ao exercício do direito de busca da origem genética ou de reconhecimento de paternidade biológica. Os direitos à ancestralidade, à origem genética e ao afeto são, portanto, compatíveis. 4. O reconhecimento do estado de filiação configura direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem nenhuma restrição, contra os pais ou seus herdeiros. 5. Diversas responsabilidades, de ordem moral ou patrimonial, são inerentes à paternidade, devendo ser assegurados os direitos hereditários decorrentes da comprovação do estado de filiação. 6. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1618230 RS 2016/0204124-4, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 28/03/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/05/2017).

A sucessão de família multiparental deve ocorrer da mesma maneira que é regulamentada no Código Civil, isto é, sem distinção entre os herdeiros, tendo em vista que não se pode distinguir os filhos havidos fora da relação, bem como os filhos socioafetivos. Assim, havendo um filho com duas mães e/ou dois pais, socioafetivos e biológicos, o filho deverá receber sua quota parte da herança de todos, ou seja, das quatro pessoas que estão presentes como a figura paterna, tanto do vínculo biológico, quanto do vínculo socioafetivo.

Imperioso salientar, também, que existe a possibilidade do filho de família multiparental falecer antes de seus ascendentes e não deixar descendentes ou cônjuge. Nessa situação, aos seus ascendentes, leia-se os pais biológicos e socioafetivos presentes no registro civil, nasce a pretensão de receber herança. Isto é, a sucessão dar-se-á nos mesmos moldes anteriormente apresentado, entretanto, observado o procedimento de sucessão por linha ascendente.

A doutrina diverge acerca do procedimento a ser adotado diante da divisão de herança entre os ascendentes de filho de família multiparental. Posto isso, diante da problemática apresentada, Christiano Cassettari apresenta uma solução acerca da sucessão à linha ascendente

Nesse caso, se o filho falecer antes dos pais, sem deixar descendentes, seu patrimônio será destinado aos ascendentes, consoante a regra do art. 1.836 do CC, que estabelece aos ascendentes da linha paterna a metade, cabendo a outra metade aos da linha materna, ou seja, o pai recebe a metade dos bens, e a mãe, a outra metade, mas agora, com a multiparentalidade, poderia a mãe receber metade e cada pai receber um quarto da herança? Ou será que o correto seria dividir a herança igualmente entre os três, para que a posição de pai não seja ‘diminuída’ em relação à posição de mãe (ou vice-versa)? Acreditamos que nesse caso a divisão igualitária se impõe, devendo a lei ser flexibilizada em razão do caso específico, já que as regras sucessórias não estavam preparadas para a multiparentalidade (2017, p. 264).

No mesmo sentido, Flávio Tartuce afirma que, nos casos de falecimento de filho de família multiparental sem deixar descendentes ou cônjuge, aplicando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a herança deve ser dividida de maneira igual entre os ascendentes – herdeiros – biológicos e socioafetivos, sem distinção (2020, p. 241).

Conforme demonstrado, falecendo o filho de família multiparental sem deixar descendentes e cônjuge ou companheiro, os ascendentes, isto

é, a figura paterna biológica e socioafetiva deverão compor à sucessão como herdeiros necessários de maneira igualitária, sendo que cada um sucederá sua quota parte igual aos outros. Isto é, cada ascendente receberá a mesma quantia, sem distinguir vínculo biológico de vínculo socioafetivo.

Assim, deve ser observado o Enunciado 642 pela VIII Jornada de Direito Civil que discute acerca da herança por ascendência de família multiparental

ENUNCIADO 642 – Art. 1.836: Nas hipóteses de multiparentalidade, havendo o falecimento do descendente com o chamamento de seus ascendentes à sucessão legítima, se houver igualdade em grau e diversidade em linha entre os ascendentes convocados a herdar, a herança deverá ser dividida em tantas linhas quantos sejam os genitores. Justificativa: Nas hipóteses de multiparentalidade, diante do falecimento de um descendente, com o chamamento à sucessão de seus ascendentes, poderão ser convocados a herdar dois ascendentes da linha paterna e um da linha materna, por exemplo, ou vice-versa. A tradicional divisão da herança na classe dos ascendentes em linha paterna e linha materna não atende à referida hipótese, pois, uma vez observada literalmente nos casos em questão, ensejará diferença entre os ascendentes não pretendida pela lei. De fato, nesses casos, não se pode atribuir, por exemplo, metade da herança aos dois ascendentes da linha paterna, cabendo a cada um deles um quarto dos bens, atribuindo a outra metade ao ascendente da linha materna, uma vez que a mens legis do § 2º do art. 1.836 do Código Civil foi a divisão da herança conforme os troncos familiares. Por conseguinte, para atingir o objetivo do legislador, nos casos em questão de multiparentalidade, a herança deverá ser dividida em tantas linhas quantos sejam os genitores.

Na ausência de descendentes, os ascendentes do “de cuius”, filho de família multiparental, serão chamados à sucessão como herdeiros necessários e deverão partilhar a herança em linhas igualitárias. Assim, utilizando-se de exemplo uma família multiparental que possua quatro figuras paternas no registro civil a herança deverá ser partilhada em

igualdade entre os herdeiros, sendo uma fatia à mãe biológica, uma fatia à mãe socioafetiva, uma fatia ao pai biológico e uma fatia ao pai socioafetivo.

Analisado o reconhecimento da multiparentalidade e seus efeitos sucessórios, observa-se que a multiparentalidade está fixada no ordenamento jurídico brasileiro e que há possibilidade do filho de família multiparental, possui proteção constitucional e deve ser reconhecida quando cumprido os requisitos. Além disso, imperioso salientar que o filho de família multiparental pode receber mais do que uma herança, isto é, pode “cumular” heranças, tendo em vista que possui a pretensão de receber herança da linha biológica e da linha socioafetiva e, no mesmo sentido, há possibilidade dos ascendentes biológicos e socioafetivos herdarem do filho de família multiparental quando este falecer sem deixar descendentes de maneira igualitária.

### **Considerações finais**

Diante do exposto, demonstrada a relevância do caso apresentado, bem como a sua atualidade, a proteção garantida pela Constituição Federal revela-se imprescindível no desenvolvimento dos direitos e garantias que são estabelecidos aos seios familiares, ainda que no texto constitucional estejam reconhecidos apenas alguns tipos de família, positivamente. Assim, destaca-se que as famílias contemporâneas não decorrem somente do casamento e que o vínculo de afeto é um dos pilares para o seu bom desenvolvimento, tendo sido reconhecido inclusive como princípio do direito de família pela jurisprudência brasileira e por grandes doutrinas.

Para isso, fez-se necessário a compreensão da terminologia do afeto, o qual é um dos requisitos para que a multiparentalidade seja reconhecida, ou seja, o reconhecimento da multiparentalidade começa, também, com a união de um casal que já possua filhos, nascendo, com isso, a terminologia do padrasto e madrasta. Além disso, salienta-se que restou demonstrada a



falsa impressão negativa dos termos padrastos e madrastas, tendo em vista a sua extrema importância para que a multiparentalidade seja reconhecida, uma vez que esta depende, também, da socioafetividade entre os habitantes da família.

Resta demonstrada a relevância do tema apresentado, em razão das consequências do reconhecimento da família multiparental de fato, igualando-a às famílias presentes no ordenamento jurídico brasileiro, e na sociedade brasileira. A partir disso, com o seu reconhecimento, ocorre a “aquisição” dos direitos decorrentes da família, e, em especial, os direitos sucessórios. Nesse sentido, observa-se que com o reconhecimento da família multiparental, todos os direitos inerentes às famílias devem ser aplicados de maneira igualitária em casos de famílias multiparentais, inclusive os direitos sucessórios, objeto de estudo do presente artigo. Assim, com a análise dos julgados de Tribunais de Justiça e Tribunais superiores acerca do tema, entende-se que todas as regras sucessórias se aplicam às famílias multiparentais, fato que demonstra a isonomia de tratamento entre todos os seios familiares.

Salienta-se que ao filho de família multiparental, surge todos os direitos decorrentes de filiação/paternidade, tais como o direito de visitas, de alimentos, de guarda, e, em especial ao presente estudo, a pretensão de receber herança de todos os seus pais registrados em sua certidão de nascimento, sejam biológicos, sejam socioafetivos. Além disso, aos pais de família multiparental, nasce a pretensão, além do direito de guarda e de visitas, de receber herança do filho que falecer sem deixar descendentes. Salienta-se que há divergência de como deve ocorrer a partilha, mas a teoria que é adotada e seguida pelos doutrinadores, e defendida na presente pesquisa, é de que a herança deve ser partilhada de maneira igualitária, dividindo o montante de maneira isonômica entre todos os ascendentes, independente do vínculo ser biológico ou socioafetivo.

Conclui-se que a multiparentalidade está assentada no ordenamento jurídico brasileiro e deve ser respeitado e aplicado quando os seus requisitos estiverem presentes. Assim, ao filho de família multiparental, nasce todos os direitos decorrentes do vínculo entre pais e filhos, bem como, aos pais de família multiparental, que nascem todos os direitos e deveres que decorrem do poder familiar.

Ademais, salienta-se que, com o reconhecimento da família multiparental, esta passou a ser protegida pela Constituição Federal e, por consequência, pelas leis infraconstitucionais, que devem ser aplicadas de maneira igualitária. Assim, cabe à legislação e ao Poder Judiciário adequar-se e preparar-se para receber tais demandas que serão pleiteadas.

### **Referências**

- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Direito das Famílias**. Editora Revista dos Tribunais. 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2010.
- BRASIL, Código Civil, 2002. **Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 22. Abr. 2020.
- BRASIL, Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 22. Abr. 2020.
- BRASIL, **Enunciado n. 632 da VII Jornada de Direito Civil**. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf/view>. Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL, **Enunciado n. 642 da VIII Jornada de Direito Civil**. Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1181>. Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº1618230 RS 2016/0204124-4, TERCEIRA TURMA. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Julgamento: 28/03/2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 898060 Prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica. Relator: Min. Luiz Fux. 21 de setembro de 2016.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível, Nº 70083168963, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em: 29-03-2020.

CAHALL, Francisco José. **Curso avançado de Direito civil: direito das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **As Famílias de Hoje**. In.: Revista Jurídica do Curso de Direito da UNOESC, São Miguel do Oeste, nº 02. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/21/As+fam%C3%ADias+de+hoje>. Acesso em: 06 mar. 2021. p. 147/150.

DIAS, Maria Berenice. **Instituto Interdisciplinar de Direito de Família – IDEF Família & Interdisciplinaridade./ Instituto Interdisciplinar de Direito de família.** Curitiba: Juruá, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias.** 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 6.

GAGLIANO, Paulo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil:** volume único. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** Direito de Família. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil** – Direito civil brasileiro. 14. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 7.

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

LÔBO, Paulo. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. Jus Navigandi,** Teresina, ano 7,n. 53,1 jan. 2002. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2552>. Acesso em: 22 ago. 2020.

LÔBO, Paulo. **REVISTA IBDFAM: FAMÍLIAS E SUCESSÕES.** v.22 (jul./ago.). – Belo Horizonte: IBDFAM, 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MADALENO, Rolf Hanssen. **Direito de família em pauta.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2018.

MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito das sucessões**. São Paulo. Editora Saraiva, 2013.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. **A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica editor, 2001.

PENNA, Saulo Versiani; ARAUJO, Deborah Nayara dos Reis. **REVISTA IBDFAM: FAMÍLIAS E SUCESSÕES**. v.21 (maio./jun.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2017.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das sucessões**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 6.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEPEDINO, Gustavo. **A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoas do mesmo sexo**. In: **TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Pareceres, Capítulo 1, p. 253-277.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v. 6.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família e sucessões**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

## **A utilização da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas em transnacionais <sup>1</sup>**

*Luiza Spagnol Lourenço Telles<sup>2</sup>  
Maira Angélica Dal Conte Tonial<sup>3</sup>*

### **1. Introdução**

O presente artigo trata da utilização do instituto da arbitragem como um meio de solução de dissídios individuais decorrentes de relação de emprego em transnacionais, tendo em vista que os dissídios estão se tornando cada vez mais presentes devido a modernidade e divergência de opiniões. Conforme elencada na Constituição da República Federativa do Brasil, todos nós temos uma condição jurídica de igualdade, para tanto, surgiu a figura da arbitragem.

A arbitragem no Brasil é regulada pela Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996, é considerada como um meio alternativo de solução de conflitos, de forma extrajudicial, na qual não há intervenção estatal.

O instituto da arbitragem apresenta como diferencial a celeridade de todo o processo, pois não prevê a interposição de recursos, o que, em regra, reduz a duração do todo. Além disso, as partes envolvidas na lide têm a possibilidade de escolher um terceiro para julgar o conflito, podendo nomear alguém de confiança de ambas as partes, assim trazendo mais segurança e especialidade à sentença.

---

<sup>1</sup> Artigo científico produzido na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, no ano de 2020.

<sup>2</sup> Aluna do curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. Endereço eletrônico: 149810@upf.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4286356379302778>.

<sup>3</sup> Doutoranda pela Univali. Mestre pela Unissinos, Graduada pela UPF. Endereço eletrônico: mairatonial@upf.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0212344315200902>

Cabe considerar que a utilização da arbitragem em dissídios individuais só se deu após a reforma trabalhista, a qual será analisada de forma geral, dando foco às vantagens e desvantagens dessa alteração.

No que tange as transnacionais, encontram-se situações em que o empregado é a parte mais vulnerável da relação, o qual deve ser buscado um modo de resolver da forma mais favorável possível, focando sempre na efetividade de seus direitos sociais trabalhistas.

Devido a um panorama histórico e modernizado, a arbitragem encontra-se como uma saída para as partes, sendo utilizada em cenário nacional e internacional, permitindo a celeridade da resolução da lide e tendo um alcance da justiça por meio da intervenção de um terceiro, esse chamado de árbitro, o qual possui conhecimento e preparação para a solução desses impasses.

### **1.1 A arbitragem no direito do trabalho**

A fim de abordar o instituto da arbitragem de modo geral, analisar-se-á sua evolução histórica e utilização ao longo dos tempos, inclusive as possibilidades e impossibilidades do uso de tal método de solução de litígios. Ainda, será feita uma breve comparação da utilização do instituto da arbitragem antes e depois da Reforma Trabalhista de 2017.

### **1.2 Arbitragem: surgimento e utilização**

Contemporaneamente, vive-se em uma sociedade onde os litígios são frequentes, para tanto, foram criados vários meios para solucioná-los, como por exemplo, a arbitragem, a qual é um meio heterocompositivo de solução de controvérsias que auxilia o Poder Judiciário e possibilita o acesso à Justiça. Nos próximos parágrafos busca-se fazer uma breve análise histórica e quais são os casos em que se pode utilizar tal instituto.

O instituto da arbitragem é um meio de heterocomposição, sendo este um meio privado e alternativo à solução judicial de conflitos

decorrentes de direitos patrimoniais disponíveis, buscando solução por um terceiro imparcial, para tanto, Scavonne conduz o seguinte entendimento:

A arbitragem pode ser definida, assim, como o meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, definida como título executivo judicial e prolatada pelo árbitro, juiz de fato e de direito, normalmente especialista na matéria controvertida (2018, p. 02).

No que tange ao cenário brasileiro, o ordenamento jurídico adotou a Lei da arbitragem como novo instituto. Na perspectiva de Muniz (2000, p. 40), a arbitragem goza de maior aceitação e eficácia se comparado a outras formas alternativas para solução de controvérsias, como a mediação e a conciliação.

Faz-se necessário conceituar a arbitragem de forma ampla, sendo ela uma técnica para solucionar controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas, as quais recebem os seus poderes por meio de uma convenção privada, baseando a sua decisão sem a intervenção do Estado, essa decisão assume a eficácia de uma sentença judicial (CARMONA, 1993, p.19).

Já, no que tange o cenário internacional, tal instituto também é utilizado, mais precisamente no direito mercantil

Entre as formas alternativas de solução de controvérsias mais difundidas no cenário internacional encontra-se a arbitragem, instrumento que tem sido adotado como técnica extrajudicial mais comum no que concerne ao direito mercantil pelos países cujo comércio internacional é intenso (ANDRIGHI, 1996, p. 149-173).



No Brasil, a arbitragem é legalmente conhecida desde os tempos da colonização portuguesa, entretanto, atualmente, vem encontrando um novo caminho através de câmaras arbitrais e da elaboração de projetos de lei, dos quais culminou na Lei 9.307/96 (SANTOS, 2004, p.24).

A arbitragem foi dada ainda na Constituição de 1981, em seu Artigo 34, 11º, porém era expressa na forma de “arbitramento”. É de suma importância que a arbitragem e o arbitramento possuem significados e sentidos diferentes, sendo, muitas vezes, confundidos. Ambas as palavras derivam da mesma “raiz epistemológica, do latim, *arbiter*, que tem o significado de juiz louvado e árbitro” (MARTINS, 2013, p. 113).

A arbitragem, no entendimento de Nelson Nery Junior, traz uma natureza jurisdicional:

A natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição. O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existe entre as partes. A arbitragem é instrumento de pacificação social. Sua decisão é exteriorizada por meio de sentença, que tem qualidade de título executivo judicial, não havendo necessidade de ser homologada pela jurisdição estatal. A execução da sentença arbitral é aparelhada por título judicial (1997, p. 1.300).

Já, o Código de Processo Civil adota claramente a dualidade jurisdicional, fazendo um paralelo entre a jurisdição estatal e a arbitral, a qual é exposta principalmente no artigo 3º<sup>4</sup>.

Para Magali Rodrigues de Souza, os meios de solução de conflito, como a arbitragem, apresentam-se como forma de auxílio, visando a desburocratização da Justiça, liberando o Judiciário para solucionar outros

---

<sup>4</sup> Artigo 3º do Código de Processo Civil: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

casos que não foram ou não puderam ser resolvidos por esse meio (2018, p. 03).

A Lei da Reforma Trabalhista 13.467/2017 instituiu a cláusula compromissória da arbitragem, podendo ser inserida nos contratos individuais de trabalho por vontade de alguns trabalhadores que percebam salários superiores ao dobro do teto <sup>5</sup> dos benefícios da Previdência Social (LEITE, 2018, p. 399).

Constata-se que, como forma de solução de conflitos, a arbitragem possui caráter privado e natureza voluntária. Embora a decisão seja tomada por um terceiro, há um teor autocompositivo na solução do conflito, tendo em vista o consenso das partes para adoção da arbitragem. Suas principais vantagens são: celeridade, informalidade do procedimento, flexibilidade, especialidade, confiabilidade e confidencialidade (ROMAR, 2018, p. 908).

A arbitragem no Brasil é regulada pela Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996, é uma forma extrajudicial de solução de conflitos, usando como característica principal uma terceira pessoa que opera sendo um juiz privado, conhecido como árbitro. Na arbitragem, as partes poderão acordar um procedimento célere e simples, fixando regras claras, bem como dispor sobre o prazo de tramitação do processo, as datas e duração das audiências etc., o que traduz grandes benefícios para as partes de boa-fé (FICHTNER, 2018, p.709).

Contemporaneamente, a arbitragem possui a mesma força que uma sentença judicial que transita em julgado, isso porque o Código de Processo Civil incluiu a decisão arbitral no rol dos títulos executivos judiciais (SCAVONE, 2018, p. 19).

---

<sup>5</sup> Atualmente no valor de R\$ 6.101,06 (seis mil cento e um reais com seis centavos).

Assim que, atualmente existem várias alternativas para solução de litígios no âmbito trabalhista, visto que as críticas em relação à Justiça estão cada vez mais frequentes. Devido às relações de trabalho estar se modificando cada vez mais, se torna mais comum um conflito nesse ambiente.

### **1.3 O instituto da arbitragem antes e depois da reforma trabalhista**

Nesse tópico, pretende-se abordar as mudanças pertinentes à Reforma Trabalhista de 2017, através da Lei 13.467/2017, como o instituto era antes da reforma, o que mudou e quais os critérios da mudança. Destaca-se que a explanação realizada não tem o intuito de analisar as mudanças de forma exaustiva, mas sim as principais transformações e comparações.

Antes da promulgação da Lei da Reforma Trabalhista no ano de 2017, a arbitragem já estava inserida no direito trabalhista. A Constituição Federal, com posterior redação dada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, apresenta em seu Artigo 114, parágrafo 2º<sup>6</sup>, que caso as partes recusem-se à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado ajuizar dissídio coletivo perante a Justiça do Trabalho.

Com o advento da Lei 13.467/2017, a qual institui a Reforma Trabalhista, passou a haver autorização expressa para a aplicação da arbitragem na solução de conflitos individuais de trabalho, inserida no artigo 507-A<sup>7</sup> desta Lei.

---

<sup>6</sup> Artigo 114 da Constituição Federal: “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente”.

<sup>7</sup> Art. 507-A da Lei 13.467/2017: “Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

Em razão dessa mudança, surgiram algumas regras específicas para serem observadas, como por exemplo, possuir remuneração superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral da Previdência Social, que haja concordância do empregado ou então que a iniciativa de optar pela arbitragem parta dele (SOUZA, 2018, p. 09).

Ao utilizar o padrão remuneratório do empregado como critério para aplicação da arbitragem, afronta-se diretamente o princípio constitucional da isonomia, devido ao fato de estar sendo reservada para um grupo de trabalhadores específicos, que terão a possibilidade, caso queiram, de optar pelo instituto da arbitragem para resolverem seus litígios (BENEVIDES, 2019, p. 05).

Independente da validade da cláusula compromissória no contrato individual de trabalho quer seja de adesão ou não, o empregado possui o direito de escolha do procedimento arbitral, em virtude da sua vulnerabilidade. Assim, a cláusula vincula apenas o empregador, e não o empregado, por ser, o último, vulnerável, tal qual nas relações de consumo, onde a cláusula não vincula o consumidor, mas apenas o fornecedor (CORNÉLIO, 2019, p. 09).

Entende-se que com o passar dos tempos os meios de solução de litígios passaram por mudanças, juntamente com a modernização. Com isso, observa-se que nem todas as mudanças vêm para melhorar, algumas apenas para confundir um pouco mais.

#### **1.4 Vantagens e desvantagens de sua utilização**

O instituto da arbitragem já existe há tempo como meio de solução de conflitos, com a presença de um terceiro imparcial para pacificar as controvérsias, embora tenha alcançado destaque nos últimos tempos, a arbitragem é um meio utilizado há anos pelos mais diversos povos.

Conforme afirma Scavone, “é um dos mais antigos meios de composição de conflitos pela heterocomposição, ou seja, a solução do conflito por um terceiro imparcial, expressa as seguintes vantagens: especialização, rapidez, irrecorribilidade, informalidade e confiabilidade” (2018, p. 22).

No que concerne a especialidade do árbitro, as partes têm a opção de escolher pessoas de sua confiança, habilitadas e especializadas na área específica do objeto do litígio. Ou seja, a decisão será de certa forma mais precisa e adequada, tendo em vista que se feita por um juiz, será generalizada. Conforme artigo 13<sup>8</sup> da Lei nº 9.307/96.

Como a sentença arbitral não precisa mais ser validada por um juiz, a arbitragem garante maior celeridade aos processos arbitrais, estando aliada ao princípio da irrecorribilidade das sentenças arbitrais, e minimizando o excesso de decisões conforme expresso no artigo 31 e 18 da Lei nº 9.307/96, anteriormente citados.

O procedimento arbitral não possui a mesma formalidade que o procedimento judicial, ou seja, oferece flexibilidade no procedimento, permitindo que as partes determinem o procedimento a ser seguido, ou se preferirem, sujeitar a arbitragem às regras de um órgão arbitral

---

<sup>8</sup> Artigo 13 da Lei 9.307/1996: “Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes. § 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocaria, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei. § 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada. § 4º Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso. § 4º As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável. (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência) § 5º O árbitro ou o presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros. § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção. § 7º Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias”.

institucional, ou também, deixar que o árbitro defina. Desse modo, os artigos 2º e 21º da Lei 9.307/96.

No tocante a confidencialidade no procedimento, a arbitragem é sigilosa em razão do dever de descrição expresso no §6º do artigo 13 da Lei 9.307/96 já mencionado anteriormente. Nas palavras de Gorczewski, a arbitragem traz diversas vantagens, principalmente em benefício de quem a usufrui “O procedimento arbitral é flexível e rápido”, e ainda “Se elas próprias se dispuserem a nomear uma pessoa de sua confiança para atribuir a solução do conflito, provavelmente, após a apresentação da sentença arbitral acolherão a decisão” (1999, p. 99).

Porém, nem sempre essas vantagens são absolutas, visto que a celeridade nem sempre pode ocorrer, já que por vezes o procedimento arbitral pode se tornar tão demorado quanto o judicial, e até mesmo mais moroso. A respeito do tema, em consonância com Andrighi, “cai por terra, ainda, a rapidez da arbitragem nos casos em que o laudo dependa, para satisfazer a pretensão do vencedor, da homologação pelos órgãos judiciais que, confirmando o laudo, passarão a executá-lo” (1996, p. 22).

