



# Temas Contemporâneos do Direito 2018

Campus de Sarandi/RS

Marcio Renan Hamel (Org.)



A tarefa da construção do conhecimento científico é árdua e longa, considerando-se que em muitas ocasiões se pode facilmente ser vencido pela exaustão e pelo desânimo, em meio às atividades de pesquisa e organização do pensamento. O ensino jurídico no Brasil sofre profundas mudanças, levando-se em conta a imensa desigualdade e exclusão social experimentada pela maioria da sociedade brasileira, momento em que aumenta consideravelmente a função e a importância de um ensino humanístico na Ciência do Direito. Por outro lado, a pesquisa jurídica ainda se encontra aquém das investigações realizadas em várias outras áreas do conhecimento, sendo que também não ocupa lugar de destaque no fomento dos órgãos do país, ainda que o curso de Direito seja um dos mais procurados entre as universidades brasileiras. Há que se considerar, ainda, que aliado à pergunta sobre como pesquisar, também reside a dúvida sobre como apresentar os resultados obtidos. Desta forma, reveste-se de suma importância a criação de um espaço científico comprometido com a pesquisa jurídica desenvolvida pelo corpo docente e discente desta Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF, a partir de onde se origina o presente anuário/2018 da Faculdade de Direito. Com esta publicação inicia-se um novo tempo na sexagenária Faculdade de Direito da UPF, oportunizando-se aos professores e alunos a apresentação dos resultados de suas pesquisas científicas e trabalhos de conclusão de curso. O fortalecimento da pesquisa jurídica passa, sem dúvidas, pela viabilização dos seus resultados, porquanto, não há ciência longe do foro público da razão.



**Temas  
Contemporâneos  
do Direito 2018**



# Temas Contemporâneos do Direito 2018

Campus de Sarandi/RS

**Organizador:**  
Marcio Renan Hamel



**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)



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

---

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

HAMEL, Marcio Renan (Org.)

Temas contemporâneos do Direito 2018: Campus de Sarandi/RS [recurso eletrônico] / Marcio Renan Hamel (Org.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

283 p.

ISBN - 978-85-5696-546-2

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

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

---

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

# Sumário

<b>Apresentação</b> .....	<b>9</b>
Marcio Renan Hamel	
<b>1</b> .....	<b>11</b>
<b>A aplicação indistinta do Princípio da Proteção na relação com as microempresas e empresas de pequeno porte</b>	
Adavilso Sartori	
<b>2</b> .....	<b>37</b>
<b>A dependência presumida e a cumulação de benefícios previdenciários</b>	
Diana Paula Agatti Lasta; Edimara Sachet Risso	
<b>3</b> .....	<b>65</b>
<b>A Evolução Histórica nos Institutos de Direito de Família: um Estudo sobre Direitos Fundamentais e seus Reflexos quanto a Homoafetividade e Filiação Socioafetiva</b>	
Luís Felipe Conterato da Silva; Bruna Marques Salamí	
<b>4</b> .....	<b>87</b>
<b>A justiça restaurativa e sua contribuição na solução de conflitos envolvendo idosos</b>	
Glaciane Menin; Mariana da Silva; Silvane Cambuzzi	
<b>5</b> .....	<b>111</b>
<b>A mediação no conflito familiar</b>	
Glaciane Menin; Mariana da Silva; Silvane Camile Cambuzzi	
<b>6</b> .....	<b>133</b>
<b>Aposentadoria especial do servidor público: aplicabilidade da súmula vinculante nº 33 do STF</b>	
Laercio Lamonatto	

7 .....	161
<b>A quantificação do dano moral nas questões de afeto</b>	
Priscila Dedordi	
8 .....	189
<b>A vulnerabilidade das apenadas gestantes: da importância de políticas públicas de gênero</b>	
Ariane Furini; Bárbara Rech Modesti; Silvio Araão Rizzi	
9 .....	209
<b>Guarda compartilhada: esclarecimento jurídico quanto ao procedimento</b>	
Natally Bibiana Oliveira De Quadros	
10 .....	237
<b>Negócio jurídico: dos planos aos defeitos</b>	
Édio Frighetto	
11 .....	259
<b>O perfil genético como meio de prova no processo penal brasileiro - uma breve análise da constitucionalidade da lei nº 12.654/2012</b>	
Ariane Furini; Bárbara Rech Modesti; Silvio Araão Rizzi	



# Apresentação

*Marcio Renan Hamel<sup>1</sup>*

A tarefa da construção do conhecimento científico é árdua e longa, considerando-se que em muitas ocasiões se pode facilmente ser vencido pela exaustão e pelo desânimo, em meio às atividades de pesquisa e organização do pensamento. O ensino jurídico no Brasil sofre profundas mudanças, levando-se em consideração a imensa desigualdade e exclusão social experimentada pela maioria da sociedade brasileira, momento em que aumenta consideravelmente a função e a importância de um ensino humanístico na Ciência do Direito.

Por outro lado, a pesquisa jurídica ainda se encontra aquém das investigações realizadas em várias outras áreas do conhecimento, sendo que também não ocupa lugar de destaque no fomento dos órgãos do país, ainda que o curso de Direito seja um dos mais procurados entre as universidades brasileiras. Há que se considerar, ainda, que aliado à pergunta sobre como pesquisar, também reside a dúvida sobre como apresentar os resultados obtidos.

Desta forma, reveste-se de suma importância a criação de um espaço científico comprometido com a pesquisa jurídica desenvolvida pelo corpo docente e discente desta Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF, a partir de onde se origina o presente ANUÁRIO 2018 da Faculdade de Direito. Com esta publicação inicia-se um novo tempo no Curso de Direito do Campus de Sarandi, oportunizando-se aos professores e alunos a

---

<sup>1</sup> Coordenador de Pesquisa FD – UPF

apresentação dos resultados de suas pesquisas científicas e trabalhos de conclusão de curso. O fortalecimento da pesquisa jurídica passa, sem dúvidas, pela viabilização dos seus resultados, porquanto, não há ciência longe do foro público da razão.

# A aplicação indistinta do Princípio da Proteção na relação com as microempresas e empresas de pequeno porte

*Adavilso Sartori<sup>1</sup>*

## Introdução

O Direito do Trabalho, desde sua concepção como reação aos abusos historicamente cometidos nas relações desiguais entre patrões e empregados, catalisado pela Revolução Industrial, e ainda na forma como está hoje, tem por fundamento a necessidade de proteção do trabalhador. A própria existência de um ramo específico do direito, voltado às relações trabalhistas, baseia-se na disparidade, principalmente econômica, das partes envolvidas.

As relações trabalhistas sempre foram percebidas dentro da dicotomia trabalho *versus* capital, onde a empresa é detentora dos bens de produção e do poderio econômico, e o trabalhador vende sua força de trabalho, sujeitando-se às condições impostas pela força do capital. De forma geral essa relação não se alterou, e o direito do trabalho atua restringindo o poder do empregador, e garantindo, por força de lei, direitos mínimos aos trabalhadores, que de outra forma, não teriam condições de exigir.

No entanto, por mais que, como já mencionado a dicotomia se mantém de forma geral, um novo elemento surge com o passar

---

<sup>1</sup> 153126@upf.br

dos anos e as novas forma de organização econômica. Trata-se da microempresa e a empresa de pequeno porte, cujo tratamento diferenciado tem inclusive previsão constitucional.

Essa nova forma de empreendimento configura-se exatamente pelo baixo poder econômico, pelo capital reduzido, e pelo pequeno número de empregados, distanciando-se assim de forma quase diametral das forças opressoras do capital das grandes empresas que provocou o surgimento das normas trabalhistas. Ademais, ao considerarmos a importância econômica e social das micro e pequenas empresas, percebemos que elas representam a grande maioria das entidades empresárias no país, sendo grandes geradoras de empregos e riquezas.

Considerando o contexto até aqui delineado, faz-se mister que se verifique até que ponto o direito trabalhista, como agente reparador da desigualdade entre empregador e empregado, desempenha satisfatoriamente sua função quando no polo passivo figura uma micro ou pequena empresa. Ainda, é preciso refletir sobre a aplicação de forma indistinta do princípio da proteção, pedra angular do direito do trabalho e que se fundamenta exatamente no desequilíbrio de forças entre as partes na relação trabalhista, lembrando que, pelo reduzido poder econômico da micro e pequena empresa, talvez esse desequilíbrio acabe por se relativizar. Com esses questionamentos em tela é que se desenvolve o presente estudo.

## **1. O princípio da proteção e sua aplicação no processo do trabalho**

Com a finalidade de atender pressuposto lógico de organização, o presente estudo inicia apresentando matéria referente aos princípios trabalhistas, em especial o princípio da proteção, e a aplicação axiológica no processo do trabalho.

Os princípios jurídicos são a fundação onde se ergue o direito, orientando seu nascimento, interpretação, integração e

exercício. No entanto, não são apenas fundamentos, mas também ápice do sistema, comandando tanto a criação, quanto a aplicação do direito. “Portanto, entende-se que os princípios têm força normativa e, por conseguinte, são obrigatórios” (VECCHI, 2014, p. 290).

Valores que uma sociedade compartilha, buscando a aproximação da ética com o direito, são materializados e integrados nos Princípios Jurídicos, que se traduzem na aproximação do direito com a prática. De forma diversa do que leciona a maioria da doutrina, os princípios não abrem espaço para uma interpretação com diversas respostas, mas permitem sim, a resposta correta para o caso concreto (VECCHI, 2014, p.292).

De forma geral, aos princípios jurídicos são atribuídas três funções: a informadora, onde aparecem como fundamento formador do direito; a integradora, preenchendo as lacunas da lei; e a interpretativa, orientando o juiz e o interprete ao melhor entendimento da norma jurídica. (VECCHI, 2014, p. 293)

Da mesma forma que nos demais ramos no direito, os princípios permeiam o direito do trabalho. Delgado (2017, p. 213) seleciona um grupo de princípios – entre eles o da proteção – que formam o “núcleo justralhista basilar por, a um só tempo, não apenas incorporarem a essência da função teleológica do Direito do Trabalho, como por possuírem abrangência ampliada e generalizante”. E defende que a não observância desse elenco de princípios, tidos como “núcleo basilar”, ou mesmo a descaracterização de suas diretrizes, compromete a própria noção de direito do trabalho.

Vecchi (2014, p.348) reconhece a existência de princípios jurídicos de aplicação específica no direito do trabalho, direito esse que surge do reconhecimento da desigualdade socioeconômica entre empregados e empregadores. Nesse sentido, “razão de ser do direito do trabalho”, o princípio da proteção tem a finalidade de criar a igualdade substancial, em uma relação onde, a igualdade meramente formal, só pode resultar em injustiças ao forçar um

dos contratantes a sujeitar-se às condições contratuais prejudiciais, devido à desigualdade de fato entre as partes. “Aliás, o princípio da proteção é a materialização, a projeção, a concretização no campo do trabalho, do princípio da dignidade humana”, e sua condição de princípio constitucional, apesar de apenas implícito na nossa carta magna, é inegável considerando a previsão de uma gama de direitos fundamentais dos trabalhadores no bojo da Constituição Federal de 1988. A flexibilização do princípio protecionista, historicamente tem resultado em precarização das relações de trabalho.

O princípio da proteção informa que o direito do trabalho forma “uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro – visando retificar (ou atenuar) no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho” e, por influenciar os demais princípios no direito laboral, tem como finalidade reduzir, juridicamente, uma diferença de fato, econômica e social, que tem poder e influência na relação trabalhista (DELGADO, 2017, p. 213-214).

A doutrina de forma geral apresenta o princípio da proteção, não apenas no direito material do trabalho, mas também no direito processual, com aplicação diversa, mas mesmo objetivo. No que tange à sua importância ao processo do trabalho, Martins (2018, p. 90), é categórico: “O verdadeiro princípio do processo do trabalho é o da proteção”. E explica, da mesma forma que no direito material, no processo as regras devem ser interpretadas de forma mais favorável ao trabalhador, porém deve ser analisado sob o aspecto instrumental. O autor justifica-se afirmando que ao empregador é sempre mais fácil conseguir os meios de prova, inclusive escolhendo testemunhas entre seus subordinados, além do que, tem condições de suportar economicamente a demora do trâmite processual. Já para o empregado resta a dificuldade, em especial de obter prova, pois conta com testemunhos de colegas do trabalho, e tem que suportar o risco do não comparecimento dos

mesmos por temerem represálias do empregador. De forma que a prova é muito mais fácil ao empregador.

Como exemplos de aplicação do princípio protecionista no processo do trabalho, o doutrinador cita: a gratuidade do processo para o trabalhador, a possibilidade de inversão do ônus da prova ou o aceite de presunções que só favoreçam o empregado, o impulso processual de ofício pelo juiz na execução quando as partes não tiverem advogado, o arquivamento do processo quando do não comparecimento do empregado permitindo que ingresse novamente com a ação, a propositura da ação no último local onde o empregado trabalhou ou trabalha de forma a facilitar provas e reduzir custos e, a exigência de depósito recursal para o empregador, e não para o empregado (MARTINS, 2018, p. 90-91).

Não é possível, dessa forma, que se atribuía à instituição Justiça do Trabalho, ou ao Juiz do Trabalho, o rótulo de paternalista ao sempre proteger o trabalhador. “Protecionista é o sistema adotado pela lei”. Isso não significa que haja parcialidade por parte do juiz em favor do empregado, mas significa sim que o sistema do direito do trabalho tem por finalidade intrínseca a proteção do trabalhador (MARTINS, 2018, p. 91).

Na mesma linha do já exposto, Schiavi (2007, p.187), afirma que os princípios do direito processual trabalhista não são os mesmo do direito material. Os princípios de “isonomia e imparcialidade, aplicáveis ao processo do trabalho impedem que o Direito Processual do Trabalho tenha a mesma intensidade de proteção do trabalhador própria do Direito Material do Trabalho”.

Não obstante essa aparente limitação do princípio da proteção pela ponderação com os princípios processuais, não se pode negar que o direito processual trabalhista tenha um caráter protecionista, que para alguns, é representado pelos princípios peculiares do processo do trabalho, enquanto que para outros, se desvenda pelas características do procedimento trabalhista, que visam garantir ao trabalhador o efetivo acesso à justiça, proporcionando uma ordem jurídica justa. (SCHIAVI, 2007, p.187).

O protecionismo, ao ser aplicado como um dos princípios peculiares do direito processual do trabalho, não deve ser compreendido como o mesmo princípio do direito material, mas deve ser visto na forma de uma “intensidade protetiva do trabalhador a fim de lhe assegurar algumas prerrogativas processuais para compensar eventuais entraves que enfrenta ao procurar a justiça do trabalho” (SCHIAVI, 2007, p.187-188). A justificativa desse entrave seria a hipossuficiência do trabalhador, e muitas vezes a dificuldade de provar suas alegações, uma vez que, via de regra, os documentos ficam em posse do empregador.

Tanto no direito material quanto no processual, a doutrina trabalhista é pródiga em autores que explicam a proteção do trabalhador, como sendo o mote determinante do direito do trabalho. No entanto, não discordando de seus pares, alguns escritores tecem críticas ao que consideram uma aplicação indistinta do princípio da proteção.

Dando voz à tais censuras, Nascimento (2014, p. 466-467), entende que, apesar do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho atribuir aos princípios a função de preencher as lacunas da lei trabalhista, o estudo dedicado aos princípios deve ser desenvolvido com muito cuidado, bastando para justificar essa cautela, o fato de não haver unanimidade conceitual entre os doutrinados ao que diz respeito às funções dos princípios no ordenamento jurídico, bem como por haver posições diferentes quanto à suas fontes.

Não esquecendo que o direito tem origem na tensão entre fatos, valores e normas, que atuam numa dinâmica em constante mutação, Nascimento (2014, p. 489), reforça a necessidade de se considerar as mudanças nos meios de produção e nas relações de trabalho, e afirma que “o princípio protetor, razão de ser do direito do trabalho, *está diante de um fenômeno socioeconômico* com reflexos jurídicos” (grifo do autor). Outrossim, entende ser crescente a percepção de que o direito do trabalho não é mais unilateralista no sentido de defender assumida e unicamente o



trabalhador como direito de uma classe, como foi no seu surgimento. Justifica essa visão por entender que as normas trabalhistas também sempre tiveram a preocupação de observar os interesses do empregador como forma de assegurar o equilíbrio do sistema, e que por conta disso, há uma pressão não “desestabilizadora, mas rerregulamentadora” no princípio da proteção, aproximando a ideia de vínculo de emprego como “uma relação *pessoal-organizacional*” (grifo do autor).

Ainda, Nascimento (2014, p.150) afirma que, se compreendido como princípio de elaboração do direito processual, então o protecionismo é viável já que de fato existem “normas, na estrutura do processo trabalhista, que visam compensar a inferioridade econômica do trabalhador, que acaba por se refletir na sua condição de parte no processo”. Nesse sentido, cita como exemplos dessas normas: a penalidade de arquivamento do processo ao trabalhador que não compareça à audiência, enquanto que para o empregador a penalidade é a condenação à revelia; e o ônus da prova mais acentuado ao empregador.

Ressalta-se que os aspectos acima expostos são suficientes para demonstrar que a aplicação do princípio da proteção no direito processual trabalhista dá-se de forma estrutural e, reforçando a importância de não confundir o direito material com o direito processual no ramo trabalhista, Nascimento (2014, p.150) esclarece ponto importante: o aspecto protetivo do trabalhador no direito processual do trabalho não chega ao ponto de causar desequilíbrio que seja “capaz de afetar o princípio da igualdade das partes, básico no processo”.

O autor confirma a relevância do princípio da proteção no direito material do trabalho, asseverando que para este ramo do direito cabe basicamente a tutela do trabalhador, aplicando o princípio com o fim de reduzir a inferioridade em que se encontra, pela sua dependência em relação ao empregador, e para “evitar o desnivelamento entre os dois sujeitos do contrato de trabalho” (NASCIMENTO, 2014, p.151). Sobre o processo do trabalho

esclarece que, novamente considerando a disparidade econômica entre empregado e empregador, pode e deve haver leis que atenuem essa desigualdade, que se reflete em desigualdade processual, e cita institutos como distribuição do ônus da prova, desoneração de pagamento de custas, e acesso à justiça.

Por fim, aponta o doutrinador que é forçoso que se cuide de evitar uma desproporcionalidade excessiva à título de promover a igualdade processual, pois tal não se compatibiliza com os fins do processo, e “encontra resistência em princípios processuais que rigorosamente devem ser assegurados igualmente a ambas as partes e do mesmo modo” (NASCIMENTO, 2014, p.151).

Não é possível abster-se aqui de tratar do tema da reforma trabalhista ocorrida no país em 2017, personificada na lei 13.367/2017, e sua relação com o princípio da proteção. Nesse sentido, para Carelli (2017, p. 319) o que ocorreu não foi nem mesmo uma “reforma trabalhista”, uma vez que não houve uma “construção científica rigorosa” no sentido de criar novo modelo jurídico. As mudanças atingiram a esmo e desordenadamente, vários pontos da legislação, de forma que o que houve foi um ato de vandalismo, traduzido por ataques “casuísticos a alicerces do edifício do direito do trabalho”, transformando a legislação em um “prédio cheio de buracos”, que deve ser agora reconstruído. Toda essa situação, na percepção do autor, coloca em risco a existência do princípio da proteção.

Nesse sentido, Carelli (2017, p. 322-323), mostrando a importância do princípio da proteção no direito do trabalho, explica que não é possível garantir a dignidade da pessoa sem uma racionalidade própria aplicada à relação trabalhista, uma vez que o direito cível é inapto para lidar com as peculiaridades desse ramo do direito. “O direito do trabalhodigno desse nome é o ramo do direito composto de regras, princípios, institutos e instituição que realiza a proteção do trabalhador nas relações de trabalho”. E conclui que, neste momento, não cabe discussão quanto à ser favorável ou não à reforma trabalhista, uma vez que a mesma já

ocorreu. O que importa agora é manter fidelidade ao direito do trabalho, e conforme já demonstrado, não há que se falar nele sem o princípio da proteção.

E continua o autor, afirmando: “se o legislador tentou destruir a coerência e a integridade do sistema, cabe ao intérprete a sua restituição”. Conclui lembrando que juízes e interpretes historicamente desfazem o que chamou de “delírio autoritário”, e reforça sua esperança de que novamente isso irá ocorrer em relação aos princípios colocados em perigo em função da reforma trabalhista (CARELLI, 2017, p. 324).

Tendo tratado aqui de forma sucinta sobre o tema, buscou-se apresentar entendimentos doutrinários variados sobre o tema, tanto no que tange ao direito material do trabalho, quanto no direito processual, mantendo, evidentemente, o foco no princípio da proteção, base do direito laboral, e tema do presente estudo. Passa-se agora a tratar das microempresas e empresas de pequeno porte, que vem a ser o segundo elemento da pesquisa que ora se desenvolve.

## **2. A Microempresa e a empresa de pequeno porte**

Nesse ponto se pretende fazer uma apresentação do ente jurídico que é tema do presente estudo: a microempresa e empresa de pequeno porte. Buscar-se-á demonstrar aqui a sua significância econômica e social, bem como apresentar o ordenamento jurídico, constitucional e infraconstitucional, atinente a esse modelo de empreendimento.

Demonstrando a relevância da micro e pequena empresa, o SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas empresas disponibiliza em seu site, a publicação Perfil da Microempresas e Empresas de Pequeno Porte 2018, que apresenta dados de 2015. Nesse ano, havia no Brasil 3.908.315 microempresas e 1.023.046 empresas de pequeno porte, sendo

que, para 2017 estima-se que os números somados ultrapassem 5,2 milhões.

Essas mais de cinco milhões de empresas têm sua importância ressaltada na publicação do SEBRAE, que traz alguns dados sobre o tema, e informa que as micro e pequenas empresas atualmente representam 98,5 % do total de empresas privadas, respondendo por 27% do PIB nacional. Há outro dado importante apresentado pelo estudo, e que justifica a discussão do tema no âmbito do direito do trabalho: as microempresas e empresas de pequeno porte são responsáveis por 54% do total de empregos formais existentes no Brasil, isso representa mais trabalhadores com carteira assinada do que nas grandes e médias empresas brasileiras. (Fonte: Perfil da Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, 2018, p. 4)

Sobre o aspecto financeiro, a publicação também revela que 50% dessas empresas tem faturamento bruto mensal superior a seis salários mínimos, sendo que o faturamento médio observado é de R\$8.507,00 mensais.

Concernente ao espectro jurídico que envolve as micro e pequenas empresas, é importante lembrar que tal modalidade de empreendimento goza de proteção constitucional. Leciona nossa Carta Maior, quando trata dos princípios gerais da ordem econômica e financeira em seu Título VII, Capítulo I:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

[...]

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando

a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

O inciso IX do artigo 170 da Constituição Federal de 1988, combinado ao seu artigo 179, cria o princípio do tratamento diferenciado para a microempresa e empresa de pequeno porte, que teleologicamente surge para dar mais equilíbrio na ordem econômica e permitir a concorrência e o mercado mais livre através da proteção das empresas economicamente menos fortalecidas. Em suma, esse princípio visa promover uma “tutela adequada à liberdade econômica” (TAVARES, 2014, p. 212).

Constatada a importância das micro e pequenas empresas, o que justifica sua presença no texto constitucional e também justifica a existência de um princípio cuja finalidade é sua proteção, para que haja um melhor entendimento torna-se imprescindível a conceituação do que deva ser compreendido como microempresa e empresa de pequeno porte, até para que se delimite o universo tutelado constitucionalmente. A norma dispositiva do tratamento diferenciado do artigo 179 da CF/88 direciona forçosamente o legislador para que cumpra seu mister dentro da conceituação constitucional do termo, fora disso, sua ação seria inconstitucional (TAVARES, 2014, p. 213).

Citando o § 1º do artigo 47 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, que já estipulava um parâmetro econômico para a definição da microempresa, Tavares (2014, p.213), conclui que o aspecto mais lógico para definir quem deve receber a tutela constitucional do artigo 179 da CF/88, não poderia ser outro a não ser o tamanho da receita dessas empresas. Nesse sentido o autor entende que a própria Constituição define o critério econômico, mais especificamente a receita auferida, como balizador que define a microempresa e a empresa de pequeno porte, uma vez que é claro seu intento de proteger aqueles de menor capacidade econômica. Assim sendo, a expressão “assim

definidas em lei” do artigo 179 da nossa Carta Magna, deixa para o legislador infraconstitucional apenas a possibilidade de definir os patamares do rendimento auferido, uma vez que o critério renda é determinação constitucional. (TAVARES, 2014, p. 213).

Nesse diapasão, a lei complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006, em seu artigo 3º, I, regulamentando o artigo 179 da CF/88, determina o enquadramento da microempresa:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais)

Definida as limitações conceituais para estabelecer a tutela do princípio do tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte, cabe ainda salientar que o mesmo não pode ser visto isolado na ordem constitucional. Tavares (2014, p. 215) associa-o ao princípio do desenvolvimento nacional, um dos objetivos fundamentais da nação elencado no inciso II do artigo 3ª da Constituição Federal, concluindo que a proteção permite que “esse determinado segmento de empresas se desenvolva, gerando empregos e riquezas para a Nação”. Ainda, o autor cita o princípio da livre-iniciativa e concorrência, que seria sacrificado pelo desequilíbrio econômico; e indiretamente, a tutela ao consumidor, ao evitar a imposição de preços abusivos proporcionado pela dominação do mercado por grandes empresas.

A supracitada lei complementar nº 123/2006, mais do que definir a micro e pequena empresa, traz no seu bojo um tratamento diferenciado quanto às relações de trabalho envolvendo essa categoria, sintetizado em seu Capítulos VI- Da Simplificação das Relações de Trabalho. O capítulo, que se desenrola entre os artigos 50 e 54, apesar da concisão, trata da segurança e medicina do trabalho, das obrigações trabalhistas, e do acesso a justiça do trabalho.

Tratando sobre a referida lei, identificada como o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, Zangari Júnior (2007, p. 40) menciona o parágrafo 4º do artigo 3º, que elenca possibilidades de não incidência da lei, ou seja, situações onde, apesar de atendido o critério econômico, a empresa não pode se beneficiar do tratamento diferenciado. Entre essas situações o autor destaca o inciso II: “que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior”, por ter consonância com a previsão do artigo 170 da CF/88, que em seu artigo IX, acima mencionado, trata da proteção às micro e pequenas empresas “constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”. Quanto aos demais incisos do já referido parágrafo 4º, que tratam em suma da formação de capital e participação societária, o autor explica que o objetivo de legislador foi evitar a ocorrência de fraudes.

O artigo 50, o primeiro do capítulo que trata das relações de trabalho, inova ao trazer a previsão da formação de consórcios para serviços especializados em segurança e medicina do trabalho. Conforme artigo 162 da Consolidação das Leis do Trabalho, a depender de normas estabelecidas pelo Ministério do Trabalho, a manutenção de tais serviços é de caráter obrigatório. Nesse sentido, a possibilidade do artigo 50 permite ao pequeno empreendedor a redução de custos na contratação desses serviços, permitindo que invista no seu ambiente de trabalho, “sempre com o fim de preservar a saúde e segurança de seus empregados” (ZANGARI JÚNIOR, 2007, p. 42).

Seguindo a ordem dos dispositivos legais, o artigo 51 libera as micro e pequenas empresas de algumas obrigações burocráticas. A saber, ficam dispensadas de: afixação de Quadro de Trabalho em suas dependências; anotação das férias dos empregados nos respectivos livros ou fichas de registro; empregar e matricular seus aprendizes nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem; posse do livro intitulado “Inspeção do Trabalho”; e comunicar ao Ministério do Trabalho e Emprego a concessão de férias coletivas.

Sobre tais desonerações burocráticas, Zangari Júnior (2007, p. 42) concentra sua atenção no inciso III que dispensa da obrigação de contratar aprendizes e inscrevê-los em cursos técnicos. O autor afirma, que apesar de sofrer críticas, esse é um aspecto positivo, pois, se mantidas para as micro e pequenas empresas as mesmas burocracias e obrigações de grandes empreendimentos, as primeiras não teriam competitividade, e teriam reduzida sua capacidade de contratar e criar empregos formais.

E encerrando o capítulo VI da LC 123/06, a Seção III – Do Acesso à Justiça do Trabalho traz o artigo 54 que permite ao micro e pequeno empreendedor fazer-se representar, na justiça do trabalho, por terceiro conhecedor do fato reclamado, ainda que não tenha vínculo trabalhista ou societário com a empresa. O artigo fez-se necessário uma vez que o entendimento consolidado na súmula 377 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) exigia que o preposto fosse necessariamente empregado, apesar de não ser exigência do artigo 843 § 1º da Consolidação das Leis do Trabalho. A importância dessa permissão se justifica uma vez que, nessas situações, é comum que o empregador detenha pouco conhecimento legal e contábil, de forma que um terceiro que o assessor, à exemplo de um contador, estaria muito mais habilitado que o próprio empregador para responder questionamentos relacionados às demandas trabalhistas (ZANGARI JÚNIOR, 2007, p. 44).



Nesse ponto, cabe salientar que a súmula 377 do TST foi atualizada e teve sua redação alterada. Na redação original previa a exceção à sua aplicação nas reclamações ao empregador doméstico, na redação atual a exceção também abarca os micro e pequenos empresários. No entanto, nova alteração da regra ocorreu em 2017 com a lei 13.467, a reforma trabalhista, que incluiu no artigo 843 da Consolidação das Leis do Trabalho o parágrafo 3º com a seguinte redação: “o preposto a que se refere o § 1º deste artigo não precisa ser empregado da parte reclamada”. Dessa forma, a prerrogativa outrora concedida às micro e pequenas empresas se estendeu à todas as demais empresas, deixando de ser por conta disso um tratamento diferenciado.

Concluindo, Zangari Júnior (2007, p. 46) lembra que o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte atendeu anseios de setores da sociedade diretamente envolvidos, associações de classes e setores do governo, que ansiavam por uma legislação que visasse facilitar a constituição e funcionamento dessa forma de empreendimento, de forma a garantir “seu fortalecimento na participação no processo de desenvolvimento econômico e social”. No entanto, o autor faz sua crítica ao afirmar que, apesar das inovações, a lei somente dispensou as micro e pequenas empresas de obrigações acessórias, de forma que elas continuam a ser tratadas nos mesmos moldes de médias e grandes empresas, o que “as impede de ofertar um número maior de postos de trabalho formais”. Ademais, Almeida (2000, p. 1251 apud ZANGARI JÚNIOR, 2007, p. 46) afirma que a efetivação dos preceitos constitucionais dos artigos 170 e 179 da CF/88, visando a empregabilidade, dependem ainda de legislação trabalhista infraconstitucional que estabeleça novas regras para regular as relações de emprego.

Fica concluída assim essa breve apresentação da microempresa e empresa de pequeno porte. Foram retratadas suas características, e também sua importância econômica e social como geradora de riquezas e empregos. Houve também o esforço de

trazer a legislação atinente, e a principiologia constitucional que suscitam a proteção das micro e pequenas empresas. A seguir, o tema que se desvenda, é a tentativa de delinear o espaço dos micro e pequenos empreendimento no direito do trabalho.

### **3. A Microempresa e a empresa de pequeno porte no direito do trabalho**

Tendo sido apresentadas as considerações sobre o princípio da proteção e sua aplicação ao processo de trabalho, e também sobre a micro e pequena empresa, sua importância e o arcabouço jurídico que a consolida, passa-se agora a tratar da situação da micro e pequena empresa no direito do trabalho.

De início é preciso esclarecer que a interpretação da disposição constitucional do artigo 179 deve ser sistemática. O referido artigo, que propõe o princípio do tratamento diferenciado reduz sua aplicação às obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias das micro e pequenas empresas, não incluindo, como se vê, as obrigações trabalhistas. No entanto, no entendimento de Nascimento (2006, p. 734), a disposição do artigo 179 deve ser analisada juntamente com o artigo 170, que é mais genérico, e ainda de acordo com o princípio do pleno emprego e, nesse sentido, a diferenciação se torna necessária “numa perspectiva de igualdade formal e sob o aspecto trabalhista e econômico absolutamente necessária para a evolução do setor e a melhoria da condição social dos trabalhadores”. Com essa compreensão, o autor justifica o tratamento diferenciado da micro e pequena empresa no direito do trabalho.