Além disso, não se pode afirmar que sempre haverá de fato economia, em termos financeiros, quando se optar pelo uso do procedimento arbitral, pois as partes terão que arcar com as despesas decorrentes dos honorários

---

<sup>9</sup> Artigo 2º da Lei 9.307/96: “A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)(Vigência)”.

<sup>10</sup> Artigo 21 da Lei 9.307/96: “A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. § 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo. § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. § 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral. § 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei”.

de seus patronos, custas processuais e gastos com o deslocamento do (s) árbitro (s), quando necessário. Assim, a arbitragem pode se tornar ainda mais custosa que o procedimento judicial (SOUZA, 2018, p. 05).

No âmbito comercial, a arbitragem prevalece pelas vantagens oferecidas, uma vez que as negociações feitas por diferentes nações se tornam complicadas por terem uma série de elementos contraditórios, como a legislação de outros países, regras processuais, língua e costume, etc. Sendo assim, a arbitragem se torna um meio de oferecer neutralidade como uma solução mais benéfica (BRANCO, p. 28).

A arbitragem não é confidencial por princípio, basta às partes requererem que corra em sigilo. Desse modo, as instituições arbitrais são entes privados, cujas informações em regra, não estão disponíveis ao público (MUNIZ, 2018, p. 02).

José Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler, ao discutirem os prós e contras da utilização da arbitragem na esfera internacional, referem que, “Na atualidade, com as convenções internacionais, a questão da execução dos laudos arbitrais que antes era sem efeito até que se desse a homologação pelo judiciário, já tem solução, não configurando mais barreira” (MORAIS, 2012, p. 219).

As vantagens são inúmeras, mas o instituto da arbitragem causa preocupações na esfera trabalhista, em especial, decorrente ao alto custo que pode envolver a instauração do tribunal arbitral e da possibilidade de manipulação do instituto. Em geral, o empregado possui limitada capacidade econômica, portanto, algumas instituições de arbitragem já organizadas adotaram critérios razoáveis, estabelecendo tabela fixa de valores, a depender a complexidade da demanda, do tempo de relação estabelecida entre as partes, bem como da última remuneração do trabalhador (FICHTNER, 2018, p. 710).

Para Carlos Henrique Bezerra Leite, a possibilidade de a arbitragem ser posta aos trabalhadores que recebam remuneração superior a duas vezes o limite máximo do teto da Previdência Social, é inconstitucional, pois atenta contra os princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, da progressividade e da vedação do retrocesso social, e em especial, o princípio da proibição de distinção entre trabalho manual, técnico, e intelectual entre os profissionais respectivos (2018, p. 399).

Assim, por mais que a arbitragem apresente algumas desvantagens, seus aspectos positivos, quando bem utilizada, se sobressaem, tornando essa forma de solução de conflitos bastante viável no cenário atual, em que se buscam soluções justas, rápidas e efetivas.

## **2. Direitos trabalhistas**

O direito do trabalho possui princípios que visam proteger a integridade do trabalhador, visto que, este é considerado hipossuficiente. Desse modo, é necessário analisar qual a natureza do direito discutido pelas partes, para que após isso, possa ser decidido o meio utilizado para solucionar o conflito.

### **2.1 Direitos individuais e coletivos trabalhistas e seus conflitos**

A relação individual trabalhista é aquela onde se considera a individualidade do empregado e do empregador. Apesar de apresentarem uma ligação, por um prestar serviço ao outro, sobre promessa de prestação pecuniária, cada empregado deve estar atento ao seu trabalho.

O direito individual do trabalho caracteriza-se por uma relação específica que se estabelece entre o prestador de serviço e outra pessoa que dirige, assalaria, e aproveita do resultado da força do trabalho do obreiro. Essa relação é caracterizada pelo estado de subordinação no qual o obreiro está submetido em razão de um contrato de trabalho (CAIRO, 2017, p. 49).



Entretanto, as relações coletivas se efetivam entre os entes coletivos de trabalho. É denominada assim, porque o ente coletivo (geralmente sindicato) representa os interesses de determinado grupo de pessoas, quais sejam, os empregados e os empregadores, considerados em conjunto, e não individualmente (CAIRO, 2017, p. 49).

Entende-se, portanto, que o conflito coletivo de trabalho é a divergência entre uma categoria ou grupo de trabalhadores que ingressam uma ação contra o empregador. A respeito do tema, Mauricio Godinho Delgado assevera que:

Os conflitos coletivos de trabalho são os que atingem comunidades específicas de trabalhadores e empregadores ou tomadores de serviço, quer no âmbito restrito do estabelecimento ou empresa, quer em âmbito mais largo, envolvendo categoria ou, até mesmo, comunidade obreira mais ampla (2017, p. 1466).

Ainda, os conflitos coletivos podem ser de natureza jurídica ou econômica. Os de natureza econômica também podem ser denominados de conflitos coletivos de interesses, onde os empregados reivindicam a criação de novas e melhores condições de trabalho. Através deles, criam-se novas normas para regulamentação dos contratos individuais de trabalho, como obrigações de dar e de fazer. Já os de natureza jurídica, também conhecidos como conflitos coletivos de direito, buscam a interpretação de normas específicas que podem ser aplicadas a categoria, inclusive previstas em acordo coletivo, convenção coletiva e dissídios coletivos (MARTINS, 2013, p.813).

Os conflitos coletivos podem ser resolvidos através da arbitragem, por decisão das partes envolvidas, de forma facultativa. Pode-se dizer que primeiramente, as partes devem buscar resolver o conflito através da negociação coletiva, podendo dar origem à convenção ou acordo coletivo

de trabalho. Sendo essa frustrada, as partes podem eleger o árbitro e pacificar o conflito pela arbitragem, havendo recusa por uma das partes, deverá ser resolvido por intermédio de dissídio coletivo. Nesse sentido, ao entendimento de Martins, “dissídios coletivos, o que se discute é a criação de novas normas ou condições de trabalho para a categoria, ou a interpretação de certa norma jurídica” (2013, p. 821).

Portanto, o direito do trabalho possui o direito individual, o qual considera a individualidade do empregado e do empregador, e o direito coletivo, que considera o empregado e o empregador em sua coletividade. Ambos analisam defender direitos e deveres das duas partes envolvidas.

## **2.2 Formas de solução de dissídios trabalhista**

Os métodos de tratamento de controvérsias vêm se modificando conforme o passar dos anos, visto que a sociedade está cada vez mais tecnológica e atualizada. Tendo em vista que a função primordial do Direito é prevenir conflitos, passou a existir duas formas para solucionar conflitos: a autônoma (autotutela e auto composição) e a heterônoma (mediação, jurisdição e arbitragem). Nesse capítulo, serão abordados com maior ênfase os meios heterônomos.

A forma de conflitos autônoma ocorre quando se efetiva somente com a participação dos indivíduos, cujos interesses são divergentes. Diante da aplicação do princípio da proteção e da irrenunciabilidade, não se reconhece a eficácia jurídica plena para a resolução de conflitos individuais do trabalho através da autotutela e auto composição (CAIRO, 2017, p. 132).

A autodefesa ocorre quando as próprias partes fazem a defesa de seus interesses, uma parte impõe a solução do conflito à outra. É exemplo de autodefesa, a greve e o *lockout* (MARTINS, 2013, p.865). Pois “Entende-se, portanto, como autodefesa o meio reconhecido a uma das partes de utilizar

de suas próprias forças para convencer a parte contrária a negociar” (MANUS, 2015, p. 217).

A autocomposição é um meio de resolução de conflitos pelo qual as próprias partes interessadas solucionam suas controvérsias, sem que haja a intervenção de um terceiro. Destarte, as partes discutem seus próprios interesses, fazem concessões recíprocas e negociam com o intuito de solucionar a lide. Esse meio de resolução é exercido por intermédio de negociação coletiva, podendo ou não, ser precedida de mediação (ROMAR, 2018, p. 857).

Caso não seja possível dirimir o conflito através das alternativas anteriores, busca-se então pela heterocomposição.

Significa a expressão heterocomposição a solução do conflito por um terceiro, estranho ao problema; isto é, decidem as partes envolvidas submeter a solução do litígio a uma terceira pessoa, ou a um grupo de pessoas que não pertença a qualquer uma das categorias envolvidas. Comprometem-se ambos a acatar a decisão apontada (MANUS, 2015, p. 219).

Na mediação, busca-se solucionar conflitos mediante a atuação de um terceiro desinteressado, o qual se denomina mediador, exercendo uma função de conselheiro, pois pode aconselhar e sugerir, mas depende das partes aceitarem ou não. Com o auxílio do mediador, os envolvidos buscarão entender as fraquezas e fortalezas do seu problema, tratando o conflito de forma satisfatória. Dentre as principais características da mediação, podem se destacar a privacidade, a economia financeira e de tempo e a oralidade (MORAIS, 2012, p. 132-133).

A jurisdição ou tutela é a forma de solucionar os conflitos por meio da intervenção do Estado, gerando o processo judicial. Fica condicionada à Justiça do Trabalho solucionar esses conflitos, nas Varas do Trabalho processam-se os dissídios individuais, e nos Tribunais Regionais do

Trabalho e no Tribunal Superior do Trabalho processam-se os dissídios coletivos (MARTINS, 2013, p. 872).

A comissão de conciliação prévia é mais um método alternativo de solução de conflitos laborais, sendo extrajudicial, o qual visa “diminuir a sobrecarga do Poder Judiciário Trabalhista diminuindo o número de ações”, possibilitando a criação de comissões de conciliação prévia ao dissídio, podendo ocorrer nas empresas ou sindicatos (GIGLIO, 2007, p. 211).

Nas palavras de Nascimento, “Essas comissões não são órgãos judiciais. São privados, extrajudiciais, atuam antes do início da fase processual perante a jurisdição, embora de criação facultativa” (2009, p. 487).

As empresas e os sindicatos podem “instituir comissões de conciliação, de composição partidária”, com representantes dos empregadores e empregados, com a competência de tentar conciliar o conflito individual do trabalho. Essas poderão ser constituídas por grupos de empresas ou ter caráter intersindical. Ainda, deverá ser composta de no mínimo dois, e no máximo 10 membros, haverá tantos suplentes quantos forem os representantes titulares (MARTINS, 2013, p. 867).

Além dos meios de solução de litígios citados acima, existe também a figura da arbitragem, a qual é abordada no decorrer do projeto. Sabe-se que a cada dia que passa, a vida em sociedade se torna mais complexa, surgindo então relações que necessitam ser regulamentadas pelo Direito. Com o surgimento do conflito os envolvidos têm a opção de meios alternativos que não a Jurisdição pelo Estado.

### **2.3 Princípios do direito do trabalho**

Nesse tópico, analisar-se-á os princípios que fundamentam o direito do trabalho e suas regras, tendo que vista que os princípios acabam influenciando na elaboração das regras, como proposições ideais.

Inicialmente, pode-se analisar que o princípio é o início de algo, a origem, o começo, a causa. Princípio vem do latim “*principium, princippi*”, que significa origem, começo, base. Ou seja, são normas elementares, requisitos primordiais, proposições básicas. Platão usava a palavra princípio no sentido de fundamento de raciocínio. Para Aristóteles, era a premissa maior de uma demonstração. Kant seguia essa última orientação, entendendo que princípio é toda proposição geral que pode servir como premissa maior num silogismo (MARTINS, 2015, p. 64).

Nas palavras de Mauricio Godinho Delgado:

No Direito, os princípios cumprem funções diferenciadas. Atuam, na verdade, até mesmo na fase de construção de regra de Direito – fase pré-jurídica ou política. Mas será na fase jurídica típica, após consumada a elaboração da regra, que os princípios cumprirão sua atuação mais relevante (2013, p. 187).

Os princípios gerais são mais abstratos que as normas, por serem baseado no sistema como um todo e comportarem aplicação em diversas áreas do ordenamento. Para Reale, “são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas” (2001, p.286).

Como exposto anteriormente, os princípios gerais do direito são aplicados também no âmbito trabalhista, entretanto, são necessárias “adequações para que estejam compatíveis com esse ramo especializado”. Ademais, dentre eles, reúnem-se: o princípio da proteção, princípio da irrenunciabilidade, princípio da primazia da realidade, princípio da continuidade da relação de emprego, dentre outros (DELGADO, 2013, p. 194-195).

Nas relações de emprego há certo desequilíbrio econômico entre as partes, sendo o empregado a parte hipossuficiente, não possuindo a

mesma igualdade jurídica que seu empregador. Sendo assim, o princípio da proteção do trabalhador é visto com um dos princípios básicos desse ramo do direito. Como leciona Vólia Bomfim Cassar “Para compensar esta desproporcionalidade econômica desfavorável ao empregado, o Direito do Trabalho lhe destinou uma maior proteção jurídica” (2013, p.169).

O Princípio da Proteção está inserido em um contexto constitucionalizado, o qual reconhece a relação desigual no âmbito trabalhista. A Constituição Federal trouxe vários direitos sociais trabalhistas, tendo como objetivo proteger a relação entre empregado e empregador barrando os abusos capitais sobre o trabalhador (MARTINEZ, 2016, p. 166-167). Sendo o princípio da proteção o mais importante do Direito do Trabalho, ele se expressa de três formas distintas, a regra “*in dubio pro operário*”, a regra da norma mais favorável e a regra da condição mais benéfica. Ambas as regras buscam pela aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, visando então, a sua proteção (ROMAR, 2018, p. 54-55).

Na regra da norma mais favorável, busca-se manter o equilíbrio contratual entre as partes desiguais. Essa subdivisão do princípio da proteção defende a aplicação da fonte em vigência que mais favorecer o empregado (MARTINEZ, 2016, 164-165).

Entretanto, como nada é absoluto, na regra da norma mais favorável também se encontram alguns casos em que não será aplicada. Quando a norma for mais favorável ao empregado, mas que venha por violar algum dispositivo de lei ou que acabe se tornando inconstitucional, nesse caso, não será aplicada a lei mais benéfica ao trabalhador (CASSAR, 2014, p. 224).

No que tange a regra da condição mais benéfica, a mesma se preocupa com a garantia do contrato, mantendo cláusulas que serão mais vantajosas ao trabalhador. Essa regra defende a alteração posterior das

cláusulas somente se surgirem outras mais benéficas, caso contrário, mantém-se o contrato intocável (DELGADO, 2017, p. 205-206).

A última subdivisão do princípio da proteção traz a regra “*in dubio pro operário*”, ela se trata de quando uma mesma situação apresenta várias interpretações referentes a um único dispositivo, o qual causa dúvida na interpretação. Nesse caso será escolhida a que possuir o entendimento mais favorável ao trabalhador (MARTINEZ, 2016, 172-174).

O princípio da primazia da realidade visa proteger o trabalhador que, na maioria das vezes, encontra-se submisso ao empregador “Na busca da verdade real – que inspira o princípio da primazia da realidade – qualquer das partes pode invocar a verdade verdadeira diante dos aspectos formais que a desfigurem” (RODRIGUES, 2000, p. 25).

Portanto, levando-se em consideração que o empregado é juridicamente mais fragilizado, é também a vítima preferencial dos documentos que revelam coisa diferente daquela que existiu. Há empregadores, que na tentativa de fraudar, impedir ou desvirtuar a aplicação dos direitos trabalhistas, criam contratos de natureza semelhante e constroem falsas provas, inclusive no caso de pagamentos. Quando a verdade vem à tona, se tornam nulos todos os atos que violem a legislação laboral (MARTINEZ, 2019, p. 126).

Entretanto, por mais que o princípio da primazia da realidade seja um princípio protetivo, ele pode ser utilizado tanto a favor, como contra o empregado. Isso se dá ao fato de buscar sempre a realidade, e não por aquilo que o empregado apresente como sendo um fato (MARTINEZ, 2016, p. 189).

O princípio da continuidade da relação de emprego é “aplicado apenas em favor do empregado, de modo que o empregador não poderá invocá-lo para impedir a demissão do empregado”, visto que, caso pudesse, estaria ligado a um contrato eterno. De outra maneira, o

empregador também se favorece com esse princípio, uma vez que a “permanência prolongada na empresa traz maior conhecimento e experiência, poupando ter que ensinar novos funcionários frequentemente” (RODRIGUES, 2000, p. 103).

Tendo em vista que os contratos trabalhistas são por prazo indeterminado, o princípio da continuidade da relação de emprego também propõe como regra geral que o contrato trabalhista seja por tempo indeterminado, “uma vez que este é o que melhor concretiza o direcionamento pela continuidade da relação empregatícia” (DELGADO, 2013, p. 208).

O princípio da irrenunciabilidade pressupõe que o trabalhador, em tese, não pode renunciar nem transacionar seus direitos previstos na legislação trabalhista. Isso ocorre devido ao fato das normas do direito do trabalho serem consideradas, em sua maioria, normas de ordem pública (GARCIA, 2013, p. 98).

Fundamenta-se no fato das normas trabalhistas, as quais são de ordem pública e cogente, não poderem ser renunciadas. Encontra-se fundamento legal nos artigos 9º e 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, os quais tornam nula qualquer alteração contratual que desvirtue, impeça, fraude a aplicação dos direitos trabalhistas, ou qualquer outra que implique em prejuízo ao trabalhador (CASSAR, 2014, p. 245).

Constata-se, desse modo, que os princípios aqui abordados são sempre favoráveis em relação ao empregado, tendo em vista que este é a parte mais frágil e conseqüentemente, hipossuficiente na relação trabalhista. Os princípios servem para guiar e embasar qualquer mudança que ocorra na legislação trabalhista.



### **3. Empresas transnacionais**

No presente capítulo serão abordadas as empresas transnacionais no ambiente empregatício e sua contextualização, além disso, será abordado como essas empresas buscam resolver seus conflitos e a efetividade dos direitos sociais trabalhista de seus empregados, tendo em vista que, na maioria das vezes, as empresas transnacionais se prevalecem em relação aos direitos de seus empregados.

#### **3.1 Definição legal e sua contextualização**

Analisar-se-á o principal objetivo das empresas transnacionais, juntamente de sua contextualização, tendo em vista que tais empresas oferecem oportunidades de emprego para a população aonde elas se encontram.

Ao entendimento de Luiz Olavo Baptista, as empresas transnacionais são interligadas entre si e não possuem personalidade jurídica própria, segundo ele “É composta por um certo número de subsidiárias e tem uma ou mais sedes, constituídas em diversos países, de acordo com a legislação local que lhes dá personalidade jurídica e, sob certo aspecto, a nacionalidade “ (1987, p.17).

José Carlos Magalhães sustenta que, devido a Segunda Guerra Mundial, as economias nacionais passaram a interagir, aliando-se à expansão industrial dos países desenvolvidos, sobretudo a dos Estados Unidos, além disso, “desempenhou papel relevante nesse processo de transformação a empresa privada, tradicionalmente voltada para o mercado interno e, paulatinamente, engajada no comércio internacional” (2005, p. 185).

Ainda, salienta que “A empresa multinacional, constituindo forma de atividade econômica desenvolvida por uma multiplicidade de sociedades

nacionais nela integradas, não é identificável sob roupagem jurídica específica” (MAGALHÃES, 2005, p. 186-191).

As empresas transnacionais produzem reflexos e impactos que não passam despercebidos por elas estarem posicionadas como “centro de mando e decisão na Sociedade”, sendo elas, efetivamente, uma figura de abordagem frequente na esfera internacional. Devido às suas complexas relações com os Estados nacionais, em geral, elas se tornam sujeitas ao direito interno. Contudo, pelo tamanho que às vezes possuem também se apresentam no campo internacional (CHEVALLIER, 2009, p.48).

Para Ianni, as empresas transnacionais, juntamente com outras corporações e conglomerados conhecidos como multinacionais, transnacionais, mundiais, globais ou planetários, “[...] são responsáveis pela formação, funcionamento e transformação do que se poderia denominar *shopping center* global, espalhando-se por países e continentes” (1995, p. 135).

Tendo em vista que o foco dessas empresas é o máximo lucro, com ou sem o auxílio de algum Estado, elas fixam seus investimentos onde houver o menor custo operacional, não importando o local onde irão produzir, bem como, o que produzirão. Do mesmo modo que possuem agilidade para raciocinar sobre o lucro e concentrar suas estruturas de forma produtiva, também não hesitam em modificar ou mudar-se de local, ou até mesmo de país quando isso se tornar mais apazível. Em decorrência disso, acaba gerando reflexos nos Estados em que elas estão alocadas. Seja por desestabilizar a arrecadação, por reduzir a autonomia ou até mesmo diminuir as oportunidades de emprego (BRIGAGÃO, 2004, p.82).

Logo, as transnacionais focam principalmente na obtenção de lucros, não importando onde serão instaladas. Portanto, sua imprevisibilidade acaba trazendo alguns malefícios para os Estados onde elas se encontram,

reduzindo, principalmente, o número de empregos e oportunidades trabalhistas.

### **3.2 A arbitragem como meio de resolução de conflitos transnacionais**

A partir do momento que duas partes possuem ideias divergentes acerca de determinada situação, assim como necessidades diferentes, variando conforme a época, cultura, costumes, etc., surgem os mais variados tipos de conflitos, sendo necessária a utilização de meios adequados para a resolução desses dissídios. Nesse tópico será dada ênfase no instituto da arbitragem como meio de resolução de conflitos transnacionais.

Considerando que, ao longo da história foram surgindo diversos instrumentos para a solução de conflitos, tanto no Poder Judiciário, como fora dele, os instrumentos para resolução foram reconhecidos juridicamente apenas na história mais recente da humanidade.

Considerando que os modos de resolução de conflitos até então adotados não conseguiam atingir aos pressupostos do que se entende por justiça, novas modalidades foram surgindo com a evolução da própria sociedade. Destacam-se, portanto, os institutos da mediação, conciliação e arbitragem, como instrumentos capazes de promover a autonomia das partes, solucionando conflitos de maneira pacífica e, principalmente, diminuindo o volume de processos tramitando junto ao Poder Judiciário. 'Esses 'mecanismos alternativos' (arbitragem, conciliação, mediação...) podem ser estratégias adotadas para tratar os conflitos sociais e interindividuais, salientando-se que é o próprio modelo conflitual de jurisdição que precisa ser revisto (SPENGLER, 2010, p.115).

A arbitragem, em âmbito internacional, passou a ser conhecida e utilizada após a Segunda Guerra Mundial, com o arrebatamento das relações comerciais internacionais. No que tange o Direito internacional, a arbitragem já era citada há séculos. Além disso, após a Segunda Guerra

mundial ocorreu o surgimento de organizações internacionais que serviam para solucionar conflitos oriundos de transações internacionais (LIMA, 2008, p. 44).

Existe uma lacuna de tempo entre o planejamento, a aceitação e a prática de convenções e tratados internacionais, nesse sentido, a arbitragem se torna necessária, permitindo a condução de conflitos de maneira que diminua os confrontos de interesses, caso viessem a depender do ordenamento jurídico dos países em conflito. Visto que, “não é possível afirmar com certeza que o direito nacional de determinado país será sempre aplicável às transações comerciais que envolverem os seus nacionais”, a decisão tomada não será sempre pelos seus próprios tribunais (GREBLER, 2006, p. 96).

Entretanto, a arbitragem vem sendo muito disseminada na atualidade, pois oferece muitas vantagens além das que apresenta a jurisdição estatal. Neste sentido, Santanna assegura que “a crescente participação do Estado brasileiro em arbitragem comercial internacional é consequência do aumento de relações jurídicas internacionais nos últimos anos” (2011, p.10).

O instituto da arbitragem possui importância significativa no que tange aos contratos internacionais. Considerando-se que o direito interno de cada país não é exigível ou de aplicação compulsória, o contrato acaba se tornando lei suprema entre as partes. A arbitragem, no Direito internacional, não possui força vinculante, apresentando apenas meras consequências morais, uma vez que não existe a possibilidade de invocar a força de um Estado sobre o outro (TEIXEIRA, 1997, p.21-34).

Atualmente, a arbitragem internacional sofre a influência de um conjunto de regras bastante peculiares criadas pelos próprios atores do comércio internacional, sendo eles mesmos que aplicam e regulam. É utilizada como objeto de tentativa de consolidação por instituições

privadas, tendo como foco, unificar as regras para delimitação de contratos (CORDEIRO, 2008, p. 88).

Além disso, Sérgio Mourão Corrêa Lima aborda a relevância das Cortes de Arbitragem, elucidada pela Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) e pela *American Arbitration Association* (AAA), etc. A CCI é um órgão privado de produção de normas transnacionais, o qual se dedica “às atividades relacionadas ao comércio internacional e que mantém um comitê especializado de arbitragem”. Por sua vez, a AAA é um órgão arbitral norte-americano, que dispõe sobre um Índice de Regras de Arbitragem Internacional (LIMA, 2008, p.14).

Conforme Glitz, “as divergências entre o Direito Internacional e a legislação doméstica tendem a se dissipar conforme se harmonizem os princípios relacionados aos negócios internacionais”. Percebe-se então, a relevância da arbitragem como meio utilizado para solução de dissídios em âmbito internacional, levando em consideração seu caráter jurisdicional, diferente da mediação e da conciliação que possuem apenas caráter negocial (2012, p. 297).

A eleição da utilização da arbitragem como forma de resolução de conflitos internacionais é bastante complexa, pois o foco é definir se o Estado irá aplicar ou não o princípio da autonomia da vontade e se o interesse público representado é arbitrável (FAVACHO, 2011, p.263).

Conforme abordado anteriormente, a utilização da arbitragem no contexto internacional é muito ampla, principalmente em conflitos de origem comercial, levando em consideração as divergências enfrentadas entre os ordenamentos jurídicos envolvidos. Desse modo, a busca pela arbitragem torna-se necessária, tendo em vista que possibilita a resolução dos mais diversos conflitos visando satisfazer a vontade das partes envolvidas.

### 3.3 Efetividade dos direitos sociais trabalhistas

Levando-se em consideração que as empresas transnacionais focam na obtenção de lucros, isso faz com que elas se mudem frequentemente se acharem que o local já não traz mais benefícios. Portanto, acaba prejudicando o empregado juntamente de seus direitos sociais trabalhistas.

O Direito Internacional do trabalho trata da proteção do trabalhador na área do Direito Internacional Público, seja como parte de um contrato ou como ser humano, o qual estabelece a universalização de princípios da justiça social. Além disso, estuda questões conexas visando à melhoria das condições de vida do trabalhador e a harmonia entre o desenvolvimento técnico-econômico e o progresso social (SUSSEKIND, 2000, p. 139).

De acordo, Husek tem como objeto e finalidade o Direito Internacional do Trabalho como uma forma de universalizar os princípios de justiça social e de buscar a uniformização das normas jurídicas como uma forma de desenvolver a cooperação internacional, além disso, entende que “O objetivo básico é a condição da melhoria da vida do trabalhador, não importa raça, sexo, idade, cultura, nível social, espécie profissional, nacionalidade, religião etc.” (2015, p.63).

Para Jeremy Rifkin, em sua obra, observou que a oferta de vagas se tornou menor que o crescimento da População Economicamente Ativa (PEA), o que decorria, principalmente, da evolução tecnológica e novos métodos de trabalho que permitiam a possibilidade de produzir mais com menor participação de mão de obra (1995, p. 349).

O Direito do Trabalho deve integrar o mínimo existencial, uma vez que se não tiver uma fonte de renda se torna impossibilitado de conseguir o seu sustento e o de sua família. A partir da ideia de que o trabalho não é uma mercadoria, e dos direitos sociais, evoluindo para a ideia de

“constitucionalismo social”, passou-se a exigir a proteção da dignidade da pessoa do trabalhador ao Estado (LOBATO, 2006, p. 35).

A valorização do trabalho humano deve ser buscada de várias formas, como por exemplo, assegurando a preparação dos jovens para o mercado de trabalho, garantindo educação de qualidade, resguardando a segurança do trabalhador no que tange à saúde física e mental, assim como assegurando a manutenção do seu emprego (MARQUES, 2007, p. 116).

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece que cada Estado se compromete a adotar medidas, em plano econômico e técnico, visando assegurar o pleno exercício do direito do trabalhador. Fica nítido que os direitos trabalhistas, assim como os direitos sociais, humanos e fundamentais devem ser assegurados de forma progressiva, não permitindo retrocesso (GARCIA, 2017, p. 19).

Diante disso, houve o surgimento da Organização Internacional do Trabalho, a qual se baseou em argumentos humanitários e políticos, fundamentando a justiça social no âmbito internacional trabalhista. Quando a industrialização nos países europeus se encontrava veloz, surgiram condições sociais e políticas devido aos movimentos de reivindicação dos trabalhadores (CAVALCANTE, 2007, p. 144).

Além disso, a OIT visa adotar uma política social de cooperação e de desenvolvimento social entre todos sistemas jurídicos para a melhoria de condições de trabalho, mediante o implemento de normas protetivas sociais universais para os trabalhadores e o reconhecimento internacional dos Direitos Humanos (SUSSEKIND, 1987, p. 124).

Portanto, levando-se em consideração que o Direito Internacional do Trabalho visa proteger os direitos sociais e humanos do trabalhador, foi criada a Organização Internacional do Trabalho para assegurar esses direitos, visto que, em âmbito internacional, mais precisamente nas

transnacionais, esses direitos são pouco assegurados devido ao fato das mesmas estarem em frequente mudança.

### **Considerações finais**

No presente artigo, estudou-se o instituto da arbitragem dando foco em sua utilização como uma forma de resolução de dissídios individuais trabalhistas, dando atenção à relação de emprego em transnacionais.

A arbitragem é um meio privado e alternativo para buscar solução judicial por meio de um terceiro imparcial, no cenário brasileiro foi adotada a Lei da arbitragem como novo instituto, sendo esse de maior aceitação e eficácia.

Esse instituto permite que as partes acordem um procedimento mais célere e simples, podendo as mesmas, pactuarem o procedimento com informalidade, flexibilidade, especialidade e confidencialidade.

No que tange às transnacionais, a arbitragem é um meio muito utilizado na esfera internacional, levando-se em consideração o seu caráter jurisdicional, o que difere da mediação e conciliação. Sua abordagem internacional é bastante ampla, pois se leva em consideração as divergências enfrentadas nos ordenamentos jurídicos envolvidos.

Tendo em vista que as empresas transnacionais buscam apenas a obtenção de lucro, o empregado acaba sendo prejudicado e tendo seus direitos sociais trabalhistas afetados. A arbitragem possui grande importância nessa relação, pois o direito interno de cada país não é exigível ou de aplicação compulsória, o que torna o contrato entre as partes como uma lei suprema.

Contudo, o instituto da arbitragem é utilizado como um objeto de tentativa de consolidação por meio das instituições privadas, tendo como objetivo principal a unificação das regras para delimitação dos contratos. Sua utilização torna-se necessária, tendo em vista a possibilidade de



resolução dos mais variados conflitos, podendo assim, satisfazer a vontade das partes envolvidas sem prejudicar a parte mais vulnerável.

## Referências

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **A arbitragem**: solução alternativa de conflitos. Revista da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal, Brasília, n. 2, p. 149-173, maio - ago. 1996.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Empresa Transnacional e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

BENEVIDES, Camilla Martins dos Santos; VILLATORE, Marco Antônio César. **A reforma trabalhista e a utilização da arbitragem como forma de resolução de conflito trabalhista para cumprir função pacificadora perante as modificações econômicas, sociais e culturais**. Revista de direito do trabalho, vol. 201, p. 169-183, mai. 2019.

BRANCO, Luizella Giardino B. **A arbitragem nos contratos internacionais**. Disponível em: <[www.internacional-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/arbitrationlawarbitragem\\_nos\\_contratos\\_internacionais.pdf](http://www.internacional-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/arbitrationlawarbitragem_nos_contratos_internacionais.pdf)>. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 18 de outubro de 2020.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm)>. Acesso em 24 de outubro de 2020.

\_\_\_\_\_. **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. 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 20 de outubro de 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm)> Acesso em 20 de outubro de 2020.

BRIGAGÃO, Clóvis; RODRIGUES, Gilberto M. A. **Globalização a olho nu: o mundo conectado.** 2. ed. reform. São Paulo: Moderna, 2004.

CAIRO, Jose Jr. **Curso de Direito do Trabalho.** Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 1993.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho.** 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho.** 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

CAVALCANTE, Lygia Maria Godoy Batista. **A dignidade da pessoa humana como norma principiológica de aplicação no Direito do Trabalho.** In: Direitos Humanos. Essência do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2007.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno.** Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CORDEIRO, D. **A lexmercatoria e as novas tendências de codificação do Direito do comércio internacional.** In: Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v.7, n.7, jan./jun.2008.

CORNÉLIO, Raphael Lima Lemes; GONÇALVES, Mauro Pedroso. **Cláusula compromissória no contrato individual de trabalho: a extensão da liberdade do**

**trabalhador na escolha do procedimento arbitral.** Revista de arbitragem e mediação, vol. 60, p. 131-149, jan. - mar. 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 12. ed. São Paulo: Ltr, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 16. ed. São Paulo: Ltr, 2017. FAVACHO, Frederico. **A gestão de conflitos em contratos internacionais do petróleo.**

Revista Brasileira de Direito Constitucional: RBDC n. 18 – jul./dez. 2011. Disponível em: <http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/268/261>. Acesso em: 08 nov. 2020.

FICHTNER, José Antonio et al. **Teoria Geral da Arbitragem.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêngo. **A lei da Arbitragem Comentada.** São Paulo: Saraiva, 1998.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho.** 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

\_\_\_\_\_. Reforma trabalhista. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

GIGLIO, Wagner D. CORRÊA, Claudia GiglioVeltri. **Direito processual do trabalho.** 16. ed. ver., ampl., atual. e adaptada. São Paulo: Saraiva, 2007.

GLITZ, Frederico. **Contrato, globalização e Lex mercatoria.** Rio de Janeiro: Clássica, 2012.

GORCZEWSKI, Clovis. **Formas alternativas para resolução de conflitos: a arbitragem no Brasil** - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

GREBLER, Eduardo. **A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Venda Internacional de Mercadorias e o Comércio Internacional Brasileiro.** In: III Anuário Brasileiro de Direito Internacional, v. 1, n.1. Belo Horizonte: CEDIN, 2006. p. 94-109.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso básico de Direito Internacional público e privado do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.

IANNI, Octávio. **A sociedade global**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.  
LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2018.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. **Arbitragem: aspectos fundamentais**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. **O Valor constitucional para a efetividade dos direitos sociais nas relações de trabalho**. São Paulo: Ltr, 2006.

MAGALHÃES, José Carlos de. **Direito Internacional Econômico**. Curitiba: Juruá, 2005.  
MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 31. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho na ordem econômica na Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Ltr, 2007.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de et al. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Arbitragem no direito do trabalho**. Revista de mediação e arbitragem, vol. 56, p. 179-187, jan. - mar. 2018.

MUNIZ, Tânia L. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. Curitiba: Juruá 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação do direito do trabalho**. ed. 34. São Paulo: LTr, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil comentado**. 3. ed., São Paulo: RT, 1997.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RIFKIN, Jeremy. **Fim dos empregos**: o declínio inevitável dos níveis de empregos e a redução da força global de trabalho. São Paulo: Makron Books, 1995.

RODRIGUES, Americo Plá. **Princípios do direito do trabalho**. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2018.

SANTANNA, Ana Carolina Squadri. **Sobre a participação do Estado na arbitragem comercial internacional**: arbitrabilidade subjetiva e objetiva. In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VIII, 2011.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais de arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**: mediação e conciliação. 8. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SOUZA, Magali Rodrigues de; GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Arbitragem nas relações de trabalho**: Inovações decorrentes da lei 13.467/2017. Revista de processo, vol. 284, p. 535- 554, out. 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 1987.

\_\_\_\_\_. **Direito internacional do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A arbitragem no sistema jurídico brasileiro**. In: GARCEZ, J.M.R. A arbitragem na era da globalização. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

## **As concepções positivas e negativas da reparação de danos em decorrência do abandono <sup>1</sup>**

*Maria Eduarda Girelli Gonçalves <sup>2</sup>*

### **Introdução**

O presente estudo analisa as concepções positivas e negativas do dever de indenização por dano moral em decorrência do abandono afetivo e a possibilidade de supressão do sobrenome do genitor responsável pelo abandono do Registro Civil, de acordo com a análise da doutrina e da jurisprudência. Para tanto, leva-se em consideração que os pais possuem a obrigação de exercer a sua função parental, que é essencial para a formação moral e intelectual da criança e do adolescente.

Justifica-se a escolha deste tema baseando-se, principalmente, no fato de que os pais têm a obrigação de zelar pelo bem-estar físico e psíquico da sua prole, além de serem responsáveis pelo desenvolvimento saudável da criança e do adolescente, de acordo com a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil.

Em um primeiro momento abordar-se-á sobre as espécies de famílias constituídas na sociedade brasileira, formadas por vínculos de afeto e solidariedade, bem como os direitos e deveres dos genitores na relação parental, relacionados aos princípios constitucionais abordados pelo Direito de Família, e que possibilitam uma explanação acerca do dever de

---

<sup>1</sup> Artigo científico produzido a partir de monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, Campus Casca, no ano de 2021, sob orientação da Professora Mestra Fernanda Ultramari.

<sup>2</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: 155736@upf.br

cuidado, do direito de convivência, da guarda e dos laços afetivos, partindo-se do viés da análise da interdisciplinaridade.

Em seguida estudar-se-a a responsabilidade civil no Direito de Família, iniciando-se pela compreensão dos pressupostos do dever de indenizar, da natureza jurídica da indenização por danos morais, bem como da questão do dano afetivo inserido na esfera dos danos extrapatrimoniais, partindo-se da premissa da violação de norma de conduta por falta de cuidado na relação genitor-prole, em especial.

Por fim, a pesquisa direciona-se para a afetividade relacionada a questões patrimoniais, abrangendo-se principalmente o conceito de abandono do núcleo familiar e das consequências que refletem no desenvolvimento moral e psíquico das crianças e adolescentes vítimas. A partir disso, explora-se os preceitos compensatórios negativos e positivos da reparação de danos morais gerados pelo abandono afetivo, comparando-se à possibilidade de fixação de *astreintes*, como uma multa periódica, e até mesmo a possibilidade de supressão do sobrenome do genitor que abandona a prole, buscando-se o correto desempenho das funções de pai e de mãe.

Nessa senda, é importante e extremamente atual discutir o tema, pois a falta de convivência dos menores com o genitor pode dar causa ao abandono afetivo. A falta do afeto pode ocorrer em consequência de inúmeros atos, passando, por vezes, despercebida. Contudo, certamente é a causadora de diversos problemas de relacionamento e de convivência social, durante a vida dos filhos que são vítimas do abandono afetivo.

Diante de todos os meios eletrônicos existentes na atualidade, não há justificativas para argumentar a falta de afeto, levando-se em conta que a convivência não se limita a relação presencial. Desse modo, a presente pesquisa não tem o condão de esgotar a matéria, mas apenas fomentar a realização de mais estudos.

## 1 A filiação no ordenamento jurídico brasileiro

A projeção é para que a vida humana ocorra em sociedade, inserida em uma comunidade em que possa desenvolver-se física e culturalmente, junto de seus semelhantes. Os pensamentos individualistas foram substituindo-se, aos poucos, por laços coletivos, abrangendo-se a preocupação com as presentes e com as futuras gerações.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald destacam que “o ser humano nasce inserto no seio familiar – estrutura básica social –, de onde se inicia a moldagem de suas potencialidades com o propósito da convivência em sociedade e da busca de sua realização pessoal” (2015, p. 03). Assim, é na família que a pessoa encontra uma base para a vida e para suas realizações, bem como é o local em que constrói vínculos de afeto.

Ocorre que o contexto familiar alterou-se muito com o passar dos anos. Assim, Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf revelam que

os primeiros grupos sociais que existiram não constituíram efetivamente a família para os padrões organizacionais tal como esta é conhecida na atualidade, e muito provavelmente formaram-se os primeiros grupos humanos com base no instinto sexual, pouco importando se essa união fosse passageira ou duradoura, monogâmica ou poligâmica, poliândrica ou poligínica (2018, p. 23).

Durante longo período, preponderou a figura do *pater familia*, ou seja, da figura masculina no centro da família como autoridade máxima. No Império Romano,

a família pautava-se numa unidade econômica, política, militar e religiosa, que era comandada sempre por uma figura do sexo masculino, o *pater familias*. A mencionada figura jurídica consistia no ascendente mais velho de um



determinado núcleo, que reunia os descendentes sob sua absoluta autoridade, formando assim o que se entendia por família (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2019, p. 67)

Paulo Lôbo enfatiza que “a família sofreu profundas mudanças de função, natureza, composição e, conseqüentemente, de concepção, sobretudo após o advento do Estado social, ao longo do século XX” (2011, p. 17). Ainda, menciona que a legislação civil brasileira tomou como modelo a família patriarcal, que, desde a Colônia, o Império e durante grande parte do século XX, entrou em crise, em decorrência dos valores introduzidos pela Constituição de 1988, culminando em sua derrocada no plano jurídico (2011, p. 17). Ademais,

como a crise é sempre perda dos fundamentos de um paradigma em virtude do advento de outro, a família atual está matizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida (LÔBO, 2011, p. 17)

A família, na pós-modernidade, inclusive no Brasil, sofreu vicissitudes da acelerada urbanização. Assim, o papel que era destinado à mulher no âmbito doméstico, em decorrência da participação feminina, principalmente na esfera econômica e profissional, remodelou-se, caracterizando os principais fatores de desaparecimento da família patriarcal (LÔBO, 2011, p. 20). A partir disso, a legislação sobre a família construiu suas bases no predomínio e na concepção do homem livre proprietário (LÔBO, 2011, p. 23).

Importante mencionar, frente à tutela que traz a Constituição Federal de 1988, o artigo 226<sup>3</sup>, mais precisamente em seus parágrafos 3º e 4º, que tipificam dois dos modelos de família aceitos pelo ordenamento jurídico brasileiro: a união estável e a família monoparental.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 ainda reconhece outras entidades familiares como modalidades de família, garantindo legitimidade e respeito a estas entidades (MALUF; MALUF, 2018, p. 20). Em sua obra, Maria Berenice Dias destaca que a família continua sendo essencial para a existência da sociedade e do Estado, ainda que tenha ocorrido uma completa reformulação do seu significado (2016, p. 228). Assim, “a mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração, quer da conjugalidade, quer da parentalidade” (DIAS, 2016, p. 230).

Além do casamento e da união estável, Maria Berenice Dias destaca outras estruturas familiares reconhecidas atualmente. Dentre elas, menciona a união homoafetiva, as famílias paralelas ou simultâneas (ocorrência de dois relacionamentos simultâneos, por casamento ou união estável, em lares distintos), a união poliafetiva (formação de uma única entidade familiar com considerável número de integrantes) e a família monoparental, já mencionada anteriormente. Além disso, a autora denota a existência da família parental ou anaparental (convivência entre parentes ou entre pessoas) e da família composta, pluriparental ou mosaico (quando há multiplicidade de vínculos, ambiguidade de funções entre casais e interdependência) (2016, p. 231-244)

Basta a simples observação da realidade para que se verificar a variada gama de arranjos familiares que se enquadram “na tutela jurídica

---

3 Artigo 226 da Constituição Federal: “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”.

constitucionalizada da família, com os olhos voltados para um evidente e contínuo processo de dessacralização e despatrimonialização do direito de família” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2019, p. 70).

Além disso, para Rolf Madaleno não é mais novidade a preocupação para com os interesses das crianças e dos adolescentes, sendo a família o núcleo de proteção e compreensão dos filhos e molde para o desenvolvimento psíquico destes. Nessa linha, sustenta que

além do direito ao nome paterno, o filho tem a necessidade e o direito, e o pai tem o dever de acolher social e afetivamente o seu rebento, sendo esse acolhimento inerente ao desenvolvimento moral e psíquico de seu descendente. Recusando aos filhos esses caracteres indissociáveis de sua estrutura em formação, age o pai em injustificável ilicitude civil, e assim gera o dever de indenizar também a dor causada pelas carências, traumas e prejuízos morais sofridos pelo filho imotivadamente rejeitado pela desumana segregação do pai, não obstante exista corrente claramente contrária ao dano moral pelo abandono afetivo (2018, p. 492).

Para tanto, observou-se também os direitos e os deveres dos genitores na relação parental, a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana, que irradia seus efeitos sob todos os demais princípios do ordenamento jurídico brasileiro, tais como da solidariedade entre os membros da família, da igualdade entre cônjuges e filhos, do melhor interesse da criança e do adolescente, da afetividade, da função social da família, da boa-fé objetiva e da convivência familiar. Nesse sentido, constatou-se que muito além do dever de exercer a guarda, de visitar e de prestar alimentos, existe o dever de cuidado, de convivência e de formação de laços afetivos, muito mais supremos que as antigas “visitas”. Tais deveres não se tornam obrigações quando encarados com o amor que deve existir entre o genitor e sua prole, passando assim a serem tratados como direitos.

Dentre os princípios já mencionados, o princípio da afetividade é o que mais merece destaque diante da presente pesquisa. O “afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares” (TARTUCE, 2019, p. 54-55). Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho destacam que “o fato é que o amor – a afetividade – tem muitas faces e aspectos e, nessa multifária complexidade, temos apenas a certeza inafastável de que se trata de uma força elementar, propulsora de todas as nossas relações de vida” (2019, p. 110).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho comentam o princípio da convivência familiar, que também precisa ser mencionado quando se analisa o tema abandono afetivo. Inicialmente, importante mencionar que

O afastamento definitivo dos filhos da sua família natural é medida de exceção, apenas recomendável em situações justificadas por interesse superior, a exemplo da adoção, do reconhecimento da paternidade socioafetiva ou da destituição do poder familiar por descumprimento de dever legal (2019, p. 124).

Porém, esta é uma discussão muito complexa, fazendo-se necessário o auxílio de equipe multidisciplinar para amenizar as consequências de dor e sofrimento (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2019, p. 125-126). Paulo Lôbo trata a convivência familiar como uma relação afetiva duradoura, formada pelas pessoas do grupo familiar, pelos laços de parentesco ou não, em um ambiente comum. Ademais, é um direito que pertence tanto à criança e ao adolescente, quanto aos pais e familiares que não convivem diretamente com o menor.

Como se pode ver, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald definem que “a família é o fenômeno humano em que se funda a sociedade” (2015, p. 03), isso porque é “impossível compreendê-la senão à

luz da interdisciplinaridade, máxime na sociedade contemporânea, marcada por relações complexas, plurais, abertas, multifacetárias e (por que não?) globalizadas” (2015, p. 03). Neste sentido,

Induvidosamente, a família traz consigo uma dimensão biológica, espiritual e social, afigurando-se necessário, por conseguinte, sua compreensão a partir de uma feição ampla, considerando suas idiossincrasias e peculiaridades, o que exige a participação de diferentes ramos do conhecimento, tais como a sociologia, a psicologia, a antropologia, a filosofia, a teologia, a biologia (e, por igual, da biotecnologia e a bioética) e, ainda, da ciência do direito (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 04).

O maior objetivo da atuação de equipes multidisciplinares é garantir proteção à criança e ao adolescente que se encontram em situação vulnerável.

Com isso, é recomendável aos juízes de família, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou de algum dos interessados, se fazer valer do mediador familiar (normalmente, profissionais com formação interdisciplinar) para a obtenção de resultado mais seguro do conflito, garantindo a dignidade das partes e, principalmente, de crianças e adolescentes (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 30)

Por meio das equipes multidisciplinares é que se torna possível, por exemplo, verificar as consequências do abandono de um ou de ambos os pais no crescimento do menor, e ainda constatar se é possível a fixação de dano moral em decorrência do abandono. Essa espécie de responsabilidade civil não possui previsão legal, entretanto, é importante compreender o dano moral e o dano afetivo, a fim de que se possa formar um posicionamento sobre a possibilidade de reparação de danos da esfera do direito de família.

## 2 A responsabilidade civil no direito de família

As consequências causadas pela ausência da convivência de um ou de ambos os genitores na vida de uma criança, são, de fato, imensuráveis, cabendo a profissionais de diversas áreas acompanhá-las, a fim de amenizar os efeitos do abandono afetivo. A partir disso é que se pode verificar a possibilidade de fixação de uma indenização ou de alguma outra forma de reparação aos danos psicológicos causados aos infantes.

Na sociedade atual, denominada como pós-modernidade, por Zygmunt Bauman<sup>4</sup>, as pessoas encontram-se rodeadas de direitos e de deveres, impostos por leis ou pela própria sociedade, a partir dos costumes e até mesmo por padrões que são impostos. Estão presentes, além disso, regras de conduta que cercam os direitos e os deveres. Entretanto, diante de todas as situações vivenciadas pelo homem, incluem-se também as lesões a estas garantias.

Flávio Tartuce destaca que sempre que a lesão estiver presente, estará configurado o ato ilícito, ainda que a lesão seja cumulada com um dano material, moral, estético, entre outros, de acordo com a previsão do artigo 186<sup>5</sup> do Código Civil brasileiro (2019, p. 469). A consequência desse ato ilícito é o dever de indenizar, ou seja, de reparar o dano causado, nos termos do artigo 927<sup>6</sup> do Código Civil, aliando-se “à corrente doutrinária pela qual ato ilícito constitui um fato jurídico, mas não é um ato jurídico, eis que para este é necessária a licitude da conduta” (TARTUCE, 2019, p. 472).