Para Zangari Júnior (2007, p. 108) o direito do trabalho surge com base nos “paradigmas representados pela hipossuficiência do trabalhador, pela homogeneidade do mercado de trabalho, e pela grande unidade produtiva”. A fuga desse modelo representa a informalidade e precarização das condições de trabalho, e é nesse cenário que se destacam as micro e pequenas

empresas, com grandes taxas de informalidade e mortalidade, situação recrudescida pela parca legislação trabalhista específica para esse setor da economia. O autor conclui pela necessidade de ajuste no ordenamento jurídico, a fim de instituir novas regras que compatibilizem a melhoria das condições de trabalho com o “fomento ao emprego decente e o estímulo às micro e pequenas empresas”.

No mesmo sentido, aponta Martins (2017) que “a Lei Complementar n.º 123 de 2006 estabeleceu o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, atendendo, ainda que em parte, o comando constitucional de estímulo e proteção a esses tipos de empresas”. No entanto, ressalva que apesar da lei, e da disposição constitucional de incentivo às micro e pequenas empresas, isso nunca chegou ao direito juslaboral. E se justificava destacar que o choque entre os princípios do direito do trabalho e o princípio do estímulo às micro e pequenas empresas, impediu qualquer flexibilização no direito do trabalho que pudessem favorecê-las.

No entanto, no que se refere à reforma trabalhista concretizada pela lei 13.467/2017, a autora aponta dois pontos positivos nesse sentido. Um deles seria o parágrafo primeiro do novo artigo 47 da CLT:

Art. 47. O empregador que mantiver empregado não registrado nos termos do art. 41 desta Consolidação ficará sujeito a multa no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) por empregado não registrado, acrescido de igual valor em cada reincidência.

§ 1º Especificamente quanto à infração a que se refere o caput deste artigo, o valor final da multa aplicada será de R\$ 800,00 (oitocentos reais) por empregado não registrado, quando se tratar de microempresa ou empresa de pequeno porte.

Nessa redação, o artigo prevê a sanção para o empregador que manter empregado sem registro, que, segundo a autora, apesar de aumentar o valor da multa de forma geral, “reduz a

mesma multa quando aplicada à microempresas e empresas de pequeno porte para R\$ 800,00, ou seja, atualmente menos que o salário mínimo nacional” (MARTINS, 2017).

No entanto, nesse momento tramita na Câmara dos Deputados, projeto de lei sob número 8776/2017, de autoria do deputado Marco Maia do PT/RS, com o objetivo de revogar os parágrafos 1º e 2º do artigo 47 da CLT supracitado. Também inclui o parágrafo 3º, atribuindo multa de R\$1.500,00 para as demais infrações, não fazendo ressalva quanto ao porte da empresa.

O outro aspecto positivo apontado por Martins (2017) encontra-se no parágrafo nono do artigo 899 da Consolidação das Leis do Trabalho, no entanto é preciso acrescentar à discussão também o parágrafo 10 do mesmo artigo:

Art. 899 - Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora.

[...]

§ 9º O valor do depósito recursal será reduzido pela metade para entidades sem fins lucrativos, empregadores domésticos, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 10. São isentos do depósito recursal os beneficiários da justiça gratuita, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial.

A redação com a qual passou a vigor o artigo 899 da CLT após as modificações trazidas pela lei 13.467/2007, inova trazendo a redução, pela metade, do valor de depósito para recurso em processo trabalhista quando for parte uma microempresa ou empresa de pequeno porte, dentre outras formas empresariais. A autora reforça que a nova redação é mais condizente com o princípio constitucional de estímulo às micro e pequenas empresas (MARTINS, 2017).

Ainda sobre as alterações provocadas pela já mencionada reforma trabalhista, destaca-se a inclusão do § 10 ao supracitado

artigo 899 da CLT, que garante isenção do depósito recursal aos beneficiários da justiça gratuita. Tratando sobre o depósito recursal, Martins (2018, p.584-585) explica que ele é necessário para permitir ao empregador recorrer. Não se trata de taxa judiciária, mas forma de garantia de execução e limitador de recursos protelatórios. Ele obriga somente o empregador, pois em tese o empregado não teria condições econômicas para isso. Está regulado pelos parágrafos do artigo 899 da Consolidação das Leis do Trabalho, e se não efetuado, integralmente, a cada novo recurso, aplica-se a pena de deserção.

Considerando as dificuldades financeiras enfrentadas pelas empresas, é comum que muitas oportunidades o empregador passa a ser o sujeito hipossuficiente. Por conta disso, a inclusão do parágrafo 10 ao artigo 899 da CLT vem permitir de forma adequada o processamento de recursos de empresas que comprovarem incapacidade financeira. Ademais, a alteração atende aos preceitos da garantia estatual de assistência jurídica gratuita, inserido no inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal. Dessa forma, “a inclusão do § 10 no art. 899 da CLT garantiu a observância do preceito constitucional de acesso à justiça e do duplo grau de jurisdição” (TAVARES e MORAIS, 2018, p. 109).

Acautelando-se, Tavares e Moraes (2018, p. 109) observam que, ao considerar o verdadeiro sentido de depósito recursal, cuja criação é fundada na desigualdade da relação, a sua isenção deve ser medida excepcional, e concedida apenas a empregadores que efetivamente comprovarem sua insuficiência de recursos.

Uma vez abordada a possibilidade de concessão do benefício da gratuidade da justiça à pessoa jurídica, é importante que se façam algumas observações sobre o assunto, abordando inclusive, as disposições de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, em seu artigo 98 abaixo transcrito:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas

processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

O caput do artigo 98 do CPC, menciona como sujeito do direito a pessoa jurídica. Nery Júnior e Nery (2016, p. 517) afirmam que anteriormente havia controvérsia sobre o tema, uma vez que, apesar da lei de assistência judiciária aos necessitados (Lei 1060/50) não fazer distinção entre pessoa física e jurídica, havia quem entendesse que a pessoa jurídica jamais seria miserável. No entanto o CPC/2015 adotou a primeira posição, e concedeu o benefício às pessoas jurídicas.

Manifestando-se sobre o tema, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), editou a súmula 463, que trata da comprovação da hipossuficiência para concessão da assistência judiciária gratuita, entendendo que, para a pessoa natural basta a declaração de hipossuficiência econômica, enquanto que, no item II da referida súmula lê-se: “No caso de pessoa jurídica, não basta a mera declaração: é necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo”.

Ainda sobre o tema, com o advento da reforma trabalhista através da lei 13.467/2017, foram alteradas as disposições da CLT concernentes ao acesso à justiça gratuita, passando a vigorar com a seguinte redação:

Art. 790. Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho.

[...]

§ 30 É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

§ 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

Por essa nova redação é possível inferir que a concessão do benefício da justiça gratuita utiliza duas regras de julgamento. A primeira do §3º, para os que percebem salário igual ou inferior a 40% do teto dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social, situação em que existe uma presunção legal de necessidade, dispensada assim qualquer outra comprovação. A segunda regra encontra-se no §4º, estendendo o benefício para qualquer pessoa, física ou jurídica, que comprove a incapacidade de arcar com as custas do processo, independentemente de valor de salário, ou receita obtida no caso da pessoa jurídica (CUNHA, 2017). O autor ainda observa que a concessão do benefício pode ser feita *ex-officio* pelo magistrado.

Com tais observações, fica concluso o atual estudo. Buscou-se demonstrar aqui as peculiaridades que a lei prevê para as microempresas e empresas de pequeno porte, no que trata da sua participação no polo demandado da justiça do trabalho. O esforço envolveu a apresentação da legislação atual, cotejada com súmulas, e com outras disposições legais do ordenamento jurídico pátrio atinentes ao tema, e com reflexo no assunto aqui tratado.

## **Conclusão**

Sopesando o exposto até aqui, as concepções doutrinárias relativas aos princípios, a importância e as características das microempresas e empresas de pequeno porte, e o seu tratamento no direito do trabalho, foi possível concluir que a legislação trabalhista atual é negligente quanto à condição específica dessa forma de empreendimento.

O princípio da proteção, tanto no aspecto material quanto no processual, é tido como a base do ramo trabalhista, e fundamenta-

se exatamente no abismo que existe entre uma organização empresária dona do capital, e o trabalhador. No entanto, como demonstrado, a micro e pequena empresa nem sempre goza dessa mesma organização ou desse mesmo poder econômico, necessitando, por conta dessa peculiaridade, de um tratamento diferenciado, explícito na Constituição Federal.

No concernente ao ramo trabalhista, no entanto, não foi possível identificar uma diferenciação significativa de tratamento. Mesmo a lei específica, o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, no aspecto trabalhista, faz basicamente concessões burocráticas. Em relação a CLT, a diferenciação tem fulcro basicamente em dois dispositivos, ambos incluídos pela lei 13.467/17: o § 1º do artigo 47 e o §9º do artigo 899, lembrando que o primeiro é alvo de projeto de lei que visa revogá-lo. Em relação ao segundo, vale lembrar que a mesma CLT, no §4º do artigo 790 estendeu a possibilidade de concessão do benefício da gratuidade da justiça a todos que comprovarem a incapacidade de arcar com as custas, e nesse sentido, torna-se fácil prever que as micro e pequenas empresas são as que mais terão condições de demonstrar essa incapacidade, reduzindo o efeito positivo do §9º do artigo 899, que prevê a redução de 50% do depósito recursal.

O estudo sobre a doutrina laboral e seus princípios atinentes, permitem concluir queo direito do trabalho, tanto na sua concepção quanto atualmente, em especial na seara processual, tem a finalidade de criar igualdade entreas partes, ou ao menos reduzir a desigualdade. No entanto, lembrando o alardeado conceito de igualdade aristotélica, onde os iguais devem ser tratados de forma igual, e os desiguais de forma desigual na medida de suas desigualdades, cabe destaque à parte final: na medida de suas desigualdades. Uma vez que a legislação trata da mesma forma a micro e a grande empresa, se for considerado que um processo envolvendo uma microempresa é igualitário, não se poderá falar o mesmo quando figurar passivamente uma grande



corporação, e vice-versa. A desigualdade entre empregado e empregador tem medidas diferentes em cada uma das situações.

Por fim, e em suma, é possível concluir que a aplicação do princípio da proteção, pensado como gerador de igualdade, se realizada de forma indistinta ignorando a realidade de quem figura no polo passivo, pode na prática comprometer sua finalidade, e tornar o processo insuportavelmente oneroso para o micro e pequeno empresário. Ademais, a reforma trabalhista recentemente ocorrida, apesar da tentativa, mesmo que tímida, de estabelecer um tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas, foi incapaz de concretizá-lo nos ditames legais, de forma que hodiernamente, todo empregador, a despeito de seu tamanho e poder econômico, é tratado de forma simular no direito do trabalho.

## Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2016 – Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/LCP/Lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm)>

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 5452, de 1º de maio de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)>

\_\_\_\_\_. Lei nº 13467 de 13 de julho de 2017 – Reforma trabalhista – 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)>

\_\_\_\_\_. Lei nº 13105 de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil – disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei nº 8776/2017, Marco Maia – PT/RS – Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2154034>>.

\_\_\_\_\_.Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 377. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 463. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O princípio da proteção em xeque – Rev. TST, São Paulo, vol. 83, nº 4, out/dez 2017. Disponível em <<https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Revista%20odo%20TST%20v%2083%20n%204%202017/Pric%C3%ADpio%20da%20prote%C3%A7%C3%A3o%20em%20xeque,%20O.pdf>> Acessado em 12 de agosto de 2018.

CUNHA, Rogério de Vidal. A reforma trabalhista e o benefício da justiça gratuita: o que muda com a lei 13.467/17. Setembro/2017. Disponível em <<https://rogeriocunha.jusbrasil.com.br/artigos/503564320/a-reforma-trabalhista-e-o-beneficio-da-justica-gratuita>>. Acessado em 26 de agosto de 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho – 16. ed. rev. e ampl.. – São Pauo: LTr, 2017;

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Processual do trabalho – 40 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018;

MARTINS, Veridiana Tavares. Reforma Trabalhistas e as Micro e Pequenas Empresas. Junho/2017. Disponível em <<https://veridianatmartins.jusbrasil.com.br/artigos/469573016/reforma-trabalhista-e-as-micro-e-pequenas-empresas>>. Acessado em 12 de agosto de 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do Trabalho - História e Teoria, 29ª edição. Saraiva, 6/2014. [Minha Biblioteca];

\_\_\_\_\_.*Curso de direito processual do trabalho, 29ª edição*. Saraiva, 06/2014. [Minha Biblioteca].

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado. 16. ed. rev., atual. e ampl.. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

SCHIAVI, Mauro. Os princípios do direito processual do trabalho e a possibilidade de aplicação subsidiária do CPC quando há regra expressa da CLT em sentido contrário. Rev. TST, Brasília, vol. 73, nº1, jan/mar 2007. Disponível em <[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/2273/012\\_schiavi.pdf?sequence=1](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/2273/012_schiavi.pdf?sequence=1)>. Acessado em 11 de agosto de 2018.

SEBRAE - Perfil das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, Brasília, Abril/2018. Disponível em <<https://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/RO/Anexos/Perfil%20das%20ME%20e%20EPP%20-%2004%202018.pdf>>. Acessado em 12 de agosto de 2018.

TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico, 3ª edição. Método, 08/2011. [Minha Biblioteca].

TARTUCE, Fernanda; MORAIS, Michele Nogueira. Reforma Trabalhista sobre a sentença do Depósito Recursal a Beneficiários da Justiça Gratuita, Entidades Filantrópicas e Empresas em Recuperação Judicial. In Revista Magister de Direito do Trabalho/Ed. 83 - Mar/Abr 2018 - p. 98-110. Disponível em <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2018/06/Reforma-trab-isen%C3%A7%C3%A3o-deposito-recursal-fernanda-Tartuce-Michele-Morais.pdf>>. Acessado em 29 de agosto de 2018

VECCHI, Ipojucan Demétrius. Direito material do trabalho: noções introdutórias, relações de emprego e contrato de trabalho. – Vol. 1 – Curitiba: Juruá, 2014.

ZANGARI JÚNIOR, Jurandir. O direito do trabalho e as pequenas e micro empresas: uma proposta de tratamento jurídico diferenciado – São Paulo, 2007. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cpo41158.pdf>>. Acessado em 25 de agosto de 2018.



# A dependência presumida e a cumulação de benefícios previdenciários

*Diana Paula Agatti Lasta<sup>1</sup>*

*Edimara Sachet Risso<sup>2</sup>*

## Introdução

A Previdência Social passou por muitas transformações com o passar dos tempos, e atualmente, se cogita a possibilidade de nova reforma. A reforma da Previdência (PEC 287) objetivou uma reorganização do sistema. Haverá, com certeza, ganhadores e perdedores. O que sempre se busca com as mudanças é que elas tragam resultados positivos para a vida das pessoas, a partir de dados demográficos, todavia sem interferir no direito de outras.

A Previdência Social busca satisfazer as necessidades daquelas pessoas que precisam, de algum modo, amparo econômico. No entanto, é preciso pensar o que deve acontecer para que uma pessoa possa receber um único benefício pela Previdência Social.

A Previdência Social tem papel fundamental na vida da população, uma vez que, tem como finalidade assegurar aos seus beneficiários, mediante contribuição, e aos seus dependentes, meios indispensáveis de manutenção, devido a situações que o

---

<sup>1</sup> dianapaulalasta@hotmail.com

<sup>2</sup> edimara@upf.br

impossibilitem de conseguir sua própria renda, através do seu trabalho.

A Previdência Social ampara o contribuinte ou seu dependente que não consegue com seus próprios esforços conseguir sobreviver. Desse modo, abrange os casos de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente. É portanto o suporte econômico necessário para a sobrevivência daquele contribuinte ou do seu dependente.

Por isso, tal pesquisa tem como problemática a inadequação em acumular a pensão por morte com a aposentadoria, devido ao fato de um único benefício suprir essa lacuna e a situações que não comportem esse acúmulo. Esse tema revela-se importante neste momento histórico em que se questiona o papel da Previdência e a necessidade de reforma.

Desse modo, para as hipóteses desse trabalho, pode-se dizer que, embora haja a possibilidade de acumular a pensão por morte com a aposentadoria, o sistema Previdenciário não suportaria, por muito tempo, suprir essa necessidade. Isso porque, o benefício é para substituir a renda do segurado e, com isso, garantir o sustento do dependente.

A impossibilidade de acumulação vislumbra-se devido ao aumento significativo do número de pessoas inativas e a diminuição dos ativos, ou seja, com o passar dos anos, a tendência é diminuir o número de nascimentos e conseqüentemente o número de futuras contribuições, e aumentar o número de pessoas aptas a receber algum benefício. Percebe-se com isso, para um futuro não muito distante, uma desproporção na arrecadação e na distribuição dos benefícios.

## **1 Dependentes do segurado e o benefício de pensão por morte**

Aos dependentes do segurado da Previdência Social, é devido o benefício de pensão por morte, pois se trata de uma continuação

de pagamento em substituição à remuneração do segurado. Também, faz-se necessário dizer que, será sempre dividido o valor do benefício entre os dependentes da mesma classe de modo igualitário. Logo, o benefício que será pago aos dependentes é realizado após o falecimento do segurado, conforme se verá mais adiante.

O benefício da pensão por morte está previsto no artigo 201, inciso I da Constituição Federal, também, no artigo 74 a 79 da lei 8213/91, assim como, no artigo 105 a 115 do Decreto 3048/99.

Dependente é o indivíduo que, embora não esteja contribuindo diretamente para a Previdência, necessita de recursos para sobreviver, advindos do segurado. O segurado é quem mantém e sustenta o seu dependente.

São aqueles que mantêm vínculo de dependência jurídico e ou econômico com os segurados da previdência social. São beneficiários da previdência social na qualidade de dependentes as pessoas que dependem jurídica ou economicamente do segurado. O art. 16 da lei 8213/91 estabelece três classes de dependentes (HORVATH JÚNIOR, 2009, p. 66).

Assim, dependente é considerada toda pessoa que mantém vínculo previsto em lei com o segurado, necessitando de ajuda econômica deste. Logo, essa dependência econômica que necessita o dependente pode ser total ou parcial em relação ao segurado. É nesse sentido o que leciona Martinez ao tratar que os dependentes: “não contribuem diretamente para o custeio da previdência social. São assim designados por subordinarem-se economicamente ao segurado, de forma mútua, parcial ou total. [...] A dependência é nitidamente econômico-financeira e sem natureza moral” (2013, p. 383).

A dependência é claramente econômica em relação ao segurado, pois, na falta deste, não teria o dependente condição nenhuma de sobreviver. Caracteriza-se por ser aquela dependência de extrema necessidade, ou seja, suas necessidades sempre foram

atendidas pelo segurado, quem colaborava para a subsistência do dependente sempre foi o segurado.

Desse modo, os dependentes são exclusivamente aqueles indicados em lei que, por sua vez, vão usufruir de certos benefícios e serviços dispostos pela Previdência Social. Então, se houver entre o dependente e o segurado algum vínculo comprovado de dependência, terá esse direito a alguns serviços ou benefícios abrangidos pela Previdência.

Logo, se o dependente exerce atividade remunerada e mesmo assim é dependente subsidiário do segurado, este também fará jus ao benefício, uma vez que, mesmo que esse dependente já possua uma renda exclusiva dele, essa renda pode ser insuficiente para seu sustento, sendo então complementada pelo segurado. Desse modo, o dependente vai desfrutar do benefício ou serviço, haja vista que, além do critério de dependência econômica, também são levados em conta os vínculos familiares para a obtenção de tal benefício.

Na classe 1, encontram-se pessoas com vínculo de maior proximidade para com o segurado, definidos como cônjuge e descendentes. Na 2ª classe estão presentes os ascendentes, quais sejam, os pais. E, na 3ª classe, agrupam-se os colaterais, isto é, os irmãos.

São os dependentes do segurado da classe 1: o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos, ou inválido ou deficiente sem limite de idade.

Entende-se por cônjuges aqueles unidos pelo vínculo matrimonial. São aquelas pessoas que mantêm um vida conjunta pelo laço do matrimônio. São membros de uma vida conjugal, unidos maritalmente. Nessa linha é o que dispõe Martinez ao explicar que são cônjuges “o marido e a mulher, casados civilmente, vivendo juntos sob a constância do casamento” (2013, p. 384).



Pode acontecer de o cônjuge necessitar de alimentos após a separação judicial, porém é necessário que essa dependência econômica seja comprovada. Se com o tempo, o ex-cônjuge não mais necessitar da pensão alimentícia, este perderá a qualidade de dependente previdenciário. Então, é possível que após a separação judicial, um dos cônjuges, estando em condições de necessidades, venha precisar de auxílio do outro, para com alimentos, então, sendo ainda considerado como dependente, este terá direito aos alimentos, porém, no momento que sua necessidade se encerrar, este perderá os alimentos e conseqüentemente, sua condição de dependente. Nesse sentido, vêm decidindo os Tribunais, como no voto do Relator da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro a respeito do assunto:

A obrigação alimentar entre os cônjuges e/ou companheiros decorre do dever de mútua assistência, persistindo mesmo após a dissolução do casamento, desde que comprovada a carência de recursos por parte de um deles, conforme dispõe o artigo 1.566, III, e 1.694, do Código Civil. Assim, é preciso averiguar as *necessidades* da ex-cônjuge (TJRS, Apelação Cível Nº 70070821111, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 28/09/2016, acesso em 20 Out. 2016).

Ainda, se após o divórcio, o ex-cônjuge estiver recebendo o benefício e acontecer um novo casamento, este não perde o benefício, nem sua condição de dependente. É o que explica Gonçalves: “ocorrendo novo casamento a pensionista, ou o pensionista, per se, não perdem a condição de dependente, e, por conseguinte, do benefício” (2002, p.72). Assim sendo, se após o divórcio, advir um novo casamento, e era ao tempo deste, o dependente amparado pelo benefício, este não perderá o auxílio que estava recebendo e também não perderá a sua condição de dependente.

Nesse sentido, dispõe o artigo 16, parágrafo 4º, da lei de benefícios: “a dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada” (BRASIL, 1991). Por isso a dependência do cônjuge é presumida, ou seja, não é necessário que o cônjuge comprove a dependência econômica relativamente ao segurado. Logo, se este não precisa comprovar a sua dependência, presume-se ser um direito garantido, independentemente se comprovado ou não, terá direito aos benefícios ou serviços disponibilizados.

Concorre, em absoluta igualdade com o cônjuge, a companheira e o companheiro, o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos, ou inválido ou deficiente sem limite de idade. Explica Santos que “pode ser o filho natural ou o adotado, uma vez que a expressão de qualquer condição exclui qualquer discriminação” (2016, p. 124).

O benefício será estendido após completados 21 anos, no caso do filho ser inválido ou deficiente. Nesse sentido ensina Vianna: “os filhos são dependentes até 21 anos, ou sem limite de idade no caso de serem inválidos, ou possuírem deficiência intelectual ou mental que os tornem absoluta ou relativamente incapazes, assim declarados judicialmente” (2013, p. 436).

No que tange à dependência do filho, da mesma forma, não é necessário comprovar sua dependência em relação ao segurado, pois esta é prevista. Logo, o filho não emancipado menor de 21 anos faz jus aos benefícios e serviços sem que tenha que comprovar a sua dependência em relação ao segurado, pois a lei, já lhe garante este direito.

A invalidez do dependente de que trata a classe 1, deverá ser apurada mediante exame pericial, e também deverá ser declarado judicialmente, tanto para os absoluta, quanto os relativamente incapaz (MARTINS, 2016, p. 430).

Também, está evidenciado no parágrafo 2º, do artigo 16, da Lei de Benefícios (8213/91), que são equiparados aos filhos o enteado e o menor que está sob proteção do segurado. Quanto ao

enteado, este pode ser definido como o filho de uma relação anterior à presente, ou seja, ao filho advindo de uma relação antecedente. No tocante ao menor que está sob a proteção do segurado, tem-se esta definição, uma vez que, houve o falecimento dos pais biológicos e essa criança está sob os cuidados de outra pessoa. É esse o dispositivo legal: “o enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento” (BRASIL, 1991).

O parágrafo 1º, do artigo 16, da lei 8213/91 prevê que “A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes” (BRASIL, 1991). Isso caracteriza que, se houver dependentes de uma classe superior, os dependentes da classe seguinte não vão receber o benefício, também é possível perceber que, se houver mais de um dependente na mesma classe, os benefícios serão divididos proporcionalmente entre eles.

Portanto, é possível dizer que os dependentes da classe 1 fazem jus aos benefícios e serviços, mesmo tendo recursos próprios, não acometendo em nada a sua qualidade de dependente, porém é necessário que o seu sustento dependa exclusivamente do segurado. Também é relevante informar que, todos os dependentes da classe 1 não precisam comprovar a sua dependência econômica em relação ao segurado, por esta ser presumida.

Ainda, apresenta-se como requisito à concessão do benefício de pensão por morte a comprovação do vínculo e a dependência econômica, para assim, lhe ser assegurado o direito ao benefício.

Por tal motivo é que, após a perda daquele ente que contribuía, auxiliava ou colaborava para com aquele local, é de suma importância a substituição daquele valor, pelo benefício pago pela Previdência (DIAS; MACÊDO, 2012, p. 303).

Logo, o benefício de pensão por morte vem para substituir a prestação que determinada pessoa ajudava e contribuía para a subsistência dos dependentes. É um benefício para aquela pessoa que realmente necessitava daquela ajuda financeira, que, por circunstâncias alheias à sua vontade, não poderá mais, de nenhuma forma, auxiliar nas despesas daquele lar. A fonte legal do benefício da pensão por morte vem pautado nos artigos 74 a 79 da lei 8213/01.

A pensão por morte poderá ser concedida para os dependentes tanto no caso de morte real quanto de morte presumida do segurado. A morte real é aquela vitalícia, ou seja, é aquela morte que não resta dúvidas sobre o seu acontecimento, podendo ser esta comprovada com o atestado de óbito. Por sua vez, a morte presumida, elencada no artigo 78 da lei 8213/91 é aquela declarada pela autoridade judicial, através de uma sentença declaratória, após a ausência de pelo menos seis meses do segurado.

Pode-se dizer que a morte presumida é concedida provisoriamente, pelo fato da ausência ou do desaparecimento do segurado. Dessa forma, necessita o dependente provar o desaparecimento do segurado, através do boletim de ocorrência, ou um documento comprovando que o segurado estava no local do desastre, ou através de noticiários nos meios de comunicação. Nesse caso, o dependente que receber a pensão por morte deverá comprovar o desaparecimento do segurado, por meio desses documentos, de seis em seis meses, até que seja emitida a certidão de óbito definitiva.

Contudo, se, após algum tempo, o segurado considerado falecido reaparecer, o benefício que está sendo pago aos dependentes será cancelado. Não será necessário que o dependente faça a restituição dos valores já recebidos pela Previdência, salvo se os recebeu de má-fé. No entanto, se esse dependente agiu de má-fé, “programando” a ausência do segurado, para receber tal benefício,

deverá este ressarcir todos os valores já recebidos até então pela Previdência.

A concessão do benefício se dá pela habilitação dos dependentes que se acharem aptos a requerer o benefício. Se houver a habilitação posterior de algum dependente, o valor devido do benefício será dividido entre todos, de forma igual, no entanto, com prejuízo para aqueles que já vinham recebendo tal benefício. Porém, não há que se falar em devolução de valores pelos dependentes iniciais, muito menos em efeito retroativo, pelo fato da habilitação como dependente ser posterior aos demais (Castro; Lazzari, 2016, p. 826).

## **2 A dependência presumida e a acumulação de benefícios**

A dependência a ser tratada nesse tópico encontra-se elencada no parágrafo 4º, do artigo 16, da Lei de Benefícios, o qual prevê a dependência presumida para os membros da classe 1, ou seja, cônjuges, companheiros e filhos, como detalhamento exposto anteriormente.

A esse respeito, é oportuno diferenciar a dependência presumida da dependência não presumida, também denominada dependência comprovada: na primeira, não se faz necessária a comprovação da dependência econômica, ou seja, não é necessário que o dependente comprove que recebia ajuda financeira do segurado falecido. É, então, presumida, pelo fato de o dependente não precisar, em nenhum momento, comprovar a necessidade econômica para com o falecido. Assim ensinam Balera e Mussi: “Os dependentes preferenciais (cônjuge, companheira, companheiro, filhos), não precisam comprovar dependência econômica, pois esta é presumida (presunção absoluta)” (2015, cap. 3).

Já a dependência não presumida é aquela em que os dependentes precisam comprovar a dependência econômica que tinham em relação ao falecido, ou seja, a comprovação da dependência é fundamental, para assim ter direito aos benefícios

ofertados pela previdência. Assim dispõe o parágrafo 4º, do artigo 16, da Lei de Benefícios.

Outro fator relevante diz respeito à acumulação de benefícios. Entende-se por acumulação o ato de acumular dois benefícios ao mesmo tempo, ou seja, o beneficiário concentrará em sua titularidade dois benefícios. A acumulação de benefícios encontra-se pautada no artigo 124 da Lei de Benefícios.

Em relação ao assunto, vale destacar que é dever da Previdência Social assegurar aos segurados e seus dependentes meios de manutenção, ou seja, meios que possibilitem uma vida digna. No caso do dependente, deve-se levar em conta que essa pessoa dependia economicamente do segurado instituidor do benefício. Logo, esse dependente somente será beneficiário se o falecido era contribuinte.

Por isso, são assegurados aos beneficiários os benefícios decorrentes de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada e por morte daquele que provia o sustento da família, dentre outros.

É notório que a Previdência deve assegurar também aos dependentes do segurado meios de manutenção para uma vida digna. Por tal motivo, a dependência econômica para alguns dependentes é presumida, uma vez que o vínculo familiar é sabido e decorre da própria lei civil a obrigação de sustento.

Por sua vez, o dever de sustento dá-se devido ao grau de parentesco entre o alimentante e o alimentado. Logo, entende-se por obrigação de sustento o dever familiar em prover-lhe o sustento necessário para aquela pessoa que não tem condições de manter-se sozinha, ou seja, é a obrigação de sustento do alimentante em face do alimentado, devido a dificuldades deste em prover seu próprio sustento.

No dever de sustento, é necessário que o alimentado comprove a necessidade pelos alimentos, o que será devido quando este não puder por seus próprios meios prover seu sustento. Assim dispõe o artigo 1695 do Código Civil: “São devidos os alimentos

quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento” (BRASIL, 2002).

O dever de sustento consiste na solidariedade familiar em prestar o auxílio necessário para atender as necessidades básicas daquele parente que por conta própria não tem condições de manter-se sozinho. A necessidade que precisa, é para a própria manutenção devido a dificuldades que o impossibilitem de com seu próprio trabalho conseguir a sua própria renda.

No que tange à pensão por morte, é possível expor que se trata de um benefício de suma importância para os dependentes do segurado, uma vez que é pago para complementar ou custear de forma integral a ajuda financeira que estava sendo dada pelo segurado que tenha falecido aos seus dependentes. Por isso, faz jus ao benefício quem dele dependia economicamente.

A dependência econômica não significa condições de miséria por parte do dependente, e, sim, um auxílio substancial proporcionado pelo segurado ao seu dependente. Com a ausência desse auxílio, o dependente necessita de outro meio, e o Estado é o novo garantidor de condições mínimas de subsistência. Assim entendeu o relator Genaro José Baroni Borges do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando expôs que

Por identidade de razões, dependente previdenciário é qualidade de quem, **por não dispor de meios bastantes para subsistir**, era assistido pelo segurado falecido, independente de perceber renda superior a um salário mínimo. Nessa exata dimensão está inserida a pensão por morte, cuja **finalidade outra não é do que substituir o “de cujus” na ajuda e no amparo de quem dele dependia** (TJRS, Embargos Infringentes 70024010902, Décimo Primeiro Grupo Civil, Decisão em: 22/08/2008, acesso em: 20 ago. 2016) (grifou-se).