---

4 “O mundo que chamo de “líquido” porque, como todos os líquidos, ele jamais se imobiliza nem conserva sua forma por muito tempo” (2011, p. 06).

5 Artigo 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

6 Artigo 927 do Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Desse modo, a regra é que a conduta humana pode gerar ilicitude e dever de indenizar a pessoa que sofreu as lesões. Arnaldo Rizzardo reitera, nesse sentido, a necessidade de coordenação das condutas das pessoas a quem são dirigidas as leis, pois “ao mesmo tempo em que surgem garantias e direitos, nascem deveres jurídicos de respeitar tais garantias e direitos” (2018, p. 05).

Há responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico cumulado com o dano, pois uma responsabilidade sempre pressupõe um dever jurídico anterior, preexistente, e uma obrigação descumprida. Sendo assim, a obrigação sempre será um dever jurídico originário, enquanto a responsabilidade é um dever jurídico secundário, sucessivo a obrigação, quando ocorre a sua violação (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 14).

Neste aspecto, não se pode deixar de mencionar a importância da responsabilidade civil, tendo em vista que é este instituto que visa restaurar um equilíbrio moral e patrimonial que foi desfeito, tutelando os bens jurídicos existentes, com todas suas utilidades, em favor de um determinado sujeito (GONÇALVES, 2017, p. 14). Merece destaque o princípio da reparação integral, que tem sido o principal objetivo para concretizar a reparação de danos, ligado diretamente à função da responsabilidade civil (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 27).

Flávio Tartuce destaca que o entendimento que prevalece é que a culpa em sentido amplo é um elemento essencial da responsabilidade civil, juntamente com outros três elementos da obrigação de indenizar: conduta humana, nexa de causalidade, dano ou prejuízo. Assim, as condutas humanas podem ser causadas por ações, que são condutas positivas, ou por omissões, que são condutas negativas, tanto voluntariamente, como por negligência, imprudência ou imperícia, modelos que caracterizam, respectivamente, o dolo e a culpa (2019, p. 531-532).

De início, cumpre esclarecer que a ação ou a omissão referem-se a prática de um ato ou da abstenção de tal prática, de qualquer pessoa, que venha a causar dano a outrem. Carlos Roberto Gonçalves destaca que a “responsabilidade pode derivar de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e ainda de danos causados por coisas e animais que lhe pertençam” (2017, p. 53).

O segundo elemento abordado pela doutrina refere-se a culpa ou ao dolo do agente. O dolo é a vontade de cometer a violação de um direito, é uma violação deliberada, consciente e intencional de um dever jurídico, enquanto a culpa é a falta de diligência (GONÇALVES, 2017, p. 52-53).

Ainda, se a ação do agente é procurada e voluntariamente alcançada a sua intenção, diz-se que houve a culpa *lato sensu*, conhecida como dolo, mas se o prejuízo é causado em decorrência de um comportamento negligente e imprudente, houve a culpa *stricto sensu*, conhecida também como responsabilidade civil aquiliana (GONÇALVES, 2017, p. 373).

Em decorrência da dificuldade de comprovação do dolo, em algumas situações, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a possibilidade de reparação de danos sem comprovação da culpa, ou seja, trata-se da responsabilidade objetiva, com base na teoria do risco (GONÇALVES, 2017, p. 53-54). Para Sergio Cavalieri Filho, a responsabilidade objetiva já é reconhecida e se expande cada vez mais, não podendo ser contestada a existência de uma responsabilidade nos casos de indenização sem culpa (2014, p. 21), com fundamento expresso no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil.

Em outro aspecto, é a culpa que possui ligação direta com a responsabilidade, considerada pressuposto principal da responsabilidade civil subjetiva, servindo como norte para identificar as condutas em que houve falta do dever de cautela (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 32). Com base



na teoria da culpa, a responsabilidade subjetiva é considerada a regra no ordenamento jurídico brasileiro.

Posteriormente, importante analisar o terceiro elemento que compõe a responsabilização, a relação de causalidade ou nexos causal. Assim, pode-se relacionar, nas palavras de Flávio Tartuce, que “o nexos de causalidade é um cano virtual, que liga os elementos da conduta e do dano” (TARTUCE, 2017, p. 447). Desse modo, nem mesmo a responsabilidade objetiva poderia existir sem a relação de causalidade entre o dano e a conduta, pois se não existe esta relação, não há obrigação de indenizar (TARTUCE, 2017, p. 448). Para Arnaldo Rizzardo, o nexos causal se resume em três palavras: “o dano, a antijuridicidade e a imputação. Está-se diante do nexos de causalidade, que é a relação verificada entre determinado fato, o prejuízo e um sujeito provocador” (2019, p. 47).

O quarto elemento que compõe a obrigação de indenizar é o dano, que depende da existência de prova, caso contrário, não se constituirá e não permitirá que haja responsabilização. O dano “é a lesão patrimonial, moral ou estética sofrida por uma pessoa em um bem jurídico de seu interesse. Os danos patrimoniais, morais e estéticos podem ser cumulados” (PIVA, 2012, p. 182). Assim, “o dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido” (GONÇALVES, 2017, p. 54-55), sendo que este será tratado com maior ênfase ao longo da pesquisa.

Desse modo, “para que haja pagamento de indenização, além da prova de culpa ou dolo na conduta, é necessário, normalmente, comprovar o dano patrimonial ou extrapatrimonial suportado por alguém” (TARTUCE, 2019, p. 567), como ocorre nos casos de indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo dos pais em relação aos filhos.

Neste sentido, conforme lecionam Caio Mário da Silva Pereira e Gustavo Tepedino, é a proteção da pessoa humana que desempenha papel

central na responsabilidade civil, vez que esta deslocou o foco do agente causador para a vítima do dano injustamente causado (PEREIRA; TEPEDINO, 2018, p. 29), juntamente com os princípios da solidariedade, a procura do bem comum, relacionando os direitos individuais e coletivos (FARIAS; ROSENVALD, BRAGA NETTO; 2017, p. 44-45) e da prevenção, como forma de proteger os bens existenciais e patrimoniais (FARIAS; ROSENVALD, BRAGA NETTO; 2017, p. 46-49).

A teoria da responsabilidade civil, elaborada a partir dos elementos da ação ou da omissão de um agente, da culpa e do dolo, do nexo de causalidade e do dano, define que o responsável pelo dano causado a uma outra pessoa fica obrigado a repará-lo. Neste sentido, a responsabilidade civil é um instrumento importante na sociedade, responsável pelo equilíbrio entre a conduta do agente causador do dano e a consequência deste dano na vida da vítima.

Flávio Tartuce reitera o disposto no artigo 186 do Código Civil, referente a obrigação de reparar os danos causados em consequência de um ato ilícito de uma conduta humana que fere direitos subjetivo privados, trazendo à tona que a reparação do dano pode ser exclusivamente moral (2017, p. 390-391). Neste sentido, compreende-se que “a expressão ‘dano moral’ deve ser reservada exclusivamente para designar a lesão que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há consequências de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial” (GONÇALVES, 2017, p. 424).

Destarte, a expressão dano moral possui um caráter negativo, que não é patrimonial, ou seja, deve haver o dano sem a diminuição do patrimônio, ou seja, “atingindo o ofendido como ser humano, sem alcançar seus bens materiais” (RIZZARDO, 2019, p. 18).

O dano moral é a lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III<sup>7</sup> da Constituição Federal, e aos direitos da personalidade, que são “direitos inatos, reconhecidos pela ordem jurídica e não outorgados, atributos inerentes a personalidade, tais como o direito à vida, a liberdade, a saúde, a honra, ao nome, a imagem, a intimidade, a privacidade, enfim, a própria dignidade da pessoa humana” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 106). Foi a Constituição Federal de 1988 que “deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 106).

Ainda que parte da doutrina e da jurisprudência constatem certa dificuldade para verificar a determinação e a quantificação do dano moral, a reparação não exige a determinação de um preço em si, mas sim um meio de atenuar as consequências, como a dor e o sofrimento. “Por isso é que se utiliza a expressão reparação e não ressarcimento para os danos morais” (TARTUCE, 2017, p. 489).

Tem prevalecido, quanto a natureza jurídica da reparação do dano moral, um caráter duplo:

compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem (GONÇALVES, 2017, p. 467).

Desse modo, o “ordenamento jurídico permite que qualquer pessoa ingresse com uma ação judicial para pedir proteção ou fazer cessar a violação de um direito subjetivo perante o Poder Judiciário, desde que haja

---

<sup>7</sup> Artigo 1º da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”.

um interesse econômico ou moral daquele que pleiteia” (CARDIN, 2012, p. 26). Ao mencionar a questão do interesse moral, necessário lembrar que o cuidado vai muito além do dinheiro, tendo em vista que o ser humano não precisa apenas de bens materiais para viver dignamente, mas sim de sentimentos de afeto.

O dano moral é compreendido como uma ofensa aos direitos personalíssimos de uma pessoa, em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana e de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, assim, os valores afetivos e os sentimentos também integram tal categoria.

Mesmo nas relações familiares podem ocorrer situações que ensejam indenização por dano moral. Pais e filhos, marido e mulher na constância do casamento, não perdem o direito a intimidade, a privacidade, a autoestima, e outros valores que integram a dignidade. Pelo contrário, a vida em comum, reforçada por relações íntimas, cria o que tem sido chamado de moral conjugal ou honra familiar, que se materializa nos deveres de sinceridade, de tolerância, de velar pela própria honra do outro cônjuge e da família (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 108).

Quando há o rompimento dos laços afetivos nas relações familiares, como ocorre nos casos de abandono afetivo do pai em relação aos filhos, necessária a atuação do direito, como forma de amenizar os impactos que tal abandono pode gerar moralmente, assim como ocorre nos casos de Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010). São inúmeros os posicionamentos favoráveis e contrários à obrigação de indenizar por dano moral nestas situações, existindo posicionamentos no sentido de retirada do sobrenome do genitor, inclusive, como será analisado adiante.

### 3 A afetividade relacionada a questões patrimoniais

Diante de uma sociedade pós-moderna, em que o adquirir e o substituir são hábitos bastante recorrentes quando se trata de produtos, como afirma Zygmunt Bauman<sup>8</sup>, em suas diversas obras, tais verbos também acabam sendo aplicados no direito de família, atualmente, principalmente quando o filósofo se refere ao “amor líquido”. A rotina corrida a fim de buscar uma posição elevada na sociedade e a era tecnológica, por vezes, acabam por ocultar os sentimentos mais profundos do ser humano, principalmente das crianças e dos adolescentes, que se encontram no período de formação de seu caráter. “Apesar disso, e de sua liquidez contemporânea, o amor continua sendo um objeto de desejo e, é claro, de idealizações pelos humanos” (FARIAS; ROSA, 2020, p. 41).

A ausência de um dos pais, ou ainda de ambos, em decorrência do rompimento dos laços afetivos, fez surgir posicionamentos favoráveis e contrários à obrigação de indenizar dos genitores em decorrência da configuração dos danos morais. De acordo com a responsabilidade civil, além de posicionamentos no sentido de fixação de multas pelo não cumprimento do dever de convivência ou ainda demandas visando a exclusão do sobrenome do genitor que violou o dever de cuidado.

Pode-se afirmar, assim, a finalidade mais relevante da família: “a realização da afetividade pela pessoa no grupo familiar; no humanismo que só se constrói na solidariedade; no viver com o outro” (LÔBO, 2011, p. 28-29). Assim, Flávio Tartuce menciona, em sua obra, trecho de Gustavo Tepedino referente a “relação família-dignidade”, afirmando que a família não merece proteção pelo simples fato de existir. Muito além disso,

---

8 “Tudo ou quase tudo em nosso mundo está sempre em mudança: as modas que seguimos e os objetos que despertam nossa atenção (uma atenção, aliás, em constante mudança de foco, que hoje se afasta das coisas e dos acontecimentos que nos atraíam ontem, que amanhã se distanciará das coisas e acontecimentos que nos instigam hoje); as coisas que sonhamos e que tememos, aquelas que desejamos e odiamos, as que nos enchem de esperanças e as que nos enchem de aflição” (2011, p. 06).

menciona, nas palavras do jurista, que “a família passa a ser valorizada de maneira instrumental, tutelada como um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes” (2004, p. 398 apud 2019, p. 458).

Possui maior destaque nos tribunais as situações de abandono afetivo em que o pai abandona, de fato, a família, deixando os filhos sob a guarda e sob os cuidados exclusivos da mãe. A ausência de afeto em uma relação paterno-filial, por vezes, é conhecida como aborto paterno, contudo, ainda é tema de bastante controvérsia na doutrina e na jurisprudência brasileiras, que contam com o auxílio de equipes interdisciplinares para atuarem nos casos concretos, como se verá adiante.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka acentua que são múltiplas as circunstâncias que podem dar origem à relação paterno ou materno-filial, além de serem múltiplas as circunstâncias que causam o afastamento do convívio do genitor com a sua prole. O abandono pode ocorrer pelo fato do genitor desconhecer o fato de ser pai, além de ocorrer quando os pais, ainda que se encontrem presentes fisicamente, deixam de cumprir suas funções (2006, p. 134).

A partir da compreensão de que o afeto encontra-se inserido nos núcleos familiares como instrumento de formação e desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, constatam-se justificativas utilizadas por doutrinadores quanto ao afastamento do dever de indenização por abandono afetivo. Os posicionamentos mais comuns estão relacionadas ao fato de que não é possível monetarizar o vínculo de afeto entre as pessoas, principalmente entre pais e filhos, de modo a obrigar que o genitor ame sua prole.

Existem dois principais pontos que são abordados na corrente dita negativa. Inicialmente, Eduardo Zannoni ressalta que

os filhos carecem de direito para pretender a reparação do desamor, pela lacuna afetiva ou pela falta de apoio espiritual de parte dos genitores, porquanto essa ausência não se traduziria em descumprimento de deveres parentais, como o são o dever de assistência material, como tampouco seriam atos proibidos pela norma jurídica, como os maus tratos, o abandono e o fato de colocar em perigo a saúde física ou psíquica do filho (1990 apud MADALENO, 2018, p. 490).

Acrescendo-se a esse posicionamento, surgem manifestações no sentido de que o pagamento da indenização poderia, por vezes, acabar definitivamente com a possibilidade do filho receber atenção do genitor ausente. Camila Dal Lago e Vitor Ugo Oltramari destacam que “há resistência em reconhecer o direito à indenização por abandono afetivo na esfera das relações familiares, tendo em vista seu caráter eminentemente subjetivo” (2012, p. 235). Assim, Rafael Carpes Madaleno destaca que

a construção de laços afetivos mediante coação pecuniária é de todo temerária, ressumbrando bizarro imaginar pais que não nutrem afeto pela prole, fingirem, de um instante para o outro, aquilo que são incapazes de sentir genuinamente, apenas pelo temor de virem a ser condenados a indenizar o que desditosamente já está consumado (MADALENO, apud, Madaleno, 2018, p. 495).

É nesse sentido que os doutrinadores que contrapõem a tese da reparação civil articulam, pois, a sua adoção importa na indevida monetarização do afeto, através do desvirtuamento de sua essência, e da impossibilidade de aferir a quantidade e a qualidade do amor que é dedicado de uma pessoa a outra, tendo em vista que este sentimento deve ser natural e espontâneo, sem que se torne uma obrigação jurídica, sob o viés e controle estatal (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 779).

Ademais, conforme posicionamento de Carlos Roberto Gonçalves, essas circunstâncias “devem ser levadas em consideração no julgamento

de casos dessa natureza, especialmente para não transformar as relações familiares em vindita ou em jogo de interesses econômicos” (2017, p. 496). Assim, importante mencionar decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, quando do julgamento da Apelação Cível nº 70082371212<sup>9</sup>, da Sétima Câmara Cível, sob relatoria da Desembargadora Sandra Brisolará Medeiros, julgado em 25 de setembro de 2019 (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2019), no sentido de que não há possibilidade de fixação de indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo, a não ser que esteja caracterizado o ato ilícito de extrema gravidade.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, já se pronunciou neste mesmo sentido ao negar provimento ao Recurso Especial nº 757.411 – MG<sup>10</sup> (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2007), determinando que a perda do poder familiar é a pena civil mais grave a ser imputada a um pai, se encarregando, assim, das funções punitiva e dissuasória, sendo a busca

---

<sup>9</sup> APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO PATERNO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO FATO LESIVO. DO DANO E DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O DANO E O ATO DO AGENTE. INEXISTÊNCIA DE AFETO PATERNO QUE, POR SI SÓ, NÃO CONDUZ AO DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA CONFIRMADA. Tem-se há muito entendido que, para restar evidenciado o dever de indenizar, imprescindível a ocorrência de ato ilícito. Vale dizer, indispensável a demonstração do fato lesivo, do dano e do nexo de causalidade entre o dano e o ato do agente. Relativamente aos pedidos de indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo, esta Corte de Justiça tem entendimento sedimentado no sentido de que somente em situações especialíssimas é possível condenar-se alguém ao pagamento de indenização em casos que tais. [...] APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível, Nº 70082371212, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em: 25-09-2019).

<sup>10</sup> RE nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 757.411 - MG (2005/0085464-3). DECISÃO. Trata-se de recurso extraordinário manifestado por A B F (MENOR), com fulcro no art. 102, III, "a" da Carta Magna, contra acórdão da Quarta Turma deste Tribunal que deu provimento ao recurso especial da ora recorrida, ao fundamento de que escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada (fl.197). [...] Constatado que a Quarta Turma deste Tribunal, ao decidir a matéria em debate, embasou-se unicamente na interpretação de normas infraconstitucionais, bem como no entendimento firmado no âmbito deste Sodalício, não havendo que se falar, pois, em ofensa direta à Carta Política, restando inviabilizada, como consequência, a interposição do apelo extremo. Demais disso, a matéria tratada nos preceitos constitucionais invocados deixaram de ser apreciada pela Eg. Turma julgadora e, ainda, não foram opostos os cabíveis embargos declaratórios suscitando essa manifestação. Inexistente, assim, o indispensável requisito do prequestionamento, viabilizador da instância extraordinária, incidindo, pois, o preceito do enunciado nº 282 da Súmula do STF. Ante o exposto, não admito o recurso extraordinário. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 18 de março de 2007. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS Vice-Presidente.



pelo dinheiro algo indevido (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2014, p. 251-252).

Nos últimos julgados acerca do tema, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul posicionou-se de modo desfavorável a pretensão ressarcitória, em decorrência da existência de outros fatores de maneira isolada, como o mero distanciamento afeto, à ausência de nexo de causalidade entre a conduta omissiva do genitor e os danos emocionais do infante, ausência da comprovação da omissão ou ainda dos danos causados, e a ausência de relação com os direitos de personalidade (Consideração realizada a partir da análise das Apelações Cíveis nº 70082497231, 70083174474, 70082683756, 70082414756 e 70082799917, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul).

A partir disso, os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald iniciam uma problemática, buscando saber se a violação de algum dever específico previsto no direito de família seria suficiente para ensejar uma indenização, concluindo que a pura e simples violação do afeto não pode ensejar tal indenização. “Somente quando uma determinada conduta caracterizar-se como ilícita é que será possível indenizar os danos morais e materiais dela decorrentes” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 129).

Deste modo, resta evidente a extrema importância que permeia o assunto em questão, tendo em vista que a indenização jamais vai apagar os danos causados, contudo, é fundamental discutir não a obrigação do pai ou da mãe amar ou não a prole, mas sim o seu dever de zelo e cuidado, que pode variar de acordo com o contexto de cada realidade familiar.

Em atenção aos princípios da afetividade, da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, além da proteção garantida aos direitos personalíssimos, Camila Dal Lago e Vítor Ugo Ultramari destacam que “é imprescindível a existência de solidariedade familiar, afeto, amor e

respeito” (2012, p. 232). É nesse sentido que a corrente dita positiva atua, abordando, basicamente, dois preceitos principais.

O primeiro evidencia que “o que se cobra dos pais é o correto desempenho de suas funções, para o pleno desenvolvimento da pessoa humana de seus filhos” (HIRONAKA, 2006, p. 134). Assim, a condenação deve ao menos tentar compensar o dano injusto sofrido, tendo em vista que “cuidará apenas de certificar no tempo a nefasta existência desse moral e covarde abandono do pai” (MADALENO, 2018, p. 492). Já o segundo preceito é referente ao fato de que a indenização, certamente vai servir de exemplo e de alerta para os demais abandonos, “bem ao sabor da moderna doutrina que trata dos *danos punitivos* que são concedidos com uma finalidade dissuasória, preventiva e desincentivadora” (MADALENO, 2018, p. 492).

É fato que não há, na legislação brasileira, dispositivo específico acerca do assunto, aplicando-se, assim, a teoria geral da responsabilidade civil, outrossim, de acordo com o abordado no tópico anterior, há resistência dos tribunais em fixar indenizações por abandono afetivo, diante do fato de que o afeto não pode ser monetarizado.

Segundo Camila Dal Lago e Vitor Ugo Oltramari, em decorrência da evolução do direito e do reconhecimento do ser humano com autonomia dentro do grupo familiar e ao respeito a seus direitos personalíssimos, não há como conceber o fato de que um membro da família possa causar dano a outro e não responder por isso. Nesse sentido, o aplicador do direito deve ser dotado de responsabilidade, considerando a extensão do dano sofrido, a conduta realizada e o nexos causal entre os dois elementos, ponderando a extensão dos laços de afeto envolvidos no caso (2012, p. 230). Neste mesmo sentido, Flávio Tartuce destaca

há que se falar no dever de indenizar em casos tais, especialmente se houver um dano psíquico, a ser demonstrado por prova psicanalítica. O desrespeito ao dever de convivência é muito claro, eis que o art. 1.634 do Código Civil impõe como atributos do poder familiar a direção da criação dos filhos e o dever de ter os filhos em sua companhia. Além disso, o art. 229 da Constituição Federal é cristalino ao estabelecer que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores (2019, p. 463).

A Ministra Nancy Andrighi, no REsp. n. 1.159.242-SP (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2012) entendeu que, pelo dever jurídico de cuidado, bem como para que os pais sintam-se reprimidos de utilizar os filhos como instrumento de vingança pelas frustrações amorosas passadas, correta a indenização por dano moral em decorrência do abandono afetivo. Nesse caso, a divergência entre os ministros suscitou em Embargos de Divergência, tendo sido negado provimento pelo voto do Ministro Marco Buzzi, além do não conhecimento da preliminar em decorrência da inexistência de similitude fático-jurídica entre os arestos que foram confrontados (MADALENO, 2018, p. 491).

Por vezes, no âmbito estadual, há o reconhecimento do dever de indenizar, o que nem sempre se confirma pelos Tribunais superiores. Isso se dá em decorrência da necessidade de cuidado ao reconhecer a dor sofrida pelo filho pelo abandono paterno, que acaba por privar o infante da convivência e do amparo afetivo e moral (MADALENO, 2018, p. 492-493). Ademais, o Informativo 496<sup>11</sup> do Superior Tribunal de Justiça foi publicado defendendo a concepção positiva do dever de indenizar.

---

<sup>11</sup> Informativo 496 do Superior Tribunal de Justiça: DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. DEVER DE CUIDADO. O abandono afetivo decorrente da omissão do genitor no dever de cuidar da prole constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável. Isso porque o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, no caso, o necessário dever de cuidado (dever de criação, educação e companhia), importa em vulneração da imposição legal, gerando a possibilidade de pleitear compensação por danos morais por abandono afetivo. Consignou-se que não há restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e ao consequente dever de indenizar no Direito de Família e que o cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento pátrio não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas concepções, como se vê no art. 227 da CF. O descumprimento comprovado da imposição legal de cuidar da prole acarreta o reconhecimento da ocorrência de

Ademais, “a verdade é que, de uma forma ou de outra, a construção de laços depende da participação efetiva perto daqueles que nutrem pela criança e adolescente os sentimentos recíprocos de afeto” (FARIAS; ROSA, 2020, p. 318). Outrossim, além da possibilidade de pleitear a indenização em decorrência do abandono afetivo, como já demonstrado, o filho poderá pleitear a supressão do sobrenome paterno.

Neste caso, o sistema agirá impondo uma pena ao ofensor, sem qualquer consideração aos efeitos compensatórios da violação do dever de cuidado. Ilustrativamente, poderá o filho, após atingir a maioridade, pleitear a supressão do sobrenome paterno por considerar que em sua trajetória de vida e no livre desenvolvimento de sua personalidade aquele patronímico paterno nada significou em razão da inexistência de qualquer vínculo afetivo real com a figura do progenitor (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017, p. 225).

Além do direito de ser acolhido social e afetivamente pelo genitor, o filho também tem direito ao nome paterno (MADALENO, 2018, p. 492). Rolf Madaleno relata o caso de uma publicitária porto-alegrense que pleiteou a retificação de seu registro civil para deixar de usar o sobrenome do pai, em decorrência dos traumas causados pela rejeição moral e psíquica (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 2005)<sup>12</sup>.

---

ilicitude civil sob a forma de omissão. É que, tanto pela concepção quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole que ultrapassam aquelas chamadas *necessarium vitae*. É consabido que, além do básico para a sua manutenção (alimento, abrigo e saúde), o ser humano precisa de outros elementos imateriais, igualmente necessários para a formação adequada (educação, lazer, regras de conduta etc.). O cuidado, vislumbado em suas diversas manifestações psicológicas, é um fator indispensável à criação e à formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica, capaz de conviver em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania. A Min. Relatora salientou que, na hipótese, não se discute o amar - que é uma faculdade - mas sim a imposição biológica e constitucional de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerar ou adotar filhos. Ressaltou que os sentimentos de mágoa e tristeza causados pela negligência paterna e o tratamento como filha de segunda classe, que a recorrida levará *ad perpetuum*, é perfeitamente apreensível e exsurtem das omissões do pai (recorrente) no exercício de seu dever de cuidado em relação à filha e também de suas ações que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação. Com essas e outras considerações, a Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, deu parcial provimento ao recurso apenas para reduzir o valor da compensação por danos morais de R\$ 415 mil para R\$ 200 mil, corrigido desde a data do julgamento realizado pelo tribunal de origem. [REsp 1.159.242-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 24/4/2012.](#)

<sup>12</sup> Registro civil. Supressão do patronímico paterno. Situação excepcional amparada no artigo 58 da Lei dos Registros Públicos. Uma vez que o patronímico paterno representa constrangimento para a apelante, pela rememoração da

O abandono do genitor, no presente caso, é a razão para a supressão do sobrenome paterno, embora filha e genitor residissem na mesma cidade, porém, tendo a filha sempre se identificado apenas com o sobrenome materno, buscando abstrair do plano dos fatos o patronímico paterno que lhe causava dor e sofrimento (MADALENO, 2018, p. 493).

O Superior Tribunal de Justiça manifestou-se favoravelmente em pedidos para supressão do sobrenome paterno, em situações em que restou comprovado o abandono afetivo do genitor, desde a tenra idade, e os danos psicológicos à criança, pela ausência de vínculo firmado entre o genitor e sua prole.

Outro caso interessante ocorreu no Tribunal de Justiça do Ceará (CEARÁ, Tribunal de Justiça, 2017)<sup>13</sup>, em que os genitores realizaram acordo estabelecendo a guarda compartilhada do filho do casal, estabelecendo a residência da mãe como base, devendo o pai visitar seu filho em finais de semana alternados, com a previsão de multa de R\$100,00 para o caso de descumprimento imotivado pelo genitor. Entretanto, o Ministério Público opinou pela homologação parcial do acordo, ocorrendo a recusa do juiz de primeiro grau a homologar o acordo no tocante à multa, em decorrência da impossibilidade de mensuração monetária do afeto e as intempéries que podem surgir na vida particular do genitor (TARTUCE, 2018, p. 293). As partes interpuseram recurso, e ainda que o Ministério Público tenha mantido o parecer negativo no tocante a multa, o Tribunal deu provimento ao recurso, homologando o acordo.

---

rejeição e do abandono afetivo e, considerando que a exclusão não interfere na sua identificação no meio social, onde é conhecida pelo sobrenome materno, na linha adotada pela jurisprudência do STJ, é de ser reconhecida, na hipótese dos autos, a situação excepcional prevista no artigo 58 da LRP, que autoriza a alteração do sobrenome. Deram provimento. Unânime" (TJ/RS. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível n. 70.011.921.293. Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 05.10.2005).

<sup>13</sup> TJCE, APL 0011308-38.2015.8.06.0075, 3.<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado, Relatora Desembargadora Marlúcia de Araújo Bezerra, *DJCE* 21.03.2017 (TARTUCE, 2018, p. 293).

Assim, a multa periódica é uma medida que se mostra eficaz nas demandas de família, de maneira inibitória, impedindo a ocorrência da prática de ilicitude, servindo como desestímulo ao descumprimento.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka esclarece que a indenização por abandono afetivo pode ser visto como um instrumento muito relevante e importante para o direito de família contemporâneo, “podendo desempenhar, inclusive, um importante papel pedagógico no seio das relações familiares” (2006, p. 148). Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, a aplicação da teoria do desestímulo, conhecida como *punitive damage*, explica a indenização por abandono afetivo (2011, p. 413).

Os ressentimentos existentes entre os pais não podem vir a abalar a moral dos filhos. Assim, além de existir a possibilidade de punição pecuniária, com um viés pedagógico, é importante que se busque a mediação no âmbito do direito de família, como forma de analisar os sentimentos que perpassam o núcleo familiar que foi desfeito ou a relação que existiu entre os genitores, como forma de organizar a rotina do filho resultante da união de duas pessoas.

O processo judicial é uma forma de reconhecimento de que existem deveres legais, sendo assim, há necessidade de atuação do poder judiciário nos casos em que presume-se o abandono afetivo, em conjunto com outras ciências, bem como por meio de mediações e conciliações. Outrossim, importante mencionar que é necessário alcançar não apenas o aspecto material, mas também o afetivo, visando a formação da criança e do adolescente como ser humano em suas diversas potencialidades. A convivência, conhecida também como o direito de visitas, é um dever dos genitores, que se soma ao cuidado e ao zelo pelo saudável desenvolvimento para com os filhos.

A responsabilidade civil é subjetiva frente ao direito de família, sendo o dever de indenizar uma consequência do ato ilícito. Neste sentido, a partir do momento que a criança ou o adolescente vivenciam situações de negligência, em ambiente que prejudique sua integridade física e psíquica, pode ocorrer a responsabilização por parte dos genitores.

Em tempos de pandemia, ou nos casos do genitor morar em outra cidade, estado ou país, por exemplo, o direito de convivência permanece, contudo, tais fatores passaram a ser utilizados, por muitos, como justificativa para o afastamento dos filhos.

Visa-se demonstrar que não se trata de um ato de tentar compensar a falta do amor e a dor que sofre o infante, de modo pecuniário, visto que isso jamais terá um preço e que o cuidado vai muito além do dinheiro. Ademais, trata-se de fazer com que o direito haja em momentos que os genitores deixam de prestar os deveres que a eles incumbem, previstos em lei, e servir como lição para casos que eventualmente repetir-se-iam no meio social.

Atualmente, vive-se um período diferenciado em decorrência da pandemia do Covid-19. Muitos médicos e profissionais da saúde afastaram-se dos familiares em decorrência do risco de contágio, mas, ao mesmo tempo, a sociedade pós-moderna permite que haja o encurtamento das distâncias, pelo amparo das novas tecnologias. Desse modo, não há justificativas para que as pessoas não conversem de modo eletrônico, virtual ou digital, o que da mesma forma se aplica aos genitores que residem em um estado ou em um país distante.

Necessário, por fim, preservar a convivência, a fim de evitar o abandono afetivo. Convivência esta que não se limita à relação presencial e que pode ocorrer muito bem, quando não é possível exercer a guarda compartilhada, de modo intelectual. Preservar a convivência é realizar a

manutenção do amor, desde a mais tenra idade, cabendo aos genitores conectarem-se aos filhos até mesmo de modo virtual.

### **Considerações finais**

Diante das diversas espécies de famílias analisadas, destaca-se a família monoparental, formada por apenas um dos genitores e a prole. Conceituando tal espécie de família, não significa dizer que um dos pais pode se eximir do dever de prestar auxílio material e moral. Muito pelo contrário, surge um dever ainda maior, com o intuito de compensar sua ausência no núcleo familiar. A partir disso, compreendeu-se a importância da atuação das equipes interdisciplinares e da visão de profissionais da área da psicologia, do serviço social, além dos profissionais da área jurídica, com o intuito de proteger crianças e adolescentes em situação vulnerável, por meio da compreensão de seus sentimentos e do trabalho psicológico em danos já causados pelo abandono afetivo.

O dano moral se dá ao lesar a dignidade e os direitos personalíssimos de um indivíduo, buscando-se, através da indenização, compensar a dor sofrida pelo abalo causado por determinada atitude. No presente trabalho, a análise do dano moral se dá na esfera familiar, quando caracterizada uma situação de abandono afetivo vivenciada por uma criança ou adolescente.

Portanto, destaca-se que o dano afetivo encontra-se inserido na esfera do dano moral, sendo cabível reparar os danos extrapatrimoniais e até mesmo danos decorrentes de relações envolvendo o Direito de Família. Assim, o dano afetivo *in natura* é todo o sentimento que a pessoa sente, devendo o ato ilícito, ao tratar do abandono afetivo, ter como ponto de partida a violação de uma norma de conduta por falta de cuidado na relação genitor-prole.



Logo, a partir da violação de um dever de cuidado na esfera familiar, em uma sociedade com demasiada liquidez nos atos que permeiam a rotina dos indivíduos, surgem discussões acerca da afetividade relacionada a questões patrimoniais, abrangendo-se posicionamentos positivos e negativos no tocante à fixação de indenização em decorrência do rompimento de laços afetivos, a aplicação de multas e até mesmo a supressão do sobrenome do genitor causador do abandono.

Reitera-se a importância da existência de sentimentos de afeto durante o crescimento de crianças e adolescentes, com reflexos no desenvolvimento moral e psíquico destes indivíduos. É neste sentido que o afeto é considerado um princípio que decorre da dignidade da pessoa humana, por parte da doutrina. Denota-se que o afeto está presente em todas as espécies constituídas, e deve ser repensado com outro viés quando o tema abordado é a guarda, a fixação de alimentos e principalmente da convivência com o genitor que não é detentor da guarda.

No ordenamento jurídico brasileiro, ainda há discussões acerca da possibilidade de fixação de indenizações em decorrência do abandono afetivo. Os defensores dos preceitos negativos da reparação de danos morais reiteram que não seria possível monetarizar o vínculo de afeto, tratando-se de um objeto totalmente diferente do dano material, no tocante a compensação, e que a fixação de um valor monetário poderia acabar definitivamente com a possibilidade de receber atenção do genitor ausente. Em outro aspecto, para esta mesma corrente, seriam os genitores capazes de fingirem amar para não pagar a indenização ao filho, afirmando que ainda que ocorra a indenização, isto não apagará os danos causados pela ausência.

Até o ano de 2011, os tribunais superiores, na grande maioria das decisões, posicionavam-se no sentido contrário à reparação de danos em decorrência do abandono afetivo, fundamentando as decisões na

impossibilidade jurídica do pedido, alegando que a cominação legal seria a perda do poder familiar. Foi a partir do ano de 2012 que começaram a surgir os primeiros posicionamentos favoráveis à reparação de danos morais por abandono afetivo, ainda que sem a existência de novas leis acerca do assunto, mas sim a partir da nova forma constitutiva dos fatos sociais.

Não se discute, entretanto, o amor, mas sim o dever de zelo e cuidado. Existe o dever de compensar o dano quando não há o correto desempenho das funções paternas ou maternas, devendo ser aplicado, com base nos posicionamentos contrários ao afastamento do dever de indenização, a teoria geral da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo, através da comprovação da ocorrência de ato ilícito.

Destaca-se que a prova do dano ocorre através de prova psicanalítica, constituída nos próprios autos, servindo de base inclusive para a fixação de multa periódica quando há resistência de um dos genitores no tocante ao direito de convivência, e até mesmo para as situações em que se discute a supressão do sobrenome do genitor que é causador do abandono afetivo, buscando-se a retificação do registro civil. Neste último tópico, insta salientar que a alteração no nome, por si só, não é um problema nos tribunais, desde que comprovados os danos psicológicos que abalam a vida da criança ou do adolescente, contudo, a discussão percorre também a possibilidade de romper o vínculo de forma integral, com a exclusão do registro biológico do registro civil.

Portanto, considerando o exposto acima, impor a convivência a um pai, que, na maioria dos casos, nutre sentimentos negativos pela genitora, em conjunto com a mediação familiar, faz com que ocorra a reaproximação com o filho que sente a angústia da ausência do genitor, de modo que este pai sinta que os sentimentos a serem nutridos pela criança são opostos aos sentidos pela genitora. A fixação de indenizações, por

vezes, serve até de exemplo para que a mesma situação não se repita em outros lares.

O dever de cuidado vai muito além do simples conviver. Fazendo menção à incrível obra *Teoria Geral do Afeto*, que serviu de inspiração para a presente pesquisa, dos autores Cristiano Chaves de Farias e Conrado Paulino da Rosa “de um mero visitar alçado ao “com viver”, por certo, estabelecemos uma rotina de coexistência e de elo, sendo um espaço de afeto que, certamente, requer intensidade e é corroborado pelo primado da afetividade” (2020, p. 315). Uma sadia convivência pode ser mantida inclusive quando não existe mais relacionamento entre os genitores, ou ainda quando existe uma distância territorial entre o pai e o filho, de cidades, estados ou países, através dos meios de comunicação, jamais podendo servir como desculpa ou empecilho para o afastamento entre a criança ou o adolescente e o genitor. A afetividade é o elo que une os integrantes de uma mesma família, com o objetivo de construir um ambiente saudável e digno de se viver, cercado de respeito e cuidado.

## Referências

BAUMAN, Zygmunt. **44 cartas do mundo líquido moderno**. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 2011.

BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm)>. Acesso em 22 de abril de 2020.

\_\_\_\_\_. **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 22 de abril de 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm).

Acesso em 29 de abril de 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em 29 de abril de 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo nº 496.** Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&divre=RESP+1.159.242-SP&operador=mesmo&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 06 de junho de 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1159242 / SP - 2009/0193701-9.** Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: < [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200901937019&dt\\_publicacao=10/05/2012](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012)>. Acesso em 22 de janeiro de 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 757.411 - Minas Gerais.** Relator Ministro Francisco Peçanha Martins. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num\\_registro=200500854643&dt\\_publicacao=27/03/2007](https://processo.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=27/03/2007)>. Acesso em 30 de junho de 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 757.411 - Minas Gerais.** Relator Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num\\_registro=200500854643&dt\\_publicacao=27/03/2007](https://processo.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=200500854643&dt_publicacao=27/03/2007)>. Acesso em 30 de junho de 2020.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família.** São Paulo: Saraiva, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DAL LAGO, Camila; OLTRAMARI, Vitor Ugo. *O dano moral decorrente do abandono afetivo: uma história de dois lados*. **Juris Síntese**, Distrito Federal, n. 107, 2018, p. 18-35, mai./jun., 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria Geral do Afeto**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 6.

\_\_\_\_\_, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 4.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In.: PEREIR; Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **A Ética da Convivência Familiar: sua efetividade no cotidiano dos Tribunais**. Rio de Janeiro, Forense/IBDFAM, 2006, p. 131-149.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. Rio de Janeiro: forense, 2018.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2018.

PIVA, Rui Carvalho. **Direito civil**: parte geral, obrigações, contratos, atos unilaterais, responsabilidade civil, direito das coisas. Barueri: Manole, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70011921293**. Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Disponível em: <[https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe\\_html.php](https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php)>. Acesso em 05 de junho de 2020.

---

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70082371212**. Relatora Desembargadora Sandra Brisolará Medeiros. Disponível em: <[https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe\\_html.php](https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php)>. Acesso em 05 junho de 2020.

---

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70082414756**. Relatora Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro. Disponível em: <[https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe\\_html.php](https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php)>. Acesso em 05 de junho de 2020.

---

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70082497231**. Relator Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Disponível em: <[https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe\\_html.php](https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php)>. Acesso em 05 de junho de 2020.

---

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70082683756**. Relatora Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro. Disponível em: <[https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe\\_html.php](https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php)>. Acesso em: 05 de junho de 2020.

---

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70082799917**. Relatora Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro. Disponível em:

<[https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe\\_html.php](https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php)>. Acesso em 05 de junho de 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70083174474**. Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Disponível em: <[https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe\\_html.php](https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php)>. Acesso em 05 de junho de 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das obrigações**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

\_\_\_\_\_, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 2.

\_\_\_\_\_, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 2.

\_\_\_\_\_, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5.

TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. 4.

## **Análise crítica à moderna interpretação constitucional e a mutação constitucional**

*Tatiana Mezzomo Casteli*<sup>1</sup>

### **Introdução**

A presente pesquisa aborda as diversas formas de interpretação do texto constitucional, partindo da análise dos métodos clássicos consagrados pela doutrina, quais sejam, jurídico ou hermenêutico-clássico, tópico-problemático, hermenêutico-concretizador, científico-espiritual e o normativo-estruturante.

Enfatiza-se a necessidade de a norma constitucional acompanhar o desenvolvimento social e as problemáticas que são postas ao crivo do Judiciário, em razão do direito tratar-se de uma ciência social que não pode se afastar da realidade que o cerca.

Para tanto apresenta-se novos métodos e ferramentas para a interpretação constitucional, abordando doutrina nacional e estrangeira, visto a grande relevância do tema proposto, dando especial ênfase a interpretação evolutiva e o risco do ativismo judicial.

Compreende-se que a Constituição é um documento vivo, estando sujeito às mudanças ocorridas na realidade social, e nesse sentido a argumentação jurídica deve servir para analisar e valorar cada caso em específico, em especial quando se trata de conflitos de direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

---

<sup>1</sup> Mestra em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Especialista em Direito Público – IMED. Especialista em Direito Tributário Empresarial – IMED. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Professora da Faculdade de Direito – UPF. Assessora Jurídica Municipal. Advogada. E-mail: tatiana.casteli@hotmail.com



Assim, busca-se analisar as novas formas interpretativas dos ditames constitucionais sob a perspectiva de concretização dos direitos fundamentais nela assegurados, propondo a utilização do método evolutivo para tanto, apontando os riscos de sua utilização de forma equivocada.

### **1 Métodos clássicos de interpretação constitucional**

A palavra método significa, precipuamente, um conjunto de meios dispostos sistematicamente para se atingir uma finalidade culminando com a construção do conhecimento científico. No que tange à interpretação constitucional importante enfatizar que não há na doutrina ou jurisprudência uma teoria pronta que direcione o intérprete a um método previamente estabelecido.

Nesse aspecto, a questão do “método justo”, como salienta Gomes Canotilho, é um dos problemas mais difíceis da moderna teoria interpretativa, uma vez que a interpretação de normas constitucionais cinge-se em um conjunto de princípios e métodos diferentes, porém complementares, confirmando o caráter unitário desta atividade. (CANOTILHO apud COELHO, 2010, p. 157).

É justamente essa a lição de Hans-Georg Gadamer, senão vejamos:

Através da interpretação o texto tem que vir à fala. Todavia, nenhum texto, como também nenhum livro fala, se não falar a linguagem que alcance o outro. Assim, a interpretação tem que encontrar a linguagem correta, se é que quer fazer com que o texto realmente fale. Por isso, não pode haver uma interpretação correta “em si”, porque em cada caso se trata do próprio texto (...). Compreender um texto significa sempre aplicá-lo a nós próprios, e saber que, embora se tenha de compreendê-lo em cada caso de uma maneira diferente, continua sendo o mesmo texto que, a cada vez, se nos apresenta de modo diferente. (1997, p. 578-579).

Diante da variedade de meios hermenêuticos os intérpretes da Constituição residem, de um lado, em um vasto repertório de possibilidade e, paradoxalmente de outro, na inexistência de critérios para validar a escolha dos seus instrumentos de trabalho, uma vez que os métodos utilizados para a interpretação legal (gramatical, histórico, teleológico, etc.) revelam-se insuficientes para a interpretação do texto constitucional<sup>2</sup>.

Apesar das incertezas advindas do pluralismo de métodos constitucional-interpretativos, este é salutar na medida em que contribui para a ampliação de horizontes na busca do conhecimento jurídico e facilita aos intérpretes a tarefa de aplicar o direito ao caso concreto.

Ainda, os métodos de interpretação do texto constitucional revelam-se como o próprio Direito Constitucional<sup>3</sup>, uma vez que de nada adianta haver a previsão legal de direitos e garantias se estas não forem corretamente aplicadas às necessidades e problemáticas que assolam a realidade social nas mais diferentes hipóteses.

De posse dessas considerações, optou-se por analisar os principais métodos clássicos que balizam a atividade de interpretação do texto constitucional, quais sejam, jurídico ou hermenêutico-clássico, tópicoproblemático, hermenêutico-concretizador, científico-espiritual e o normativo-estruturante.

### **1.1 Método jurídico ou hermenêutico-clássico**

A Constituição, como base do ordenamento jurídico de uma nação, desempenha o papel de fundamentar o sistema legal posto e também de

---

<sup>2</sup> Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho: “interpretar as normas constitucionais significa (como toda a interpretação de normas jurídicas) compreender, investigar e mediatizar o conteúdo semântico dos enunciados lingüísticos que formam o texto constitucional. A interpretação jurídica constitucional reconduz-se, pois, à atribuição de um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos na Constituição.” (1993, p. 208).

<sup>3</sup> “O direito constitucional não poderá fazer um verdadeiro progresso enquanto não isolar o problema dos direitos contra o Estado e tornar esse problema parte de sua própria agenda. Isso conta como um argumento em favor de uma fusão do direito constitucional e da teoria moral, uma relação que, incredivelmente, ainda está por ser estabelecida”. (DWORKIN, 2002, p. 233)

integrar toda a legislação nas mais diversas esferas e âmbitos, de todos os entes federados.

Muito embora não ignorem a sua posição hierárquica e sua relevância sem comparativos no ordenamento jurídico, os adeptos deste método interpretativo consideram a constituição como uma lei e em razão disso sustentam que deve ser interpretada segundo as regras tradicionais de hermenêutica, assim como as demais leis em geral.

Tais operadores afirmam que a especificidade do texto constitucional não é suficiente para autorizar uma interpretação com métodos diversos dos tradicionalmente utilizados para a hermenêutica do restante do ordenamento jurídico, a ponto de sustentar que “essa singularidade seria quando muito apenas um fator adicional, a ser considerado na exegese do texto e na construção do sistema, jamais um motivo para que, no manejo das normas constitucionais, se afastem os métodos clássicos de interpretação.” (COELHO, 2010, p. 160).

Assim, a tarefa do intérprete ao aplicar os ditames legais ao caso concreto, seria de descobrir o verdadeiro significado das normas e guiar-se por ele na sua aplicação, utilizando para tanto os métodos tradicionais que são aplicados para as demais modalidades legislativas.

## **1.2 Método tópico-problemático**

O método tópico-problemático parte do estabelecimento de algumas premissas afim de realizar a interpretação do texto constitucional, dentre elas a de que a Constituição é um sistema aberto de regras e princípios o que permite diferentes interpretações e respostas diversas para um mesmo problema.

Nesse diapasão, tendo as normas constitucionais aquela estrutura aberta e indeterminada já mencionada, sua efetivação exige o protagonismo dos intérpretes, fazendo com que a leitura constitucional

seja um processo aberto de argumentação onde participam todos os operadores da Constituição.

Percebe-se à partir da análise proposta que a Constituição parece muito mais problemática<sup>4</sup> do que sistemática, apontando-se assim para uma necessidade de interpretação que envolve o diálogo, onde todos os argumentos são válidos até que apareça um vencedor.

Peter Häberle afirma que “uma teoria da Constituição e da hermenêutica propiciam aqui uma mediação específica entre Estado e sociedade” (2002, p. 18), sendo que a interpretação dos ditames constitucionais deve ser realizado à partir da problemática de cada caso apresentado, em sua singularidade.

Confere-se à Constituição um caráter prático na tentativa de solução de problemas concretos, à partir da análise singular de cada caso e da aplicação da circularidade dos conceitos jurídicos que a compõe.

### **1.3 Método hermenêutico-concretizador**

Ao contrário do anterior, o método hermenêutico-concretizador parte da análise do texto constitucional para o problema. Inicia-se com a pré-compreensão do intérprete, a quem caberá concretizar a norma à partir de uma determinada situação fática.

O limite para a concretização é ancorado no próprio texto constitucional, mas sem perder de vista a realidade que ele intenta regular “que outra coisa não é senão o ambiente em que o problema é posto a seu exame, para que ele o resolva à luz da Constituição e não segundo critérios pessoais de justiça” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 96.)

---

<sup>4</sup> “Aceitando, em contraposição a esse ponto de vista, que, modernamente, a Constituição é um sistema *aberto* de regras e de princípios, o que significa dizer que ela admite/exige distintas e cambiantes interpretações; que um problema é toda questão que, aparentemente, permite *mais de uma resposta*; e que, afinal, a tópica é a técnica do pensamento *problemático*, pode-se dizer que os instrumentos hermenêuticos tradicionais não resolvem as *aporias* emergentes da interpretação *concretizadora* desse novo modelo constitucional e que, por isso mesmo, o método *tópico-problemático* representa, se não o único, pelo menos o mais adequado dos caminhos para se *chegar* até a Constituição”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 94)

Evidencia-se que a tarefa de interpretação não se trata de um mero esforço histórico, mas sim a tentativa de verificar a diferença existente entre o texto legal e a realidade ou problemática que lhe é posta, buscando a concretização<sup>5</sup> de seus preceitos à partir da pré-compreensão e da compreensão na experiência hermenêutica.