Percebe-se que a finalidade do benefício é amparar aquele familiar que dependia economicamente do segurado falecido, pelo

fato de não possuir condições para se sustentar sozinho. Eis então que o Estado assume papel importante para amparar e ajudar esse dependente (PREVIDÊNCIA SOCIAL, 2018).

Como já exposto, é dever da Previdência garantir meios de manutenção daquele familiar que dependia economicamente da renda do segurado falecido. Logo, a dependência econômica pode ser definida como aquela em que há um vínculo de dependência econômica entre dependente e segurado.

Sobre o assunto ensina Chaves que

A relação entre o dependente e o segurado é estabelecida **pelo vínculo de dependência econômica**. Esta, por sua vez, possui um liame indissociável à idéia de necessidade, pois **a demonstração de dependência econômica nada mais é senão a comprovação da necessidade da prestação previdenciária, como substitutiva da provisão auferida pelo segurado e com base na qual este mantinha e sustentava o agora necessitado**. Pelo exposto, quando se trata de dependência econômica, o que se deve considerar é a existência de uma relação entre pessoas na qual apenas uma delas possui meios reais e financeiros de garantir a subsistência do grupo (2014).

A dependência econômica que tem o familiar em relação ao segurado pode ser total ou integral, ou seja, pode ser que o familiar dependa exclusivamente do segurado para dar-lhe a subsistência necessária. Ou, também, pode ser que esse familiar já possua uma renda, mas, devido ao fato de essa ser de pequeno valor, do mesmo modo, precisa de auxílio econômico do segurado. Assim, transcreve-se o trecho de uma decisão proferida pelo Tribunal, no qual se expõe sobre o assunto:

A dependência se faz entendida pelo auxílio substancial prestado pelo segurado, cuja falta, decorrente da morte do mantenedor, acarreta desequilíbrio nos meios de subsistência do assistido. **A lei não exige que a dependência econômica do dependente em relação ao segurado seja total**. A percepção de rendimentos pelo dependente não exclui, por si só, a dependência econômica e



o direito à proteção previdenciária, principalmente tendo em vista que essa proteção visa à manutenção do nível de vida de seus beneficiários (TJRJ, Apelação 0017110-74.2009.8.19.0007, Terceira Câmara Civil, Relator Des. Renata Machado Cotta, decisão em: 01/02/2012, acesso em: 20 ago. 2016) (grifou-se).

Diante do entendimento jurisprudencial, é possível perceber que, mesmo aquele dependente possuindo algum meio de rendimento, mas sendo ao mesmo tempo dependente economicamente do segurado, também terá direito aos benefícios. Portanto, a dependência do familiar em relação ao segurado pode ser total ou parcial, que, mesmo assim, fará jus aos benefícios, uma vez que o benefício visa à proteção daquele dependente.

A lei deixa claro quem são os dependentes que precisam e os que não precisam comprovar a sua dependência econômica. Para o cônjuge, a companheira ou o companheiro e o filho não emancipado menor de 21 anos ou inválido ou deficiente sem limite de idade, não é necessária a comprovação da dependência econômica em relação ao falecido, por isso, é dito que a dependência, para eles, é presumida.

Já para os dependentes da classe 2 e 3, a dependência econômica deve ser comprovada. Os membros que necessitam comprovar a dependência são os pais e o irmão de até 21 anos ou inválido (HORVATH JUNIOR, 2009, p. 65).

Conforme exposto, verifica-se que para os membros da classe 2 e 3 de dependentes é necessária a comprovação da dependência. Eles terão direito aos benefícios após a comprovação da relação jurídica entre ele e o segurado, e a comprovação de dependência.

Está elencado no parágrafo 2º, do artigo 16, da lei 8213/91 que: “O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento” (BRASIL, 1991). Por sua vez, para o menor sob tutela ou guarda faz-se necessário a

comprovação da dependência econômica em relação ao segurado para assim ter direito ao benefício previdenciário.

Portanto, para a concessão do benefício aos dependentes da classe 1, exige-se apenas a comprovação do vínculo entre o dependente e o segurado. Já, para os demais dependentes, é necessária a comprovação de que o falecido contribuía para o seu sustento, a relação de parentesco entre ambos e também a comprovação da dependência econômica.

Observa-se que esse familiar necessita exclusivamente de ajuda financeira por parte do Estado pelo fato de ter havido a ausência repentina do segurado falecido, uma vez que era o “de cujus” quem contribuía, ou muitas vezes, era o único responsável pelo sustento de toda a família. Por isso, é de suma importância os benefícios para os dependentes, devido à morte do único responsável pelo sustento da família.

Assim vêm entendendo os Tribunais: “dois são os requisitos para a concessão do benefício pleiteado, quais sejam: a qualidade de segurado do instituidor da pensão e a dependência dos beneficiários” (TRF, AC 0002580-68.2016.4.04.9999/RS, Sexta Turma, Relator p/ Acórdão Des. Federal João Batista Pinto Silveira, decisão em: 28/07/2016, acesso em: 20 ago. 2016).

Como já referido, a pensão por morte é devida ao conjunto de dependentes, tendo em vista ser esta família dependente econômica e exclusivamente do segurado falecido. Era o segurado falecido quem mantinha o sustento do grupo familiar.

Isso significa que, com a morte do segurado, aquela família necessitará de auxílio, uma vez que era o segurado quem mantinha e sustentava aquela família. Com a sua morte, deixou aquela família sem o auxílio substancial prestado, acarretando a essa família um desequilíbrio para a sua subsistência. Portanto, essa família é dependente economicamente desse segurado falecido e faz jus aos benefícios da Previdência Social, dentre os benefícios ofertados, cabe a pensão por morte.

Contudo, nem sempre essa dependência presumida é de fato necessária, como se verá mais adiante. Por ora, resta analisar as hipóteses previstas em lei sobre a acumulação de benefícios, tema do próximo item.

### **3.2 A possibilidade legal de cumulação de benefícios previdenciários**

A partir do estudo sobre a dependência econômica dos dependentes para com o segurado falecido, faz-se necessário abordar sobre a possibilidade de acumulação dos benefícios. O rol do artigo 124 da Lei de Benefícios deixa claro que, salvo nos casos de direito adquirido, não é possível a acumulação de determinados benefícios. Por isso, equivale dizer que, é vedada a acumulação de dois benefícios por parte do segurado.

O fundamento da lei ao limitar os casos em que não é possível acumular determinados benefícios centra-se no fato de que não é possível devido à situação financeira e atuarial do sistema, uma vez que a Previdência visa à proteção previdenciária daqueles que dela dependem, concedendo então um benefício para cada evento ocorrido.

Dessa forma, está previsto no artigo 201 da Constituição Federal: “a Previdência Social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem **o equilíbrio financeiro e atuarial**” (BRASIL, 1988) (grifou-se). Nota-se que, para ter direito a algum benefício, é necessário, além de preencher determinados requisitos, também observar critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, para evitar danos futuros à Previdência, ou seja, deve haver o equilíbrio entre a arrecadação e os pagamentos para não ensejar em saldo negativo para a Previdência.

Na sequência, apresentam-se as acumulações vetadas envolvendo os benefícios previdenciários, elencadas todas no rol do artigo 124 da Lei de Benefícios:

Salvo no caso de direito adquirido, não é permitido o recebimento conjunto dos seguintes benefícios da Previdência Social: I - aposentadoria e auxílio-doença; II - mais de uma aposentadoria; III - aposentadoria e abono de permanência em serviço; IV - salário-maternidade e auxílio-doença; V - mais de um auxílio-acidente; VI - mais de uma pensão deixada por cônjuge ou companheiro, ressalvado o direito de opção pela mais vantajosa (BRASIL, 1991).

Assim, é possível dizer que não há nenhuma possibilidade em acumular dois benefícios deixados pelo cônjuge e/ou companheiro, isto é, se uma pessoa for casada e por algum motivo seu cônjuge vem a falecer, receberá o benefício da pensão por morte. Se contrair novo casamento e também este cônjuge vier a falecer, não poderá receber as duas pensões. Desse modo, terá que optar pela pensão mais vantajosa, mas as duas pensões ao mesmo tempo, não será possível receber cumulativamente.

A vedação quanto ao recebimento de duas pensões por morte é somente em relação ao instituidor do benefício, ou seja, é em relação ao cônjuge ou companheiro. Logo, nada impede que uma pessoa receba simultaneamente duas pensões, no caso de viúva e mãe, ou seja, essa pessoa receberá uma pensão por morte devido a esta ser dependente do filho, e uma pensão por morte por ser cônjuge do segurado falecido (2015, cap. 15).

Portanto, poderá, nesse caso, haver a acumulação de duas pensões por morte, desde que seja uma referente à dependência econômica em relação ao filho e outra referente à pensão recebida do cônjuge ou companheiro.

Outro ponto relevante, sobre as acumulações, diz respeito ao direito adquirido, isto é, deve ser observado o direito já adquirido pelo segurado ou pelo dependente. Assim, se o dependente ou

segurado já for beneficiário de mais de um benefício, pelo fato de preencher os requisitos, e após haver a modificação da lei, vindo então a proibir a acumulação dos mesmos, essa pessoa não perderá o direito ao recebimento de ambos os benefícios.

Pelo exposto, observa-se que são vedadas as acumulações devido à não necessidade por parte do segurado ou do dependente, ou até mesmo pelo fato de que contraria as normas gerais da Previdência, uma vez que esta prevê a cobertura de determinados riscos e, assim, conseqüentemente a proteção necessária para cada caso. Logo, a acumulação de benefícios também contraria a lógica da proteção previdenciária, visto que tem como objetivo amparar aquele segurado ou dependente que não consegue por si só, atender suas necessidades básicas para uma vida mais digna.

Assim prevê o artigo 1º da Lei 8213/91: garantia de “meios indispensáveis de manutenção”. Então, a acumulação não é devida. Sendo então necessário apenas um benefício para cada segurado ou dependente, apenas para garantir condições mínimas de subsistência.

Dito isso, analisa-se o último ponto do presente estudo, definido como uma crítica à dependência presumida e à acumulação de benefícios.

#### **4 Crítica à dependência presumida e à acumulação**

Já se afirmou que a Previdência é o órgão responsável em proporcionar meios de manutenção àqueles familiares que dependiam do segurado. Esses meio de manutenção a que refere o artigo primeiro dizem respeito àquele dependente que não tem meios de subsistir sozinho, sendo então necessária a ajuda do segurado, ou, na falta deste, a ajuda da Previdência. É a dependência desse familiar em relação ao segurado. Logo, se esse familiar não possui condições e meios de manutenção, é dependente economicamente do segurado.

Logo, na ausência do segurado que ajudava esse familiar, o encargo de proporcionar e garantir meios indispensáveis de manutenção passa a ser da Previdência. Por isso, ocorre a transmissão de obrigações de uma pessoa para outra. Assim, é possível dizer que essa ajuda econômica dada pelo segurado ao seu dependente será substituída por alguns dos benefícios ofertados pela Previdência. É que

A morte é contingência social a ser coberta pela Previdência Social, por deixar os dependentes sem renda do segurado falecido. Nesse sentido [...] o Regime Geral da Previdência Social deve cobrir o evento morte, por meio da concessão de pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes. (GARCIA, 2015).

Desse modo, esse dependente perderá a ajuda econômica realizada pelo segurado, mas terá direito aos benefícios. É nítido que esse benefício substituirá a ajuda econômica, mas continuará proporcionando meios de manutenção dos familiares. É um benefício substituidor. Logo, sendo este substituidor da ajuda econômica, entende-se que um único benefício supre a ausência dessa ajuda econômica. Isso porque, tanto a ajuda econômica, quanto o benefício visam a melhores condições de vida para aquelas pessoas que não possuem condições de manter a si mesmo, muito menos sua família.

Expõe Chaves a existência de um quadripé da dependência econômica: “a) à Previdência Social não cabe crescer renda; b) dependência econômica em sentido estrito (sustento, manutença);c) surgimento da necessidade em decorrência do sinistro;d) substitutividade” (2014). Por isso é dito que o benefício vem para substituir aquele valor que estava sendo pago pelo segurado ao seu dependente, uma vez que, esse benefício é para manter o sustento daquele dependente, se surgir a esse, dificuldade econômica em decorrência do falecimento do segurado. O benefício é portanto

substituidor da renda do provedor aos seus dependentes. Logo, a pensão por morte tem

**Natureza substitutiva da remuneração ou renda do segurado falecido;** necessidade econômica dos dependentes, ocasionada pela morte do provedor, bem como os requisitos para a fruição do benefício (a qualidade de segurado do instituidor da pensão e a dependência econômica do beneficiário) (CHAVES, 2014).

Nesse sentido, é possível perceber que por se tratar de um benefício substituidor da remuneração do segurado falecido, não há necessidade em acumular esse benefício substituidor com outro, uma vez que a pensão por morte se dá devido à ausência da remuneração do segurado falecido e conseqüentemente a dificuldade econômica. Com isso, a pensão por morte substitui a remuneração do segurado falecido, mantendo assim o sustento daquele dependente.

Logo, se o dependente acumular a pensão por morte com outra aposentadoria, não haverá mais significado no contexto de substituir a remuneração para manter o sustento daquele dependente, uma vez que, esse já estará recebendo um benefício, o que comporta assim, suas necessidades diárias.

Há, ao mesmo tempo, o crescimento significativo do número de pessoas que recebem simultaneamente ambos os benefícios, pensão por morte e aposentadoria.

Nesse contexto, complementa o enunciado acima, a matéria publicada pelo site Salário Mínimo: “de acordo com a União, **cerca de 1/3 dos beneficiários da pensão por morte acumulam também a aposentadoria do falecido**” (SALÁRIO MÍNIMO, 2016). Por isso, o governo vem discutindo a possibilidade da reforma na Previdência, buscando, com isso, mudar algumas regras a fim de dificultar o acesso aos benefícios concedidos pelo Instituto Nacional do Seguro Social. A ideia é impossibilitar o acúmulo da pensão por morte com a aposentadoria.

Discussões estão ocorrendo, após a análise da impossibilidade desse acúmulo aplicada em outros países. Foram levantadas quatro possibilidades para evitar o acúmulo desses benefícios, assim especificados em: “estabelecer um teto para o valor dos dois benefícios; impor a opção por um dos dois pagamentos; determinar que um dos benefícios seja integral enquanto o outro se limite a determinado percentual; ou impedir o acesso à pensão por quem já recebe a aposentadoria” (ALEGRETTE, 2016).

Observa-se que os pontos em discussão abrangem sobre o valor dos dois benefícios somados, a opção por um deles somente ou pelo recebimento de um benefício no seu valor integral e o outro somente um percentual, e também, a negativa em conceder um benefício se a pessoa já recebe o outro. Porém a ideia é que: “manteriam-se os dois benefícios para quem já os possui, enquadrando nesse sistema somente aqueles que futuramente terão direito ao benefício da pensão por morte” (SALÁRIO MÍNIMO, 2016).

A ideia da reforma da Previdência causaria uma diminuição significativa nas despesas fiscais, reduzindo os gastos. Pagar-se-ia, nesses casos, somente um dos benefícios, ou um valor específico para cada benefício, até atingir um valor máximo, ou obrigar a pessoa a optar pelo benefício mais vantajoso, ou em outras palavras, visa a impedir assim, que novos acúmulos sejam permitidos. O projeto de reforma pretende evitar no futuro um rombo aos cofres da Previdência, isso porque pretende acabar com os gastos excessivos pagos pelo sistema previdenciário.

Embora atualmente o sistema esteja comportando o pagamento de todos os benefícios, porém, não se pode contar com a mesma possibilidade no futuro, isto porque há um crescimento relevante do número de pessoas beneficiadas com a pensão por morte, e talvez, acumulando com a aposentadoria. Acontece que, o crescimento dos beneficiados é maior do que o número de pessoas



inseridas no mercado de trabalho. Consequentemente, as despesas serão maiores que as arrecadações.

O gráfico a seguir ilustra a projeção da população para os próximos anos, e pode-se observar que o nascimento e o envelhecimento populacional não é proporcional, ou seja, a tendência para os próximos anos é diminuir o número de nascimentos e aumentar o número de pessoas aptas a receber algum benefício. Por tal desproporção é visto que o número de arrecadações será menores para os anos futuro, dificultando ainda mais a possibilidade em receber um único benefício, e consequentemente a impossibilidade em acumular dois benefícios. Assim é o ilustrativo:

Gráfico 1: Projeção da População Brasileira do sexo feminino para os anos de 2000, 2020 e 2050.



Fonte: IBGE, 2008.

Logo, é possível perceber o crescimento do número de pessoas que atingem 64 anos ou mais e o declínio de nascimentos. Portanto, havendo essa mudança considerável, pode-se afirmar que haverá um desequilíbrio no tocante a pessoas contribuindo e pessoas recebendo algum benefício. Com o aumento significativo

de pessoas aptas a receber e a diminuição daquelas que contribuem, a melhor opção a ser feita é a reforma da Previdência.

A mudança na lei, além de garantir o pagamento correto para os já beneficiados, também visa a um equilíbrio entre ambas as partes e com os demais ramos da Seguridade Social (saúde e assistência). Ou seja, objetiva estabilidade entre aquelas pessoas que estão na atividade com aquelas inativas que necessitam de um benefício da Previdência. Dessa forma, o número de contribuintes deve ser superior ao número de beneficiados, para assim, amenizar o déficit, presente ou futuro.

Portanto, há uma discordância entre a possibilidade de acumular a pensão por morte e a aposentadoria. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para que uma pessoa possa se aposentar é necessário que nove pessoas estejam trabalhando e assim contribuindo para a Previdência. O tema está publicado no site Politize nos seguintes termos: “[...] hoje em dia 9 trabalhadores ativos contribuem para a aposentadoria de uma pessoa de mais de 65 anos” (POLITIZE, 2016).

Assim, percebe-se a dificuldade que é em manter uma pessoa, recebendo um único benefício. Muito mais difícil será ao sistema essa pessoa passar a receber dois benefícios simultaneamente. Como descrito acima, se para receber um único benefício é necessário a atividade de nove pessoas, para acumular esse, a necessidade será de dezoito pessoas contribuindo, o que estatisticamente pode não ocorrer futuramente.

Por isso, verifica-se a impossibilidade de acumular a pensão por morte com a aposentadoria, pelo fato de ser insuficiente o número de jovens na atividade, financiando os inativos. Nesse contexto, a reforma da Previdência surge para estabilizar essas e outras situações, no qual o sistema no futuro, não terá condições de suportar a demanda crescente.

No entanto, a proposta de reforma abrange somente os novos beneficiários, o qual não poderia afetar aquelas pessoas que já possuem os dois benefícios simultaneamente. São preservados

os direitos adquiridos por estas. Assim expõe Alegretti: “as alterações devem preservar direitos adquiridos. Ou seja, não podem atingir quem já recebe dois benefícios, mas podem afetar quem já está no mercado de trabalho e tem a expectativa de cumular os dois benefícios algum dia” (2016).

Ainda nesse contexto, conforme o enunciado acima, a Constituição Federal também prevê a garantia do direito adquirido no inciso XXXVI, do artigo 5º, vide: “**a lei não prejudicará o direito adquirido**, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (BRASIL, 1988) (grifou-se). Percebe-se que o texto constitucional é claro ao dizer que havendo mudança na lei, o direito adquirido não será prejudicado.

O assunto também foi destaque no site Gazeta do Povo, em recente publicação realizada por Fernando Jasper, ao transcrever a entrevista realizada com a atual presidente do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário, no qual expõe que: “direito adquirido, [...] é quando a pessoa ou já está recebendo o benefício, ou já o requereu com base no direito que tem, ou ainda quando a pessoa preenche os requisitos mas ainda não requereu o benefício” (GAZETA DO POVO, 2016). Ou seja, é uma garantia que terá essa pessoa, caso ocorra alguma modificação na lei.

Então, se houver a reforma Previdenciária, aquelas pessoas que já recebem a aposentadoria ou pensão por morte, ou aquelas que na data da entrada em vigor da lei, já possuem direito ao benefício, não seriam afetadas pela lei. Sendo então, garantido os benefícios devidos, em razão do seu direito adquirido.

Pode-se, assim, afirmar que, para aquele dependente que necessitava de ajuda econômica do segurado, é devido o benefício da Previdência, que vem para substituir aquele amparo econômico ofertado pelo segurado ao seu dependente. A dependência econômica é requisito de suma importância para a concessão de qualquer benefício, inclusive a pensão por morte. Então a dependência econômica está estruturada na idéia de necessidade daquele dependente, que estava recebendo ajuda econômica do

segurado e por algum motivo não recebe mais, logo, tal prestação é substituída por algum dos benefícios.

Por fim, a acumulação de benefício é a possibilidade daquela pessoa que já recebe um benefício pela Previdência ter direito a receber outro conjuntamente. O rol do artigo 124 da Lei de Benefícios deixa claro a não possibilidade de acumular determinados benefícios, salvo no caso de direito adquirido. O fato não é possível devido a expectativa de vida das pessoas com mais de 60 anos aumentar consideravelmente para os próximos anos, e uma diminuição significativa dos nascimentos, isso gera então um desequilíbrio nas arrecadações e pagamentos de benefícios.

### **Considerações finais**

A finalidade da Previdência Social é assegurar aos seus beneficiários, meios indispensáveis de manutenção. Assim, significa dizer que é garantido tal benefício, para aquelas pessoas que realmente necessitam e dependem desse benefício. Logo, o benefício vem para suprir a falta do instituidor, ou seja, a ausência daquela pessoa que contribuía com aquele grupo familiar.

Assim, é possível perceber da importância dos benefícios para a sociedade. Uma vez que, esse benefício vem para suprir a carência desse dependente que perdeu a ajuda que estava sendo dado pelo segurado. Constata-se atualmente a dificuldade que é para conseguir um benefício ofertado pela previdência. Desse modo, a busca pela reforma da previdência é para possibilitar um acesso mais igualitário para toda a população.

O sistema visa à impossibilidade de uma pessoa acumular sozinha dois benefícios e outra pessoa, que esteja precisando também de auxílio, e esta por sua vez, não consiga tal benefício, devido a dificuldades do sistema em realizar todos os pagamentos previstos. A ideia seria em ajudar todos aqueles que necessitam de forma igualitária, sem que uns consigam acumular dois benefícios, enquanto que outros não consigam nenhum deles.

Isso também pode ser evidenciado pelos princípios que foram trabalhados, uma vez que, pelo princípio da solidariedade, entende-se a possibilidade de haver pessoas na ativa contribuindo para que os inativos consigam receber. Também, é possível reconhecer a ideia, no princípio da seletividade e distributividade dos benefícios, estes por sua vez indicam que os benefícios devam ser concedidos para aqueles que realmente necessitam. Já o princípio da garantia do salário mínimo para os benefícios substituidores salienta que o valor do benefício não poderá ser inferior ao salário mínimo, pois desse modo, não atenderia as necessidades básicas do segurado e seu dependente.

Deste modo, o benefício é devido para aquelas pessoas que por conta própria não conseguem se sustentar sozinhas e conseqüentemente dependem da ajuda econômica de um familiar. Na ausência desse familiar, tal ajuda é substituída pelo benefício. O benefício vem para suprir essa falta de auxílio por parte do segurado.

Por sua vez, se uma pessoa já recebe a aposentadoria ou a pensão por morte, estima-se que essa pessoa já está amparada de alguma forma. Logo não há a necessidade de acumular esse benefício a quem já esteja recebendo outro. E também pelo fato de que tal acumulação não seria suportada pela Previdência, devido ao fato da natureza substitutiva do benefício e do desequilíbrio dos nascimentos e do envelhecimento da população. Isso equivale dizer que o sistema previdenciário não suportaria suprir as necessidades de todos, no decorrer dos anos.

Conclui-se depois de tudo quanto fora exposto, que a acumulação de benefícios previdenciários para quem não for dependente de fato é inadequada e deve ser extinta do regime de previdência, uma vez que a concessão de benefícios não é necessária àqueles que já são sustentados por lei ou pela Previdência Social, por meio de outro benefício.

## Referências

- ALEGRETTI, Laís. *Jornal Folha de São Paulo: Reforma na Previdência ameaça acúmulo de pensão com aposentadoria*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/08/1803310-reforma-na-previdencia-ameaca-acumulo-de-pensao-com-aposentadoria.shtml>>. Acesso em: 30 ago. 2016.
- BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. *Séries Concursos Públicos – Direito Previdenciário*. 11. ed. Rio de Janeiro: Método, 2015.
- BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10406 de 10 Janeiro de 2002. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 21 set. 2016.
- \_\_\_\_\_. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2016.
- \_\_\_\_\_. *Plano de Benefícios da Previdência Social*. Lei nº 8213 de 24 de Julho de 1991. Brasília, DF, 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2016.
- \_\_\_\_\_. *Regulamento da Previdência Social*. Decreto nº 3048 de 06 de Maio de 1999. Brasília, DF, 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048compilado.htm)>. Acesso em: 26 mar. 2016.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Manual de Direito Previdenciário*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CHAVES, Roberto de Souza. *Conteúdo Jurídico: A dependência econômica de cônjuges, ex-cônjuges e companheiros de segurados da previdência social e sua análise em relação à pensão por morte*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-dependencia-economica-de-conjuges-ex-conjuges-e-companheiros-de-segurados-da-previdencia-social-e-sua-analis,51416.html>>. Acesso em: 30 ago. 2016.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de direito previdenciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2012.

GARCIA, Gustavo Barbosa. *Curso de Direito da Seguridade Social*. Rio de Janeiro: Método, 2015.

GAZETA DO POVO. *Quem tem “direito adquirido” em caso de reforma da Previdência?* Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/economia/quem-tem-direito-adquirido-em-caso-de-reforma-da-previdencia-2lbvn5lubhsvui2jhsobjivba>>. Acesso em: 17 set. 2016.

GONÇALES, Odonel Urbano. *Manual de direito previdenciário*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HORVATH JUNIOR, Miguel. *Dicionário analítico de previdência social*. São Paulo: Atlas, 2009.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. IBGE. *Projeção da População*. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/projecao\\_da\\_populacao/2008/piramide/piramide.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/projecao_da_populacao/2008/piramide/piramide.shtm)>. Acesso em: 07 set. 2016.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

POLITIZE. *Reforma da Previdência: entenda os principais pontos*. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/reforma-da-previdencia-entenda-os-principais-pontos/>> Acesso em: 20 set. 2016.

PREVIDÊNCIA SOCIAL. *Texto explicativo sobre benefícios*. Disponível em: <[http://www1.previdencia.gov.br/aeps2007/16\\_01\\_01\\_01.asp](http://www1.previdencia.gov.br/aeps2007/16_01_01_01.asp)>. Acesso em: 20 ago. 2016.

SALÁRIO MÍNIMO. *Reforma da Previdência pode extinguir Acúmulo de Pensão com Aposentadoria*. Disponível em: <<http://www.salariominimo.net/2016/08/17/reforma-da-previdencia-pode-extinguir-acumulo-de-pensao-com-aposentadoria/>>. Acesso em: 15 set. 2016.

SANTOS, Marisa dos. *Coleção Sinopses Jurídicas 25 Direito Previdenciário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stj&num=146>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/>>. Acesso em: 21 out. 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. *Apelação 0017110-74.2009.8.19.0007*, Terceira Câmara Civil, Relator Des. Renata Machado Cotta, decisão em: 01/02/2012. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Embargos Infringentes 70024010902*, Décimo Primeiro Grupo Civil, Decisão em: 22/08/2008. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. *Apelação Cível N° 70070821111*, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 28/09/2016. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 20 out. 2018.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. *Apelação Cível 0002580-68.2016.4.04.9999/RS*, Sexta Turma, Relator p/ Acórdão Des. Federal João Batista Pinto Silveira, decisão em: 28/07/2016. Disponível em: <<http://www2.trf4.gov.br/trf4/>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. *Apelação Cível n° 5000360-12.2016.4.04.9999/PR*, Quinta Turma, Relator p/ Acórdão Paulo Afonso Brum Vaz, decisão em 30/06/2016, Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/>. Acesso em: 09 jul. 2018.

VIANNA, João Aragonés. *Curso de direito previdenciário*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.



**A Evolução Histórica nos Institutos  
de Direito de Família:  
um Estudo sobre Direitos Fundamentais  
e seus Reflexos quanto a Homoafetividade  
e Filiação Socioafetiva**

*Luís Felipe Conterato da Silva<sup>1</sup>*

*Bruna Marques Salamí<sup>2</sup>*

## **Introdução**

O Estado, através do Direito organiza a vida em sociedade, transformando relações comuns do convívio entre indivíduos em normas jurídicas, para melhor garantir os direitos básicos, pilares da Constituição Federal, sendo eles, o direito a vida, a liberdade, igualdade e dignidade. Porém, como é esperado a realidade econômica, cultural, social e política vive em constante mudança, sendo assim não seria diferente com as relações socioafetivas, e o direito tem a função de acompanhar tais evoluções em respeito aos princípios constitucionais basilares supracitados.

Ao longo da evolução da espécie humana foi se perpetuando a ideia de que reprodução, economia, política, religião e família andariam lado a lado, levando em consideração apenas o aspecto

---

<sup>1</sup> 151664@upf.br

<sup>2</sup> brunas2\_dv@hotmail.com

biológico e interesse para conceituar a família. A própria organização da sociedade se dá em torno desta estrutura familiar. Tanto é que, até o século XI, casamentos eram frutos de negócios entre famílias, como forma de estabelecer alianças, para melhor controle econômico. O fato é que os vínculos afetivos, necessitavam de aceitação social, através do matrimônio, para que fossem reconhecidos juridicamente.

Com a filiação não havia de ser diferente. Até meados dos anos 90 a família era uma entidade patrimonializada, sendo assim a procriação era muito incentivada, pois gerava mais mão de obra gratuita, logo, mais produção. Não há que se falar em relações afetivas, visto que tudo girava em torno do patriarcado e de melhores condições de sobrevivência. O grande marco do conceito de família foi a revolução industrial, onde a mulher teve que ingressar no mercado de trabalho para aumentar a mão de obra, deixando o homem, de ser a única base financeira de sustentação da família.

Com a migração das famílias dos campos para as cidades, o vínculo afetivo começou a ser mais forte entre as famílias, deixando de lado seu caráter reprodutivo. Passando o casamento a ser fruto do carinho mútuo entre os contraentes, sendo assim, quando cessado, havia também a possibilidade de dissolver o vínculo matrimonial, através do divórcio, depois da separação, legalmente prevista na Lei do Divórcio, até 1977, decorrente do afrouxamento da relação entre Estado e Igreja.

O Código Civil, passou por várias alterações legislativas, em 1916 conceituava família, apenas aquela constituída pelo ato matrimonial, impedindo sua dissolução. Em 1962, com o Estatuto da Mulher Casada (L 4.121), a mulher passou a ter direito sobre bens adquiridos por ela. E finalmente, com a Constituição Federal de 1988, foi instaurado o princípio da igualdade, o qual passou a proteger as relações entre os sujeitos, igualando os direitos do homem, da mulher a até mesmo com relação aos filhos.

Diante do exposto até então, o conceito de família passou por várias reformas, até chegar a atualidade, a qual não está mais reservada apenas a característica biológica e de reprodução, dando abrangência a toda e qualquer forma de relação, em que o objetivo seja o afeto, carinho, amor, respeito e igualdade entre os integrantes da relação.

Surge então as nomenclaturas para cada relação socioafetiva, como o casamento, a união estável, família homoafetiva, onde há dois pais ou duas mães do mesmo sexo, monoparental, onde apenas um dos genitores convive com seu descendente, multiparental, onde o adolescente/criança convive com a paternidade biológica e com a socioafetiva, família constituída, entre outras definições de família.

O novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado. (BERENICE DIAS, MARIA, 2013. p. 43)

## **2. Desenvolvimento Histórico da Família na Legislação Pátria**

Atualmente, graças a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, § 6º, o qual considera inadmissível que exista designações discriminatórias a respeito da filiação, não é sabido outra nomenclatura, direito ou privilégio entre os filhos, senão o tratamento igualitário.