Em que pese a importância filosófica dessas premissas, há de se reconhecer a grande dificuldade de se produzirem resultados práticos razoavelmente consistentes, já que a pré-compreensão do intérprete distorce desde logo não somente a realidade, mas também o próprio sentido da norma constitucional.

#### **1.4 Método científico-espiritual**

O que dá sustentação a esse método é a ideia de Constituição como instrumento de integração, não só como sentido jurídico-formal, como instrumento de suporte e fundamento do ordenamento, mas também como instrumento de regulação de conflitos, construção e preservação da unidade social.

Para Bonavides, “o intérprete constitucional deve prender-se sempre à realidade da vida, à ‘concretude’ da existência, compreendida esta sobretudo pelo que tem de espiritual, enquanto processo unitário e renovador da própria realidade, submetida à lei de sua integração”. (2004, p. 479)

O Estado, por sua vez, não pode ser reduzido a uma totalidade imóvel com finalidades restritas de promulgar leis, celebrar tratados, proferir sentenças ou praticar atos administrativos, mas sim, como fenômeno espiritual em constante configuração “no âmbito de um processo que pode ser valorado, indistintamente, como progresso ou como deformação,

---

<sup>5</sup> Para Gadamer compreender um texto é sempre concretizá-lo. (PALMER, 2006. p. 191)

pouco importa, até porque isso é da sua natureza”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 98)

Assim, a Constituição exsurge como instrumento que ordena a vida do Estado, do seu processo de integração e da própria dinâmica social, não só permitindo, como também exigindo uma interpretação extensiva e flexível de seus ditames.

### **1.5 Método normativo-estruturante**

O método em estudo possui como sustentáculo a afirmação de que há uma implicação necessária entre os preceitos jurídicos e a realidade que se pretende regular, uma vinculação tão grande que a própria normatividade parece ter buscado apoio fora do ordenamento como meio de tornar eficazes seus propósitos.

Isso implica na premissa de que a normatividade não é produzida pelo seu texto, mas sim decorre de dados extralinguísticos de tipo estatal-social que garantem a sua concretização. “Todos aqueles que elaboram, publicam e fundamentam a decisão reguladora do caso, providenciando, quando necessário, a sua implementação fática, sempre de conformidade com o fio condutor da formulação linguística dessa norma (constitucional), bem assim com outros meios metódicos auxiliares que ajudam na sua concretização”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 100)

Em síntese, para o método normativo-estruturante, o que importa é a concretização através da interpretação mediante a incorporação da realidade social, transparecendo aquilo que não se encontra, literalmente, no texto constitucional.

## **2 Evolução social e a necessidade de novos elementos interpretativos**

O Direito na qualidade de ciência social deve ser aberto e sensível as modificações da realidade social, tendo em vista que sua função é a de construir uma sociedade fundada em valores de justiça e solidariedade não podendo se afastar da realidade social.

As sociedades pluralistas atuais, marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma (ZAGREBELSKY, 1999, p. 13).

Na busca de sentido das normas constitucionais e na solução de casos concretos, os elementos tradicionais de interpretação da norma constitucional passaram a ser insuficientes ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade do constituinte.

Nas palavras de Herkenhoff, “interpretar é apreender ou compreender os sentidos implícitos nas normas jurídicas. É indagar a vontade atual da norma e determinar seu campo de incidência. É expressar seu sentido recorrendo a signos diferentes dos usados na formulação original”. (1994, p. 9).

Como explica Luís Roberto Barroso, no direito contemporâneo, mudaram o papel do sistema normativo, do problema a ser resolvido e do intérprete. (2009, p. 307). No mesmo sentido, a constatação de que as normas constitucionais não trazem sempre um sentido único e válido para todas as situações sobre as quais incidem, pois devem acompanhar a realidade em que estão inseridas e deverão ser aplicadas.

Imbuídas dessas constatações, as novas formas interpretativas deram azo ao desenvolvimento de categorias específicas de trabalho que incluem a atribuição de sentido a conceitos jurídicos indeterminados, a

normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.

Cabe ao intérprete o papel de complementar o sentido da norma, levando em consideração os elementos que compõe o caso em concreto, vez que a esta, em abstrato, não possui todos os atributos necessários à sua aplicação, necessitando da valoração<sup>6</sup> de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática.

Exsurge assim a evidente diferenciação do sistema ou métodos tradicionais de interpretação constitucional e a nova sistemática proposta pela doutrina e jurisprudência. O modelo tradicional fora concebido para a interpretação e aplicação de regras; no entanto, no sistema moderno prevalece a concepção de que um sistema jurídico ideal exige uma distribuição de regras e princípios, com a atribuição de força normativa.

Todavia, essa nova concepção presente no constitucionalismo contemporâneo fez surgir a possibilidade de colisão de normas constitucionais, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais. Luis Roberto Barroso explica que “quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema”. Nesses casos, continua o autor, “a atuação do intérprete criará o direito aplicável ao caso concreto, a partir de balizas contidas nos elementos normativos em jogo”. (2009, p. 310).

A colisão de normas constitucionais é de três tipos: colisão entre princípios constitucionais<sup>7</sup>, colisão entre direitos fundamentais e colisão entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais.

---

<sup>6</sup> Luís Roberto Barroso explica que não se deve confundir o poder de valoração concreta dos conceitos jurídicos indeterminados com poder discricionário. O primeiro envolve uma atuação predominantemente técnica, baseada em regras de experiência e em precedentes, já o segundo compreende valorações de conveniência e oportunidade, caracterizando uma liberdade de escolha subjetiva fundamentada em critérios extrajurídicos. (2009, p. 313).

<sup>7</sup> “Cuando dos principios entran en colisión uno de los principios tiene que ceder ante el outro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien que lo sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al outro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere



Assevera Barroso que as três modalidades têm características em comum, quais sejam: insuficiência dos critérios tradicionais de solução de conflitos para resolvê-los; inadequação do método subsuntivo para formulação da norma concreta que irá decidir a controvérsia; e a necessidade de ponderação para encontrar o resultado constitucionalmente adequado. (2009, p. 331).

Pela sistemática tradicional diante da colisão de normas ou princípios, aplica-se a subsunção como raciocínio padrão na aplicação do Direito. Dessa forma ela se desenvolve por um raciocínio silogístico, onde uma premissa maior (a norma) incide sobre uma premissa menor (os fatos), produzindo um resultado.

Entretanto, conforme já aventado anteriormente, essa visão simplista do texto constitucional, sem qualquer tipo de valoração, é insuficiente para os casos de colisões de princípios ou de direito fundamentais, já que nesses casos mais de uma norma postula aplicação sobre os mesmos fatos e não há qualquer hierarquia jurídica entre si.

Nesse diapasão, a interpretação constitucional procurou desenvolver técnicas que produzissem soluções racionais e controláveis, chegando-se à chamada ponderação. Esta envolve avaliações de caráter subjetivo, que variam conforme as circunstâncias do caso concreto e do próprio intérprete ou "impossibilitado o juízo de subsunção, mormente quando a mesma situação ampara a aplicação de normas da mesma hierarquia jurídica, mas que indicam direções completamente opostas" (GOMES, 2010).

A técnica da ponderação se distingue da interpretação clássica na medida em que há identificação dos bens em conflito, exame conjunto das circunstâncias concretas e normas aplicáveis, apuração dos pesos que

---

decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. (ALEXY, 1993, p. 89)

devem ser atribuídos a cada um dos bens em disputa, escolha da norma a ser ponderada, e somente após, haverá a sentença, e não simplesmente a análise da norma aplicável ao fato e sua consequente aplicação. (BULOS, 2009. p. 368)

Como se percebe, em casos difíceis onde é necessária a ponderação jurídica, não ocorrerá mera subsunção, e sim a construção de um raciocínio que fundamente de maneira detalhada a decisão tomada, tornando o procedimento mais demorado e complexo.

Ratifica-se dessa forma o argumento de que a interpretação constitucional envolve avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar de acordo com as circunstâncias pessoais do intérprete, além do caso em concreto à que é realizada.

Exsurge assim, a figura da argumentação<sup>8</sup> jurídica fundamentada na constatação de que solução dos problemas que envolvem a aplicação do Direito nem sempre poderá ser deduzida do relato da norma, mas terá que ser construída com base em valores e escolhas, tendo como finalidade propiciar o controle da racionalidade das decisões judiciais.

Por seu turno, a doutrina desenvolveu alguns vetores interpretativos para que as decisões produzidas mediante ponderação tenham legitimidade e racionalidade, devendo o intérprete:

- a) reconduzi-las sempre ao sistema jurídico a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento: a legitimidade das decisões judiciais decorre sempre de sua vinculação a uma decisão majoritária, seja do constituinte seja do legislador;

---

<sup>8</sup> A argumentação é espécie de atividade humana decorrente da nossa capacidade comunicativa racional, em sentido amplo, nada mais é do que o uso de razões a favor ou contra determinada tese com o objetivo de demonstrar ou não a sua correção. A teoria da argumentação jurídica engloba tanto conteúdo de lógica jurídica, quanto de axiologia jurídica e teoria da interpretação (NETA DIAS, 2010).

- b) utilizar-se de um parâmetro que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas nem voluntaristas;
- c) produzir, na intensidade possível, a concordância prática dos enunciados em disputa, preservando o núcleo essencial dos direitos. (BARROSO, 2009, p. 337).

Assim, verifica-se que a nova sistemática de interpretação constitucional acompanha a evolução social e as consequentes mudanças na realidade cotidiana, visando a adequação do mundo jurídico e suas normas à solução dos casos práticos em sua singularidade.

### **3 A interpretação evolutiva, mutação constitucional e o ativismo judicial**

As novas formas interpretativas passam a desenvolver categorias específicas de trabalho que incluem a atribuição de sentido a conceitos jurídicos indeterminados, a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.

A Constituição, como norma mais alta, não pode ser mudada, reformada ou modificada facilmente. Essa rigidez que protege as regras e, especialmente as da Constituição, torna estática à ordem constitucional que dificilmente sofre transformações formais (reformas). Quanto mais subimos na hierarquia das fontes, mais difíceis são as renovações e mudanças do texto posto. (BELLOSO, 2015, P. 109)

Nesse sentido, diante das dificuldades encontradas para a mudança do texto constitucional, o doutrinador Canosa Usera ressalta que "outras vias são essenciais para evitar a esclerose do sistema legal", no sentido de que o sistema legal deve acompanhar as mudanças e necessidades da sociedade em constante mutação. (apud BELLOSO, 2015, p. 130)

Assim, a interpretação evolutiva do texto constitucional, coadunada com a visão aberta dos princípios fundantes do Estado Democrático de

Direito, se apresenta como uma alternativa para adequação da rigidez de seus dispositivos, aos casos reais que dependam de solução através do Poder Judiciário.

Ensina Luís Roberto Barroso que as especificidades quanto à posição hierárquica, à linguagem, às matérias tratadas e ao alcance político fazem com que “a interpretação constitucional extrapole os limites da argumentação puramente jurídica. (...) A moderna interpretação constitucional, sem desgarrar-se das categorias do Direito e das possibilidades e limites dos textos normativos, ultrapassa a dimensão puramente positivista da filosofia jurídica, para assimilar argumentos da filosofia moral e da filosofia política.” (2009, p. 272).

Duas grandes teorias são estudadas acerca da possibilidade ou não da interpretação judicial recorrer a elementos externos ao texto constitucional na atribuição de sentido à Constituição; são as chamadas teorias “interpretativas” e “não-interpretativas”.

As teorias interpretativas afirmam que a revisão judicial de decisões legislativas só pode ser baseada na própria Constituição. Ao contrário, as teorias não-interpretativas dizem que podem ser usados elementos retirados de outra fonte que não o texto constitucional, como a “moralidade popular”, “teorias de justiça” ou alguma concepção de “democracia genuína”. (DWORKIN, 2000, p. 44).

O argumento das teorias interpretativas é de que os juízes, na maioria dos casos, não são agentes públicos eleitos e que, portanto, não deveriam ser inseridos na dinâmica da política. Em oposição, as teorias não-interpretativas argumentam que o intérprete não deve se limitar a revelar o sentido contido na norma, mas, ao contrário, ajudar a construí-lo.

Luís Roberto Barroso destaca três modalidades desse construtivismo: interpretação evolutiva, leitura moral da Constituição e o pragmatismo

jurídico, importando para o presente artigo a primeira modalidade acima descrita.

A interpretação evolutiva segundo Barroso, consiste em compreender a Constituição como um “documento vivo”, sujeito às mudanças ocorridas na realidade social. A leitura moral da Constituição preconiza que as cláusulas gerais do texto constitucional devem ser interpretadas de acordo com os valores morais vigentes na sociedade. (2009, p. 282-283).

Ao abordar a temática da interpretação evolutiva Beloso afirma que esta tem algumas peculiaridades características quando aplicadas às normas constitucionais, já que a interpretação da esfera constitucional é caracterizada por uma complexidade que não apresenta a legislação ordinária.

Tal complexidade cinge-se em três razões: a primeira razão é a rigidez especial das previsões constitucionais que têm vocação para permanência; a segunda razão é o dinamismo especial da realidade política que o direito constitucional regula; a terceira razão que favorece a interpretação evolutiva da Constituição é a textura aberta de suas previsões, isto é, seu caráter formal abstrato composto por princípios e preceitos ambivalente que, eventualmente, ampliam a esfera de discricionariedade e criatividade de seu intérprete. Essa criatividade acaba sendo associada a evolução, dada a natureza mutável da realidade política. (2015, p. 131/132)

Todavia, assevera a autora que há um grande risco de mutação Constitucional e a transformação radical da ordem legal, em razão da expansividade da interpretação evolutiva. (BELLOSO, 2015, p. 133).

A intervenção do Poder Judiciário na decisão política dos demais Poderes sofre fundadas críticas, entre as quais a mais contundente incide no risco que representa ao princípio da separação dos poderes, à

legalidade, à segurança jurídica, à democracia, aos limites da atuação jurisdicional e à politização indevida da Justiça.

Discute-se nesse plano a legitimação democrática dessas decisões, colocando em pauta assuntos como o ativismo judicial que se caracteriza como a atividade jurisdicional que excede a competência que lhe é reconhecida constitucionalmente, não se confundindo com a judicialização da política que se insurge apenas na insuficiência dos demais Poderes, em determinado contexto social, independente da postura de juízes e tribunais. Ainda, pelos ensinamentos de Tassinari (2013, p. 56) depreende-se:

Por sua vez, o ativismo é gestado no seio da sistemática jurídica. Trata-se de uma conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições. Isto é, a caracterização do ativismo judicial decorre da análise de determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade. Com isso, dá-se um passo que está para além da percepção da centralidade assumida pelo Judiciário no atual contexto social e político, que consiste em observar/controlar qual o critério utilizado para decidir, já que a judicialização, como demonstrado, apresenta-se como inexorável.

Outrossim, evidencia-se os dois papéis exercidos pela Constituição, quais sejam: estabelece as diretrizes democráticas, garantido ampla participação política<sup>9</sup>, “governo da maioria e a alternância no poder” e a proteção dos “valores e direitos fundamentais”, sendo o Supremo o interprete final da Constituição, “funcionando como fórum de princípios”. (BARROSO, 2008, p. 11).

Todavia, o autor faz importante ressalva:

---

<sup>9</sup> Segundo GORCZEVSKI, participação política significa “tomar parte na sociedade política, informar e fazer todos saberem de suas opiniões” (2018, p. 148)

Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição. (BARROSO, 2008, p. 12).

Denota-se que a Constituição assegura a participação política como um direito fundamental e por isso a grande relevância de sua garantia e proteção, não havendo interpretação constitucional que possa tolher referido ditame legal.

De suma relevância o ensinamento de GORCZEWSKI que grifa “[...] é ela, a participação política, que transforma o indivíduo em cidadão, que lhe dá a possibilidade de determinar a sua própria sorte, de participar do poder, de fazer as leis e de obedecer unicamente a estas”. (2018, p.168)

Assim, verifica-se que a interpretação evolutiva se apresenta como uma forma válida para adequar-se o texto legal à realidade social que fundamenta o Estado Democrático de Direito.

No entanto, deve-se ter cuidado para não incorrer no extremo oposto e evitar o perigo de que essa interpretação, assim como o ativismo judicial, signifiquem uma verdadeira mutação dos ditames do texto constitucional.

## **Considerações finais**

O presente artigo buscou elucidar a grande importância da correta interpretação das normas contidas na Constituição, como forma de garantir a efetiva proteção inerente aos direitos fundamentais nela positivados.

Inicialmente verificou-se os métodos tradicionais de interpretação que são comumente abordados pela doutrina constitucionalista, enfatizando a complexidade do texto constitucional uma vez que composto de princípios e regras que balizam e fundamentam o Estado Democrático de Direito.

Posteriormente passou-se a análise das novas formas e de novos elementos interpretativos aplicáveis à Constituição, inseridos em um contexto social permeado de diversidades, de constante e rápida evolução.

Restou evidente o trabalho do atual intérprete constitucional que possui o papel de complementar o sentido da norma, levando em consideração o caso concreto, e em caso de colisão de direitos fundamentais aplicar a ponderação coadunada com a valoração e a argumentação jurídicas necessárias para fundamentar a decisão lançada.

Notou-se que a interpretação constitucional pelas novas sistemáticas propostas, em compasso com a lição de Dworkin, desempenha imperioso papel na solução de casos concretos, em razão da necessidade de atribuir significado e valoração às normas que venham a ultrapassar aquelas descritas expressamente na Constituição.

De posse da construção teórica acima referida apresentou-se o método da interpretação evolutiva como uma alternativa para a perfectibilização das garantias e fundamentos trazidos pela Constituição aos casos concretos que ocorrem diariamente no mundo dos fatos e necessitam da tutela judicial para eventual solução.



Asseverou-se acerca da correta aplicação do método proposto, de sua grande contribuição para a aproximação dos ditames legais com a realidade social, e também, do risco do ativismo judicial quando utilizado de forma exacerbada pelos tribunais.

Por fim, pontuou-se acerca da necessária e fundamental participação política do indivíduo, tornando-o cidadão, provido de direitos e deveres emanados da Constituição, os quais serão garantidos através da aproximação do texto constitucional da realidade social em que está inserido, que deve ser realizada através da interpretação constitucional adequada e de acordo com os limites estabelecidos na própria Carta Magna.

### **Referências**

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/12350666701742181901.pdf>> Acesso em 01.nov.2018.
- BELLOSO MARTÍN, N. De nuevo sobre la interpretación de los derechos fundamentales: reflexiones a la luz de algunas sentencias. In: Nuria Beloso Martín, Saulo Tarso Rodrigues y Anderson Lobato (Organizadores) *A Contribuição da Justiça Constitucional para a Cidadania. Reflexões de Direito Comparado*. Rio Grande: Editora da Universidade Federal de Rio Grande – FURG, 2015. pp.75-156.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BULOS, Uadi Lammêngo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento jurídico, constituição e norma fundamental. In: BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. M. *Curso de direito constitucional*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra, Almedina, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GOMES, Fernanda Cunha. *A nova interpretação constitucional e o juízo de ponderação*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 83, 01/12/2010. Disponível em [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8783](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8783). Acesso em 24 dez. 2018.

GORCZEWSKI, Clovis. *Cidadania, democracia e participação política (recurso eletrônico): os desafios do século XXI/ Clóvis Gorczewski, Nuria Belloso Martin*. -1ed.-Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2018.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, reimpressão: 2002.

HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito: (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política)*. 3. ed., rev., ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NETA DIAS, Vellêda Bivar Soares. *A interpretação dos direitos fundamentais: argumentação jurídica e hermenêutica na motivação das decisões judiciais*. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de junho de 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3698.pdf>> Acesso em: 20 de dezembro de 2018.

PALMER, Richard E.. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial. Limites da atuação do judiciário*. 1°. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. de Marina Gascón. 3ª. ed. Editora Trotta S.A: Madrid, 1999.

## **A exigência de idade mínima para aposentadora especial e a dignidade da pessoa humana**

*Vinicius Roso*<sup>1</sup>  
*Edimara Sachet Risso*<sup>2</sup>

### **1 Introdução**

O presente artigo discorre sobre a idade mínima exigida pela aposentadoria especial imposta no ordenamento atual. Dessa forma, busca analisar quais são os impactos que a reforma da previdência ocasionou na vida dos segurados pela aposentadoria especial, alterados pela Emenda Constitucional n. 103/2019.

A questão que norteia o trabalho é a seguinte: a aplicação da idade mínima para concessão da aposentadoria especial prevista no artigo 19 da Emenda Constitucional n. 103/2019 revela-se um instrumento de efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana? Observa-se que o presente tema apresenta polêmica, inclusive tramitando uma Ação Direta de Inconstitucionalidade a respeito do assunto, o que justifica a sua discussão. Desse modo, resta evidente a extrema importância que permeia o assunto em questão, pois, além de ser polêmico, versa sobre direitos fundamentais e, sabe-se que discutir isso é sempre algo muito importante para o bem-estar dos indivíduos.

O objetivo geral do presente estudo é analisar o requisito da idade mínima para concessão de aposentadoria especial imposta pela n. Emenda

---

<sup>1</sup> Aluno do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, campus Casca.

<sup>2</sup> Professora na Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, titular da disciplina de Direito Previdenciário, Mestra em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru/SP. edimara@upf.br. Currículo na plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4217221415921414>.

Constitucional 103/19, verificando se isso confronta os princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, em especial o da dignidade da pessoa humana.

Justifica-se a escolha deste tema baseando-se na ideia de que, mais cedo ou mais tarde, todas as pessoas chegarão a um momento de suas vidas em que não terão mais condições de trabalhar, em razão de sua idade, alguns antes, outros depois, dependendo da sua área de trabalho e de seu desgaste. Mas a certeza é de que as pessoas que trabalham em áreas que são mais prejudiciais à saúde humana, sofreram mais durante este tempo, gerando um maior desgaste. Por isso deve haver a possibilidade de se aposentar antes dos demais, com apenas um determinado período de contribuição, sem requisito de idade mínima. Até pouco tempo atrás, o tratamento para esse grupo de trabalhadores era o da aposentadoria especial sem levar em conta idade mínima. Porém, após a Emenda Constitucional n. 103/19, isso mudou, passou a existir o requisito de idade mínima, fazendo com que eles tenham que trabalhar mais tempo em locais prejudiciais à saúde, para que possam receber o benefício da aposentadoria. Por todos estes e outros inúmeros motivos que norteiam este tema, configura-se um assunto muito importante a ser discutido nos dias atuais. Além de ser uma alteração recente, é relevante, pois altera a vida de milhares de pessoas, e diz respeito a Seguridade Social, que é algo que pertence a todos.

## **2 A Seguridade Social no Ordenamento Jurídico Brasileiro**

A Seguridade Social é composta por três serviços oferecidos pelo governo, que visam a, por meio de ações e instrumentos, alcançar uma sociedade mais livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e promover o bem-estar de todos. Essas diretrizes são amparadas pelo artigo 3º da Constituição Federal, que busca garantir uma existência segura, como

indivíduo integrante de uma sociedade, de modo a concretizar o fundamento da república, presente no artigo 1º, inciso III: a dignidade da pessoa humana.

A preocupação para com as pessoas mais carentes da sociedade vem desde os primórdios da humanidade, do Código de Hamurábi, do Código de Manu e da Lei das Doze Tábuas, passando pela era contemporânea. No Brasil, o sistema foi implantado em Santos, onde a assistência médica era prestada pelas Santas Casas de Misericórdia, por meio de caridade, sem necessidade de o beneficiário contribuir (TSUTIYA, 2013).

Após o surgimento do primeiro sistema, outros modelos começaram a surgir ao longo do tempo. A Seguridade Social foi mudando de modelos durante todas as setes Constituições Federais brasileiras e, na Constituição de 1988, foi introduzido um novo sistema que permanece até hoje, o da Seguridade Social, composta por Saúde, Assistência e Previdência Social (TSUTIYA, 2013).

#### Segundo Castro e Lazzari, a Seguridade Social

compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade nas áreas da saúde, previdência e assistência social, conforme previsto no Capítulo II do Título VIII da Constituição Federal, sendo organizada em Sistema Nacional, que é composto por conselhos setoriais, com representantes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e da sociedade civil (2019).

Quanto à organização da Seguridade Social, Wladimir Novaes Martinez diz que

o legislador fica devendo as normas sobre a efetivação da seguridade social, por falta de definição política e reconhecida incapacidade de efetivamente atender as diretrizes constitucionais da ambiciosa matéria. Seguridade social é uma técnica de proteção social avançada em relação à Previdência Social,

capaz de integrá-la com a assistência social e incorporar as ações de saúde. Mas, mais ainda, é um esforço nacional extraordinário no sentido de um amplo atendimento à população, obreira ou não, empenho cujos objetivos estão a distância (apud CASTRO; LAZZARI, 2019).