Porém, nem sempre foi assim, tanto é que o Código Civil de 1916, em seu artigo 358, os filhos frutos de incesto e adultério, jamais poderiam ser reconhecidos. De forma que o genitor/figura paterna, que infringiu a lei, com sua infidelidade, sempre saísse

beneficiado de suas desonras, visto que apenas os filhos ficavam juridicamente e socialmente prejudicados. A instituição matrimonial, mais uma vez, prevalecia ante o afeto e relações de parentesco.

Com o Decreto-Lei 4.737, de 1942 e a Lei 883, de 1949, o reconhecimento dos filhos tidos como ilegítimos, passou a ser legalizado desde que o casamento fosse dissolvido. A partir daqui os filhos tidos fora do laço matrimonial passaram a ser vistos como sujeitos de direitos como os demais, porém, ainda não com os mesmos direitos, podendo pleitear alimentos, através da investigação de paternidade, e no tocante a herança, poderia receber metade do que viesse a receber o filho legítimo.

Essa desigualdade na filiação durou até a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual revogou os dispositivos do Código Civil de 1916. E com a Lei do Divórcio, os filhos passaram a ter direitos de herança, nas mesmas proporções, sem discriminação, abrindo possibilidade também a reconhecimento de filho em testamento cerrado. Todas essas mudanças são derivadas de uma absoluta dependência afetiva que acaba identificando o meio social do indivíduo, chamado de família.

### **2.1 Da filiação socioafetiva judicial e extrajudicial**

A afetividade encontra ligação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana, e é entendida por grande parte da doutrina como um princípio que tem a possibilidade de diminuir a hierarquia familiar e estabelecer características diferenciadas nestas relações, sendo neste sentido, a união de uma família muito mais ligada ao afeto entre seus membros.

A Constituição Federal abriu espaço para novos conceitos e interpretações da constituição da família, não podendo mais o Estado ou a sociedade regular essas relações. Afiliação socioafetiva foi uma dessas novas modalidades abrangidas pela legislação pátria. Tem-se muito que comemorar na área do direito de família,

mas também deve-se analisar como o vínculo afetivo e seu reconhecimento jurídico se dá na prática.

Cabe ao direito identificar o vínculo de parentesco entre pai e filho, para isso deve-se comprovar a posse do estado de filho, artigo 1.593, do Código Civil Brasileiro, através do trato e fama, é muito semelhante a uma adoção, onde o vínculo consanguíneo deixa de ter relevância. Podendo-se afirmar que a família moderna tem amparo no princípio da solidariedade, previsto no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal.

O reconhecimento socioafetivo de paternidade pode se dar por testamento ou por via judicial, através de uma ação declaratória de reconhecimento de paternidade, devendo lembrar que o Judiciário não pode se negar a reconhecer vínculo afetivo apenas porque não foi proposta a ação correta, e também não podem os filhos consanguíneos questionar tal ato.

O Conselho Nacional de Justiça, publicou em 17 de novembro de 2017, o Provimento nº 63, o qual em seu artigo 10 e 11, respectivamente, regula o procedimento a ser feito nos Cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais, para o reconhecimento da filiação socioafetiva.

“Aquele que comparece perante o oficial de Registro Civil e se declara pai de um recém-nascido assim é considerado para todos os efeitos legais. Em face da presunção de paternidade dos filhos nascidos durante o casamento (CC 1.597), basta um dos pais, munido da certidão de casamento e da declaração de nascido vivo, comparecer à serventia registral para lavrar o assento de nascimento. Caso contrário, é necessária a presença de ambos. Comparecendo somente a mãe, se ela declinar o nome do pai, poderá se desencadear procedimento administrativo oficioso da paternidade.” . (BERENICE DIAS, MARIA, 2013. p. 373).

O artigo 12 do CNJ, traz também o requisito da comprovação da posse do estado de filho, qual seja, a voluntariedade e reciprocidade da relação de afeto, com reconhecimento social feito

através da declaração de duas testemunhas, como condição indispensável para a caracterização de vínculo afetivo entre ambos.

Além de observar o requisito da manifestação de vontade do requerente, dos pais biológicos e do filho maior de 12 anos de idade, manifestações estas, que deveram ser feitas pessoalmente, perante o Oficial Registrador ou Escrevente Autorizado, conforme dispõe o artigo 11, §5º, do provimento nº 63, do CNJ.

Grande parte da doutrina e de registradores, interpretam por ser inconstitucional este ato feito em cartório, visto que as exigências variam conforme a origem do registro, pois quando biológicos não é exigido a anuência do filho maior e nem dos pais para seu registro, bastando uma prova documental autêntica, havendo tratamento discriminatório perante a Constituição Federal que prevê igualdade entre todos os indivíduos.

Embora não pacífica entre registradores, a forma mais igualitária de registrar o adolescente, seria fazendo com que essa anuência dos pais biológicos, requerente e filho maior pudesse ser dada através de instrumento público e particular, com firma reconhecida, que constem expressamente a anuência das partes.

O reconhecimento de filho pela socioafetividade se dá apenas através de averbação no registro de nascimento do mesmo, sendo assim em uma situação hipotética em que “A” está grávida e desconhece a identidade do pai biológico, sendo que “A” é casada com “C”, para poder registrar a criança será necessário que “A”, registre apenas em seu nome, para que após apresentação da certidão de nascimento, seja feita a posterior averbação do reconhecimento de filiação socioafetiva, não podendo ser feita de forma extrajudicial no momento do registro de nascimento, mesmo estando presentes os requisitos da posse do estado de filho e de manifestação de vontade, o que tornaria mais prático e igualitário o reconhecimento citado.

Depois de reconhecida, a filiação socioafetiva, derivada da livre vontade, não poderá mais ser rompida em detrimento do

melhor interesse do menor, conforme enunciado 339, do Conselho de Justiça Federal.

## **2.2 Multiparentalidade no Brasil**

Abarcado pela afetividade, a multiparentalidade é quando há existência de múltiplos vínculos de filiação, diante das várias possibilidades de concepção geneticamente assistidas, as quase contam com a participação de mais pessoas no processo reprodutivo, tanto dos doadores do material genético como quem deu à luz, ou interferiu na existência da criança. Sendo assim, é possível ter dois pais e duas mães, totalizando três ou quatro pessoas no assento do nascimento da pessoa natural.

A jurisprudência nacional já firmou o entendimento de que verificada a posse de estado de filho com relação aos pais e companheiros, sem excluir o vínculo com o biológico, é possível também a inclusão do sobrenome do padrasto no registro do enteado, segundo a Lei de Registros Públicos, artigo 57, §8º.

O reconhecimento da multiparentalidade por via judicial já é um ato natural e legal, porém, com o provimento 63 do CNJ, é possível o reconhecimento extrajudicial, diretamente em cartório, da filiação socioafetiva e biológica, sem a exclusão de uma das duas.

Os requisitos para o reconhecimento é a anuência dos pais biológicos e do filho maior de 12 anos, feita pessoalmente perante o Oficial Registrador, devendo haver uma diferença de 16 anos de idade entre o ascendente socioafetivo e o filho.

Quanto aos direitos e deveres dos ascendentes socioafetivos e filhos, são os mesmos do que uma relação de filiação biológica, visto que Constituição e o Código Civil, vedam a desigualdade de tratamento em todos os aspectos, de fatos e direitos. Sendo assim o filho é herdeiro de seus pais (sejam biológicos ou afetivos) e eles herdeiros de seus filhos, além dos vínculos com os demais parentes.

### **3. Desenvolvimento Histórico do Instituto da Adoção no Brasil**

O avanço da sociedade em quesitos como educação, cultura, tecnologia, aliado a liberdade de expressão, tanto pessoal/individual quanto de imprensa, como um dos fundamentos constitucionais que garante a democracia, aliado também ao direito ao acesso amplo a qualquer forma de informação, traz a sociedade brasileira uma revolução nas formas de pensar a respeito das regras, valores e princípios que embasam e formam o caráter e norteiam o cotidiano de cada indivíduo como produto social.

A facilidade com que se busca informações e a possibilidade destas serem postas em pauta, debatidas e intensamente estudadas faz com que se crie novas formas de pensar, novas premissas e constantes indagações sobre o que é “certo ou errado”. A quebra de pensamentos passados rígidos dão lugar a uma abordagem mais crítica e humanitária as questões que assolam a sociedade dos dias de hoje.

Um dos assuntos mais debatidos atualmente na esfera jurídica do direito civil brasileiro é a questão da adoção. Essa mesma já foi produto de diversos questionamentos através do tempo, tanto que o referido instituto já sofreu inúmeras mudanças no cenário jurídico brasileiro, tanto em razão das regras que a fundamentaram em legislações pretéritas, quanto a vedações, que merecem serem revistas.

#### **3.1. O Código Civil de 1916 e Legislações Anteriores à Constituição de 1988**

Historicamente, o instituto da adoção passou por diversas leis que a regulamentavam e apontavam diretrizes. A disciplina da adoção Código Civil de 1916 deu-se de forma muito diferente do que é hoje: na época, visava tão somente proporcionar uma família



para as pessoas que, por motivos de saúde, não conseguiam ter seus filhos. Esta forma de adoção era chamada, na época, de “adoção simples”. Imprescindível ressaltar que naquele tempo a legislação permitia tão somente aos casais (compostos por homem e mulher) a possibilidade da adoção, sendo vedada a adoção de crianças por pessoas solteiras. Barreira que somente pereceu perante a promulgação da Lei da Adoção (Lei 12.010).

Neste aspecto, é a explicação de Carlos Roberto Gonçalves:

O Código Civil de 1916 disciplinou a adoção com base nos princípios romanos como instituição destinada a proporcionar a continuidade da família, dando aos casais estéreis os filhos que a natureza lhes engara. Por essa razão, a adoção só era permitida aos maiores de 50 anos, sem prole legitimada ou legitimada, pressupondo-se que, nessa idade, era grande a probabilidade de não virem a tê-la.

Outro fator relevante em que o instituto da adoção à época do Código Civil de 1916 em muito se diferencia dos dias de hoje, mostrando notavelmente que naquele tempo, o referido instituto ainda não estava maduro o suficiente para contemplar o respeito aos direitos fundamentais de todos os indivíduos que integravam a relação de adoção (pais e adotandos), era a manutenção do vínculo entre o adotando e seus pais e parentes consanguíneos, conforme explicitava o art. 378 da pretérita legislação:

Art. 378. Os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do pai natural para o adotivo.

Por fim, a pretérita legislação civilista tratava o instituto da adoção como um negócio bilateral, que podia romper-se a qualquer momento, não era irrevogável. Sua consumação se dava com mero ato registral em cartório, sem nenhuma intervenção do Poder Judiciário, como se dá atualmente.

Posteriormente, houve significativa alteração na essência do processo de adoção, passando a focar mais em dar uma vida digna aos menores que estavam sem lar, prezando pelo bem-estar deles, deixando de lado a situação fática de haverem pais que por razões de esterilidades, ou de casos semelhantes, que não poderiam ter filhos, facilitando as vias para a concretização da adoção. Esta forma de interpretação do instituto civil da adoção passou a ter respaldo na Lei. 3.133, do ano de 1957.

Porém, embora houvesse um aperfeiçoamento na essência do instituto civil da adoção, não havia ainda, à época, a equiparação dos filhos adotivos em relação aos filhos biológicos dos casais, tampouco havia direitos à sucessão hereditária, situação que em nada foi alterada até a entrada da Constituição Federal de 1998.

### **3.2 O Instituto da Adoção sob a Ótica da Constituição Federal de 1988, ECA e Código Civil de 2002.**

Um dos grandes saltos no que diz respeito a todo o contexto jurídico e social envolvendo a questão da adoção, filiação e maior defesa dos direitos fundamentais do adotando é o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), tendo a unidade da adoção estipulada entre os arts. 39 à 52-D. A referida legislação concretizou a ideia imposta pela Constituição Federal de 1988, promulgada anos antes, ao aferir em seu art. 41:

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

§ 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.

§ 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.

Neste mesmo sentido, a Constituição de 1988 traz a seguinte premissa, conforme art. 227, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O referido dispositivo constitucional em seu todo, estabelece diretrizes em relação ao direito e aos deveres da família, sociedade e Estado para com as crianças, adolescentes e jovens. Em relação ao tema ora abordado, é importante destacar os comandos dos parágrafos 6º e 7º do supracitado artigo da Lei Maior:

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros;

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Havia também uma outra forma de adoção. A chamada “adoção plena”, era regida por lei, sendo introduzida na legislação brasileira pela Lei 6.697/79, visando dar maior sustentação a legitimação para adoção da Lei 4.655/65, que já dava prévias diretrizes ao instituto da adoção. Posteriormente, como já supracitado, foi sancionado o Estatuto da Criança e do Adolescente, que trouxe novas premissas legislativas de ordem e também uma sólida base de princípios que adjetivavam seus comandos normativos.

Anota-se que o princípio que serviu como pilar fundamental para a estruturação do novo sistema de adoção à época (e ainda

prevalece até hoje) era o princípio do maior interesse da criança. Para o referido princípio, o legislador deixou claro que deveria haver um abandono do pensamento de que a adoção seria uma mera forma de consolar os casais em razão da suas condições naturais, culturais ou religiosas que os impediam de possuir filhos, e passou a fundar-se na concepção de que deveria se favorecer ao adotando, prezar pela efetividade concreta de seus Direitos Fundamentais, como direito a vida, saúde, dignidade, conferindo também igualdade de filiação, em todas as formas de lei.

O filho adotivo é filho, seja maior, seja menor, titulado os mesmos direitos dos filhos consanguíneos, e a CR veda qualquer distinção quanto à filiação (art. 227, §6º), de modo que se pode hoje dizer que filho é um só, independentemente de origem ou natureza do parentesco. Sendo assim, não só não caberia diferenciar filhos adotivos maiores e menores, como, igualmente, não caberia distinguir qualquer deles em relação ao filho natural, de sangue. Daí a previsão de que o filho adotivo, qualquer que seja, passa a integrar uma nova família, desprendendo-se da vinculação com a família de sangue, para quaisquer fins, ressalvados os impedimentos matrimoniais, assim evitando-se casamento eventual entre consanguíneos. Assim, o filho adotivo passa a ter relações de parentesco com os parentes dos pais adotivos, à semelhança, ou melhor, identicamente ao parentesco natural, da mesma forma que entre eles e os parentes, na linha colateral até quarto grau, estabelece-se vínculo sucessório, tanto quanto o alimentar, só que na linha colateral até segundo grau, como é o regramento geral da matéria (art. 1.697). (CARVALHO FILHO, 2017, p. 1.715)

Importante destacar que os parâmetros e diretrizes que tanto a Carta Maior quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxeram ao sistema da adoção, ostentam que a efetivação do direito da adoção por parte das famílias se baseiam atualmente em um processo judicial, com entrevistas as partes, estudos de caso, visitas de órgãos responsáveis à residência da família adotante, ou seja, a família passa por um sistemático processo de avaliação

para que possa dispor de um filho adotivo, visando com esses ditames, um melhor bem-estar geral ao adotando. Mister se faz evidenciar os seguintes pontos: ao contrário das legislações passadas, hoje o procedimento da adoção conta com direta e indispensável presença do Poder Judiciário, porém, ainda permanecia como exigência para a adoção a existência de uma família, formada por homem e mulher, devendo durante o procedimento judicial da adoção demonstrar a solidez familiar, ou, nas palavras do legislador, “estabilidade da família” como um dos requisitos para a habilitação da adoção, conforme o dispositivo do Código Civil de 2002 (posteriormente revogado pela Lei 12.010, chamada de Lei da Adoção), que dizia: *“Só a pessoa maior de dezoito anos pode adotar. Parágrafo único. A adoção por ambos os cônjuges ou companheiros poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado dezoito anos de idade, comprovada a estabilidade da família”*. Percebe-se que não havia nenhuma situação expressa acerca da adoção por pessoas solteiras e muito menos por casais homoafetivos.

### **3.3 Adoção nos Dias de Hoje**

Após destacar objetivamente todas as alterações que se deram no transcorrer das legislações vigentes na história, anota-se que muitos valores que, em décadas atrás, eram de um determinado significado, hoje, se flexibilizaram e abriram novas possibilidades jurídicas na legislação pátria, objetivando um respeito maior a princípios constitucionais e direitos fundamentais aos infantes adotandos e também aos adotantes, da mesma forma que preza por um caminho processual mais vagar e cuidadoso, ao analisar cuidadosamente cada fase processual com a diligência de atos que buscam ter uma certeza quase absoluta antes de proceder a adoção, evitando queimar etapas e arcar com um revés que muitas vezes pode acarretar em situações irreversíveis para a vida da criança adotanda e também aos pais biológicos, nos casos de

destituição do poder familiar, onde, antes da simples adoção, prevê-se uma ação que visa antes extinguir o poder familiar da família, para posteriormente haver acolhimento da criança em Casas de Acolhimento Infantil, e ao final de tudo, a eventual adoção por casais ou pessoas interessadas – sendo essa uma derradeira chance da família biológica se reestruturar para não perder a guarda do infante.

O contexto da adoção em muito se alterou também: de mera forma de satisfação de casais (devidamente casados) em razão da infertilidade ou outra incapacidade semelhante, à proteção integral do indivíduo adotando, com todos os direitos fundamentais possíveis, obrigando a família que pretende adotar a se encaixar em diversos aspectos positivos, tal qual passar por um amplo leque de avaliações, entrevistas, estudos sociais. Ou seja, a figura do adotando virou o núcleo da relação jurídica da adoção, e não mais a simples colocação de um filho a quem por razão de natureza não o poderia conceber.

Tratando-se dos termos e condições para a adoção, nota-se enorme diferença quanto aos requisitos das leis que antecederam o Estatuto da Criança e do Adolescente, Constituição Federal e Lei da Adoção (Lei 12.010/09): quanto ao estado civil, há uma relação de independência de qual seja o estado civil do adotante: viúvo, casado, união estável ou solteiro, porém, sendo o adotante casado ou vivendo em comprovada união estável, é obrigatória a adoção pelo casal, e não tão somente por um dos indivíduos que o compõem. Quanto a adoção por casal homossexual e a indivíduos homossexuais, a doutrina e a jurisprudência é gradativamente flexível neste quesito, mas este ponto será abordado no tópico seguinte.

Deverão também os pais ou o indivíduo que quiser adotar passar por um conjunto de exames que comprovem, mediante atestados, as suas plenas capacidades e ciência da situação – exames de sanidade mental, aptidões físicas, condição moral e condição financeira.

Destes requisitos, explica-se que o atestado de sanidade mental é uma questão simplesmente de ordem psicológica, estando tudo em ordem e o adotante não apresentando sinais de eventuais perturbações, tanto de origem natural – doença ou por efeitos de alcoólicos ou drogadição. Quanto ao exame de capacidade física, retrata que a família ou indivíduo adotante deve ter plenas condições.

A diferença entre 16 (dezesseis) anos entre o adotante e o adotado era a regra do ECA, que em seu art. 42, §3º, dizia: “§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.”. Porém, este comando foi derogado e não mais impõe-se como requisito para a adoção. Observa-se com sob uma expectativa positiva as evoluções a respeito dessa modificação: a flexibilização pode encurtar o tempo de espera da criança adotanda para que passe a ter uma família, pois, quanto antes a criança adotanda – que muitas vezes se encontram jogados em abrigos - estiver com sua família, mais rapidamente irá se adaptar ao novo lar e antes irá ter, finalmente, estabilidade psicológica na vida. Barrar pessoas com a pretensão de adotar em razão desta barreira poderia e muito piorar a situação de instabilidade da criança adotanda, que veria seu sonho de ter um lar cada vez mais distante. Ademais, qualquer medida de flexibilização deve ser fundamentada, devendo o julgador ter um enorme conhecimento técnico, e se debruçar sobre o processo e analisar minuciosamente cada circunstância e ponderá-la para achar um ponto de convergência que permita a flexibilização desta regra.

Porém, a elasticidade deste parâmetro alineador pode gerar disformidade na acepção jurídica da adoção. Sílvio de Salvo Venosa, ilustre civilista brasileiro, vê essa plasticidade como passível de artilosidades:

“No intuito de aproximar a adoção tanto quanto possível da natureza, exigia a lei que o adotante fosse pelo menos 16 anos mais velho que o adotado (art. 1.619, na redação originária). Assim também era no Código de 1916. O intuito era fazer da

adoção um instituto tão próximo quanto possível da família biológica. Contudo, a Lei da Adoção derroga surpreendentemente esse princípio. Extirpando-o da legislação. Não havendo lapso mínimo de idade entre adotante e adotado o sistema, a nosso ver, ficará passível de distorções sociológicas de todas as espécies, para dizer o mínimo, e fraudes, que podem causar danos inimagináveis à família e à sociedade. Caberá aos magistrados o máximo de bom senso ao deferir adoções que não imitam a vida.” (VENOSA, 2011, p. 209).

Por fim, foi sancionada a Lei Nº 13.509, de 22 de novembro de 2017, que dispôs a acelerar o processo da adoção nas seguintes situações, conforme nova redação do §15 do artigo 50, do Estatuto da Criança e do Adolescente: “§ 15. *Será assegurada prioridade no cadastro a pessoas interessadas em adotar criança ou adolescente com deficiência, com doença crônica ou com necessidades específicas de saúde, além de grupo de irmãos.*”

Outra notável alteração deu-se na Consolidação das Leis do Trabalho, alterando o art. 392-A no seguinte sentido: “Art. 392-A. *À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392 desta Lei.*”

Outro aspecto de relevante importância dentro do instituto da adoção é a possibilidade da adoção de menores brasileiros por estrangeiros. Discorre sobre o assunto a civilista Maria Helena Diniz:

A adoção por estrangeiro de criança brasileira tem sido combatida por muitos porque pode conduzir a tráfico de menor ou se prestar à corrupção. Por tais razões o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), além de punir, nos arts. 238 e 239, com reclusão de 1 a 4 anos e multa ou 6 a 8 anos e multa, havendo violência, quem promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado a enviar menor para o exterior, sem observância das formalidades legais, visando lucro, veio impor restrições, como logo mais veremos, às adoções internacionais, que poderão dificultá-las ou até mesmo interrompê-las. Como a adoção



internacional, em si mesma, não é um bem ou um mal, seria mais conveniente, então, que se estabelecessem medidas eficazes para punir corruptos e traficantes, em vez de criar exigências para sua efetivação, visto que o estrangeiro está mais preparado psicologicamente e economicamente para assumir uma adoção, não fazendo discriminações atinentes à raça, sexo, à idade ou até mesmo à doença ou defeito físico que o menor possa ter; ao passo que o brasileiro é mais seletivo, pois, em regra, procura, para adotar, recém-nascido branco e sadio, surgindo, assim, em nosso país, problemas de rejeição social. (DINIZ, 2017, p. 601)

### **3.4 Adoção por Homossexuais ou Casais Homoafetivos**

Como já citado anteriormente, o direito como um produto histórico e social, se emolda e reage de acordo com as necessidades e andamento da sociedade e seus pensamentos. Fontes de conhecimento, informação e questionamento como a cultura, a religião e a própria liberdade de expressão fazem com que os indivíduos questionem limites e barreiras, e repensem conceitos sociais e também jurídicos.

A questão da homossexualidade e suas vertentes que se desenvolvem através dela vêm pedindo espaço a cada instante que se passa no direito e na sociedade – não só no Brasil, mas como em todo o mundo. A questão do preconceito vêm sendo superada no longo dos anos. Embora ainda haja bastante preconceito – não precisa ninguém ser nenhum *expert* em qualquer assunto para tomar nota desta situação, basta ter um mínimo contato com a sociedade e prestar atenção nas suas opiniões, sendo que as redes sociais também são um exímio laboratório de ideias e manifestações – a sociedade tem dado respiros de uma maior aceitação e empatia para com os homossexuais.

Com uma breve reflexão, percebe-se que esse clamor social por um respeito maior aos homossexuais finalmente atingiu a esfera jurídica do direito de família: na adoção por casais homoafetivos ou por indivíduo homossexual, a jurisprudência felizmente vêm admitindo essa adoção, pois, a partir da decisão do

STF, em 2015, tendo a Ministra Cármen Lúcia negado recurso do MP/PR, mantendo posição positiva em relação a adoção de um infante por um casal homoafetivo.

Sob esse aspecto, permitiu-se emoldar como “entidade familiar” as uniões homoafetivas. Essa quebra de paradigma permite aos casais homoafetivos uma igualdade de tratamento nos processos de adoção, além de fazer repensar seriamente as questões de preconceito intrínsecas na sociedade.

Neste sentido, é a jurisprudência:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA. I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V. II. Debate que tem raiz em pedido de adoção unilateral - que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, onde preexistia um vínculo biológico, e o adotante queira se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança, mas que se aplica também à adoção conjunta onde não existe nenhum vínculo biológico entre os adotantes e o adotado.

III.A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável. IV. Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios. V.

Apesar de evidente a possibilidade jurídica do pedido, o pedido de adoção ainda se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando”.

VI. Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas“(...) têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo”. (FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi in : Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia jurídica . Curitiba: Juruá, 2009, pp.75/76).

Ademais, por conta da jurisprudência, com o passar dos anos, é viável pensar na iminência de cada vez mais decisões trilhando pelo caminho do respeito a dignidade da pessoa humana e uma maior observância das igualdades materiais dos casais homoafetivos. Resta a legislação se adequar a tal mudança, para inibir de uma vez as dúvidas e questionamentos sociais, que muitas vezes são dotados de preconceito e em nada contribuem para um bem-estar social.

#### **4. Conclusão**

O tema a ser tratado é de extrema importância para o Direito Civil de Família, visto que a afetividade veio sendo deixada de lado ao longo da história e como a sociedade vive em constante evolução/transformação, é necessário que o Direito se adapte a uma nova compreensão de família. A homoafetividade existe desde meados dos anos oitenta, porém este assunto, no que se refere a família, veio a ser debatido apenas nesta atualidade, uma vez que a proteção do patrimônio sempre prevaleceu sobre as relações socioafetivas, deixando de lado importantes direitos, tais como o reconhecimento da união estável.

Em relação ao instituto da adoção, a legislação pátria alterou substancialmente suas premissas ao recorrer da história. São várias limitações que foram deixadas para trás, por exemplo: Nas primeiras legislações, os pais deviam ter no mínimo 50 anos de idade para poder adotar, posteriormente, esse lapso diminuiu para 30 anos, recentemente, com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, 16 anos de diferença entre adotante e adotando, e hoje, com a nova lei da Adoção e entendimentos jurisprudenciais, pode haver a flexibilização deste instituto, visando sempre atender ao respeito dos direitos fundamentais do adotante, em minuciosa observância do princípio do melhor interesse do menor. Da mesma forma, essa flexibilização que vêm ocorrendo também passou a permitir adoção por casais homoafetivos, reconhecendo-os como uma entidade familiar.

Conclui-se que o estudo da afetividade nas relações familiares, em respeito aos princípios constitucionais de igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, se faz essencial para trazer esclarecimentos no tocante ao patrimônio, religião e política, os quais não devem se sobrepor aos indivíduos, podendo assim coexistir os vínculos biológicos com os afetivos, a fim de preservar os direitos fundamentais de ambas as partes envolvidas.

O direito existe para regular a vida em sociedade e limitar o poder do Estado frente as relações entre particulares, faz-se então necessário entender que a lei não deve burocratizar ou dificultar o acesso dos sujeitos aos seus fins, principalmente.

## 5. Referências

- ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. Direito Constitucional Descomplicado, 14<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2015.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988

CASSETTARI, Christiano. Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva. 2º ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em: 25 de ago. 2018. GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil, vol. 6. 1º ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA, Anna Mayara Oliveira. Adoção por casais homoafetivos: Do preconceito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Disponível em :>[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8165](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8165). Acesso em: 25 ago. 2018.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, vol. 5 : direito de família - 29 ed. - São Paulo : Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2017.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Et al. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. - 11 ed. rev. e atual.- Barueri, SP : Manole, 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Direito Civil: Famílias. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 627.

VENOSA, Silvio Salvo. Direito Civil: Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2011.



## A justiça restaurativa e sua contribuição na solução de conflitos envolvendo idosos

*Glaciane Menin<sup>1</sup>*  
*Mariana da Silva<sup>2</sup>*  
*Silvane Cambruzzi<sup>3</sup>*

### Introdução

O presente artigo tem como tema a justiça restaurativa e a sua contribuição nos conflitos envolvendo idosos. Tem-se como objetivo desvelar os resultados da implantação dessa prática junto à população idosa, a partir de método baseado em valores humanos e cultura de paz.

Serão analisados diversos aspectos, dentre eles resultados de aplicabilidade das práticas restaurativas e como eles podem contribuir para uma mudança significativa na atual situação de vulnerabilidade em que se encontram muitos idosos.

O tema é relevante em virtude do contexto atual de descaso que se encontra grande parcela da população idosa, bem como pelo fato do Judiciário não possuir condições de resolver de maneira efetiva tais pendências.

---

<sup>1</sup> glacimenin@hotmail.com

<sup>2</sup> maari.016@hotmail.com

<sup>3</sup> silvanec.cambruzzi@outlook.com

A estrutura do Sistema Judiciário não contempla que se discutam questões voltadas aos sentimentos, as vivências e aspectos subjetivos envolvidos nas situações. São colocadas em prática as rotinas e procedimentos previstos sem espaço para diálogo e compreensão entre as partes.

Nesse sentido, é possível perceber que nem sempre as decisões proferidas são cumpridas, às vezes resolve-se apenas o aspecto financeiro sem levar em consideração o emocional. Portanto, a análise aqui proposta será viável para abordar uma forma inovadora de tratar tais litígios.

Nesse tocante, é fundamental que sejam apresentados dados acerca de sua aplicação, bem como a forma como a mesma é apreendida frente aos seus usuários e as demais pessoas que os cercam, verificando-se, assim, se a mesma traz os resultados a que se propõe.

### **Aspectos legais relacionados a proteção da população idosa**

Inicialmente é necessário mencionar a importância da Constituição da República Federativa do Brasil como uma forma de buscar a garantia de direitos dos idosos. A Constituição Federal de 1988 é um instrumento fundamental na luta pela efetivação dos direitos desses sujeitos, é importante destacar que a mesma contribuiu de forma decisiva, introduzindo o conceito de cidadania, igualdade e equidade social. Considerada a mais democrática da história constitucional brasileira, é chamada de “Constituição Cidadã”, por defender a dignidade da pessoa humana, a democracia, a liberdade, a cidadania e a justiça social.

É dever da família, do Estado e da sociedade amparar o idoso, garantindo-lhe atendimento em atividades comunitárias, na defesa de sua dignidade e bem estar, no direito à vida, entre outros. A Carta Constitucional tem por objetivo a promoção do bem estar geral, sem distinção de origem, raça, sexo, cor ou idade. Assim, é evidente que visa através de dispositivos legais, também à proteção ao idoso,



promovendo dignidade, que deve ser preservada em todas as fases vitais. Além disso, cabe aos detentores do poder e também a todos os cidadãos não se omitirem frente a realidade de exclusão, onde são negados os princípios constitucionais que protegem o idoso, só assim, será possível garantir a proteção a esses cidadãos.

A Constituição Federal, apesar de sua abrangência legal, ainda enfrenta entraves para sua materialização, ou seja, na prática ainda se está longe de alcançar e atingir o seu desígnio. Os artigos demonstram igualdade, cidadania, dignidade, porém, muitas pessoas, incluindo idosos, vivem em situação de vulnerabilidade socioeconômica, não permitindo alcançar o que prescreve a Carta Magna.

No ano de 1994, mais precisamente no dia 4 de janeiro, instituiu-se a Lei 8.842, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso (PNI), cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências, que traz reconhecimento e valorização. A Política Nacional do Idoso reconhece a pessoa idosa, como cidadã portadora de direitos, define princípios e diretrizes que reconhecem os direitos sociais e as verdadeiras condições para a promoção da autonomia, integração e participação na sociedade, na perspectiva da intersetorialidade como um compromisso do Poder Público e também da sociedade civil (BRUNO, 2003, p.74).

A PNI tem como eixos: proteção social, garantia de acesso a saúde, moradia, transporte, renda mínima e inclusão social, que diz respeito à inserção social da população idosa através da participação em atividades que contribuam para isso (BRUNO, 2003, p.77).

O Ministério Público aponta algumas deficiências na Política Nacional do Idoso, entre elas, a falta de especificação da lei que contribua para criminalizar as ações preconceituosas e discriminativas, o desprezo e a injúria para com o idoso, bem como nas publicidades que mostram, expõem e adotam condutas ofensivas contra a pessoa idosa. Além disso, aponta as dificuldades em tipificar o abandono do idoso em hospitais ou outras entidades assistenciais para a punição de parentes das vítimas, indicando a

falta de critérios para regularização de asilos e outras instituições (PORTO, 2002, p.86). A esse respeito:

Política Nacional do Idoso objetiva criar condições para promover a longevidade com qualidade de vida, colocando em prática ações voltadas, não apenas para os que estão velhos, mas também para aqueles que vão envelhecer, bem como lista as competências das várias áreas e seus respectivos órgãos. A implantação dessa lei estimulou a articulação dos ministérios setoriais para o lançamento, em 1997, de um Plano de Ação Governamental para Integração da Política Nacional do Idoso. São nove os órgãos que compõem este Plano: Ministérios da Previdência e Assistência Social, da Educação, da Justiça, Cultura, do Trabalho e Emprego, da Saúde, do Esporte e Turismo, Transporte, Planejamento e Orçamento e Gestão (PORTO, 2002, p.2).

Conforme se observa a partir da PNI, as organizações e entidades públicas passam a ter obrigação em oferecer possibilidades de inserção do idoso, através de criação de locais especializados no atendimento geriátrico e gerontológico, centros de convivência, oficinas de trabalho, casas-lares, atendimentos individuais. Além disso, é preciso apoiar a criação de universidade aberta para a terceira idade, bem como, impedir a discriminação do idoso e, principalmente, garantir sua participação no mercado de trabalho (PORTO, 2002, p.39).

Em 2003, surge o Estatuto do Idoso (EI) como uma ferramenta muito importante de proteção e inclusão da pessoa idosa. O mesmo contempla a garantia legal que a sociedade devia aos seus idosos. Com o Estatuto, eles passam a ter ampla proteção jurídica para usufruir direitos da civilização, sem depender de favores, sem sofrer discriminações e humilhações. Sobre essa questão:

O Estatuto, além de ratificar os direitos demarcados pela Política Nacional do Idoso, acrescenta novos dispositivos e cria mecanismos para coibir a discriminação contra os sujeitos idosos. Prevê penas para crimes de maus-tratos de idosos e concessão de vários benefícios. Consolida os direitos já assegurados na

Constituição Federal, tentando sobretudo proteger o idoso em situação de risco social (BRUNO, 2003, p.79).

O Estatuto consolidou as garantias previstas nas demais leis e é um instrumento com muita relevância, pois prevê penalidades para crimes cometidos contra essa população. Salienta-se que até a aprovação do Estatuto do Idoso no Congresso Nacional, observa-se a ocorrência de um longo período de lutas e discussões movidas por instituições e pessoas interessadas em sua consolidação. No dia 22 de agosto de 2003 o texto do Estatuto do Idoso foi aprovado pela Câmara dos Deputados e, no dia 23 de setembro votado pelo plenário do Senado Federal, sendo aprovado por unanimidade (BRASIL, 2003,p.23).

Sem dúvida, houve avanço notório na garantia dos direitos, mas é preciso senso crítico, para entender as contradições que existem entre o que está previsto na legislação e o que ocorre na realidade. Além de perceber tais contradições é preciso lutar para efetivação do que prescreve a lei, buscando alternativas que garantam o direito dos idosos. É dever de toda a população, mobilizar-se para garantir efetivamente isso na prática, cada um a partir de sua responsabilidade: Estado prover políticas públicas; sociedade civil, fiscalizar e denunciar a violação de direitos.

Vale ressaltar, que o idoso está propenso a enfrentar diversas expressões da Questão Social, dentre elas: o preconceito, a desigualdade, o abandono, o desrespeito, a violência, e, em todas essas situações, encontra-se numa posição de subalternidade. Isso é visível na grande parcela da população idosa, que não encontra na família ou na comunidade onde vive um espaço de bem-estar e proteção social.

Nessa perspectiva, a justiça restaurativa surge como uma maneira alternativa de enfrentamento da realidade, à medida que os conflitos originários dessas expressões da questão social envolvendo idosos são tratados de forma mais concreta. As práticas restaurativas abrem espaço para discussão de questões voltadas ao

subjetivo e o íntimo dos sujeitos, abordando a questão a partir de sentimentos e percepções individuais de cada um.

### **Noções Gerais da justiça restaurativa**

A justiça restaurativa apresenta-se na atualidade como uma nova resposta aos conflitos, trazendo uma forma de solução baseada no encontro das partes envolvidas, oportunizando espaço para o diálogo, para a expressão dos sentimentos e das emoções decorrentes da situação apresentada, tendo como principal objetivo um acordo que terá como foco as necessidades individuais, bem como, os compromissos firmados.

No que se refere à origem pode-se afirmar que as práticas restaurativas se originaram nas formas de organização das sociedades comunais pré-estatais e no povo nativo, que tinham como base da cultura a manutenção dos interesses coletivos em prejuízo dos individuais. Junto a essas comunidades o não cumprimento de uma norma poderia acarretar o desequilíbrio, porém, o mesmo seria reestabelecido a partir de diálogo e compreensão das consequências que pudessem surgir (JACCLOUD, 2005, p.163). Já nas sociedades ocidentais a origem está diretamente ligada às tradições dos povos indígenas dos Estados Unidos e Canadá, bem como dos maori da Nova Zelândia (CUTSÓDIO, 2010, p.53).

(...)procedimento foi resgatado de comunidades aborígenes, cujos integrantes, na existência de conflito a ser dirimido, sentavam-se em círculo com vítima, ofensor, familiares e outros membros da comunidade; o chamado *Bastão da Fala* era usado para coordenar as manifestações, atribuindo ao portador a prerrogativa de falar e de ser ouvido; abordavam-se os valores da tribo e a importância do senso comunitário. Esse era o contexto no qual se buscava a solução para o conflito, sendo que todos os integrantes do círculo comprometiam-se à implementação e à observância do resultado coletivamente construído (MASSA; CRUZ; GOMES, 2016, p.310).

O surgimento do termo Justiça Restaurativa é atribuído a Albert Eglash, autor de um artigo denominado *BeyondRestitution: CreativeRestitution*. Em seu trabalho o autor apresentou três respostas possíveis ao crime, são elas: a retributiva, fundada na punição e no castigo; a distributiva, voltada à reeducação e ao tratamento do infrator; e a compensadora, ou restaurativa, baseada na reparação (CUSTÓDIO; COSTA, 2010, p.58).

Nessa seara, Jaccoud define a Justiça Restaurativa como uma aproximação que preconiza tanto ações individuais como as coletivas, tendo como foco o conserto das consequências decorrentes de um conflito, bem como a busca por meios de reconciliar as partes envolvidas (JACCOUD, 2005, p.169).

Sabe-se que a reconciliação pode ser um resultado a ser alcançado, muitas vezes é o desejado por todos, todavia, não é possível afirmar, tampouco prever que isso irá ocorrer, pois em muitos casos, resolve-se o conflito sem haver uma efetiva aproximação entre as partes. Isso não significa dizer que o trabalho foi em vão ou que a técnica não foi adequada.

No que se refere as definições mais utilizadas de Justiça Restaurativa deve-se mencionar a do norte-americano Howard Zehr, considerado um dos fundadores e principais teóricos sobre o tema no mundo, tendo como referência a sua obra “Trocando as Lentes”. Zher desenvolveu um estudo detalhado a respeito das concepções fundamentais das práticas restaurativas, destacando os seguintes aspectos: o crime é fundamentalmente uma violação de pessoas e relações interpessoais; as violações criam responsabilidades e a obrigação de corrigir os erros; a Justiça Restaurativa envolve vítima, ofensor e a comunidade no intuito de encontrar soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança, através do diálogo (ZEHR, 2008, p.170).

A justiça restaurativa possui muitos anos de experiências e estudos, porém ainda não há um consenso em relação a sua definição, trata-se de um conceito aberto e dinâmico. No entendimento de (Sica 2007, p. 10), a mesma vai além de uma teoria em construção,

tratando-se de um conjunto de práticas concertas que buscam a teoria (SICA, 2007, p.10). Para Zehr, (2008, p. 192):

O primeiro passo na justiça restaurativa é atender às necessidades imediatas, especialmente as da vítima. Depois disso a justiça restaurativa deveria buscar identificar necessidades e obrigações mais amplas. Para tanto o processo deverá, na medida do possível, colocar o poder e a responsabilidade nas mãos dos diretamente envolvidos: a vítima e o ofensor.

A justiça restaurativa é um processo moderno, que implica não somente o meio jurídico, e sim, de maneira mais ampla as áreas afins. Seus procedimentos específicos e principalmente seus resultados se pautam pela ressignificação da palavra “justiça”. Diante do caos do sistema penitenciário no Brasil, a justiça restaurativa é uma maneira nova de buscar enfrentamento dos conflitos que se instauram diariamente na sociedade.

Além do debate em torno ao conceito, ainda deve ser salientado que o termo “*justiça restaurativa*” acaba de ser empregado em diversas situações, ainda quem em campos não judiciais como, por exemplo, na resolução de conflitos escolares, hospitalares e empresariais, e até mesmo conflitos em comunidade *online*. Tais utilizações propiciam uso amplo dos procedimentos e das propostas do modelo em questão, mas oportunizam um leque de aplicações e possibilidades que escapam a qualquer tentativa de definição ou delimitação do que possa ser e com qual finalidade devem ser utilizados os procedimentos e métodos restaurativos em relação ao fenômeno criminal (ACHUTTI, 2016, p.65).

Há que se considerar a possibilidade de implantação da justiça restaurativa em todos os campos, não somente na área criminal. A possibilidade de trabalhar em escolas é uma alternativa para combater a violência. Além disso, a justiça restaurativa pode ser utilizada em conflitos familiares, judicializados ou não, muitas vezes envolvendo abandono, maus tratos e negligência contra idosos, população essa foco do presente trabalho.

Conforme o entendimento de Zehr (2008, p.259) quando um delito é cometido, a justiça retributiva preocupa-se, a princípio, em descobrir a autoria do crime, para, em seguida, analisar qual é a melhor e a mais merecida punição a ser aplicada ao ofensor. Já a Justiça Restaurativa, diante de um delito, guia-se pelas seguintes perguntas: quem sofreu o dano? Quais são as necessidades? Quem deve supri-las, e como? Quais as causas? Quem tem interesse no caso? Pois, o ponto central das práticas restaurativas é buscar corrigir o máximo possível a situação, reparando o ato lesivo, a fim de promover a cura dos atores envolvidos.

A abordagem da justiça restaurativa tem como foco a busca pela reestruturação dos laços sociais, dos danos e criação de compromissos e responsabilização. Assim, a pretensão do modelo restaurativo não é impor uma pena a partir da constatação de um fato, verificar o tamanho da culpa ou medir a proporcionalidade da resposta, mas, esclarecer qual é o dano, o que pode ser feito para repará-lo e a quem cabe a responsabilidade pela reparação (KONZEN, 2007, p.82).

Sabe-se que no processo tradicional, a vítima acaba ficando em segundo plano, ou seja, se detém a prestar os esclarecimentos necessários ao andamento da ação penal, porém não é disponibilizado a ela um momento para reflexão, tampouco atenção e cuidado a partir das necessidades surgidas a partir de determinado fato criminoso, do qual tenha sido vítima.

Na justiça restaurativa o foco é outro, ou seja, é propiciado à vítima espaço para expor suas necessidades, inquietudes e possíveis limitações que tenham ocorrido através do trauma vivenciado. Contudo, importante destacar que a vitimologia não é absoluta, pois, da mesma forma, o agressor tem condições iguais de expor seus sentimentos e tudo mais que achar conveniente (SILVA, 2011, p.87).

Consoante a isso, é possível compreender que a justiça restaurativa, por mais que já tenha resultados expressivos, ainda se encontra em processo de afirmação e amoldamento na realidade social. Importante destacar a importância de preservação de seus

valores e princípios originais para que não haja desvio no caráter de sua aplicação efetiva.

No que se refere aos princípios da justiça restaurativa pode se citar os elencados por Braithwite, um dos precursores dessa prática. O mesmo apresenta alguns valores que não podem deixar de estar presentes quando se trata dessas ações, são eles: não dominação, empoderamento, obediência aos limites máximos estabelecidos legalmente como sanção, escuta respeitosa, igualdade, accountability/appealability (este princípio refere-se à liberalidade que o sujeito possui para optar pelo processo restaurativo em detrimento do tradicional) (PALLAMOLLA, 2009, p.63).

Nesse mesmo sentido, Saliba (2009, p.153) traz alguns princípios considerados fundamentais, quais sejam: a participação, a honestidade, o respeito, a interconexão, a humildade, o empoderamento, a responsabilidade e a esperança.

Quanto às técnicas, a justiça restaurativa utiliza como principais a mediação, a conciliação, a transação, as conferências de família e os círculos restaurativos. A prática dessa técnica valoriza a autonomia dos envolvidos e o diálogo, para que eles, através da análise conjunta do fato possam chegar ao reestabelecimento a harmonia da relação e, principalmente das pessoas (SILVA, 2011, p.91).

O objetivo central não é buscar culpados, tampouco transcender dinâmicas que visem a vingança, colocando rótulos, tanto na vítima quanto no agressor. A justiça restaurativa tem foco em ações futurísticas, com a sensibilidade de atender aos anseios de cada parte (SILVA, 2011, p.91). Nessa acepção:

Como visto, a Justiça Restaurativa apresenta uma resposta para o delito muito mais eficaz do que o sistema de justiça criminal, já que visa à restauração dos danos causados à vítima, à responsabilização do ofensor e à sua reintegração à comunidade, a fim de restabelecer os laços sociais rompidos com a prática do crime. Por isso, pode-se dizer que a Justiça Restaurativa, além de ser um processo jurídico, é um processo comunitário, em que as pessoas envolvidas em uma



situação de violência ou conflito - vítima, ofensor, familiares, comunidade - participam ativamente de um procedimento restaurativo, onde se abordam os problemas, identificam-se as necessidades não atendidas e busca-se construir soluções para o futuro, procurando restaurar a harmonia e o equilíbrio entre todos os envolvidos na demanda (SILVA, 2011, p.83).

Assim sendo, merece ser destacada a possibilidade que a justiça restaurativa proporciona no tratamento do conflito, pois, desenvolve maneira concreta de tratar a vítima, bem como, responsabilizar o agressor. O mesmo terá oportunidade de avaliar a sua atitude e estabelecer um processo de empatia com a vítima.

### **A Justiça Restaurativa como mecanismo de fortalecimento dos vínculos familiares e rompimento de situações de vulnerabilidade de idosos**

A justiça restaurativa pode ser aplicada em diversos locais, de forma judicial e extrajudicial, e tem a capacidade de servir como veículo de fortalecimento de vínculos familiares desgastados e rompimento de situações de abandono e vulnerabilidade da população idosa.

O contexto familiar envolvendo idosos é extremamente delicado. São identificados inúmeros conflitos, motivados, muitas vezes, por questões financeiras e de responsabilização. Nessa seara, busca-se mostrar como a justiça restaurativa pode contribuir para melhorar as situações de vulnerabilidade pelas quais os idosos passam. Tais situações que, muitas vezes, chegam ao Poder Judiciário e são tratadas de forma paliativa, ou seja, não são trabalhados os sentimentos e vivências envolvidas, o que seria o ideal para chegar a um resultado satisfatório.

Atualmente são muitas as formas de expressão da violência e desrespeito contra o idoso. Elas vão desde a violência física, emocional e negligência. A violência física inclui não somente agressão física, mas também a contenção física, a retirada de

medicamentos indispensáveis, a alimentação e cuidados médicos especiais, além de excesso de medicação, causando sedação e muitos outros sintomas. Já a violência psicológica inclui a agressão verbal, através de xingamentos, ameaças, humilhação, insultos, privação de informações, não-participação do idoso no processo de decisão nas questões de seu próprio interesse. Talvez menos visível, mas tão importante quanto, é a violência econômica, como a retirada do benefício do poder do idoso e uso inadequado, fazendo-o passar por diversas dificuldades (GROSSI; WERBA, 2001,p.46).

A questão econômica é algo que deve ser levado em consideração de maneira mais contundente. Os cuidados que os idosos demandam recursos, que muitas vezes são suprimidos de seus próprios benefícios. Ademais, os conflitos que surgem nessa seara são motivados, muitas vezes, pelo não comprometimento dos responsáveis, esses que possuem compromisso legal e moral frente ao amparo do ente familiar. Nesse sentido, Martins (2017, p.89) esclarecem:

A realidade com que se depara um familiar quando tem um idoso semi-dependente ou dependente no seu domicílio é preocupante, devido à demanda de cuidados especiais, com acentuada variação de tarefas. Essa família envolve-se por sentimentos intensos e conflitantes, difíceis de manejar. Com isso o cuidado manejado a esse idoso torna-se muito complexo. Para tanto, as famílias sob este enfrentamento precisam ser cuidadas e possuir a sua disposição um eficiente suporte social que as estructure e ofereça condições físicas e emocionais para se manterem saudáveis, cuidando do familiar idoso sob sua dependência.

É necessário considerar que cada situação é diferente da outra. O fato é que o descaso com os idosos é algo preocupante. A maneira de tratamento é diferenciada e contraditória, dependendo do lugar onde se vive. Na grande maioria das vezes, a visão negativa da velhice que prevalece, na medida que se valoriza a pessoa pela quantidade que produz e quanto ganha, o idoso, fora do mercado de trabalho, aposentado, acaba não tendo mais nada a

oferecer. Como resultado disso, observa-se o isolamento, a falta de estímulo para desenvolvimento das potencialidades e as diversas formas de violência, tornando-os pessoas tristes e amarguradas e, por fim, doentes. Segundo assevera Martins (2017, p.92

A violência contra a pessoa idosa representa um desafio ao setor público, aos serviços de saúde e aos profissionais que atuam na área do envelhecimento. A relação de proximidade e conflitos que envolvem os idosos e agressores é um dos elementos que precisam ser examinados com atenção. A família, embora seja responsável por grande parte dos casos de violência contra os idosos, precisa muitas vezes de suporte e escuta profissional, buscando compreender o contexto que envolve as situações de conflitos.

Tanto o Judiciário, Ministério Público e o próprio Estado, através de serviços especializados, como é o caso do Centro de Referência Especializado em Assistência Social(CREAS), buscam garantir a proteção dessa parcela da população e, que muitas vezes, possuem dificuldades para assegurar tal garantia.

Vive-se em uma sociedade carente de valores e princípios, onde a maioria das pessoas está apenas preocupada em acumular, muitas vezes, em detrimento das garantias individuais dos demais. Os familiares, em muitos casos, não possuem consciência de seus deveres frente ao cuidado com os idosos, o que se manifesta a partir das atitudes e comportamentos prejudiciais e violentos.

Nesse sentido, a justiça restaurativa surge como uma forma contemporânea de tratar os conflitos envolvendo o descaso e abandono com os idosos. Esse instrumento é utilizado e traz resultados positivos, à medida que busca responsabilização e conscientização acerca do papel de cada um dos envolvidos. Através do diálogo e instituição de um espaço seguro é possível buscar maneiras conjuntas de dar conta das necessidades e situações que possam surgir junto ao contexto familiar.

As práticas restaurativas contribuem para fortalecer, resgatar vínculos familiares rompidos e valores importantes como

o perdão e a compreensão. Além disso, a empatia é algo que surge nesse contexto, a medida que se possibilita que os participantes possam colocar-se um no lugar do outro e entender o que está por trás de uma atitude que tenha sido considerada inadequada.

A falta de diálogo faz com que haja distanciamento entre as pessoas que acabam deixando de conviver por questões mal resolvidas. Nessa seara, a justiça restaurativa, através de sua metodologia pode tratar de forma mais assertiva, aproximando e estabelecendo uma relação de confiança entre os envolvidos.

No tocante aos idosos que sofrem com negligência e abandono, convém destacar que os mesmos possuem situações decorrentes de contextos familiares fragilizados, sendo necessário e relevante que um dos encaminhamentos e tratativas das práticas restaurativas seja o acesso à rede de apoio, através de criação de políticas públicas específicas. Além disso, considera-se fundamental que se tenha uma visão sistêmica da realidade da família dos sujeitos atendidos, abordando as questões a partir de sua singularidade.

Com a aplicação da justiça restaurativa espera-se buscar a reparação dos traumas sofridos e prejuízos emocionais pelos idosos e seus familiares, fazendo com que cada um assuma as suas responsabilidades frente à situação posta. Tais compromissos devem ser proporcionais e razoáveis e estabelecidos mediante consenso.

Na justiça restaurativa os idosos ficam em uma posição de destaque, em condições de receber ganhos positivos à medida que terão suas necessidades atendidas, sem elas materiais ou emocionais. A prática promove a conscientização, melhor convivência e foco nos direitos dessa parcela significativa da população.

### **Os círculos de construção de paz e sua função no (re) estabelecimento de vínculos familiares**

Uma das metodologias adotadas na justiça restaurativa são os *Círculos de Construção de Paz*. A metodologia surgiu nos Estados Unidos, dentro da justiça criminal. Essa era a forma adotada para

incluir as vítimas de um determinado crime, o agressor e a comunidade em geral envolvida, com o intuito de proporcionar o bem-estar e segurança de todos (PRANIS, 2010, p.23).

KayPranis é uma professora norte-americana preocupada com a construção de uma sociedade pautada em uma cultura de paz. A mesma desenvolve treinamentos e escreve sobre Círculos de Construção de Paz. Trabalhou como planejadora da justiça restaurativa no Departamento de Correções do Estado de Minnesota de 1994 a 2003 (PRANIS, 2011, p.7).

Kay conduz, desde o ano de 1998, inúmeras atividades nas mais diversas comunidades, tais como: escolas, prisões, locais de trabalho, igrejas e famílias, de comunidades rurais em Minnesota até o South Side da cidade de Chicago, de Montgomery, no Alabama, à Costa Rica. A ativista busca com seu trabalho criação de espaços onde as pessoas tenham condições de se conectar uma com as outras, respeitando-se mutuamente (PRANIS, 2011, p.7).

Em que pese os Círculos tenham iniciado no contexto das audiências de varas criminais foram dados outros enfoques, até mesmo dentro do Sistema Judiciário. Muitos profissionais com visão utilizaram a metodologia para garantir a eficácia da supervisão comunitária nos casos de apenados em liberdade condicional (PRANIS, 2010, p.23).

Mesmo que inicialmente o Círculo tenha sido voltado para a justiça criminal, sabe-se que, atualmente, ele vem sendo utilizado nas mais diversas situações, muitas vezes, como forma de prevenção de violência e conflitos, envolvendo populações como: crianças, adolescentes, idosos, entre outros. Segundo o ensinamento de PRANIS, (2011, p. 35):

O círculo é um processo estruturado para organizar a comunicação em grupo, a construção de relacionamentos, tomada de decisões e resolução de conflitos de forma eficiente. O processo cria um espaço à parte de nossos modos de estarmos juntos. O círculo incorpora e nutre uma filosofia de

relacionamento e de interconectividade que pode nos guiar em todas as circunstâncias – dentro do círculo e fora dele.

O Círculo é a maneira encontrada para reunir as pessoas interessadas em determinado caso conflituoso, onde são levados em consideração os seguintes aspectos: respeito mútuo, igualdade entre os participantes, onde são oportunizados a todos que falem acerca de seus sentimentos e experiências. Os Círculos são indicados quando há duas ou mais pessoas que possuam opiniões diversas, necessitam tomar uma decisão que envolve diálogo ou ainda para tratar de alguma situação que tenha causado danos a alguém (PRANIS, 2010, p.20).

Os Círculos de Construção de Paz têm como alicerce uma forma específica de diálogo, bem como em rituais e culturas aborígenes e ancestrais. Os processos circulares, com o passar do tempo, foram se adaptando às circunstâncias que surgiam, pois devem estar amoldados à realidade de fato (PRANIS, 2010, p.31).

Nesse diapasão, explana-se que para algumas culturas os processos circulares são considerados espaços sagrados, possibilitando aos envolvidos buscar o melhor de si, conduzindo para o aprendizado, convivência, favorecendo o entendimento às diferenças (PRANIS, 2010, p.33).

A forma geométrica dessa prática revela os seus objetivos principais, igualdade, conexão, inclusão, proporciona foco, comprometimento e participação em um espaço de segurança e respeito, onde prevalece a construção do consenso (PRANIS, 2010, p.18).

O círculo é um espaço intencional formatado para: apoiar os participantes a apresentarem seu “eu verdadeiro” – ajudá-los a se conduzirem com base nos valores que representam quem eles são quando eles estão no seu melhor momento. Fazer com que nossa interconectividade fique visível, mesmo em face de diferenças muito importantes; reconhecer e acessar os dons de cada participante; Evocar a sabedoria individual e coletiva; engajar os participantes em todos os aspectos da experiência humana –

mental, física, emocional e espiritual ou na construção de significados; e Praticar comportamentos baseados nos valores quando possa parecer arriscado fazê-lo. Quanto mais as pessoas praticam este comportamento no círculo, mais estes hábitos são fortalecidos para levar o comportamento para outras partes de suas vidas (PRANIS, 2011, p.35).

A metodologia é pautada para fornecer as condições, amparo e apoio no sentido de proporcionar um espaço seguro e em condições de efetivamente resolver a problemática. O Círculo é considerado o espaço adequado para que surja os valores do “eu verdadeiro”, muitas vezes, escondido atrás de rótulos, hábitos e pressupostos pré- estabelecidos. A medida que as pessoas se sentem seguras vão abrindo a sua vida e seus valores de forma natural, fortalecendo vínculos externos, bem como, contribuindo para sentimentos internos (PRANIS, 2011, p.36).

O estabelecimento dos valores é um momento crucial para o bom andamento do círculo, é o momento em que todos irão manifestar quais são os princípios que norteiam sua existência e o seu relacionamento em sociedade. “De maneira típica, as pessoas levantam valores como honestidade, respeito, sinceridade, carinho, coragem, paciência e humildade” (PRANIS, 2011, p.36).

O facilitador é peça chave para o sucesso do círculo, ou seja, ele tem a atribuição de conduzir o círculo de maneira que as pessoas sintam-se à vontade e confortáveis. Além disso, é fundamental que o mesmo aja com responsabilidade frente às questões que forem postas, agindo de maneira correta, dinâmica e sem julgamentos ou opiniões pessoais.

Os elementos essenciais para a realização de um círculo de construção de paz são: cerimônia de abertura, peça de centro, discussão de valores, orientações e diretrizes, objeto da palavra, perguntas norteadoras e cerimônia de fechamento. A cerimônia de abertura estabelece um espaço seguro, motiva os participantes a permanecerem e proporciona uma maior interconexão com os demais. Além disso, a tarefa é mobilizar os participantes sob todos

os aspectos (espiritual, emocional, físico e mental). Ainda de acordo com o entendimento de (PRANIS, 2011, p.38):

O círculo convida os participantes a deixar cair suas máscaras e proteções que eles usam e que criam distância de seu eu verdadeiro e do eu verdadeiro das outras pessoas. A abertura ajuda os participantes a se centrarem, a colocarem-se como completamente presentes no espaço, a reconhecer a interconectividade, a liberar distrações que não estejam relacionadas, e a estarem atentos aos valores do eu verdadeiro.

A peça de centro é utilizada como forma de criar um ponto de foco que auxiliará na concentração e é uma espécie de apoio para “falar a partir de si”. No centro do círculo podem estar presentes também objetos relacionados ao grupo em questão, o que será uma maneira tornar o espaço mais agradável e aconchegante. O espaço para discussão de diretrizes e valores, como já mencionado, é o momento para estabelecer o que deve ser considerado importante para aquele grupo, é a manifestação de sua cultura e maneira de vida.

As diretrizes descrevem os comportamentos que os participantes sentem que deixarão o espaço seguro para que falem suas verdades. As diretrizes não são restrições rígidas, mas lembretes que dão apoio às expectativas comportamentais que os participantes do círculo compartilham. Elas não são impostas aos participantes, mas são adotadas por consenso no círculo. Os participantes elaboram as diretrizes juntos, concordam com elas conjuntamente e então apoiam-se mutuamente para observá-las no decorrer do círculo (PRANIS, 2011, p.39).

Em relação às diretrizes, pode-se dizer que tratam e expressam o comprometimento do grupo. Não se tratam de regras utilizadas para julgar o comportamento do outro, mas sim lembretes que ajudarão a estabelecer o compromisso mútuo e espaço protegido.



O objeto da palavra, também chamado de bastão da fala, é utilizado como forma de organizar o círculo, o mesmo auxilia os participantes à medida que proporciona o direito de falar e o dever de ouvir. Somente pode falar quem está com ele, o que facilita o entendimento e propicia que todos sejam respeitados em suas opiniões. A pessoa que está com o objeto da palavra passa a receber atenção especial e total dos demais e tem o direito de falar sem ser interrompida (PRANIS, 2011, p.40).

O objeto da palavra retira o peso do controle dos ombros do facilitador e distribui o controle do processo entre os participantes. O facilitador poderá falar sem estar de posse do objeto da palavra, mas o fará somente quando for necessário manter a integridade do processo. Sempre que for possível, o objeto da palavra representa alguma coisa importante para o grupo. Quanto mais significado o objeto da palavra tiver (consistente com os valores do grupo) mais poderoso será para gerar um sentido de respeito pelo processo, alinhando os que falam com seu eu verdadeiro. O significado ou a história do objeto da palavra é compartilhado com o grupo quando for apresentado (PRANIS, 2011, p.40).

O objeto da palavra pode ser algo que tenha relação com o grupo, que possua um significado especial. Todos esses detalhes contribuirão favoravelmente ao processo e tornarão o ambiente adequado ao fim que se propõe.

As perguntas norteadoras também têm a finalidade de auxiliar o facilitador na condução da atividade. Elas irão estimular os participantes a falarem acerca do tema, exporem suas ideias e contribuições que serão de grande valia para todos. O foco são os sentimentos e não os fatos (PRANIS, 2011, p.40).

Por fim, a cerimônia de encerramento/ fechamento tem como objetivo afirmar os resultados obtidos e reconhecer os esforços ali despendidos. Prepara os participantes para retornar às suas realidades, levando consigo bagagem adquirida a partir da experiência de todos (PRANIS, 2011, p.40).

O processo decisório, ou seja, o resultado ou consequência do círculo deve ser algo consensual e não imposto, pois, desta forma, os compromissos ou planos ali firmados serão mais facilmente cumpridos. Em um Círculo de Construção de Paz buscase a sabedoria a partir das histórias pessoais, nesse caso as experiências vivenciadas são mais importantes do que meros conselhos. Os participantes partilham suas experiências pessoais de alegria, momentos difíceis, conquistas, vulnerabilidades com o intuito de compreender o que está sendo posto em pauta. O processo de construção de uma Cultura de Paz perpassa por quatro dimensões do ser humano:

O pensar (aspecto cognitivo): pensamento e ferramentas teóricas que independem da escolaridade das pessoas. O perdão e a reconciliação requerem formas de compreensão que devem ser transmitidas e refletidas coletivamente.- O sentir (aspecto emocional): as reações emocionais são um fator determinante em nosso agir. O perdão e a reconciliação supõem a retomada de experiências emocionais do passado e a disposição para viver o processo.- O atuar (aspecto comportamental): as experiências vividas e as formas tradicionais de responder a atuar precisam ser revistas ao longo do processo do perdão e da reconciliação.- O transcender (aspecto espiritual): as pessoas têm projetos de vidas e formas de passar pelo mundo que impactam aqueles que os rodeiam: família, amigos, comunidade, país, mundo. O processo de perdão e reconciliação afirma o sentido da vida coletiva e responsável (BLANEY;BOONEN, 2009, p.16).

Nesse sentido, aufere-se que em se tratando de mudança de cultura, é necessário que se trabalhe o ser humano a partir de todos os seus aspectos, nada de forma isolada, pois o mesmo está cercado de situações que influenciam na sua maneira de viver e agir.