A Seguridade Social é conceituada pelo artigo 194 da CF e possui como premissa básica o bem-estar e a justiça sociais, a partir de uma estrutura administrativa que tem por atribuição executar políticas públicas no tocante à segurança social (LEITÃO; MEIRINHO, 2018).

A Seguridade Social no Brasil, como ponto de partida necessário para a compreensão da aposentadoria especial, merece registro, bem como os princípios que a norteiam a problemática em questão. Portanto, será realizada uma análise dos três braços que permeiam a Seguridade Social, o direito à saúde, a assistência social e a previdência social.

Todo cidadão precisa de um apoio para construir sua jornada e contribuir no crescimento de seu país, e essa é a missão da Seguridade Social: garantir o bem-estar da população de modo a que ela se torne economicamente produtiva. No Brasil, a proteção social é gerenciada pelo Ministério da Saúde, Ministério do Trabalho e Emprego, e Ministério da Economia, por meio da Secretaria da Previdência Social, que conta também com o apoio das secretarias estaduais. Atualmente quem sustenta esse sistema são as empresas e os trabalhadores, cujos recursos são obtidos por meio do pagamento de tributos.

A saúde compõe o sistema de Seguridade Social e é garantida nos artigos 196 a 200 da Constituição, onde se destaca o artigo 196 que dispõe: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988).

Trata-se de um dever de o Estado prestar a saúde a qualquer cidadão, independentemente de contribuir ou não, ao contrário da Previdência, pois está inserido nos direitos fundamentais, como requisito para concretizar o princípio da dignidade humana. E, por se tratar de um dos serviços públicos mais importantes, é realizado e fiscalizado pelo Poder Público (TSUTIYA, 2013, p. 477).

Segundo a Organização Mundial de Saúde, a saúde consiste como uma situação de completo bem-estar físico e mental do ser humano. Portanto não se trata de apenas uma questão de assistência médica e de medicamentos, vai muito além disso. Tsutiya sustenta que a saúde “envolve programas de medicina preventiva, o controle de doenças infecciosas e parasitárias, por meio do acesso aos programas de habitação e saneamento básico; o combate à desnutrição ou subnutrição, mediante o acesso a adequados níveis de renda” (2013, p. 478).

Marisa Ferreira dos Santos segue a mesma linha de raciocínio de que é um direito contemplado a todos que vivem no território nacional e que tiveram a sua saúde afetada, porém traz um complemento muito importante a respeito: “não é só do Estado o dever de garantir o direito à saúde, uma vez que essa responsabilidade também é das pessoas, da família, das empresas e da sociedade (Lei n. 8.080/90, art. 2º) [...]” (2019, p. 109).

Desse modo, verifica-se que o direito à saúde é algo muito importante para o desenvolvimento da sociedade e não é algo restrito, mas amplo, pois visa a garantir à coletividade o bem-estar físico, mental e social.

Por sua vez, a assistência social foi um dos primeiros sistemas de proteção social. No Brasil, teve seu surgimento há alguns séculos, e possuía como forma a assistência médica, considerada “caridade” às pessoas mais miseráveis. Somente com a Constituição de 1988 a assistência social começou a ser vista como algo muito maior e passou a fazer parte da



política integrante da Seguridade Social. Desenvolveu-se, principalmente, pela área da saúde como complemento de tratamentos e medicamentos, mas também em outras áreas, como a de melhoria de habitação e alfabetização (TSUTIYA, 2013, p. 503-506-508).

A assistência social está garantida na Constituição e está positivada nos artigos 203 e 204, sendo “prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à Seguridade Social. A Assistência Social visa proteger a família, a maternidade, as crianças, adolescentes, idosos e deficientes. Trata-se de direito social previsto no art. 6º da Carta Magna” (TSUTIYA, 2013).

Trata-se de direitos sociais que são proporcionados pelo Estado à sociedade, direta ou indiretamente, buscando melhorar a vida das pessoas mais “frágeis” ou em momentos de fragilidade, o que tende a provocar uma menor desigualdade entre as pessoas. Portanto, são direitos que se ligam à igualdade. Assim, a assistência social se torna algo muito importante para a formação da cidadania. Cabe salientar que atualmente no Brasil os direitos sociais continuam um tanto quanto excluídos, pela alta desigualdade social reinante (TSUTIYA, 2013). A ideia da Seguridade Social busca a cobertura total da população em relação aos seus direitos sociais, por se tratar de um dever do Estado, independentemente de contribuição ou não do indivíduo. O autor reconhece que, segundo relatório da Comissão da Ordem Social da Assembleia Constituinte, em 1988, metade da população brasileira podia ser candidata a programas assistenciais, como a única maneira de garantir seus direitos sociais (TSUTIYA, 2013).

A gerência dos programas de assistência é incumbida às entidades beneficentes e de assistência social, mas não só estas: cabe também aos ministérios da Saúde, da Educação e do Desenvolvimento Social e de Combate à Fome, além de outros, que possuem um papel muito

importante para que estes projetos sejam desempenhados e que as famílias carentes sejam atendidas pelos benefícios. Os benefícios da assistência social são divididos em permanentes e eventuais. Os permanentes incluem benefícios como bolsa-família e bolsa-alimentação, dentre outros. Já, nos eventuais podem-se citar os benefícios de auxílio-natalidade e auxílio-funeral (TSUTIYA, 2013).

A partir disso, denota-se que a assistência social tem um papel muito importante no tocante a solidariedade, pois busca por meio de seus benefícios ajudar as pessoas mais carentes, além de diminuir a desigualdade social, podendo assim fazer valer a cidadania.

Como último tópico, mas não menos importante, se tratará acerca da previdência social, que talvez seja um dos temas mais polêmicos entre os três braços da Seguridade Social, muito discutido, principalmente em virtude das reformas que foram recentemente promovidas pela Emenda Constitucional n. 103.

A Previdência Social no Brasil funciona pelo regime de repartição, cujas contribuições feitas pelos ativos hoje, são utilizadas para o pagamento dos inativos.

O ser humano frequentemente é atingido por eventos que os levam a necessitar do auxílio de outras pessoas e o dever que estas têm de solidariedade faz com que as pessoas mais próximas ou a coletividade a prestem. As pessoas possuem necessidade de receber assistência na infância e também na velhice, como também nos casos em que surge alguma doença ou que venha a perder o emprego. Da mesma forma, precisam de auxílio quando algo imprevisto como o nascimento de um filho ou a morte de alguém (VAZ, 2012).

A previdência social possui o caráter contributivo como principal diferença em relação aos demais braços da Seguridade Social, pois estes não necessitam de qualquer pagamento para que se usufrua do benefício.

Portanto, os beneficiários da previdência devem contribuir diretamente para com o regime vinculado, para que possa se tornar segurado do regime e exigir as prestações quando delas necessitar (LEITÃO; MEIRINHO, 2018).

No Brasil, a previdência social é basicamente dividida em dois regimes, o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e os Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS). O primeiro é organizado pela União e o segundo pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Quem possui a obrigação de exercer a de concessão e manutenção dos benefícios o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), que tem autonomia para gerenciar e administrar os benefícios e serviços do RGPS. Porém, ele não administra, visto que a administração é atribuída ao Ministério de Desenvolvimento Social (LEITÃO; MEIRINHO, 2018), desde 2019, Ministério da Economia.

Os programas de benefícios da previdência social têm como principal objetivo de evitar que as pessoas caiam na pobreza, buscando proteger os trabalhadores e quem deles dependem. Portanto, esse é um ramo estatal que busca proteger pessoas que possuem atividade laborativa remunerada e que por algum motivo venham a perder a remuneração para seu sustento, seja momentânea ou permanentemente (CASTRO; LAZZARI, 2019).

A previdência social é organizada pela forma de regime geral e do texto constitucional decorrem os princípios típicos do sistema: o do caráter contributivo, a filiação obrigatória e o equilíbrio financeiro e atuarial. A esses, somam-se os princípios da Seguridade Social (LEITÃO; MEIRINHO, 2018).

Porém não é apenas do texto constitucional que se encontram os princípios da previdência social. Pela Lei n. 8.213/91, também se depreende:

Art. 20 A Previdência Social rege-se pelos seguintes princípios e objetivos: I – universalidade de participação nos planos previdenciários; II – uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III – seletividade e distributividade na prestação dos benefícios; IV – cálculo dos benefícios considerando-se os salários de contribuição corrigidos monetariamente; V – irredutibilidade do valor dos benefícios de forma a preservar-lhes o poder aquisitivo; VI – valor da renda mensal dos benefícios substitutos do salário de contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado não inferior ao do salário mínimo; VII – previdência complementar facultativa, custeada por contribuição adicional; VIII – caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação do governo e da comunidade, em especial de trabalhadores em atividade, empregadores e aposentados.

É importante salientar de que mesmo parecendo muito nobre o objetivo que gira entorno da previdência social, esta infelizmente não atende à necessidade das pessoas mais carentes, talvez as que mais necessitam. Pois, apenas uma parte da população é atingida, que são as pessoas que trabalham, as que possuem sua atividade laboral reconhecida. Portanto, as pessoas que não trabalham, que não possuem sua atividade laboral reconhecida, são excluídas destes benefícios. Dentre os casos, pode-se citar o dos desempregados, das pessoas consideradas inválidas que nunca exerceram atividade laboral, pessoas idosas que, embora tenham trabalhado, não se encaixaram no benefício de aposentadoria e os menores carentes. Esses, sem sombra de dúvidas, são os indivíduos que mais necessitariam da proteção que a previdência social beneficia, porém como possui caráter contributivo, quem não contribuir não poderá usufruir de qualquer benefício que ela pode oferecer (CASTRO; LAZZARI, 2019).

Como mencionado, no âmbito da Previdência Social no Brasil não existe apenas um regime previdenciário, mas dois. Porém, aqui será

analisado apenas o Regime Geral da Previdência Social, ao qual pertence a aposentadoria especial objeto principal desta pesquisa.

Antes de prosseguir, o bom trabalho exige que se explique o que se trata de um regime, para depois poder comentar sobre um específico. Assim, de acordo com Castro e Lazzari,

entende-se por regime previdenciário aquele que abarca, mediante normas disciplinadoras da relação jurídica previdenciária, uma coletividade de indivíduos que têm vinculação entre si em virtude da relação de trabalho ou categoria profissional a que está submetida, garantindo a esta coletividade, no mínimo, os benefícios essencialmente observados em todo sistema de seguro social – aposentadoria e pensão por falecimento do segurado (2019).

O Regime Geral da Previdência Social é o principal regime na ordem interna, pois abrange todos os trabalhadores da iniciativa privada, sendo estes

os trabalhadores que possuem relação de emprego; os trabalhadores autônomos, eventuais ou não; os empresários individuais e microempreendedores individuais ou sócios de empresas e prestadores de serviços remunerados por “pro labore”; trabalhadores avulsos; pequenos produtores rurais e pescadores artesanais trabalhando em regime de economia familiar; e outras categorias de trabalhadores, como agentes públicos que ocupam exclusivamente cargos em comissão, garimpeiros, empregados de organismos internacionais, ministros de confissão religiosa etc. (CASTRO; LAZZARI, 2019).

Este regime previdenciário possui filiação compulsória e automática para os segurados obrigatórios, e ainda permite que existam segurados facultativos que, mesmo não sendo segurados obrigatórios, passem a ser filiados. É o único regime previdenciário compulsório no Brasil que permite essa filiação dos segurados facultativos, pois anda em favor ao

princípio da universalidade do atendimento, que se baseia no artigo 194, I, da Constituição (CASTRO; LAZZARI, 2019).

Além dos princípios que norteiam a Seguridade Social já mencionados anteriormente, há alguns princípios que são específicos da previdência social sobre os quais se discorre para que se possa melhor argumentar sobre o objetivo principal deste trabalho.

Como já mencionado anteriormente, o sistema da previdência social tem caráter contributivo, que consiste no fato de o segurado recolher contribuições para, futuramente dispor do direito de recebê-las de acordo com seu benefício. Além da necessidade de recolhimento de contribuições, a Constituição Federal exige do segurado a filiação ao regime de previdência social, não havendo a opção do segurado não se filiar. Deste modo, o exercício de uma atividade remunerada configura a filiação ao regime e o dever de contribuir para com a previdência (LEITÃO; MEIRINHO, 2018). Assim, o princípio do contributivo e a filiação obrigatória são princípios específicos da previdência social.

O equilíbrio financeiro e atuarial exige que o regime previdenciário deve ser equilibrado entre esses dois aspectos, o financeiro e o atuarial. O financeiro trata da capacidade do sistema de pagar os benefícios de forma imediata, ou seja, possui parâmetro temporal atual, levando em conta as necessidades do sistema. O equilíbrio atuarial se trata de uma área da ciência de conhecimento humano que possui como finalidade analisar os riscos e as expectativas do sistema. Esse equilíbrio possui parâmetro maior, buscando analisar as necessidades de médio a longo prazo. Este é mais complexo do que o financeiro, pois analisa aspectos demográficos da população, como envelhecimento, expectativa de vida, tempo de atividade, entre outros. Assim, o sistema consegue determinar as receitas necessárias para que os benefícios sejam mantidos aos segurados (LEITÃO; MEIRINHO, 2018).

Por sua vez, a universalidade de participação nos planos previdenciários limita o universo de pessoas atendidas pela previdência. Como já mencionado anteriormente, nem todas as pessoas possuem direito a benefícios da previdência social, pois apenas quem contribui se torna segurado do sistema. Porém o acesso ao sistema previdenciário é universal, podendo qualquer pessoa se filiar sem restrição. A criação do segurado facultativo, os indivíduos que não exercem atividade remunerada também podem contribuir para com o sistema, tornando-se assim segurados. Isso é possível para qualquer pessoa física com mais de dezesseis anos de idade (LEITÃO; MEIRINHO, 2018).

O princípio previsto no artigo 201, §3º da Constituição prevê que “Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei”. Cabe salientar que o cálculo para benefício é feito com base em todos os salários de contribuição do indivíduo e não apenas nos últimos como era feito antigamente (LEITÃO; MEIRINHO, 2018). Logo, o histórico de contribuição da pessoa é considerado no momento de cálculo do seu benefício.

A garantia do salário mínimo também é um princípio que possui força constitucional, previsto no artigo 201, §2º: “nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo” (LEITÃO; MEIRINHO, 2018).

Percebe-se pela letra da lei que a regra não veda totalmente a possibilidade de um benefício ser inferior ao salário mínimo. Apenas os benefícios que visam substituir a renda do trabalhador estão amparados por esta norma. Portanto nada impede de que outros benefícios como salário-família, auxílio-acidente e outros, sejam inferiores ao salário mínimo (LEITÃO; MEIRINHO, 2018).

Por fim, no que diz respeito à previdência complementar facultativa, custeada por contribuição adicional, deve-se observar que a previdência tem como objetivo assegurar a sobrevivência digna do se segurado através do seu benefício, mas em nenhuma hipótese visa a manter o padrão do segurado quando exercia atividade remunerada. Em razão disso, a lei possibilita que o segurado, de forma complementar, contribua para os regimes de previdência complementar.

### **3 Aposentadorias no Regime Geral de Previdência Social**

Dentre todos os benefícios previdenciários, interessa às finalidades deste trabalho a aposentadoria, Em razão disso, traça-se uma comparação do antes e depois da reforma feita pela EC n. 103/2019. A espécie de aposentadoria especial será tratada no próximo item por ser o objeto principal dessa pesquisa.

Aposentadoria é um tema muito relevante, pelo fato de, durante a tramitação da Proposta da Reforma, ter sido amplamente divulgados pela mídia problemas que são apresentados pelo sistema de previdência pública. Isso acabou gerando temor as pessoas que são dependentes deste sistema, sobre como será suas vidas no futuro, pois, para a grande parte da massa, a previdência social foi a única forma de investimento feito durante a vida, visando a, através da aposentadoria, uma tranquilidade financeira na idade avançada.

O Estado possui como finalidade garantir a paz social e assegurar benefícios para as pessoas que necessitam. A previdência é uma parte do Estado que busca beneficiar os trabalhadores, sendo a aposentadoria um desses casos. No tocante à conceituação da aposentadoria, segundo já previsto por Neme ainda na década de 1970, “o direito do segurado de perceber um benefício continuado, previsto em lei e pago por Institutos de



Previdência Social, desde que preenchidos os requisitos legais, e após o seu desligamento regular da empresa” (1976, p. 37-44).

A antiga aposentadoria por idade hoje aposentadoria programável, é o tipo de aposentadoria mais comum, onde os contribuintes do INSS podem solicitar o benefício assim que atingirem a idade mínima necessária.

Para Melissa Folmann,

a aposentadoria por idade no cenário jurídico brasileiro foi denominada, por muito tempo, como aposentadoria por velhice, tendo em vista o risco social coberto. Todavia, o nome técnico restou positivado como aposentadoria por idade encontrando, no primeiro momento, os requisitos de idade mínima e tempo mínimo de contribuição (2020).

Primeiramente, cabe salientar de que a previdência não é algo individualizada e nem sempre seguirá o mesmo pensamento, pois as reformas que acontecem se dão pelo fato de que tudo depende do momento em que se está vivendo, o cenário econômico e os planos das sociedades. Portanto a reforma da previdência se torna algo vicioso, buscando melhor encaixá-la no momento em que se vive. Apesar de reformas acontecerem frequentemente, a aposentadoria por idade continua sendo um porto seguro para o cidadão, pois esta possui fundamento constitucional na Carta Maior, onde diz que a previdência deve atender a cobertura do risco social idade avançada (FOLMANN, 2020).

No âmbito internacional, segundo a Convenção 102 da OIT, a idade como requisito não pode ser superior a 65 anos, exceto dependendo da capacidade de trabalho da pessoa do determinado país, tempo de contribuição máximo não pode ser acima de 30 anos e mínimo de 15 anos

e, podendo ser proporcional, se o indivíduo tiver mais de 10 e menos de 30 anos de contribuição (FOLMANN, 2020).

No atual cenário após a EC 103/2019, os critérios da aposentadoria por idade foram inseridos no artigo 201, §7º, inc. II, no qual trata que será assegurada as pessoas que tiverem

[...] sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal (FOLMANN, 2020).

A aposentadoria por idade está dividida entre quatro espécies: a aposentadoria por idade urbana; a aposentadoria por idade rural; a aposentadoria híbrida; e aposentadoria por idade da pessoa com deficiência. Para tratar dessas quatro espécies não se levará em conta o que era antes da reforma, mas sim o que está vigente no momento.

Após a EC 103/2019, o benefício da aposentadoria por idade urbana será concedido ao indivíduo que se encaixar nas seguintes condições:

para os inscritos na Previdência Social Urbana a partir de 13.11.2019, quando atingirem 62 anos, no caso das mulheres, ou 65 anos, no caso dos homens, e tenham cumprido a carência de 15 anos de contribuição, no caso das mulheres, ou de 20 anos de contribuição, no caso dos homens (FOLMANN, 2020).

A aposentadoria por idade rural praticamente não sofreu alterações:

A aposentadoria por idade rural será concedida ao trabalhador rural – empregado, empregado doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual e segurado especial –, e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal, desde que atendidos os requisitos legais, quais sejam:

atingir 60 anos de idade, no caso dos homens, ou 55 anos de idade, no caso das mulheres, com o adimplemento da carência de 15 anos de (FOLMANN, 2020).

A aposentadoria híbrida, apesar de ser um pouco controversa e discutida, foi inserida no sistema em 2008, tendo como objetivo de somar período não recolhido, mas que tenha sido trabalhado como segurado especial, com efetivo período de contribuição. Esta aposentadoria teria a

[...] possibilidade de concessão de aposentadoria híbrida, prevista no art. 48, § 3º, da Lei 8.213/1991 (LGL\1991\41), mediante o cômputo de período de trabalho rural remoto, exercido antes de 1991, sem necessidade de recolhimentos, ainda que não haja comprovação de atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento administrativo (FOLMANN, 2020).

Por última espécie, a aposentadoria por idade da pessoa com deficiência permaneceu como se encontrava antes da reforma, não tendo alteração com a Emenda Constitucional. Assim manteve seus requisitos de “55 anos de idade, no caso das mulheres, e 60 anos de idade, no caso dos homens, desde que cumpram a carência de 180 contribuições mensais e comprovem a deficiência por 180 meses, independentemente do grau de deficiência.” (FOLMANN, 2020).

No tocante aos servidores públicos com deficiência, tem-se que

a aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social ou do servidor público federal com deficiência vinculado a regime próprio de previdência social, desde que cumpridos, no caso do servidor, o tempo mínimo de 10 (dez) anos de efetivo exercício no serviço público e de 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria, será concedida na forma da Lei Complementar 142, de 8 de maio de 2013 (LGL\2013\4481), inclusive quanto aos critérios de cálculo dos benefícios (FOLMANN, 2020).

Por fim, vale salientar de que a aposentadoria por idade acarreta principalmente a parcela mais carente da população, ou seja, a maioria das pessoas, pois estas não possuem a possibilidade de se aposentar por tempo de contribuição. Este tipo de aposentadoria representa segundo estatísticas, quase 20% dos benefícios concedidos pela Previdência Social (FOLMANN, 2020).

Com relação à aposentadoria por incapacidade permanente, primeiramente vale lembrar que este tipo dessa aposentadoria não era assim chamado: antes da reforma se chamava aposentadoria por invalidez. O antigo conceito desse tipo de aposentadoria era de um benefício que podia ser concedido ao segurado que tenha a carência cumprida e teve sua vida prejudicada por doença física ou mental, acidente, ou de qualquer outra maneira que não permita a pessoa exercer suas funções. Com o novo conceito da reforma, se passou a ser considerado como cobertura de evento de incapacidade permanente de trabalho (ALVES, 2019).

No tocante à carência, a aposentadoria por incapacidade permanente exige 12 contribuições. Quanto a esta, está pacificado na jurisprudência que, mesmo se o segurado na hora de buscar o benefício não esteja mais como segurado pelo fato de não ter contribuído nos últimos anos, pode continuar com o direito ao benefício se comprovar que a incapacidade vem desde a época que contribuía, quando a aposentadoria era devida, só não havia sido requerida (ALVES, 2019).

Quanto à necessidade de perícia médica, segundo Alves,

Para a concessão do benefício, será necessário o segurado passar por uma perícia médica conforme determina o art. 42, § 1º, da Lei 8.213/1991, podendo ser, às suas expensas, acompanhado pelo seu médico particular, para o INSS analisar se o segurado de fato está incapaz ou inválido para exercer sua atividade laboral. Vale ressaltar que o médico pode preliminarmente conceder

o benefício auxílio-doença em vez da aposentadoria por invalidez diretamente, caso encontre dificuldade em identificar se tal incapacidade inabilitou realmente o segurado de exercer qualquer trabalho. Nesses casos concederá a aposentadoria por invalidez numa próxima perícia médica. Mas vale destacar que o médico perito pode conceder a aposentadoria por invalidez diretamente (2019).

E, ainda:

O aposentado por invalidez e o pensionista inválido que não tenham retornado à atividade estarão isentos do exame de que trata o caput do art. 101 da Lei 8.213/1991 quando completarem 55 anos ou mais de idade e quando decorridos 15 anos da data da concessão da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença que a precedeu, após completarem 60 anos de idade ou quando o segurado for portador de HIV/Aids, novidade advinda pelo § 5º do art. 43 da Lei 8.213/1991, e incluída na Lei 13.847/2019 (ALVES, 2019).

Por sua vez, a aposentadoria por tempo de contribuição foi extinta pela EC n. 103/2019, e permanece em vigor apenas para os segurados que são amparados pela regra de transição. A carência para este tipo de benefício é de 180 contribuições. Não sendo considerado para efeito de carência o tempo de serviço do trabalhador rural antes da vigência da Lei 8.213, porém será computado, tendo sido recolhidas as contribuições ou não. Vale salientar que a perda da qualidade de segurado não implica no indeferimento do benefício, pois este pode ser exigido pelas contribuições anteriores. Como critério material, essa espécie de benefício exigia no mínimo 30 anos de tempo de serviço e idade de 55 anos para ambos os sexos, o que mais tarde passou a ser extinto (ALVES, 2019).

Pelo fato de a média de idade nas aposentadorias por tempo de contribuição estar baixa em 2019, o governo propôs fazer algo para reduzir o déficit do sistema. Castro e Lazzari, “a solução proposta e aprovada pela EC 103/2019 foi a extinção da previsão de aposentadoria por tempo de

contribuição sem idade mínima das regras permanentes da Constituição” (2019).

Assim, a partir da EC 103/2019 somente é possível a concessão de aposentadoria voluntária, se cumprido a exigência de tempo de contribuição e de idade mínima. Porém, é prevista a regra de transição para este benefício sem requisito de idade mínima, para ambos os sexos que faltam cumprir até dois anos a contar da data de entrada em vigor da EC (CASTRO; LAZZARI, 2019).