Existem inúmeras áreas em que o círculo pode ter aplicabilidade, quais sejam: desenvolvimento de trabalho em equipe, pessoas que tenham interesse em celebrar algo importante, partilhar dificuldades ou aprender um com o outro (PRANIS, 2010, p.20).

Cabe ressaltar que o Círculo pode ser direcionado para a necessidade contida naquele contexto, porém, é necessário, que os princípios e metodologias sejam mantidos, a fim de obter maiores e melhores resultados.

Os objetivos do círculo incluem: desenvolvimento de um sistema de apoio àqueles vitimados pelo crime, decidir a sentença a ser cumprida pelos ofensores, ajudá-los a cumprir as obrigações determinadas e fortalecer a comunidade a fim de evitar crimes futuros (PRANIS, 2010, p.23).

Os Círculos auxiliam na interconexão entre as partes envolvidas e as mesmas têm possibilidade de exercer a empatia, falar acerca de seus sentimentos, frustrações, mágoas e expor a sua opinião frente a situação posta. Os conflitos são tratados em sua raiz, o que facilita, muitas vezes, uma reaproximação e até mesmo o perdão.

### **Considerações finais**

Ante ao exposto pode-se concluir que as formas pacíficas e autocompositivas podem ser implantadas e que terão resultados mais expressivos frente às questões conflituosas envolvendo a população idosa. Tal prática impede que questões familiares sejam encaminhadas ao Poder Judiciário, onde não é possível trabalhar de forma efetiva a origem do conflito.

Inicialmente, analisou-se as questões legais que se referem ao idoso, demonstrando que há previsão no ordenamento jurídico para a proteção desses sujeitos, o que não é observado na prática. Pode-se afirmar a carência de políticas públicas nessa área que visem ampliar a efetividade e a aplicação da lei de forma correta. Sabe-se que muitas são as dificuldades apresentadas, pois não é através de leis rigorosas que haverá mudança nas questões de abandono e negligência, as mesmas não são capazes de forçar um cuidado.

Nessa seara, há que se considerar a importância de abordagem das expressões da questão social e familiar na vida dos

idosos, as quais são verificadas diariamente. Tais manifestações estão calcadas principalmente pelas exigências de uma sociedade capitalista que valoriza o produtivo em detrimento de uma parcela significativa da população que apenas necessita de atenção e qualidade de vida após ter dado sua contribuição.

A Justiça Restaurativa, como instrumento de transformação da realidade, foi abordada a partir de esclarecimentos acerca do seu conceito, origem, princípios e objetivos, demonstrando que é a forma contemporânea de se tratar conflitos. Nesse sentido foi possível relacionar a metodologia dos círculos de construção de paz como uma maneira adequada para tratar efetivamente os conflitos envolvendo os idosos.

## Referências

ACHUTTI, D. S. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BLANNEY, J.; BOONEN, P. *Uma arte de viver e conviver Escola Perdão e Reconciliação*. São Paulo: CDHEP, 2009.

BRASIL. *Estatuto do Idoso: Agora é Lei!* Brasília: Senado Federal, 2003.

BRUNO, M. R. P. *Cidadania não tem idade: Serviço Social e Sociedade*, São Paulo: Cortez, 2003, p.74-83.

CUSTÓDIO A. V.; COSTA M. M.; PORTO R. T. *Justiça Restaurativa e Políticas Públicas: uma análise a partir da teoria da proteção integral*. Curitiba: Multideia. 2010.

GROSSI, P. K; WERBA, G.C. (Orgs.). *Violências e gênero: coisas que a gente não gostaria de saber*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

JACCOUD, M. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. *Justiça Restaurativa*. p.163, 2005.

KONZEN, A. A. *Justiça restaurativa e ato infracional: desvelando sentidos no itinerário da alteridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- MARTINS, A. N.E..*Mediação familiar para idosos em situação de risco*. São Paulo: Editora Edgard BlucherLtda, 2017.
- MASSA, A. A.G.; CRUZ, F.B.; GOMES, J.C.S..*Resgate da circularidade na resolução de conflitos indígenas*. Coletânea de artigos. Brasília: CNJ, 2016. p.299-317.
- PALLAMOLLA, R.da P. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.
- PORTO, M. A Política Nacional do Idoso: Um Brasil para todas as idades. Com Ciência, 10 de setembro de 2002. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/reportagens/envelhecimento/texto/envoi.htm>> Acesso em: 02 de novembro de 2017.
- PRANIS, K. *Teoria e prática: Processos circulares: série da reflexão à ação*. São Paulo: Palas Atena, 2010.
- PRANIS, K. *No coração da esperança: Guia de práticas circulares: o uso de círculos de construção de paz para desenvolver a inteligência emocional, promover a cura e construir relacionamentos saudáveis*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2011.
- SALIBA, M. G.*Justiça restaurativa e paradigma punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009.
- SICA, L.*Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.
- SILVA, L. *O Re(estabelecimento) da comunicação entre atores da comunidade local a partir da justiça restaurativa: A possibilidade de superação da violência estrutural e da alienação social para o exercício da cidadania solidária*. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2011.
- ZEHR, H.. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena. 2008. p.167-202.



## A mediação no conflito familiar

*Glaciane Menin<sup>1</sup>*

*Mariana da Silva<sup>2</sup>*

*Silvane Camile Cambruzzi<sup>3</sup>*

### Introdução

Viveu-se em uma sociedade, na qual, a predominância do autoritarismo do homem era extrema, seus filhos e sua mulher eram totalmente subordinados, o homem, chefe da família, exercia total domínio sobre todas as decisões do lar, dessa forma, não existindo nenhuma espécie de diálogo. Essa cultura pregava que somente após o casamento é que as famílias passavam a existir, e era esse pensamento que fortalecia esse modelo autoritário.

Com o passar dos tempos e o advento da mulher ao mercado de trabalho, e a inserção dos filhos ao exército, passou-se a limitar o domínio do homem na família, sendo que, tanto os filhos, como as esposas, adquiriam seus próprios pecúlios, não deixando que as decisões fossem tomadas ainda pelo homem, mas sim em conjunto, visualizando o melhor para ambos. O casamento deixou de ser um instituto perpétuo, e começaram a existir outras formações de famílias, constituídas principalmente pelo vínculo do afeto.

---

<sup>1</sup> glacimenin@hotmail.com

<sup>2</sup> maari.016@hotmail.com

<sup>3</sup> silvanec.cambruzzi@outlook.com

Nesse sentido, esse artigo buscou de forma breve, fazer uma contextualização na história e no conceito de família, para entender todas as transformações ocorridas nesse instituto, a fim de possibilitar uma maior compreensão acerca do casamento, bem como, do divórcio.

Assim como a sociedade evoluiu, o conceito de família também acompanhou essa evolução. Não existe mais uma definição única de família, e sim diversas formas de constituição, onde o mais importante não é o vínculo biológico, mas sim o afetivo, ainda cabe ressaltar, que essas novas famílias possuem total amparo do estado, bem como direitos e garantias para uma vida digna em sociedade.

Desse modo, além do estudo da origem da família e sua transformação, foi importante entender os princípios que norteiam o direito de família, para compreender, as garantias que foram adquiridas no decurso do tempo. Um dos mais importantes princípios é o da dignidade da pessoa humana. Essa dignidade deve ser sempre protegida pelo estado, de maneira a buscar o desenvolvimento, bem como, o bem-estar social de todos os indivíduos.

Outras mudanças de extrema importância e ainda mais atuais, são as famílias simultâneas, as famílias monoparentais, as famílias socioafetivas, os casais homoafetivos, as famílias constituídas pela união afetiva e principalmente, pela vontade de constituir família, que ganharam espaço na sociedade, assim como, no mundo jurídico.

Apesar de todas as transformações ocasionadas para a constituição de diferentes formas de família, um instituto ainda permanece em vigor, que é o divórcio. Desse modo, o trabalho se desenvolve no entendimento, de que seja o divórcio realizado de forma não conflituosa, buscando o bem-estar dos filhos e da sociedade familiar em geral.

Outrossim, em um segundo momento deste artigo se reservou a tratar da mediação familiar, todas as suas espécies, formas, bem como o estudo dos mediadores, os princípios da



mediação de maneira a possibilitar o entendimento de quão importante é esse instrumento, que busca a paz social.

Por isso, buscou-se compreender a origem da mediação, e como ela se desenvolveu em nossa sociedade, de maneira a perceber que quando surgiu à mediação no Brasil, ela era utilizada apenas como forma de reduzir o grande volume de processos no judiciário, sem muito se preocupar realmente com o seu real objetivo, que é a transformação da relação de modo a encontrar formas para a sua solução pacífica.

Posteriormente, percebeu-se que se a mediação somente utilizada como meio de reduzir a sobrecarga do judiciário não estava funcionando, sendo que, apenas visualizava um acordo rápido, para que as partes não buscassem o judiciário. Ocorre que, quando feita sem o consentimento das partes, e sem trabalhar com os reais motivos da demanda, não se chegava à solução completa da relação, dessa forma, posteriormente as partes acabavam buscando o judiciário para rever a mesma demanda, tendo em vista que não ficaram satisfeitos com o trabalho realizado pelo mediador.

Desse modo, se fizeram de extrema importância as escolas de mediação, bem como o estudo dos princípios norteadores da mediação, tendo os mediadores que passar por várias etapas para reconhecerem se estão aptos a atuar em um caso, de forma a encontrar juntamente com as partes, uma solução para aquele litígio.

Assim, os mediadores devem observar os princípios da imparcialidade, da flexibilidade, da aptidão, do sigilo, da credibilidade e da diligência, somente assim, conseguirão enfrentar uma situação de forma que todos saiam satisfeitos, e, portanto, com a relação decidida, não necessitando posteriormente a busca pelo judiciário para rever o que foi postulado na mediação.

E somente com a criação da Lei da Mediação (13.140/2015) e o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) é que esse instituto passou a ser incentivado, possibilitando um maior conhecimento acerca de suas vantagens para a população.

Por fim, passou-se ao estudo do instituto do divórcio, buscando compreender quais os motivos que podem lhe causar. Dessa forma, percebeu-se que uma de suas principais causas, é falta de diálogo na família, que acaba gerando muitos conflitos, que se tornam impossíveis de resolver sem a intervenção de uma terceira pessoa. Assim, como uma primeira opção, acabam buscando o judiciário, sem perceber que nem sempre é a melhor opção, sendo que existem outras possibilidades de resolver essa questão, como por exemplo, a mediação.

### **A ponderação dos conflitos no divórcio e o fim da conjugalidade**

O fim do casamento é uma situação que deve ser tratada com muita cautela, especialmente em relação aos filhos. A ideia de uma criança é de que sua família ficará unida para sempre, porém, quando se depara com a separação, essa criança ou adolescente pode sofrer muito. Portanto, irá necessitar o apoio de ambos os pais, somente assim, entenderá que não é sua culpa, e sim uma decisão encontrada pelos pais, de maneira a buscar o melhor pela família. E é nessas situações que se percebe a importância do instituto da mediação como meio de amenizar os conflitos conjugais, primando pelo bem-estar dos filhos.

Inicialmente para tratar desse assunto, deve-se observar que o instituto do casamento teve uma grande importância para a evolução do direito de família. Por um longo período perdurou a ideia que somente após o casamento as famílias passavam a existir, sendo qualquer outra forma de união discriminada. Assim,

Para entender a razão dos empecilhos historicamente impostos ao fim do casamento, é necessário atentar ao conceito de família, valorada como um bem em si mesmo. Sua manutenção era uma tentativa de consolidar as relações sociais. Tanto era assim que a ideia de família sempre esteve ligada a de casamento. Vínculos extramatrimoniais eram reprovados socialmente e punidos pela lei. O rompimento da sociedade marital figurava-se como um

esfacelamento da própria família (TEPEDINO, 1999, apud DIAS, 2017, p. 219).

Desse modo, apenas com a evolução da sociedade, e a quebra da cultura do homem chefe da família, passou-se a ter igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, deixando de existir qualquer atitude autoritária, passando a predominar o consenso, ou seja, a tomada de decisões em conjunto por todos os membros da família.

Ademais, com a criação e alteração de leis, o casamento deixou de ser a única opção para constituir uma família, e passou a vigorar o vínculo do afeto, sendo que qualquer pessoa que tenha um relacionamento afetivo com outra, pode se unir e ter seu reconhecimento como entidade familiar, tendo total proteção do Estado. Dessa forma, surgiram vários modelos de famílias, a exemplo, a união estável, a família monoparental, as uniões homoafetivas e, atualmente as famílias simultâneas.

Existem vários motivos que podem levar ao fim de um casamento, como por exemplo, quando acaba a cumplicidade do casal. Coisas simples que antes poderiam ser resolvidas com uma boa conversa, e encontrada uma solução em conjunto, agora se tornam grandes transtornos, afastando-os, até decidirem pela dissolução do vínculo conjugal. O mais complicado é que:

Somos oriundos de uma cultura que privilegiou o paradigma ganhar - perder. O ser humano se vê encurralado entre as impossibilidades legais na resolução de seus conflitos, e sua atitude natural é autodefesa, geralmente agressiva. Vê seu problema como uma batalha em que deve ser o vencedor e se perde nas derrotas, empobrecendo, assim, o espectro de soluções possíveis, o que leva ao ônus de geração de custos econômicos, afetivos e relacionais (CACHAPUZ, 2003, p. 131).

Por conta disso, os conflitos familiares acabam se tornando litígios processuais, travando-se uma batalha interminável pela razão, onde nenhum quer ceder, na maioria das vezes não pensando no bem-estar dos seus filhos, os quais não entendem

muitas vezes o motivo de tanta briga, ou até mesmo ódio, alimentado por pessoas, seus pais, que até pouco tempo atrás eram cúmplices, marido e mulher!

Para evitar esse desgaste, deve haver todo um cuidado com o que os filhos estão percebendo do convívio dos pais, pois, por mais nova que seja a criança, ela percebe, nitidamente, o afeto e a segurança que lhe é passado pelos pais. Desse modo, quando o casal perceber que não será mais possível o convívio familiar, deve buscar alternativas para que a criança ou adolescente não se sinta abandonada por nenhum dos cônjuges. Além disso, deve-se observar que,

Comumente, as decisões são tomadas sem diálogos em conjunto, sem preocupações com o núcleo familiar até ali formado. Cada um dos membros da família procura se defender; revestem-se eles de armaduras; conversam com amigos, parentes, com outros cônjuges que passaram pela experiência, mas o diálogo entre eles é restrito (FUGA, 2003, p. 39).

A falta de diálogo, é um dos motivos determinantes para a dissolução da sociedade conjugal, acontecendo um acúmulo de mágoas, que uma hora ou outra serão expostas, ocasionando assim, uma grande discussão, onde várias coisas que aconteceram há muito tempo serão explanadas, de maneira a ferir o outro.

Quando se torna difícil a convivência familiar, ocasionada por diversos motivos, entre eles, as discórdias, os pensamentos e rumos diferentes, muitos desistem de encontrar uma solução, principalmente pela dificuldade de ceder. Todos querem ser privilegiados, ou seja, que o seu ponto de vista seja favorecido, esquecendo-se, entretanto, que não se trata de ganhar ou perder, e sim do bem-estar e da melhor convivência familiar.

Assim, o divórcio acaba sendo a forma encontrada para acabar com aquele conflito, ocasionando uma disputa judicial muito maior, minando com a possibilidade de se encontrar uma solução em conjunto, ou de forma amigável, tendo em vista tudo o

que já foi proferido de negativo por ambas as partes, através de palavras ofensivas que foram dilaceradas, buscando apenas um ganhador, e não a resolução pacífica da controvérsia.

Nesse contexto, temos os filhos do casal, que estão em meio essa disputa, sofrendo, e não encontrando apoio em nenhum dos pais, que estão envolvidos apenas com suas frustrações. O fim da conjugalidade, pode ser muito mais doloroso quando não há o diálogo, tendo em vista que somente prevalece o instinto de sair como vencedor, deixando de lado aquela proteção que deveria ser empregada em relação ao filho.

O Código de Processo Civil em seu artigo 694<sup>4</sup> refere que nos processos de família deverá ser proposta a resolução consensual da lide, justamente pensando no bem-estar dos filhos, bem como, na reaproximação das partes possibilitando a convivência de maneira a proporcionar menos sofrimento aos menores envolvidos na relação.

De acordo com Fuga (2003, p. 75) “[...] tem-se como evidente que a família é a célula básica da sociedade, com ou sem conflitos, e a mediação familiar, uma forma de reajustar a circulação de afetos na família pós-ruptura conjugal”. Assim,

A mediação familiar é uma prática para restabelecer relações, quando tudo indica que a família está desmantelada por consequências da dissociação entre homem e a mulher, tentando minorar os prejuízos aos filhos. Com a intervenção da mediação familiar, é possível compreender que a separação e o divórcio não significam a dissolução da família, mas sua reorganização (FUGA, 2003, p. 75).

Portanto, a mediação surge como um meio de proporcionar o diálogo entre as partes, possibilitando entender o outro lado, e,

---

<sup>4</sup> Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

dessa forma, que os mediados cheguem a um acordo, ou seja, se reorganizem de maneira a possibilitar a sua convivência pacífica.

### **A mediação como forma de prevenção da competitividade parental quando do divórcio**

A competitividade dos pais em relação a seus filhos pode ocasionar profundos problemas de convivência em relação a um ou outro genitor. Um desses problemas é a alienação parental, que além de causar um transtorno enorme na cabeça da criança ou adolescente, impede que esse genitor esteja presente no transcurso da vida de seu filho. Assim,

[...] à alienação parental é compreendida como abandono afetivo e/ou material, pois se trata de violência silenciosa, para a qual não há ferramentas de procedimentos judiciais eficazes, aptas para consagrar o princípio de que a todo direito corresponde uma ação. Ademais, não há reciprocidade de direitos entre pais e filhos, posto que o genitor pode se valer de busca e apreensão do menor, seja para exercer o direito de visita, seja para recuperar a guarda que esteja com o outro, sem legitimidade. No entanto, a criança e o adolescente não dispõem do mesmo mecanismo para exigir o direito de estar em companhia do pai/mãe que não vem visitá-los (BARBOSA, 2015, p. 183).

Essa disputa entre os genitores acaba por ter seus reflexos nos filhos, que são privados de uma convivência harmoniosa com ambos os pais, além de presenciarem os constantes conflitos ocasionados, muitas vezes agressivos. Dessa forma,

[...] a alienação parental é a manifestação de conflito entre os genitores. Aliás, pode-se afirmar que não existe conflito entre pais e filhos, mas entre os genitores que, inconscientes dessas causas subjacentes, acomodam-se no uso dos filhos como *mísseis balísticos* das batalhas que alimentam entre si. E asseguram que a luta se trava em nome do imenso amor que têm pelos filhos. E

isso é real para a percepção desviada que eles têm da situação (BARBOSA, 2015, p. 184, “grifo do autor”).

Portanto, a mediação através de suas variadas ferramentas, pode contribuir muito, para que esse tipo de situação seja evitado, e que o bem-estar, e todos os direitos das crianças e adolescentes envolvidas em um processo de divórcio, sejam preservados, de modo a garantir a paz social, bem como, a convivência familiar harmoniosa.

Uma dessas ferramentas a serem utilizadas é análise do princípio da reaproximação das partes, que para a mediação é considerado fundamental, tendo em vista, a possibilidade de uma convivência harmoniosa entre as partes, principalmente, nas relações que envolvam filhos, cumprindo assim, seu objetivo principal que é a resolução de forma pacífica dos conflitos. Com relação a esse princípio e de acordo com Amanda Passos Gonçalves,

Em 29 de novembro de 2010 o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução nº 125/2010, implementando no âmbito do Poder Judiciário uma Política Judiciária Nacional para o tratamento adequado de resolução de conflitos. Através dessa Resolução, objetivou-se os centros especializados nos meios de tratamento de conflitos, de forma que se dê soluções mais adequadas a cada tipo de litígio, por meio da participação dos envolvidos que satisfaça seus interesses e a preservação de relacionamentos (2015, p. 15).

Portanto, com base nessa resolução, observa-se que as partes que buscam o instituto da mediação para resolver sua demanda, devem participar assiduamente do processo, de forma ética e responsável, preservando assim a convivência entre eles, e conseqüentemente, com os filhos.

Ainda a respeito da reaproximação das partes, o Superior Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, julgou o Agravo de Instrumento nº [70056448533](#), em acordo a esse princípio, no qual, conforme a relatora LiselenaSchifino Robles Ribeiro, “[...]Mostra-se recomendável, até como medida de

proteção aos menores, o acompanhamento terapêutico entre as partes, visando à reaproximação familiar”. Ademais, o fortalecimento dos laços dos filhos com os genitores é de extrema importância para a sua formação, bem como, a aproximação dos genitores, de maneira a permitir que estes conjuntamente decidam o melhor para os filhos e acompanhem seu desenvolvimento<sup>5</sup>.

A mediação é uma solução eficaz para prevenção da competitividade paterna, uma vez que,

[...] A meta da mediação é trabalhar com as diferenças do casal, atingindo também as semelhanças. É com as semelhanças que se chega as novas ligações, regem-se as desavenças, estabelecendo-se uma comunicação entre elas. Se não for assim, a harmonia será aparente, e logo despontará o fracasso da mediação (FUGA, 2003, p. 77).

Portanto, somente quando a mediação é trabalhada de forma completa, ou seja, com a participação de ambas as partes, com o seu desejo de solução, é que a mediação conseguirá ser efetiva, de maneira a não ocasionar conflitos posteriores. Assim,

[...] a resolução do conflito somente pode ser entendida como possibilidade de estabelecer uma comunicação entre os pares, uma comunicação que instale um novo vínculo, reavivando o que se tornara indiferente devido as convicções pessoais e transformando esta últimas, em razão de um ou outro sentimento (FUGA, 2003, p. 77).

Essa comunicação deve permanecer mesmo depois de encerrado o instituto da mediação, dessa forma, mantendo uma convivência harmoniosa, que será muito importante para o desenvolvimento das crianças e adolescentes, uma vez, que terão a presença constante de ambos os pais, que mesmo divorciados, se unem na busca para o melhor a seus filhos. É isso que a mediação

---

<sup>5</sup> TJRS. AGRAVO DE INSTRUMENTO: [70056448533](#) /RS/2013. Relator:LiselenaSchifino Robles Ribeiro. DJ: 10/09/2013.



busca, que as situações sejam encaradas conjuntamente, sem nenhuma espécie de competitividade, sem nenhum conflito, e sim de forma dialogada, sincera, e, em comum acordo.

A mediação é dividida em dois momentos, sendo um aquele onde as partes expõem os motivos do conflito, ou seja, por quais circunstâncias que estão optando pela separação. O segundo momento, é quando conjuntamente com os mediadores, as partes buscam de uma forma racional a solução, de modo a permitir que a controvérsia seja solucionada de maneira pacífica (FUGA, 2003, p. 88 e 89). Portanto a mediação pode ser entendida como,

[...] um novo serviço às famílias, especialmente aquelas que desejam ver a ruptura e o fim da vida conjugal sendo resolvidos sem deixar traumas. Um serviço que visa assegurar aos entes da família convivência familiar sadia, condição essencial ao desenvolvimento do ser humano. Em síntese, a mediação familiar distingue-se pela aplicação da interdisciplinaridade, na arte da dialética, integrando conhecimentos e investindo na reorganização da vida individual e da família (FUGA, 2003, p. 89).

Com essa reorganização, a mediação busca que as partes se reaproximem, de modo a ter um convívio pacífico, que apesar de todas as dificuldades enfrentadas, permaneça unida, possibilitando uma maior qualidade de vida aos filhos, bem como seu desenvolvimento.

Portanto, a mediação pode ser a forma encontrada para impedir a competitividade paterna quando do divórcio, tendo em vista que, “[...] os dois cônjuges devem estar presentes diante do mediador [...]” (FUGA, 2003, p. 99), onde de uma forma responsável irão dialogar sobre o conflito.

A participação de ambas as partes é fundamental, somente assim, o mediador poderá ouvir os dois lados, as angústias de cada um, bem como, tudo o que ambos pensam e sentem, e dessa forma, juntamente encontrar uma solução. Quando há essa participação, se torna mais fácil encontrar o motivo causador da discórdia.

Muitas vezes, o diálogo entre os cônjuges é restrito, por conta de todas as suas desavenças, dessa forma, impossibilitando que cheguem a um entendimento, o que acaba gerando uma competitividade. Portanto, quando as partes buscam a mediação, pode ser o momento que elas irão conversar, expor suas ideias e tudo o que lhe está causando algum prejuízo, de maneira fazer com que a outra parte tenha empatia, e conseqüentemente decidam de acordo com o melhor para ambas, uma decisão que não cause prejuízo a nenhum dos envolvidos, em especial, os filhos.

Assim, quando o mediador é convocado para realizar a mediação, deve seguir assiduamente todos os princípios que lhe foram impostos, de maneira a possibilitar que a demanda seja resolvida, de acordo com a vontade das partes, evitando-se que as partes busquem o judiciário para o enfrentamento da mesma demanda. Por isso, o mediador deve ser qualificado para tanto, e as partes devem colaborar para que tudo se resolva da maneira menos hostil.

### **Técnicas auxiliaadoras dos mediadores para o alcance da resolução do conflito conjugal**

O processo de mediação é muito importante no que se refere à busca pela paz social. Pois, de uma forma não conflituosa, tem o objetivo de encontrar em conjunto com as partes o problema fundador da controvérsia, e assim, uma solução que contente e satisfaça ambos.

De acordo com artigo 1<sup>a</sup>, parágrafo único, da resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça<sup>6</sup>, as alternativas consensuais

---

<sup>6</sup> Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

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

de resolução de conflitos devem ser incentivadas pelos operadores do direito, como por exemplo, a mediação, de modo a permitir que as partes solucionem o problema pacificamente. Nesse sentido,

[...] Os objetivos dessa Resolução estão indicados de forma bastante taxativa: i) disseminar a cultura da pacificação social e estimular a prestação de serviços autocompositivos de qualidade (art. 2º); ii) incentivar os tribunais a se organizarem e planejarem programas amplos de autocomposição (art. 4º); iii) reafirmar a função de agente apoiador da implantação de políticas públicas do CNJ (art. 3º) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 11).

Essas possibilidades de deliberar sobre uma questão de forma consensual, também estão dispostas no Código de Processo Civil, de acordo com seu artigo 3º, parágrafos 2ª e 3ª<sup>7</sup>, cabendo ao Estado promover a solução consensual dos conflitos sempre que possível, bem como, estimular essa prática.

Entretanto, alguns detalhes deverão ser observados para que o instituto da mediação não acabe perdendo sua função, de maneira a ocasionar um aumento considerável de demandas litigiosas.

Para tanto, conforme dispõe Fuga (2003, p. 78), a mediação deverá ser realizada pelas partes e pelo mediador de forma responsável, possibilitando que as partes mantenham um diálogo harmonioso, e que um acordo não lhes seja imposto, pois, [...] causa tanto mal se forçar um acordo, de modo a negar e não lidar com o conflito, quanto se acreditar que a lógica da mediação é a melhor e a única (BARBOSA; ALMEIDA; NAZARETH, 2000 apud FUGA, 2003, p. 78).

---

<sup>7</sup> Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

(...)

§ 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.

(...)

Uma das características da mediação é respeitar a vontade das partes, sendo que, apesar de haver o incentivo pelos operadores do direito, quem deve buscar o instituto são as partes, perante a sua vontade de resolver a demanda de forma pacífica. Para tanto, são submetidos à intervenção de uma terceira pessoa imparcial, para a busca pela transformação da situação. Todavia, se não ocorrer essa transformação ao final da mediação familiar, esse instituto estará fazendo o mesmo papel da conciliação judicial, feita pelo juiz (FUGA, 2003, p. 78). Por isso,

Significa dizer que a sentença final nem sempre consegue sorver o que as partes quiseram dizer durante a lide, e corre igualmente a mesma situação no acordo judicial. Nem sempre o acordo é lavrado com a real intenção das partes, porque elas não revelam verdadeiramente o que pensam e sentem (FUGA, 2003, p. 78).

Há de se ressaltar, ainda que,

Em matéria de família, só consegue avaliar bem o que ocorre quem está passando pelo sentimento, seja de amor, ódio ou indiferença. Por isso, são as partes as únicas que podem interpretar seus afetos: nem o advogado, nem o juiz, nem o mediador deve fazê-lo (FUGA, 2003, p. 79).

A mediação familiar pode ser utilizada como ferramenta para a solução de conflitos, mesmo se em um primeiro momento as partes não expressarem o seu real desejo, tendo em vista, que esse instituto é muito maior, e que [...] a mediação familiar é muito mais que a resolução de conflito, ela busca trabalhar com os sentimentos dos envolvidos, buscando suas semelhanças, e é através disso, que será encontrada a maneira de dirimir o conflito em relação à situação de uma forma há promover a paz social (FUGA, 2003, p. 79). Portanto,

Se o cruzamento das reações de amor e ódio impede que um casal encontre possibilidade de continuidade de vínculo familiar, após ruptura conjugal, a mediação familiar desenvolve nova

capacidade de comunicação entre os entes da família, para que a mesma encontre na pós-separação condições de possibilidade de vida familiar através de um acordo refletido, maduro e durável (FUGA, 2003, p. 79).

Essa reorganização da família permite um amadurecimento familiar frente às novas relações surgidas, de modo, a possibilitar a convivência entre as partes, bem como, o acompanhamento saudável no desenvolvimento dos filhos. A mediação proporciona um diálogo entre os membros da família, estabelecendo o entendimento durante o processo e no futuro, quando surgirem outras situações que demandem a participação de ambos para resolver (FUGA, 2003, p. 80).

Ocorre que, dentre os vários desafios enfrentados atualmente pela mediação, um deles é a falta de estrutura no Judiciário, bem como, a falta de qualificação dos mediadores, que podem arruinar o processo, ocasionando uma interminável disputa judicial pela razão. Quando o mediador não está apto a realizar a mediação, “[...] poderá colocar todo o intuito da mediação, a perder sua própria finalidade” (CACHAPUZ, 2003, p. 41).

Segundo Cachapuz (2003, p. 36) os mediadores devem observar todos os princípios éticos da mediação, sendo eles, a imparcialidade, a flexibilidade, a aptidão, o sigilo, a credibilidade e a diligência, realizando com responsabilidade e atenção seu trabalho, não deixando que nenhuma influência pessoal interfira na prática da mediação, dessa forma, agindo sempre com ética profissional.

Portanto, para que o instituto da mediação alcance seu objetivo, os mediadores possuem algumas tarefas que devem ser realizadas a fim de transformar o conflito. Dentre elas, “[...] levar as partes a retomarem a comunicação para poderem reformular seus conceitos e valores, a fim de que não se enraíze, ainda mais, o caos familiar” (CACHAPUZ, 2003, p. 68).

Outra tarefa é a de encontrar pontos convergentes e divergentes, de modo, a mostrar para as partes os motivos que

ocasionaram os problemas e de que forma poderá ocorrer a solução, de modo a não se repetirem no futuro. Destarte, cabe salientar que,

O casal, quando se encontra desestruturado, passa a ter uma linguagem totalmente agressiva, moldada de dores, sofrimentos, mágoas, desrespeito, como se toda a vida tivesse ocorrido dessa forma, sem que em nenhum momento houvesse tempos felizes, de afeto, compreensão e entendimento. O enfoque é apenas para os pontos divergentes (CACHAPUZ, 2003, p. 69).

É nesse momento que o mediador deve interagir com as partes, de modo, a permitir que encontrem os pontos em comum, ou seja, as coisas convergentes que aconteceram durante o matrimônio, e que assim, cada um perceba de que maneira pode contribuir para que a situação seja resolvida de uma forma menos contenciosa.

O mediador deverá também propor alternativas de solução, todavia, “[...] sempre com o cuidado de não apontar nenhuma, como única e sim, caminhar junto com as partes para chegar a um denominador comum” (CACHAPUZ, 2003, p. 70). Deverá também, restaurar a identidade das partes, pois,

A perda da identidade faz com que as realizações pessoais sejam transferidas para o outro cônjuge, que passa a ser o centro do universo, entendendo que sua perda, causaria a morte. Consequentemente essa situação passa a gerar medo, podendo ocasionar vários distúrbios emocionais, pois ninguém consegue ter equilíbrio afastando-se de sua própria identidade (CACHAPUZ, 2003, p. 72).