#### **4 A dignidade da pessoa humana frente à concessão da aposentadoria especial**

Neste capítulo, realizar-se-á uma análise sobre a aposentadoria especial e o princípio da dignidade da pessoa humana, visando o entendimento se este direito fundamental garantido na Constituição, que visa promover condições de trabalho justas de sobrevivência, é aparado pela exigência de idade mínima para concessão da aposentadoria especial.

Os Direitos Fundamentais elencados na Constituição visam proteger a dignidade da pessoa humana, buscando promover condições justas de sobrevivência. Segundo Pedroso, “Os direitos fundamentais constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade da pessoa humana em todas as dimensões.” (2014). Deste modo, o princípio da dignidade humana previsto na Carta Magna, busca através dos direitos econômicos, sociais e culturais, preservar as necessidades humanas.

Na conceituação acerca da dignidade da pessoa humana, Pedroso salienta que

A dignidade da pessoa humana está intimamente ligada ao seu pleno poder de exercício dos direitos fundamentais, quer seja o de trabalho, auferindo assim não apenas o seu sustento, mas também a sua realização enquanto partícipe

de uma sociedade, ou ainda estabelecendo condições de se ter uma vida digna de acordo com seu meio, buscando preservar a sua integridade física, psíquica e moral (2014).

Como definição de aposentadoria anterior à reforma, pode-se citar:

A aposentadoria especial é uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, com redução do tempo necessário à inativação, concedida (segundo o art. 201, § 1.º, da Constituição – redação anterior à EC 103/2019) em razão do exercício de atividades consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física e sem necessidade de cumprimento de idade mínima (CASTRO; LAZZARI, 2019).

Já para Alves,

A aposentadoria especial, uma vez cumprida a carência exigida, será devida ao segurado empregado, trabalhador avulso e contribuinte individual, este somente quando cooperado filiado a cooperativa de trabalho ou de produção, que tenha trabalhado durante 15, 20 ou 25 anos, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física (2019).

Por ser uma área de trabalho onde os segurados devem utilizar Equipamento de Proteção Individual, o Supremo Tribunal Federal fez uma análise acerca do fornecimento de equipamentos de proteção individual (EPI) aos trabalhadores servir ou não à descaracterização ou não do tempo especial. Esse tipo de aposentadoria possui caráter preventivo e é imposto aos indivíduos que trabalham expostos a agentes que prejudicam a saúde, o que acaba gerando naturalmente um maior desgaste ao trabalhador. Portanto, não deve ser exigido o mesmo cumprimento de tempo de contribuição que os trabalhadores que não se encontram expostos a agentes nocivos à saúde. Porém, o entendimento do STF é de que se comprovado que o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade,

não haverá amparo constitucional da aposentadoria especial. Além disso, quanto ao ruído acima dos níveis de tolerância, o STF entende que a simples declaração do empregador de que o EPI neutraliza a nocividade, não descaracteriza o respaldo do tempo de serviço especial (CASTRO; LAZZARI, 2019).

Porém, após a reforma feita pela Emenda Constitucional n. 103/19, o conceito deste tipo de aposentadoria mudou, exigindo agora o cumprimento de idade mínima para que este benefício seja concedido, aumentando é claro significativamente o tempo de trabalho do segurado para poder se aposentar. Deste modo, Castro e Lazzari discorrem que

A EC 103/2019 alterou substancialmente a redação do § 1.º do art. 201 da Constituição estabelecendo a possibilidade de previsão, em lei complementar, de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria **exclusivamente** em favor dos segurados cujas **atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou a associação desses agentes**, vedados a caracterização por categoria profissional ou ocupação (2019) (grifou-se).

A exigência de idade mínima consta no artigo 19, §1º e foi fixada em 55, 58 ou 60 anos, a depender do tempo de exposição de 15, 20 ou 25, respectivamente. Dessa forma

Entendemos que não se mostra condizente com a natureza dessa aposentadoria a exigência de idade mínima para a inativação, pois esse benefício se presta a proteger o trabalhador exposto a condições de trabalho inadequadas e sujeito a um limite máximo de tolerância com exposição nociva à saúde (CASTRO; LAZZARI, 2019).

A principal mudança feita pela reforma quanto a esta espécie de aposentadoria foi acerca da exigência de idade mínima para concessão



deste benefício, o que não era previsto na redação anterior, e passa mudar significativamente a vida destes segurados.

A EC 103/2019 alterou substancialmente a redação do § 1.º do art. 201 da Constituição estabelecendo a possibilidade de previsão, em lei complementar, de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou a associação desses agentes, vedados a caracterização por categoria profissional ou ocupação (CASTRO; LAZZARI, 2019).

Para Alves, a reforma da previdência teve como principal mudança o artigo 19 da Emenda Constitucional: “O art. 19, § 1º, inciso I, da EC 103 trata das alterações do critério material da aposentadoria especial, incluindo limite de idade como exigência para a concessão dos benefícios, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação” (2019).

Portanto, o segurado, após a data de entrada em vigor esta Emenda Constitucional, terá que ter o tempo por completo, senão irá aposentar-se apenas aos 62 anos de idade, se mulher e 65 anos, se homem, com 15 anos de contribuição, se mulher e 20 anos, se homem. Deste modo, os segurados que comprovem trabalhar nestas condições nocivas, durante o período mínimo exigido por cada área, poderão se aposentar cumprindo os requisitos de tempo de contribuição mais a idade mínima agora exigida (ALVES, 2019).

A EC n. 103/19 determina idade mínima de 55 anos para atividade especial que exija 15 anos de exposição, 58 quando a exigência for de 20 e 60 quando a exposição mínima é de 25 anos. A exigência de 15 anos de exposição é apenas para mineiros de subsolo, 20 anos para os mineiros de superfície e 25 anos para a maioria das atividades que expõem o trabalhador à agente nocivos (FREUDENTHAL, 2019).

Para melhor entender como a idade mínima pode impactar na vida dos trabalhadores, Castro e Lazzari mencionam um exemplo bem explicativo:

Basta imaginar um mineiro de subsolo em frente de escavação que começa a trabalhar com 20 anos de idade e após 15 anos de atividade cumpre o tempo necessário para a aposentadoria. Como estará com 35 anos de idade, terá que aguardar até os 55 anos. Com mais alguns anos de trabalho, além dos 15 previstos como limite de tolerância, estará inválido ou irá a óbito, em virtude das doenças respiratórias ocupacionais, tais como asma ocupacional, pneumoconiose e pneumonia de hipersensibilidade (2019).

No entanto, com a reforma, prevaleceu o entendimento do legislador de que mesmo que esses trabalhadores necessitando ser afastados em virtude na atividade nociva, podem ser alocados em outras funções. De acordo com Castro e Lazzari, “a grande maioria daqueles que hoje se aposentam sem limite de idade nestas condições, alguns até mesmo antes dos 40 anos de idade, retornam ao mercado de trabalho, pois possuem condições de se manter na ativa, desde que em atividade diversa” (2019).

Segundo o relator da EC, esta decisão de exigir idade mínima de 55 anos é baseada no saber de que essa faixa etária possui capacidade de manter atividade produtiva, e se assim não for, poderá sobrecarregar as novas gerações. E ainda, se for comprovado que durante o período de exigência de idade mínima o trabalhador não possui condições de exercer tal atividade, o mesmo poderá ter acesso à aposentadoria por incapacidade permanente, sem exigência de idade mínima (CASTRO; LAZZARI, 2019).

Como se não bastasse a exigência de idade mínima que torna quase que inacessível a aposentadoria especial, o cálculo previdenciário deste tipo de aposentadoria também foi agravado, a partir da reforma não será calculado sobre o 100% do salário de benefício. De partida, a

aposentadoria será de 60% do salário de benefício, com acréscimo de dois pontos percentuais para cada ano que exceder o tempo de contribuição de 20 anos, para homens, e 15 anos, para mulheres, e nos casos de atividades especiais de 15 anos, que é o caso do minerador de subsolo (CASTRO; LAZZARI, 2019)

Por fim, em junho de 2020 o STF julgou, por maioria de votos, decidindo que o trabalhador que é aposentado na modalidade especial não tem direito a continuar recebendo tal benefício se, após aposentado, volte a trabalhar em atividade nociva à saúde. Possui como base o entendimento de que voltar a exercer atividade nociva inverte a lógica do sistema, pois tem como objetivo a proteção ao trabalhador exposto a agentes nocivos. Portanto prevalece o entendimento de que se o aposentado continuar ou voltar a exercer tal atividade, o benefício será cessado (STF, 2020).

Ou seja, depois de ser concedido ao segurado este benefício, ele será impedido de continuar trabalhando em condições especiais, sob pena de ter o seu benefício cancelado. Segundo Pedroso, “Tal imposição pode se tratar de uma afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, vez que ao ter seu direito ao exercício do trabalho limitado, o segurado pode desenvolver um sentimento de menos valia frente à sociedade” (2014).

Essas mudanças geram novos obstáculos para os trabalhadores conseguirem obter o benefício, provavelmente muitos deixaram de exercer a atividade especial e não conseguirão a aposentadoria especial e o tempo em que trabalhou será somado como comum, não obtendo qualquer acréscimo compensatório, ou, surgirão doenças ocupacionais, fazendo com que busquem aposentadoria por incapacidade permanente (CASTRO; LAZZARI, 2019).

No tocante às regras de transição, foram fixadas no artigo 21 da EC 103/2019, onde impõe como requisitos a soma de uma idade mínima e

tempo de contribuição, além do mínimo de trabalho na exposição desses agentes nocivos. Assim, o trabalhador precisaria, somar 66, 76 e 86 pontos, somados com o tempo de efetiva exposição de 15, 20 e 25 anos, respectivamente, no ano de 2019. Os cálculos serão apurados em dias, e não há qualquer diferenciação entre homens e mulheres. Além disso, é possível utilizar tempo comum acima dos 25 anos de atividade especial para chegar à pontuação necessária (CASTRO; LAZZARI, 2019).

Para Ladenthin (2019), a Emenda Constitucional 103/2019 fez diversas mudanças nos regimes da Previdência Social, sendo o da aposentadoria especial o que mais sofreu alterações. Segundo ela, a aposentadoria especial tinha como objetivo manter a saúde das pessoas que trabalhavam expostos a agentes nocivos, prejudiciais à saúde humana. Assim, não se exigia que idade mínima influenciasse na concessão deste tipo de benefício. Nessa linha sustenta que

a Emenda Constitucional 103/2019 (LGL\2019\10395) desconfigura o benefício, altera significativamente a padronização anterior ao exigir idade mínima, regra transitória e de transição. Não tem mais o foco voltado ao trabalhador e, muito menos, na sua saúde. O objetivo agora, ao que nos parece, é apenas financista, desprezando os dados oficiais de ambientes laborais insalubres e perniciosos. O critério prevencionista, precaucional, que justificava a existência do benefício deixa de existir e, em seu lugar, passam a valer regras mais rígidas e inflexíveis (2019, p. 19-36).

Segundo decisão do relator na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6309 proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria (CNTI) contra dispositivos da Emenda Constitucional 103/2019, verifica-se que

quanto ao estabelecimento de idades mínimas para a aposentadoria especial por insalubridade dos segurados do regime geral de previdência social (RGPS),

a requerente alega violação ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988) e ao art. 7º, XXII, da Constituição, que reconhece ser direito dos trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Afirma que a criação desse requisito obrigará o segurado a permanecer exposto a condições insalubres por tempo superior ao período de contribuição mínimo exigido pela emenda, o que contraria a própria finalidade da aposentadoria especial, que é impedir danos à saúde ou integridade física do trabalhador em decorrência da prolongada sujeição a agentes nocivos. Ressalta que o patamar etário mínimo foi fixado pela EC nº 103/2019 sem nenhum critério técnico. Aduz, ainda, que tal imposição desrespeita o princípio da isonomia (art. 5º, caput, da CF/1988), haja vista não ter sido colocada para os trabalhadores com deficiência (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020).

Ainda, refere-se o pensamento Alencar, quando comenta que a Emenda Constitucional n. 103/19 contém em sua Exposição de Motivos que existe

a necessidade de alteração das regras de previdência diante de o elevado patamar de despesas previdenciárias pressionar a carga tributária e o endividamento público, resultando na tendência de diminuir o investimento e a limitar a concretização de outras políticas públicas. Aduziu o Poder Executivo, ainda, que o crescimento das despesas previdenciárias se dá de maneira mais acelerada do que o da receita, acarretando o aumento dos déficits ou redução de superávit, no caso dos RPPS dos Municípios. Reaça que no âmbito dos RPPS a fonte do desequilíbrio atuarial seria oriunda, em larga medida, da existência de regras que garantem benefícios de valores médios bastante elevados e de regras de aposentadorias especiais que possibilitam concessões antecipadas de benefícios, principalmente no caso dos regimes próprios dos Estados. Na exposição de motivos anota-se que a instituição de uma idade mínima para aposentadoria no RGPS se constituiria medida de justiça distributiva, a contribuir para que os trabalhadores com melhor situação financeira se aposentem na mesma idade dos mais pobres. Afirmou-se ser desejável uma maior convergência entre o RGPS e os RPPS (“regras de

aproximação de regimes”) com viés de assegurar dimensão distributiva (2019).

Os direitos sociais são muito importantes para concretizar a dignidade do cidadão e, portanto, o direito à previdência social assegura ao indivíduo o direito ao regime democrático. Estes direitos devem ser concedidos pelo Estado, com o objetivo de tornar a vida dos mais necessitados mais digna. Assim sendo, a previdência garante que haja igualdade nas situações sociais, permitindo aos trabalhadores e seus dependentes, o usufruto do benefício, evitando a miséria quando algo os impeça de exercer atividade laborativa. Segundo a Constituição Federal, é dever do Estado criar e colocar em prática prestações matéricas que concedem ao trabalhador a dignidade humana. Portanto, a Seguridade Social é o meio de promoção do princípio da dignidade da pessoa humana (PORTELLA JÚNIOR, 2018).

É nítida a importância deste princípio da dignidade da pessoa humana para a Seguridade Social. A própria Constituição já traz em seu texto referências sobre a proteção do trabalhador e do ambiente de trabalho, buscando por meio de tal proteger a dignidade do trabalhador. Ou seja, este é um princípio que serve como um norte para os outros direitos constitucionais, além dos infraconstitucionais que protegem o trabalhador (SILVEIRA, 2019).

É sabido que a dignidade da pessoa humana é direito inerente do indivíduo, sendo dever do Estado promover condições para que este direito seja exercido de forma plena. Portanto condições adequadas para o indivíduo trabalhar garantem esta dignidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana norteia todos os demais direitos previstos na constituição, tendo influência tanto nas normas

constitucionais quanto nas infraconstitucionais, ligadas a proteção do trabalhador. Deste modo, para Silveira,

O princípio da dignidade humana implica na intangibilidade da vida, o que pressupõe o respeito à integridade física e psíquica do trabalhador, o que assegura condições justas e adequadas para a vida do indivíduo e sua família, valores estes que devem ser transportados e aplicados no ambiente do exercício do trabalho (2019).

A aposentadoria especial sempre foi muito questionada, e aconteceram inúmeras transformações legais até que se chegasse ao modo como encontra hoje. De acordo com Silveira, a aposentadoria especial com

Seu caráter de proteção social contra riscos ambientais permitiu diversas modificações a fim de impedir que os trabalhadores sofressem danos irreversíveis à saúde e a integridade física. No entanto, a previdência vem sendo ameaçada por reformas e a aposentadoria especial, especificamente, sofreu uma proposta que foi para aprovação do Congresso Nacional, capaz de descaracterizar sua natureza e isto vem afetando a população, aumentando a ansiedade dos interessados e dividindo opiniões por todo Brasil (2019).

Quanto à exigência da idade mínima para concessão da aposentadoria especial, segundo Silveira “verifica-se que as alterações efetuadas no RGPS pela Reforma Previdenciária, que já são dolorosas no que diz respeito ao regime das aposentadorias comuns, são ainda mais cruéis no que concerne à aposentadoria especial, com grande prejuízo à dignidade da pessoa humana” (2019).

No mesmo pensamento crítico de Silveira, Ladenthin destaca que “A aposentadoria especial trazida pela Emenda Constitucional 103/2019 (LGL\2019\10395), ao exigir idade mínima, retira o objeto protetivo do benefício, qual seja, a saúde do trabalhador e assume o risco de mantê-lo por mais tempo exposto a agentes nocivos, prejudiciais à saúde” (2020).

No tocante ao entendimento positivo desta reforma, denota-se que a instituição de idade mínima constitui uma medida que contribui para que os trabalhadores com situação financeira melhor, se aposentem em igual aos mais pobres, acarretando uma justiça distributiva. Assim, segundo Alencar,

A exposição de motivos afirmava a necessidade de alteração das regras de previdência diante de o elevado patamar de despesas previdenciárias pressionar a carga tributária e o endividamento público, resultando na tendência de diminuir o investimento e a limitar a concretização de outras políticas públicas. Aduziu o Poder Executivo, ainda, que o crescimento das despesas previdenciárias se dá de maneira mais acelerada do que o da receita, acarretando o aumento dos déficits ou redução de superávit, no caso dos RPPS dos Municípios. Reaça que no âmbito dos RPPS a fonte do desequilíbrio atuarial seria oriunda, em larga medida, da existência de regras que garantem benefícios de valores médios bastante elevados e de regras de aposentadorias especiais que possibilitam concessões antecipadas de benefícios, principalmente no caso dos regimes próprios dos Estados (2020).

Portanto, apesar de a reforma buscar amenizar os custos do sistema que são bem elevados, não justifica fazer isso para prejudicar um grupo de indivíduos que trabalham em ambientes nocivos. Isso além prejudicar saúde do trabalhador, vai contra o princípio da dignidade da pessoa humana.

### **Considerações Finais**

A aposentadoria especial possui amparo na Constituição Federal, artigo 201, §1º, onde trazia antes da reforma a redação de ser uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, com redução de tempo necessário para inativação, concedida para atividades prejudiciais à saúde ou integridade física, sem a necessidade do cumprimento de idade mínima. Após a reforma, a EC 103/2019 alterou a redação anterior,



abrindo a possibilidade de previsão de idade mínima exigida para tal aposentadoria. Essa exigência de idade mínima fixa de maneira provisória, de no mínimo 55, 58 ou 60 anos de idade, em exposição de 15, 20 ou 25 anos, respectivamente.

É nítido que esse tipo de exigência para tal aposentadoria não parece ser condizente, pois o objetivo do mesmo é proteger o trabalhador que é exposto a condições de trabalho que prejudiquem à saúde, sendo que o que o trabalhador possui uma tolerância de exposição nociva. Um exemplo clássico é o do mineiro de subsolo, que começa trabalhar com 20 anos de idade e após 15 anos contribuindo pode se aposentar. Agora com essa exigência de idade mínima, estará com 35 anos e precisará aguardar até os 55 anos de idade para poder se aposentar. Sendo assim terá que continuar trabalhando em sua função por tempo maior do que o tolerante, o que irá gerar consequências futuras à saúde.

A previdência age a serviço da liberdade e igualdade, buscando proteção ao beneficiário quanto as suas necessidades materiais e garantindo-lhe uma existência digna. Ou seja, busca por meio dos benefícios em dinheiro, viabilizar o direito fundamental que reconhece e preserva a vida, dando ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é parte de todo o ordenamento jurídico brasileiro. As prestações previdenciárias devem manter a qualidade de vida do beneficiário, dando a possibilidade de manutenção de uma vida de qualidade, o que acaba preservando a dignidade da pessoa humana;

A aposentadoria especial sempre foi muito discutida durante seu percurso legal para chegar ao modo que se encontra hoje e, ainda, exige muitos detalhes para a sua concessão. Como possui um caráter protetivo, houve inúmeras modificações durante sua trajetória, a fim de impedir que os trabalhadores dessa categoria sofressem danos à saúde. Porém, a previdência vem sendo ameaçada por reformas e, no caso da

aposentadoria especial, a última reforma feita pela EC 103/2019, ameaça descaracterizar a sua natureza. Portanto busca-se analisar se esta reforma que impõe idade mínima para concessão do benefício, vai contra a constituição, pelo fato de o trabalhador se expor a agentes nocivos, o que acabaria se tornando inconstitucional.

Portanto, antecipar o benefício da aposentadoria especial em razão da exposição a agentes nocivos e ambientes de trabalho com condições agressivas a integridade física dos trabalhadores, garante o exercício do princípio da dignidade da pessoa humana, garantindo prevenção de sua vida.

A legislação infraconstitucional busca por meio de salários adicionais, compensar o trabalhador pelos desgastes ocasionados pela exposição aos agentes nocivos ou de risco à saúde. Logo, aumentar o tempo de trabalho dos mesmos, é reduzir o tempo de vida do segurado, aumentando o número de trabalhadores com doenças causadas pela profissão, violando o objetivo da aposentadoria especial, que é de proteção ao trabalhador. Portanto, é visível de que fixar uma idade mínima sem ter um estudo aprofundado que garanta proporcionalidade, confronta o princípio da dignidade da pessoa humana.

O problema não está em fixar uma idade mínima para a aposentadoria especial, mas sim em definir este critério sem maiores estudos que tratem sobre as pessoas que trabalham em ambientes nocivos, pois dependendo do meio ambiente de trabalho, poderá incapacitar o trabalhador, e neste caso, deveria ser tratado de forma diferenciada, seguindo uma proporcionalidade.

## **Referências**

ALENCAR, Hermes Arrais. **Saiba tudo sobre a EC da Reforma da Previdência**. 2020. [artigo científico]. Disponível em: <https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/saiba-tudo-sobre-a-ec-da-reforma-da-previdencia>. Acesso em: 20 abr. 2020.

ALVES, Hélio Gustavo. **Guia Prático dos Benefícios Previdenciários**. São Paulo: Editora Forense, 2019.

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: 15 maio. 2020

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 6309/DF**. Distrito Federal. Relator: Ministro Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência, 7 fev. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%028%028ADI+6309%029%029+NAO+S%02EPRES%02E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ydy8cmx>. Acesso em: 10 abr. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. **Tema 709**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 10 out. 2020.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 22. ed. São Paulo: Forense, 2019.

FOLMANN, Melissa. Aposentadoria por idade na EC 103/2019: requisitos para concessão? **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, v. 210/2020, p. 235-248, mar. 2020.

FREUDENTHAL, Sergio Pardal. Inventaram idade mínima para Aposentadoria Especial. **Revista A Tribuna**, 16 dez. 2019. Disponível em: <https://www.atribuna.com.br/opiniaodireitoprevidenciario/inventaram-idade-m%C3%ADnima-para-aposentadoria-especial-1.78227#:~:text=Praticamente%20a%20mesma%20coisa%20acontece,exposi%C3%A7%C3%A3o%20m%C3%ADnima%20de%2025%20anos>. Acesso em: 09 jun. 2020.

LADENTHIN, Adriane Bramante de C. **Reflexões sobre a aposentadoria especial na ec 103/2019**. Revista dos Tribunais Online, v. 210/2020, p. 19-36, mar. 2020.

CASTRO, Carlos Alberto P. de; LAZZARI, João B. **Manual de Direito Previdenciário**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. **Manual de Direito Previdenciário**. 5. ed. Saraiva, 2018.

NEME, Oswaldo. Aposentadoria - Conceito, Espécies e Condições. **Revista dos Tribunais Online**, v. 2, p. 37-44, abr/jun. 1976.

PEDROSO, Rosana Aparecida. A dignidade da pessoa humana frente à concessão da aposentadoria especial. **Revista Âmbito Jurídico**, São Paulo, 01 out. 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/a-dignidade-da-pessoa-humana-frente-a-concessao-da-aposentadoria-especial/>. Acesso em: 09 jun. 2020.

PORTELLA JÚNIOR, Jorge Luiz. O princípio da dignidade humana no direito previdenciário. **Revista Âmbito Jurídico**, São Paulo, 01 fev. 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/o-principio-da-dignidade-humana-no-direito-previdenciario/>. Acesso em: 20 set. 2020.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SILVEIRA, Rogerio Henrique Alves. **A Aposentadoria Especial e a Fixação da Idade Mínima: Análise Dos Aspectos Constitucionais**. Revista Âmbito Jurídico, São Paulo, 02 out. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/a-aposentadoria-especial-e-a-fixacao-da-idade-minima-analise-dos-aspectos-constitucionais/>. Acesso em: 09 dez. 2020.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de direito da seguridade social**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VAZ, Floriano Corrêa. A Previdência Social - (Introdução ao Estudo da Aposentadoria). **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, v. 5, p. 137-148, set. 2012.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



**[www.editorafi.org](http://www.editorafi.org)**  
**[contato@editorafi.org](mailto:contato@editorafi.org)**