Desse modo, as particularidades de cada um devem ser observadas, somente desse modo, o mediador poderá interpretar o que está incomodando o outro, e assim, buscar o entendimento entre as partes.

Portanto, conforme Cachapuz (2003, p. 74) as partes devem ter autonomia, não deixando permanecer nenhuma forma de

autoritarismo, pois quando isso ocorre, há um desgaste na relação e no emocional da família, podendo acarretar uma desunião.

Ademais, o mediador deve fazer com que as partes vejam o relacionamento no futuro, para entender que a solução pacífica é a melhor forma a ser utilizada no direito de família, tendo em vista, que o fato de o casamento ter chegado ao fim, não terminou também com a família, que os frutos desse casamento permanecem, e devem ter toda a atenção e acompanhamento em seu desenvolvimento, dessa forma, as partes devem buscar o bem estar para seus filhos e a convivência harmoniosa pós-casamento (CACHAPUZ, 2003, p. 76).

E por último, mas não menos importante, o mediador deve assistir a mediação “[...] baseando-se em três aspectos fundamentais: comportamento dos mediandos, problemas a serem resolvidos na negociação e objetivos a serem alcançados” (CACHAPUZ, 2003, p. 77), assim, o mediador deve acompanhar a mediação, mas não indicar o que as partes devem resolver, deixando por conta de ambas a negociação, até que um acordo seja protelado.

No que se refere à estrutura do judiciário, pode-se perceber que,

[...] o aparato legislativo envolvendo o tema exigiu a criação de uma estrutura própria para atender a esses novos modelos de resolução de conflitos, que inclui a necessidade de regulamentações internas, espaços físicos e pessoal capacitado para a atuação na solução de controvérsias pré-processuais e judiciais, sem prejuízo de ainda homologar os acordos formulados extrajudicialmente, transformando-os em título executivo judicial (CABRAL, 2016).

Desse modo, o Judiciário deve se adequar a instituição da mediação, de forma, que cada vez mais, pessoas optem pela resolução consensual de suas demandas, buscando uma harmonia familiar, a fim de vislumbrar o desenvolvimento da mesma, e o bem estar dos menores e de todo o conjunto familiar.

Para tanto, conforme dispõe o caput do artigo 8º da Resolução nº 125 de 2010<sup>8</sup>, os tribunais deverão criar centros para a realização da mediação, ainda, de acordo com o parágrafo 3º do referido artigo, as Comarcas do interior como é o caso da nossa região, até não instalados os centros de mediação, poderão usar a forma itinerante para a resolução de um conflito<sup>9</sup>.

Sendo assim, mesmo o Judiciário não tendo uma estrutura adequada para que a mediação aconteça isso não pode se tornar um empecilho para esse instituto, tendo em vista tudo que pode ser proporcionado pela mediação familiar. Nesse sentido,

A adoção dos meios consensuais está sendo promovida de forma inovadora e otimista, com a expectativa de bons resultados. Se for aplicado de forma coerente, o Novo Código tende a proporcionar, ao menos, uma satisfação mútua dos interessados e o cumprimento espontâneo dos pactos, já que este será acordado entre as próprias partes. (BRANDÃO; TARTUCE, 2015, apud FERREIRA, 2016, p. 1).

Portanto, apesar de todos os desafios enfrentados pelo instituto da mediação, ele é uma ferramenta muito importante quando se fala em paz social, uma vez, que não se limita a resolução de um conflito atual, mas permite uma reorganização na família, envolvendo todos os seus membros, fazendo surgir o diálogo, e conseqüentemente evitando futuros litígios.

Por fim, como já ressaltado muitas vezes nesse trabalho, a mediação familiar no divórcio, é o melhor caminho para enfrentar

---

<sup>8</sup> Art. 8º Os tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

<sup>9</sup>Art. 8º (...)

§3º Os tribunais poderão, enquanto não instalados os Centros nas Comarcas, Regiões, Subseções Judiciárias e nos Juízos do interior dos estados, implantar o procedimento de Conciliação e Mediação itinerante, utilizando-se de Conciliadores e Mediadores cadastrados.

(...)



a reorganização familiar e permitir que a harmonia continue, e principalmente, que os filhos, sejam afetados da menor forma possível, e que seu bem estar e sua qualidade de vida seja preservado, e com a participação de ambos os pais, o desenvolvimento desta criança seja completo.

### **Considerações finais**

O presente trabalho teve como norte a curiosidade em compreender de que forma os conflitos conjugais poderiam ser amenizados, de maneira a diminuir o sofrimento das crianças envolvidas na relação de divórcio, e ainda, possibilitando uma convivência harmoniosa posterior, tendo em vista sempre, o bem-estar dos menores.

Para se chegar a conclusão da pesquisa foi necessário um grande estudo acerca da família, sua origem, conceitos, princípios, e sua evolução. Diante disso, percebeu-se que por um longo período da história o homem foi considerado o chefe da família, sendo sua mulher e filhos totalmente subordinados. Nesse período o casamento era tido como um contrato, somente podendo ser dissolvido em casos muito específicos, dessa forma, fortalecendo a autoridade do pater.

Porém, com o decurso do tempo, a inserção da mulher no mercado de trabalho, e os filhos buscando seus próprio pecúlios, a autoridade do homem passou a ser questionada, e as decisões do lar deixaram de ser somente as submetidas a ele. Desse modo, também evoluiu o instituto do divórcio, sendo que, não se necessita mais de motivos específicos para ser dissolvido, basta que uma das partes deseje seu fim.

Após a análise dessa evolução, passou-se par o estudo dos princípios que norteiam o direito de família, e que vislumbram sua proteção e garantia de direitos. Assim, existem princípios que valem ser lembrados, para se entender melhor uma das principais mudanças ocorridas na família. Como por exemplo, o

princípio da igualdade, que buscou inibir a autoridade do homem, que até então exercia domínio sobre sua mulher e filhos, extinguindo a hierarquia familiar, assim todos passaram a possuir os mesmos direitos e deveres, outro princípio, também muito importante, acredito que um dos que se deve dar maior atenção é o da vedação ao retrocesso, com ele todos os direitos adquiridos estão garantidos, não permitindo que se volte ao estado anterior.

Posteriormente, passou-se ao estudo da mediação, buscando compreender seus princípios, bem como, analisar sua inserção nas relações entre indivíduos como um meio viável para a resolução de conflitos de forma pacífica, de modo, que as situações fossem resolvidas, em acordo das partes, tendo em vista o melhor para a família, e principalmente, pensando de que forma, podem contribuir para um melhor desenvolvimento de seus filhos.

Para isso, foi necessário o entendimento das etapas que o mediador é submetido antes de iniciar a mediação, de modo, a perceber se ele está apto ou não para iniciar o procedimento, e dessa forma, buscar a satisfação das partes, sem deixar que assuntos pessoais interfiram na maneira como procede a mediação.

Em seguida a essa primeira análise sobre o instituto, se fez necessária a abordagem a Lei da Mediação ( Lei 13.140/2015) juntamente com o exame do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), para compreender que somente com essa edição é que a mediação passou a ser incentivada pelo judiciário, como um meio pacífico de resolução de conflitos, e não mais como um mera alternativa para a diminuição de demandas processuais.

Por fim, reservou-se a tratar especificadamente do divórcio, podendo perceber, que em muitos casos o mesmo é ocasionado principalmente pela falta de diálogo.

Habitamos uma sociedade onde é difícil ceder a opinião de outra pessoa, buscamos que sempre a nossa ideia seja a usada, e é nesse egoísmo, nessa falta de empatia, que relacionamentos de longos anos acabam sendo dissolvidos.

Na pesquisa foi destacado também, a falta de estrutura do judiciário para os centros de mediação, principalmente para municípios do interior, como é o nosso caso. Todavia, devemos acreditar que esse empecilho não pode ruir todo um instituto que tem tanto para contribuir para a nossa sociedade.

Assim, após o desenvolvimento de toda essa pesquisa já exposta, chegou-se a conclusão, que a mediação é sim o melhor meio a ser utilizado quando se fala em bem estar dos filhos, principalmente no processo de divórcio, uma vez, que possibilita a convivência harmoniosa entre os membros da família, de modo a primar pelo bom desenvolvimento de todos os indivíduos do lar, afastando qualquer forma de alienação parental, ou qualquer outro meio que prejudique o bem estar dos menores.

Para isso, a falta de estrutura do judiciário não deve diminuir o objetivo desse instituto, devendo os magistrados, bem como, todo o judiciário incentivar a mediação, possibilitando que cada vez mais litígios sejam resolvidos de forma amigável, buscando assim atingir a paz social.

## Referências

- BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação familiar interdisciplinar*. São Paulo: Atlas, 2015.
- \_\_\_\_\_. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. 2015. *Guia de Conciliação e Mediação Judicial: orientação para instalação de CEJUSC*. Brasília/DF: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1818cc2847ca50273fd110eafdb8edo5.pdf>. Acesso em: 03/05/2018.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *NCPC: Conciliação e Mediação. Uma visão sobre o novo sistema*. 2016. Disponível em: <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/346227885/ncpc-conciliacao-e-mediacao>. Acesso em: 03/05/2018.
- CACHAPUZ, R. R. *Mediação nos conflitos e direito de família*. Curitiba: Juruá, 2003.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

FERREIRA, Ana Clara. *A mediação e seus desafios no Código de Processo Civil*. 2016. Disponível em: file:///C:/Users/not/Downloads/12739-33864-1-SM.pdf. Acesso em: 03/05/2018.

FUGA, M. S. *Mediação familiar: quando chega ao fim a conjugalidade*. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2003.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 05/10/2017.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. *Atos administrativos*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 05/10/2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de instrumento*. Nº 70056448533. Sétima Câmara Cível – Porto Alegre/RS. Relator: RIBEIRO, Liselena Schifino Robles. Publicado em 13 de setembro de 2013. Disponível em: [http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=reaproxima%C3%A7%C3%A3o+das+partes&entsp=a\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&proxystylesheet=tjrs\\_index&getfields=\\*&sort=date:D:S:d1&as\\_qj=&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+&ulang=pt-R&ip=177.67.253.34&access=p&entqr=3&entqrm=o&client=tjrs\\_index&filter=o&start=10&aba=juris&site=ementario#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=reaproxima%C3%A7%C3%A3o+das+partes&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&sort=date:D:S:d1&as_qj=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+&ulang=pt-R&ip=177.67.253.34&access=p&entqr=3&entqrm=o&client=tjrs_index&filter=o&start=10&aba=juris&site=ementario#main_res_juris). Acesso em: 26/04/2018.

## **Aposentadoria especial do servidor público: aplicabilidade da súmula vinculante nº 33 do STF**

*Laercio Lamonatto<sup>1</sup>*

### **Introdução**

O objeto deste estudo está concentrado no instituto da aposentadoria especial do Servidor Público no âmbito dos Regimes próprios de Previdência Social – RPPS, com previsão no §4º, do art. 40, da Constituição Federal de 1988.

Desde a promulgação do texto constitucional de 1988, a qual prevê a possibilidade de aposentadoria especial por redução do tempo de serviço, àqueles trabalhadores públicos ou privados, que exerçam atividades consideradas insalubres, perigosas ou penosas, devido à exposição contínua a agentes nocivos, não houve por parte do Poder Legislativo, a devida regulamentação de tal benefício para a fruição dos Servidores Públicos.

A literatura previdenciária nos leva a entender que o art. 40 da CF/88, não é auto aplicável, mesmo que esteja previsto a utilização de critérios diferenciados para a concessão da aposentadoria especial no setor público, tendo como base as atividades exercidas em contato com agentes que prejudiquem de alguma maneira a integridade física ou a saúde dos servidores,

---

<sup>1</sup> prolaercio@bol.com.br

dependendo da elaboração de uma Lei complementar que regulamente tais casos.

Ainda carente de regulamentação, o mencionado art. 40, §4º, da Constituição Federal de 1988, tem sido objeto de um grande número de ações de injunção perante o Supremo Tribunal Federal, o qual vem reiteradamente determinando a aplicação subsidiária das regras contidas no art. 57 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que regulamenta o benefício previdenciário no âmbito do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, ou seja, para os trabalhadores inscritos neste instituto está assegurada a aplicação deste dispositivo.

A ideia, portanto, aponta para uma compensação do esforço do servidor em face da anormalidade por ele enfrentada, possibilitando-lhe a conquista de um benefício previdenciário sob requisitos e critérios distintos dos demais servidores que exercem suas atividades em condições normais. Com isso, rendeu o constituinte dupla homenagem ao princípio da igualdade. Proibiu distinções de critérios e requisitos entre os que exercem suas atividades em condições normais, e distinguiu destes aqueles que não lhes são iguais, por realizarem suas atividades funcionais em condições diferenciadas.

Devido à omissão por parte de nossos legisladores, os servidores públicos que exercem as atividades em contato com agentes que prejudiquem de alguma maneira a integridade física ou a sua saúde de uma forma geral, estão buscando seu direito a tal benefício através do ajuizamento de mandado de injunção perante o Supremo Tribunal Federal para este declarar a omissão legislativa e concomitantemente a possibilidade de aplicação por analogia da lei que rege a questão no regime geral de previdência social.

Frente a isso, e com uma crescente incidência de demandas injuncionais, o STF editou a Súmula Vinculante nº 33, baseada numa posição do direito concretista, a qual busca suprir

provisoriamente a omissão legislativa, no que tange a aposentadoria especial para os servidores públicos.

A morosidade do legislador em suprir a lacuna constitucional para a conquista da aposentadoria especial tem causado insegurança e ansiedade à classe dos servidores públicos. Com esta abordagem, procuro identificar o alcance decisório da referida súmula, bem como analisar os avanços na resolutividade em relação ao controverso tema em pauta.

## **2 - Aposentadoria especial:**

A aposentadoria especial foi instituída no Brasil a partir de 05/09/1960, com a finalidade de evitar a exposição prolongada dos trabalhadores a agentes nocivos à sua saúde e integridade física. Fundamenta-se ao reconhecer a necessidade de compensar os trabalhadores que de uma forma ou de outra exercem ou exerceram atividades em condições desfavoráveis e de maiores desgastes físicos.

Nesta seara, Maria Helena Carreira Alvin Ribeiro define como: “Aposentadoria especial, além de ser um direito, é um instrumento de técnica protetiva do trabalhador, destinado a compensar o desgaste resultante da exposição aos agentes nocivos prejudiciais à sua saúde ou integridade física. (2010, p. 632)”.

É notório e fático, que a aposentadoria especial destaca-se das demais formas de aposentadoria, uma vez que se verifica nesta espécie algumas condições peculiares as quais são submetidas os trabalhadores, tais como penosas e de risco, ou seja, situações agressivas à saúde ou a integridade física do trabalhador, tendo em vista a contínua exposição a agentes nocivos, prejudiciais a sua saúde.

A partir deste conceito, é possível interpretar, com base na Constituição, que a especial abrange somente um aspecto: o exercício de atividades laborais em condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física do trabalhador, isto é, visa possibilitar

que os trabalhadores que exercem atividades em condições prejudiciais a sua saúde ou integridade física, ou até mesmo penosas, tenham esse direito adquirido de forma antecipada, em razão de que as atividades a qual o trabalhador desempenhou ou vem desempenhando durante a sua vida profissional, foi mais desgastante de que o normal.

Em outras palavras, Leonardo Aguiar conceitua: “o trabalhador que sofreu uma debilitação maior do que os outros, em razão das condições em que trabalhava, fica prematuramente incapacitado de continuar trabalhando, e por isso tem direito a se aposentar prematuramente”. (2017, p. 275).

Em síntese, o autor deixa claro que tal benefício permite ao trabalhador submetido a condições de trabalho que prejudiquem a sua integridade física ou sua saúde, uma espécie de compensação, tendo em vista o desgaste sofrido pelo labor prestado em atividades consideradas gravosas.

É pacífico o entendimento da doutrina majoritária afirmando que a aposentadoria especial surgiu com a lei nº 3.807 de 26 de agosto de 1960, a qual em seu art. 31 previa:

Art. 31. A aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 50 (cinquenta) anos de idade e 15 (quinze) anos de contribuição tenha trabalhado no mínimo 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviço, que para esse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por Decreto do poder Executivo.

Porém com a promulgação da Lei nº 5.440 - A, de 23 de maio de 1968 a idade mínima foi suprimida tendo em vista que alguns trabalhadores submetidos a determinados serviços em condições especiais mal completavam os 50 anos, uma vêz que trabalhavam em situação de grave risco a sua saúde e integridade física, neste caso pede ser citado os trabalhadores da área de mineração que trabalhavam permanentemente no subsolo.



Não obstante, a Lei 9.032 de 28 de abril de 1995, no art. 57 e seus incisos trouxe significativas alterações e tratou do tema da seguinte maneira:

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

§1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.

.....

§3º A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado.

§4º O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício.

§5º O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício.

§6º É vedado ao segurado aposentado, nos termos deste artigo, continuar no exercício de atividade ou operações que o sujeitem aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta lei.

Assim, nota-se que são expressivas tais alterações, uma vez que a aposentadoria especial deixou de ser concedida em razão da atividade profissional, as quais os trabalhadores eram submetidos a condições insalubres, perigosas e penosas, vindo a ser concedida

em razão da exposição a agentes nocivos químicos, físicos e biológicos que prejudiquem a saúde ou integridade física do trabalhador.

Prosseguindo com tal assunto, Clemilton da Silva Barros, assim disserta:

A chamada aposentadoria especial, assim denominada exatamente por conta dos seus requisitos e critérios diferenciados, constitui um benefício previdenciário do tipo aposentadoria por tempo de contribuição, que visa garantir aos segurados não apenas os proventos, mas também compensar-lhe pelo desgaste resultante da atividade reconhecidamente exercida sob condições desfavoráveis à saúde ou à integridade física. (2012, p. 79).

Portanto, pode-se afirmar que a aposentadoria especial tem o objetivo de abreviar o tempo de serviço dos trabalhadores submetidos a tais condições, tendo como propósito que seus estados de saúde não sejam comprometidos de forma exagerada, ou seja, busca a proteção antecipada e diferenciada do trabalhador submetido a certo risco social, assegurando também, que com a proteção antecipada, irá diminuir o tempo de exposição do trabalhador aos elementos de risco a sua saúde e conseqüentemente a redução dos danos que ele estaria submetido.

## **2.1 Aposentadoria Especial no Regime Próprio de Previdência Social – RPPS:**

A aposentadoria com forma diferenciada, no que tange ao serviço público, foi prevista na **Constituição Federal de 1934**, no art. 170, §5º, a qual previa que o prazo para a concessão de aposentadoria por invalidez poderia ser reduzido nos casos previstos em Lei.

Art. 170 – O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo às seguintes normas, desde já em vigor:

(...)

5º - o prazo para a concessão da aposentadoria com vencimentos integrais por invalidez, poderá ser excepcionalmente reduzido nos casos em que a lei determinar;

Convém destacar que o parágrafo 4º do mesmo diploma legal, estabelecia que somente teria direito a tal benefício de forma integral, caso o funcionário tivesse mais de trinta anos de serviço público. Porém este período de tempo poderia ser reduzido, em determinadas situações, se assim dispuser a lei.

Já a **Constituição Federal de 1937**, em seu art. 156, letra “d” previu a aposentadoria compulsória dos servidores públicos aos 68 anos de idade, mas a lei poderia reduzir tal limite de acordo com a natureza do serviço, ou seja, previu a possibilidade de critérios especiais de aposentadoria, mantendo o mesmo entendimento em relação a invalidez, tratada na Constituição anterior, senão vejamos:

Art. 156 - O Poder Legislativo organizará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo aos seguintes preceitos desde já em vigor:

(...)

d) serão aposentados compulsoriamente com a idade de sessenta e oito anos; a lei poderá reduzir o limite de idade para categorias especiais de funcionários, de acordo com a natureza do serviço;

e) a invalidez para o exercício do cargo ou posto determinará aposentadoria ou reforma, que será concedida com vencimentos integrais, se contar o funcionário mais de trinta anos de serviço efetivo; o prazo para a concessão da aposentadoria ou reforma com vencimentos integrais, por invalidez, poderá ser excepcionalmente reduzido nos casos que a lei determinar;

f) o funcionário invalidado em consequência de acidente ocorrido no serviço será aposentado com vencimentos integrais, seja qual for o seu tempo de exercício.

Seguindo neste contexto histórico, convém destacar o entendimento de Clemilton da Silva Barros, que assim dispõe:

A matéria ganharia maior clareza e amplitude coma Constituição de 1946, quando a distinção dos requisitos alcançaria também a aposentadoria por tempo de serviço, assim dispondo o §4º do seu art. 191: “Atendendo a natureza especial do serviço, poderá a lei reduzir os limites referidos no inciso II e no §2º deste artigo”. O inciso II em referência tratava da aposentadoria compulsória, aos 70 anos de idade. Já o §2º tratava da aposentadoria voluntária por tempo de serviço, cujos vencimentos seriam integrais se o funcionário contasse com 30 anos ou mais de serviço; e proporcionais, se contasse tempo menor. (2012, p. 86)

Tal matéria foi novamente discutida com a **Constituição de 1967**, a qual em seu art. 100, §2º expressava:

Art. 100 – o funcionário será aposentado:

(...)

§2º - atendendo à natureza especial do serviço, a lei federal poderá reduzir os limites de idade e de tempo de serviço, nunca inferior a sessenta e cinco e vinte e cinco anos, respectivamente, para a aposentadoria compulsória e a facultativa, com as vantagens do item I do art. 101.

No mais, a **Emenda Constitucional nº 01/1969**, tratou de disciplinar a exigência de lei complementar para dispor sobre as regras de aposentadoria, conforme descrito “Art. 103 – Lei complementar, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, indicará quais as exceções às regras estabelecidas, quanto ao tempo e natureza de serviço, pra aposentadoria, reforma, transferência para a inatividade e disponibilidade”.

Apesar de várias Constituições Federais terem tratado do assunto, **foi na Constituição de 1988**, que a aposentadoria especial do servidor público foi tratada de forma mais específica, prevendo no art. 40, §1º, que Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, “a” e “c”, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.

A **Emenda Constitucional 20/98**, excluiu do seu texto os casos de atividades penosas e perigosas, prevendo apenas as

atividades exercidas sob condições prejudiciais à saúde ou à integridade física, definidas em lei complementar. Assim o legislador buscou tratar da matéria anteriormente disposta no §1º pra o §4º do art. 40 da referida emenda, onde afirmava:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluindo suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

(...)

§4º - É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar.

Tal matéria, novamente teve alterações com a **Emenda Constitucional nº 47/05**, a qual deu nova redação ao art. 40 §4º da Constituição Federal, tendo sido incluídas as hipóteses de portadores de deficiência e exercício de atividade de risco, porém permanecendo a necessidade de regulamentação por lei complementar, conforme redação abaixo.

Art. 40...

(...)

§4º é vedada a adoção de requisitos diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

I – portadores de deficiência;

II – que exerçam atividades de risco;

III – cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Todavia, apesar de já ter se passado quase trinta anos da criação da Constituição Federal, as leis complementares que disciplinariam a aposentadoria especial dos servidores públicos,

ainda não foram promulgadas, ou seja, o legislador continua em mora sobre a lei complementar que regerá os procedimentos relacionados a concessão do benefício em tela.

Neste sentido, Charles de Marchi assim destaca:

É sabido que no texto constitucional existem normas que não precisam de disciplina posterior sendo exequíveis desde a publicação da carta magna. Segundo a classificação de José Afonso da Silva são por ele chamadas de normas de eficácia plena. Contudo, existem no texto constitucional algumas normas que se caracterizam por sua eficácia limitada, ou seja, produzem alguns efeitos mínimos, porém dependem de regulamentação posterior para lhe conferir a eficácia plena. (2012, p. 48)

Já Fabrício de Fátima Souza Barbosa afirma:

Não é aceitável que um direito constitucionalmente estabelecido seja impossibilitado de ser usufruído devido a morosidade legislativa. A tenção do legislador ao mencionar uma Lei Complementar foi para melhor regular a matéria e não para impedir o seu efetivo exercício do direito. (2011, p. 23)

Portanto, para a plena eficácia de tal norma, é necessário sua complementação através de lei complementar, a qual ainda não foi apresentada, permanecendo assim como norma de eficácia relativa, dependente de complementação legislativa.

No mais, tal omissão legislativa tem prejudicado vários servidores públicos que buscam a concessão da aposentadoria especial, pois se estivessem filiados ao Regime Geral de Previdência estariam com seu direito garantido tendo em vista que tal benefício encontra-se regulado neste regime.

Assim, na busca de seus direitos vários servidores públicos, através de seus sindicatos ou até mesmo de forma individual, buscaram ingressar com mandado de injunção junto ao Supremo Tribunal Federal para terem seus direitos concretizados.

Em caráter decisório, o entendimento predominante da Corte é favorável aos servidores públicos, mandando aplicar por

analogia o disposto no regime geral de previdência social, no que tange aos servidores amparados pelo regime próprio de previdência. Tais decisões, levou o Ministério da Previdência a editar a Instrução normativa MPS nº 1/2010, de 22 de julho de 2010, estabelecendo critérios para o reconhecimento do tempo de serviço sob condições especiais que prejudiquem a sua saúde ou a integridade física pelos regimes próprios de previdência social.

Neste sentido Charles De Marchi disserta:

Em resumo, a referida instrução normativa dispõe que mesmo para os servidores públicos amparados por ordem concedida em mandados de injunção, deve-se aplicar os requisitos e critérios já estabelecidos para o regime geral para a comprovação e concessão de aposentadoria especial, tais como:

a) Tempo de serviço exercido sob condições especiais de modo permanente, não ocasional nem intermitente, não sendo admitida a comprovação do tempo de serviço público sob condições especiais por meio de prova exclusivamente testemunhal ou com base no mero recebimento de adicional de insalubridade ou equivalentes;

b) enquadramento da atividade prestada em condições especiais e à exposição aos agente nocivos, relacionados nos quadros anexos dos regulamentos, decretos e instruções normativas editadas pelo Ministério da Previdência para a concessão de seus benefícios, cujo enquadramento ficará a cargo da perícia médica do Regime Próprio de Previdência.

c) Necessidade de elaboração de formulário de informações chamado Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), que deverá ser preenchido pelo órgão responsável pelo assentamento individual do servidor na data da prestação da atividade especial e do Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho (LTCAT), ou documentos aceitos pelo MPS em substituição a ele, expedidos por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho que integre, de preferência, o quadro funcional da Administração Pública responsável pelo levantamento ambiental, podendo esse encargo ser atribuído a terceiro que comprova o mesmo requisito de habilitação técnica. (2012, p. 52, 53).

Assim, é de extrema necessidade que sejam elaborados o PPP e o LTCAT, pois é através desses que se terá um entendimento de forma geral das condições de trabalho do segurado, proporcionando uma análise justa e segura quando dá perícia médica por parte do servidor para a concessão do almejado benefício previdenciário. É possível ainda o ente público inspecionar o local de trabalho do servidor para confirmar se as informações contidas em tais documentos, realmente condizem com a realidade do trabalho prestado pelo servidor.

Em se tratando do Perfil Profissiográfico previdenciário, pode-se afirmar que se trata de um documento indispensável para a análise do trabalho em regime especial, pois é nele que deve estar descrito todo o período em que o segurado exerceu suas atividades em determinado órgão, ou seja, a vida laboral do trabalhador, tais como: dados administrativos, registros ambientais e resultados de monitoração biológica, além de outras informações que o perito achar necessário constar naquele momento.

Ressalta-se ainda, que o perfil profissional previdenciário, tende a proporcionar, mesmo que indiretamente, uma melhoria nas condições de trabalho dos segurados, pois se ficar demonstrado que há negligência por parte do empregador no que tange a medicina e segurança do trabalho, este poderá responder de forma civil e penal. Tal documento deve ser atualizado constantemente, em razão de que o segurado pode vir a deixar de exercer atividades especiais, bem como exercer em períodos alternados.

A falta de apresentação pelo empregador de tal laudo atualizado, no regime geral de previdência é passível de penalização prevista no art. 133 da Lei 8212/91. No regime próprio de previdência, a não apresentação ou até mesmo a apresentação de dados inverídicos lançados pelo órgão público, pode ocasionar crime de responsabilidade do gestor público, tanto nas esferas administrativa, civil e penal.



Outro elemento importante que deve contar no laudo técnico, é se existe no local de trabalho do servidor e se este faz uso de tecnologia de proteção individual ou coletiva, que possa diminuir a limites tolerantes ou recomendados, ou até mesmo cessar o agente caracterizador de atividades nocivas a sua saúde ou integridade física. É importante destacar que a mera utilização de equipamentos de proteção por parte do servidor ou até mesmo do empregado, dependendo do regime de contratação, não isenta o empregador de pagar os adicionais de insalubridade ou periculosidade, muito menos isenta a caracterização do tempo de serviço prestado em condições especiais, uma vez que tais medidas protetivas podem apenas serem paliativas, não protegendo o trabalhador de forma eficaz.

O entendimento doutrinário tem sido unânime em afirmar que apenas não será reconhecida a situação de atividade especial, caso os equipamentos de proteção, sejam eles individual ou coletivos, eliminar toda e qualquer possibilidade de exposição do segurado aos agentes prejudiciais a sua saúde ou à sua integridade física.

Em se tratando de Exposição a ruídos, cabe ressaltar que o uso de tais equipamentos de proteção, pode até eliminar a possibilidade de ter que remunerar os trabalhadores do adicional de insalubridade, porém jamais irá descaracterizar a atividade como especial, mesmo que o equipamento de proteção estivesse sido devidamente utilizado, ou seja, sempre que o trabalhador for submetido a níveis de ruídos acima dos limites de tolerância, de forma habitual e permanente, está caracterizada atividade especial, mesmo o laudo pericial concluindo que com o fornecimento do EPI (equipamento de proteção individual) os efeitos nocivos foram neutralizados.

Corroborando com tal tema, trago à baila o entendimento de Leonardo Aguiar que assim disserta:

No que tange ao agente nocivo ruído, o uso de equipamentos de proteção individual não afasta o reconhecimento da especialidade das atividades, pois os danos causados ao organismo humano vão além daqueles relacionados à perda da audição, tais como fadiga, depressão, stress, impotência, dentre outros. Concluindo, não existe equipamento de proteção coletivo ou individual que seja totalmente eficaz em relação aos ruídos. (2017, p. 310).

Nesse aspecto, a TNU (Turma Nacional de Uniformização) editou a Súmula nº 9: a qual destaca de forma taxativa que o uso de equipamentos de proteção individual (EPI), ainda que elimine a insalubridade, no caso de exposição a ruídos, não descaracteriza o tempo de serviço especial prestado.

Resta claro portanto, que a atividade exercida sob ruídos não basta a utilização de EPIs para neutralizar a incidência dos agentes nocivos ao trabalhador, mesmo com a utilização destes equipamentos o trabalhador continua exercendo seu laboro em atividade especial, pois os equipamentos de proteção não são capazes de eliminar os efeitos nocivos à saúde do trabalhador, uma vez que as vibrações transmitidas ao esqueleto humano não cessa, pois se dá através da via óssea e atingem o ouvido internamente. O EPI protege somente os sons que percorrem a via aérea.

### **3. Mandado de injunção**

O mandado de injunção é um importante mecanismo constitucional para combater a omissão Legislativa em relação a eficácia das normas constitucionais não regulamentadas por Lei específica, tais omissões acarretam algum tipo de perda de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Tal instrumento pode ser considerado novo em nosso ordenamento jurídico, pois não houve qualquer previsão legal anterior a Constituição Federal de 1988, muito menos doutrinas e precedentes jurisdicionais que tratassem sobre a questão, a qual

passou a ser tratada como uma importante forma de garantias dos direitos constitucionais, após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Assim o art. 5º inc. LXXI da Constituição Federal de 1988, tratou do mandado de injunção da seguinte forma:

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

LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Resta claro, portanto que o objetivo do mandado de injunção é de assegurar os direitos elencados na Constituição Federal, mesmo aqueles ainda não regulamentados por Lei específica, ou seja, é um remédio constitucional que busca garantir o direito de ação, frente a ausência de norma que regule preceitos constitucionais.

Nesse sentido, Clemilton da Silva Barros discorre:

Efetivamente, revela-se o mandado de injunção como uma ferramenta de verdadeira realização prática da disposição do art. 5º §1º da Constituição, tornando “todas as normas constitucionais potencialmente aplicáveis diretamente”, mesmo ainda se encontrando carecedoras da respectiva regulamentação, transformando faculdades previstas pelo texto Constitucional em efetivas garantias. (2012. p. 179, 180).

Sendo assim, podemos depreender de tais ensinamentos que o mandado de injunção está diretamente relacionado com a aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais, visto que nem todas as normas estão regulamentadas, necessitando portanto de uma regulamentação posterior por parte do Poder Legislativo.

Há de se observar ainda que a nossa Carta Magna em seu art. 103 §2º, afirma que será declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva a norma constitucional, senão vejamos:

§2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Com base em tal dispositivo, Charles De Marchi discorre:

Desse modo, desde a promulgação do texto constitucional de 1988, o STF tem exercido o controle de constitucionalidade por omissão adotando a teoria não concretista, principalmente nos casos propostos em Mandado de Injunção, na qual o pronunciamento do guardião da constituição limitava-se a reconhecer e declarar a mora do poder legislativo e fixar o prazo para a adoção de providências.

Deste a promulgação da Constituição Federal de 1988, os efeitos do mandado de injunção foi sendo aprimorado, o que ensejou por parte do Supremo Tribunal Federal na ruptura da teoria não concretista, e o reconhecimento dos efeitos do mandado de injunção pela teoria concretista, devendo o órgão jurisdicional julgar o caso concreto, decidindo sobre o direito postulado já constitucionalmente estabelecidos.

Portanto, conforme visto, o mandado de injunção vincula-se às lacunas constitucionais existentes carentes de norma regulamentadora, seja ela de qualquer tipo, buscando garantir a qualquer pessoa que se sinta prejudicada ante a inércia do legislador, o exercício dos direitos, liberdades e garantias constitucionais já previstas e consagradas no ordenamento jurídico.

### **3.1 Concessão de Aposentadoria Especial do Servidor Público via Mandado de Injunção.**

Vários servidores públicos, através de seus sindicatos ou até mesmo de forma individual, buscaram ingressar com mandado de injunção junto ao Supremo Tribunal Federal para terem seus direitos concretizados. Um importante marco, e sendo este o primeiro caso julgado pelo STF relacionado a aposentadoria especial no serviço público é o Mandado de Injunção nº 721 – DF, de 30 de novembro de 2007, o qual tratou a questão de uma auxiliar de enfermagem, funcionária pública que trabalhava em atividade insalubre. Tal julgamento teve o voto favorável do relator, tendo todos os outros ministros acompanhado seu voto, e deferindo a aposentadoria especial, tendo em vista que a omissão e a mora legislativa, acarretam severos prejuízos a saúde da servidora.

A partir deste posicionamento do Ministro relator Marco Aurélio, o entendimento do STF em relação ao mandado de injunção para a concessão de aposentadoria especial no que tange aos servidores públicos, teve um novo revés, ou seja, o STF passou a adotar um novo posicionamento em relação a tal benefício, haja vista que em outros julgados via mandado de injunção, a Corte afirmava que a concessão de tal benefício, se tratava de faculdade conferida ao legislador, não havendo direito constitucional a aposentadoria especial, pois carecia de norma regulamentadora, tal entendimento pode ser facilmente consultado no julgamento do MI 462.

O mandado de injunção nº 721 deferiu à servidora pública ocupante do cargo de auxiliar de enfermagem o direito à concessão da aposentadoria especial, tendo o plenário do STF buscado como fonte análoga para tal entendimento, o sistema do Regime Geral de Previdência.

Assim, tal mandado foi referência para assentar o entendimento concretista em nossa Corte Suprema, pois através dele foi declarado a existência de um direito, bem como determinar sua imediata aplicação.

Portanto, resta claro que mandado de injunção é uma ferramenta poderosa na busca de direitos, sempre que determinada norma não for regulamentada, porém tendo em vista a grande demanda repetitiva de mandados de injunção referente a aposentadoria especial do Servidor Público, o Supremo Tribunal Federal buscou editar a Súmula Vinculante nº 33, do que se ocupará o trabalho no próximo tópico.

### **3.2 Súmula Vinculante 33 do STF**

A Constituição Federal em seu artigo 103 A, bem como no parágrafo 1º, deixa claro que o Supremo Tribunal Federal (STF) poderá editar súmulas vinculantes, senão vejamos:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela EC 45/2004).

§1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela EC 45/2004)

Com base neste dispositivo legal, em 09/04/2014 o STF aprovou por unanimidade a súmula vinculante nº 33, publicada no Diário oficial da União em 24/04/2014, com o objetivo de equalizar o entendimento jurisprudencial a respeito da aposentadoria especial do Servidor Público, matéria essa que ainda carece de norma regulamentadora específica. Desta forma, tal dispositivo acima mencionado assevera:

SÚMULA VINCULANTE Nº 33 – STF - Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do Regime Geral de Previdência Social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição Federal, até edição de lei complementar específica.

Em resumo tal súmula estabelece a adoção para os Servidores Públicos segurados pelo Regime Próprio de Previdência – RPPS, das mesmas normas aplicáveis aos segurados do Regime Geral de Previdência – RGS, por conseguinte os órgãos públicos que possuam Regimes Próprios de Previdência ficam obrigados a manter a mesma documentação exigida para o Regime Geral, com o fundamento de possibilitar a apuração dos casos de aposentadoria especial.

Neste diapasão Wladimir Novaes Martinez disserta:

Em apertada síntese, a Sumula Vinculante STF n. 33 diz que os órgãos públicos devem apreciar os pedidos de aposentadoria especial dos servidores e deferi-las ou não, que dessas decisões, se houver pleito interposto ao Poder Judiciário, este terá de observar o verbete da súmula, isto é, caberá o exame da adequação do cenário a legislação dos trabalhadores da iniciativa privada (RGPS). (2016. p. 293).

Verifica-se portanto que os órgão públicos devem de forma administrativa apreciar os pedidos de aposentadoria especial dos servidores, deferindo-as ou indeferindo-as, observando para tanto o disposto na súmula vinculante nº 33. A denegação de tal benefício, poderá, a critério do servidor, ser interposto tal pedido mediante o poder judiciário, e este também deverá observar tal regramento.

Observa-se ainda, a partir do enunciado da referido súmula, que esta trata especificamente da aposentadoria especial do Servidor Público, capitulado no artigo 40, §4º, inciso III da

Constituição Federal, não tratando das hipótese do inciso I e II do mesmo diploma legal, que assim disciplina:

Art. 40 - ...

(...)

§4º é vedada a adoção de requisitos diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

I – portadores de deficiência;

II – que exerçam atividades de risco;

III – cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Ou seja, a referida súmula está regulando somente o inciso III, carecendo de norma regulamentadora os demais incisos, que a meu ver é uma questão de tempo para tratar dos demais incisos.

Alex da Costa Graciano, em seu artigo, disserta que:

Esta súmula veio por terminar com a necessidade de interposição de Mandado de Injunção por todo o servidor que objetivasse a concessão de aposentadoria especial por ter laborado em condições insalubres, vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, nos termos da Lei 11.417/2006. A proposta de súmula vinculante foi proposta pelo ministro Gilmar Mendes em decorrência da quantidade de processos sobre o mesmo tema recebidos pelo STF nos últimos anos, suscitando, na maior parte dos casos, decisões semelhantes em favor dos servidores. Segundo levantamento apresentado pelo ministro Teori Zavascki, durante a sessão, de 2005 a 2013, o Tribunal recebeu 5.219 Mandados de Injunção – ação que pede a regulamentação de uma norma da Constituição em caso de omissão dos poderes competentes – dos quais 4.892 referem-se especificamente à aposentadoria especial de servidores públicos, prevista no artigo 40, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição Federal. (Conteúdo Jurídico 2014).



Observa-se portanto, que a súmula vinculante 33, altera o panorama dos mandados de injunção, e emerge como esperança aos servidores públicos na concretização de seus direitos à aposentadoria especial.

Destaca-se ainda, que o STF reconhece que a doutrina está alinhada com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consolidada com a edição da Súmula Vinculante 33, no sentido de que se aplica a lei geral da previdência para os casos de aposentadoria especial de servidor público, conforme pode se verificar na Apelação nº 0023854-29.2015.4.02.5101, 8ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, Rel. Guilherme Diefenthaeler. j. 02.12.2016.

Em seu voto o relator deu provimento à apelação para conceder a aposentadoria especial com integralidade, "haja vista a comprovação de que a Impetrante exerceu atividade especial, de forma habitual, permanente e não intermitente". Para tanto, entendeu que a impetrante teria juntado aos autos documentos aptos a demonstrar que exercia atividades laborais em área de risco onde eram armazenados e manipulados explosivos de deflagração e denotação.

Conclui-se, portanto, que com a edição da Súmula vinculante nº 33 do STF, o servidor público passou a ter seu direito reconhecido à aposentadoria especial de forma administrativa, uma vez cumprida as exigências legais para tal benefício, devendo o órgão apreciara de ofício tal pedido, recorrendo ao judiciário somente se denegado o seu direito.

### **3.3 Conversão de Tempo Especial em Comum no RPPS**

Tal assunto tem gerado discussões e inúmeras ações judiciais de servidores pleiteando tal possibilidade, tendo por base a Súmula Vinculante nº 33, porém a doutrina entende que para o Regime Próprio de Previdência a conversão não é possível, enquanto que para o Regime Geral tem a possibilidade, senão vejamos:

MANDADO DE INJUNÇÃO 4.204 DISTRITO FEDERAL “Segundo a jurisprudência firmada no STF, não se admite a conversão de períodos especiais em comuns, mas apenas a concessão da aposentadoria especial mediante a prova do exercício de atividades exercidas em condições nocivas. Apesar de ser permitida no RGPS, no serviço público é expressamente vedada a contagem de tempo ficto, com fundamento no art. 40, §10, da Constituição (‘A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício’). Nesse sentido: MI 3875 AgR/RS, Pleno, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 09/06/2011, DJe 03/08/2011.”

TRF1-0264554) PROCESSUAL CIVIL. CONTAMINAÇÃO DECORRENTE DE MANIPULAÇÃO DE INSETICIDA (DDT). COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INEXISTÊNCIA. PREJUDICIAL AFASTADA. CONVERSÃO DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM. REGIME ESTATUTÁRIO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. (Apelação Cível nº 0009185-35.2011.4.01.3000/AC, 1ª Turma do TRF da 1ª Região, Rel. Gilda Sigmaringa Seixas, j. 31.08.2016, unânime, e-DJF1 14.09.2016).

Assim, ainda que reconhecidas na esfera administrativa as condições especiais de trabalho, a conversão do tempo de serviço especial em comum no que tange aos servidores públicos não é reconhecida em nossa jurisprudência, uma vez que este não encontra amparo no ordenamento jurídico, tendo em vista que a já mencionada súmula faz referência apenas a concessão de aposentadoria especial, e não de averbação de tempo de serviço especial para outras finalidades.

Nesta seara, convém destacar os ensinamentos de Charles De Marchi, que assim dispõe:

O Decreto nº. 4729/2003, que alterou o §1º do art. 125 do Decreto nº 3048/09, dispôs sobre o impedimento de conversão de tempo especial em comum para a contagem recíproca de tempo de serviço entre os regimes bem como impediu a compensação financeira entre ele, nesses casos.

Art. 125. Para efeito de contagem recíproca, hipótese em que os diferentes sistema de previdência social compensar-se-ão

financeiramente, é assegurado: §1º para os fins deste artigo, é vedada a conversão de tempo de serviço exercido em atividade sujeita a condições especiais, nos termos dos arts. 66 e 70, em tempo de contribuição comum, bem como a contagem de qualquer tempo de serviço fictício. (Parágrafo acrescentado pelo decreto nº 4.729, de 9/6/2003.

Assim, a conversão de tempo especial em comum opera-se atualmente somente no âmbito do Regime Geral, sendo vedada na esfera dos Regimes Próprios de Previdência. (2012, p. 58 e 59).

Prosseguindo com tal debate, o Ministro Luiz Fux lembrou que o STF, por meio da Súmula Vinculante 33, já afirmou ser possível aplicar as regras do RGPS para assegurar, até a edição de lei complementar específica, a concessão de aposentadoria especial ao servidor que atua em atividade prejudicial à saúde ou à integridade física, não tratando da conversão de tempo de serviço especial em comum. (Conjur, 2017).

O ministro observou ainda, que de acordo com as regras da Previdência Social, o tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde será somado para efeito de concessão de qualquer benefício. Isso após a conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum. (Conjur, 2017).

Em seu entendimento, é necessário definir se essa regra pode ser estendida também aos servidores vinculados aos regimes próprios de previdência pública ou se esse ponto específico se enquadra na ressalva da Súmula Vinculante 33. (Conjur 2017).

Por fim, Charles De Marchi entende que:

Essa situação penaliza o servidor da iniciativa privada que exerceu suas atividades em caráter especial e passou para o regime estatutário em atividade comum, bem como em caso inverso, graças à falta de regulamentação da aposentadoria especial no setor público. A conversão se faz necessária, pois, se quem trabalha sob regime especial pode se aposentar com tempo de trabalho reduzido, porém, o mesmo trabalhador muda de atividade ao longo de sua vida laboral, e, se o período de atividade

especial não for considerado de forma diferente da comum, esse trabalhador restaria prejudicado. Dessa forma, como a atividade especial “vale” mais do que a atividade comum para a contagem de tempo de serviço, esse tempo especial deve ser convertido em comum restando ampliado. Infelizmente a conversão de tempo de serviço especial em comum, só é realizada no âmbito do Regime Geral e apenas para sua utilização. (2012, p. 59 e 60)

Resta claro, portanto, segundo a jurisprudência firmada no STF, que não se admite a conversão de períodos de trabalho em condições especiais em comuns, mas apenas a concessão da aposentadoria especial mediante a prova do exercício de atividades exercidas em condições nocivas. Apesar de ser permitida no RGPS, no serviço público é expressamente vedada a contagem de tempo ficto, com fundamento no art. 40, §10, da Constituição. A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.

#### **4. Conclusão**

Face ao exposto no estudo do presente trabalho, entende-se que a Constituição Federal de 1988, assegura o direito de aposentadoria utilizando critérios diferenciados aos trabalhadores que exercem atividades em condições que prejudiquem a sua saúde ou a integridade física, com a possibilidade de se aposentar com menor tempo de contribuição, e a chamou de aposentadoria especial

Para os trabalhadores vinculados ao Regime Geral de Previdência, são amparados por lei específica em relação a aposentadoria especial, enquanto que para os servidores públicos vinculados ao RPPS, o benefício da aposentadoria especial carece de regulamentação específica por parte de nossos legisladores, o que tem gerado grande número de ações judiciais na busca de sus direitos.

Desta forma, os servidores públicos acabaram impetrando inúmeros mandados de injunções perante o Supremo Tribunal Federal, tendo este órgão reconhecido e concedido o benefício da aposentadoria especial, face a omissão do legislador.

É notório que o objetivo da aposentadoria especial para ambos os trabalhadores, (tanto da iniciativa privada bem como da pública), é de prevenir ou evitar situações que de alguma forma possam prejudicar a saúde ou a integridade física do trabalhador, e se isso acontecer oportunizar a possibilidade de uma compensação por estes desgastes, tais como a redução do tempo de serviço para ter acesso ao benefício social da aposentadoria.

Como consequência das inúmeras decisões em mandado de injunção, e buscando garantir um tratamento uniforme e pacífico nas decisões sobre a aposentadoria especial, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 33, a qual determina que seja aplicado ao Servidor Público, no que tange a aposentadoria especial, as mesmas regras do Regime Geral de Previdência.

Assim, a partir da edição desta súmula, é obrigatório a Administração Pública de forma em geral, realizar de forma administrativa a análise dos requerimentos de aposentadoria especial dos servidores submetidos a atividades que possam prejudicar sua saúde ou integridade física, mesmo sem o amparo do mandado de injunção, ou seja, com a edição desta súmula não é mais necessária o ajuizamento de Mandado de Injunção pelo servidor público para ter analisado o seu requerimento administrativo para concessão de aposentadoria especial, permitindo que a Administração conceda a aposentadoria especial quando implementados os requisitos para a sua concessão, observando-se a legislação do RGPS no que couber.

Pode-se aferir ainda, que tal normativa é um marco importante aos servidores públicos, na busca e concretização de seus direitos em relação a concessão do referido benefício, tendo o servidor que comprovar a exposição a agentes nocivos que prejudiquem a saúde ou a integridade física do trabalhador.

Portanto, é possível concluir que apesar das dificuldades enfrentadas pelos servidores em terem seus direitos garantidos administrativamente, a súmula vinculante 33 vem oportunizando a possibilidade de garantir o direito assegurado na Constituição Federal no que tange a aposentadoria especial, de forma administrativa ou de forma judicial, pois busca-se a igualdade e a isonomia ao nivelar os critérios de análise para a concessão de tal benefício.

## Referências

- AGUIAR, Leonardo. *Direito Previdenciário: curso completo*. Instituto Lydio Machado. Juiz de Fora /MG, ILM, 2017.
- BARBOSA, Fabricio de Fatima de Souza. *Aposentadoria Especial para o Servidor Público: A mora Legislativa e a decisão do Supremo Tribunal Federal*. Monografia. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2011.
- BARROS, Clemilton da Silva. *A Aposentadoria Especial do Servidor Público e o Mandado de Injunção*. Campinas, SP: Servanda Editora, 2012.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17 de Nov. 2017.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção MI721/DF Tribunal Pleno. Relator: Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2926415&tipoApp=RTF>>. Acesso em: 25.Mar.2018.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção M462/MG Tribunal Pleno. Relator: Moreira Alves. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/745635/mandado-de-injuncao-mi-462-mg>>. Acesso em: 25.Mar.2018.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Aplicação das súmulas no STF. Súmula Vinculante nº 33. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1941>. Acesso em: 05/02/2018

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

CONTEÚDO JURÍDICO. *A aposentadoria especial do servidor público e a súmula vinculante nº 33 do STF*. 06/06/2014. Alex Da Costa Graciano. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-aposentadoria-especial-do-servidor-publico-e-a-sumula-vinculante-no-33-do-stf,48440.html>>. Acesso em: 06.Mai.2018.

DECRETO LEI n.º 3.048/1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm). Acesso em 20 nov. 2017.

Emenda Constitucional n.º 20/98. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm)>. Acesso em: 25/11/2017.

Emenda Constitucional n.º 47/2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc47.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc47.htm). Acesso em 25/11/2017.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRACIANO, Alex da Costa. *A aposentadoria especial do servidor público e a súmula vinculante nº 33 do STF*. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-aposentadoria-especial-doservidor-publico-e-a-sumula-vinculante-no-33-do-stf,48440.html>>. Acesso em: 06 mai.2018.

Lei n.º 8.213/91. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2017.

Lei n.º 8.212/1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm)>. Acesso em 27 nov. 2017.

Lei n.º 3.807/1960. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/1950-1969/L3807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L3807.htm)>. Acesso em 27 nov. 2017.

Lei n.º 5.440/1968. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L5440.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5440.htm). Acesso em 27 nov. 2017.

MARCHI, Charles De. *Aposentadoria Especial no Município*. 1º ed. Leme/SP: Mundo Jurídico, 2012.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Aposentadoria Especial do Servidor*. 4º ed. São Paulo: LTr, 2016.

MARTINS, Bruno de Sá Freire. *Direito Constitucional previdenciário do Servidor Público*. 2º ed. São Paulo: LTr, 2014

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social: Custeio da seguridade social, benefícios, acidente do trabalho, assistência social, saúde*, 31. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro/Hely Lopes Meireles, José Emmanuel Burle Filho*. 42 ed. Até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.90. São Paulo: Malheiros, 2016

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. *STF analisará averbação de tempo de serviço especial de servidores*. 25/04/2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-25/stf-analisara-averbacao-tempo-servico-especial-servidores>>. Acesso em: 08.Mai.2018

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvin. *Aposentadoria Especial: regime geral da previdência social*. 4º Ed. Curitiba: Juruá, 2010.



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

*Priscila Dedordi<sup>1</sup>*

A Constituição Federal de 1988 é a lei maior do ordenamento jurídico brasileiro, os princípios que são nela consagrados, têm suma importância e devem ser utilizados quando a lei não contemplar alguma situação que afronte a dignidade da pessoa.

O direito de família atual está intrinsecamente ligado ao afeto, portanto a falta da afetividade, caracterizada pelo abandono dos pais em relação aos filhos, poderá gerar a possibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil, especialmente a configuração do dano moral.

Neste contexto, a escolha da temática do afeto no âmbito familiar, visto que com o advento da Constituição Federal de 1988, as relações familiares passaram a ser muito mais pautadas pelos laços afetivos existentes entre os membros de um mesmo grupo do que apenas pela consanguinidade.

E é nesse sentido que se analisará a aplicabilidade da responsabilidade civil com a fixação de indenização por danos morais a aqueles pais que deixam de zelar pelos seus filhos, negando-lhes valores inerentes a nova concepção familiar como o afeto, surgindo assim a possibilidade de compensação dos possíveis danos causados

---

<sup>1</sup> Possui graduação em Direito pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA (2009), especialista em Direito Processual Civil e Direito Civil pela Universidade de Passo Fundo – UPF. E-mail: prisciladedordi@gmail.com

aos filhos pela falta de afeto, e, considerando que não existe tutela específica acerca da problemática, existe grande divergência travada tanto na doutrina como na jurisprudência pátria.

Para tanto, se faz necessário uma abordagem a cerca da responsabilidade civil, sua evolução histórica no ordenamento jurídico, fundamentos e especialmente os pressupostos necessários para a configuração do dano e a possibilidade de indenização.

Após uma análise, a família, sua evolução histórica desde os primórdios da humanidade até a sua consagração como entidade integrante da sociedade com valores sociais e morais fundamentais, sem esquecer dos principais princípios aplicáveis ao direito de família, especialmente aqueles inerentes as relações familiares havidas entre pais e filhos.

Chega-se assim a indagação da possibilidade ou não de compensação dos danos morais pela falta de afeto, e de como quantificar o dano moral nessas questões, abordando-se para tanto, as posições jurisprudenciais e doutrinárias, discorrendo aqueles que defendem a possibilidade de compensação dos danos, e aqueles que acham impossível a ocorrência da fixação de danos morais pelo abandono afetivo.

## **1 Responsabilidade Civil**

Grande parte das relações interpessoais possuem influência do instituto da responsabilidade civil, pelo fato de ser ela que regula os aspectos econômicos e sociais das atividades que acarretam danos ou prejuízos, ou seja, toda a ação que cause dano a outrem deve ser reparada, e é justamente em virtude desta reparação que a responsabilidade civil tem seu escopo.

A análise do tema da responsabilidade civil envolve a manifestação da atividade humana, pois não é um fenômeno somente da vida jurídica, abrange também, os domínios da vida civil.

Corroborando no sentido de delimitar a responsabilidade civil, Coelho explica que “ a responsabilidade civil é a obrigação em que o

sujeito ativo pode exigir o pagamento de indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este último”. (2010, p. 266).

Para o direito, a aplicabilidade da responsabilidade civil se deve a infringência de um dever jurídico, o qual gera consequências, danos a uma parte que se sente lesada. O instituto da responsabilidade civil é quase tão antigo quanto à história da humanidade, pois sempre houve ações ou omissões por parte dos seres humanos, que de alguma forma ocasionaram dano a outrem e que por sua vez reclamaram o devido ressarcimento.

A história relata que, no início da civilização humana vigorava a vingança generalizada, caracterizada pela reação conjunta do grupo, onde não se buscava a restauração do *status quo ante*, mas tão somente se aplica ao ofensor dano de igual magnitude ao que foi causado (DINIZ, 2011b, p.26).

Não se cogitava assim, a culpa quando ocorria o dano, haja vista que o único meio de defesa do homem, era sua força física, não havia regras e normas que limitassem o meio utilizado. Todavia com a evolução das relações sociais, a reparação do dano, passou a ser regulado pelo Estado, ele passou a intervir nos conflitos e fixar prestações pecuniárias ao dano causado.

Portanto a responsabilidade civil no direito brasileiro sempre se pautou na necessidade de demonstração de três requisitos principais: o ato ilícito, o dano e o nexo causal, acolhendo também a teoria do exercício de atividade perigosa e o princípio da responsabilidade sem culpa nos casos especificados em lei. A par da responsabilidade civil subjetiva como regra geral, a legislação brasileira não prevê, porém, a possibilidade do agente, mediante a inversão do ônus da prova, exonerar-se da responsabilidade de se provar que adotou todas as medidas aptas a evitar o dano.

### **1.1 Pressupostos da Responsabilidade Civil**

Conceituada a responsabilidade civil, cumpre analisar seus pressupostos, que são aqueles elementos considerados essenciais para

sua caracterização, que embora não seja questão pacífica da doutrina, levaremos em consideração a corrente majoritária, que consideram como pressupostos ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima.

Os pressupostos acima expressos encontram guarida no art. 186 do Código Civil, *in verbis*: “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar o direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”, assim do dispositivo mencionado são extraídos os pressupostos que a maior parte da doutrina discorre.

Para que seja responsabilizado o causador do dano, segundo os pressupostos da ação ou omissão, independe que tenha sido culposa ou dolosa a sua conduta, pois há imputação para ambos os casos: quando refere “ação ou omissão voluntária” está indicando o dolo; quando refere “negligência ou imprudência”, trata da culpa.

No sentido *lato sensu*, Cavalieri Filho faz a distinção entre culpa e dolo:

Tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico- o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante-, enquanto que no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados[...] (2013, p. 45-46).

Para obter a reparação do dano, a vítima geralmente tem de provar dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, segundo a teoria subjetiva adotada na legislação brasileira. Entretanto, sendo muitas vezes difícil de ser conseguido, o direito positivo pátrio admite, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade sem culpa: a responsabilidade objetiva, com base especialmente na teoria do risco, abrangendo também os casos de culpa presumida. (GONÇALVES, 2013, p. 48).

O nexu causal também está expreso no art. 186 do Código Civil quando diz *causar*, sem a relação de causalidade não existe a obrigação de indenizar. “Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito”, arremata Cavalieri Filho. (2013, p. 62).

Observa-se, portanto, que para que se configure o dano, há a necessidade de uma relação causa/efeito entre ele e a ação ou omissão do agente, elemento estritamente necessário para a existência da responsabilização. Desta forma, nota-se que o nexu causal é substancialmente um dos elementos mais importantes da responsabilidade civil, cuja ausência torna a responsabilidade civil inexistente. Pode-se dizer, a grosso modo, que o dano, é o motivador de toda questão, pois não havendo dano, não há que se chamar a responsabilidade, nem buscar culpa ou dolo, não há nexu de causa e a ação ou omissão de alguém não causou prejuízo.

## 1.2 Responsabilidade civil objetiva e subjetiva

Ainda, quanto à responsabilidade civil, cumpre analisar os liames da responsabilidade objetiva e subjetiva, que se distinguem fundamentalmente na ideia de que enquanto a primeira independe de comprovação de culpa, a segunda tem sua aplicabilidade justamente quando da culpa.

Cavaliheri Filho destaca que,

A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva (2013, p.32).

A culpa, de acordo com a teoria clássica, como já foi vista anteriormente, é o principal pressuposto da responsabilidade civil.

O Código Civil, em seu art. 186, tem na culpa o fundamento da responsabilidade subjetiva.

Gonçalves,

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa. (2013, p.59)

Dentro dessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa. Rizzardo (2011, p. 25), compartilhando desse raciocínio, dizendo que “[...] só é imputável aquele que praticou fato que poderia ser evitado a título de culpa. Não sendo possível sua configuração quando o agente não pretendeu praticá-la ou quando não podia prever [...]”.

Portanto, na responsabilidade subjetiva só haverá responsabilidade de indenizar se o agente causador da lesão tenha agido com dolo ou com culpa. Esta teoria baseia-se no fato de que ninguém terá responsabilidade se agir sem culpa. Neste enfoque, explica Cavalieri Filho (2010, p. 39): “a vítima apenas terá o direito à indenização, nos casos em que conseguir comprovar a culpa do agente”.

Assim, uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para a teoria do risco, toda pessoa que exerce uma atividade cria um risco de dano para terceiros e deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco (GONÇALVES, 2013, p. 59).

Para tratar sobre a regra geral da responsabilidade subjetiva, adotada na legislação brasileira, Gonçalves (2013, p. 61) buscou a doutrina de Pereira, que afirma:

[...] a regra geral, deve presidir à responsabilidade civil, é a sua fundamentação na ideia da culpa; mas, sendo insuficiente esta para atender às imposições do progresso, cumpre ao legislador

fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção. Não será sempre que a reparação do dano se abstrairá do conceito de culpa, porém, quando o autorizar a ordem jurídica positiva. É neste sentido que os sistemas modernos se encaminham, como, por exemplo, o italiano, reconhecendo em casos particulares e em matéria especial a responsabilidade objetiva, mas conservando o princípio tradicional da imputabilidade do fato lesivo. Insurgindo-se contra a ideia tradicional da culpa é criar uma dogmática desafinada de todos os sistemas jurídicos. Ficar somente com ela é enterrar o progresso.

Verifica-se, portanto, que a responsabilidade civil pode se apoiar em dois aspectos, um no ato ilícito e no outro que prioriza o causador do dano, porém, sempre gerando a obrigação de reparar. A responsabilidade objetiva não pode ser admitida como regra geral, mas somente nos casos contemplados em lei ou sob o aspecto da teoria do risco, enfocado a partir do Código Civil de 2002.

## **2. O Direito de Família**

O direito de família pilar central da construção da sociedade tem início desde os primórdios da humanidade. O instituto da família é de difícil conceituação devido a sua grande importância e ligação direta com a vida social de toda a humanidade, não há entre os doutrinadores unanimidade acerca do conceito, sendo que cada um presta seu entendimento no sentido de determinar os limites da família.

O conceito prestado pelos doutrinadores se traduz nos vínculos de parentesco, que se combinam dos laços sanguíneos. Entretanto, atualmente admite-se um conceito mais amplo de família que envolve além das relações consanguíneas, as relações afetivas, neste sentido Pereira discorre,

Nova estrutura jurídica se constrói em torno do conceito da família socioafetiva, à qual alguns autores identificam como

“família sociológica”, onde se identificam, sobretudo, os laços afetivos, solidariedade entre os membros que a compõe, família em que os pais assumem integralmente a educação e a proteção de uma criança, que independente de algum vínculo jurídico ou biológico entre eles. 2011, p. 27

Tem-se que, atualmente, é praticamente impossível se definir um único e específico conceito acerca do instituto da família, eis que as relações familiares estão sendo abrangidas pela afetividade, não sendo considerada, assim, família, tão somente quem possui vínculo sanguíneo.

Quanto ao direito de família, ramo do direito que estabelece normas e princípios que tutelam os direitos da família, podemos conceituá-lo como sendo o ramo do direito civil formado por um complexo de normas jurídicas, morais e até religiosas, que se adaptam aos fatores locais, os quais disciplinam as relações de seus membros, tanto sob o aspecto material como imaterial, relacionando-se com a filiação e com o patrimônio. (AZEVEDO, 2013, p. 02).

E assim o direito de família um sub-ramo do direito civil, que em sentido objetivo trata das relações das pessoas, formadas por vínculos de parentesco, comunhão de interesses afetivos e assistenciais, além de tratar de institutos como a tutela e curatela, que muitas vezes não tem necessariamente relação direta com a família. E em sentido subjetivo ainda pode-se conceituar o direito de família como sendo o ramo específico do direito civil, que possui objeto certo e determinado, ou seja, a proteção jurídica da família em todas as suas formas, seja ela consanguínea ou afetiva.

## **2.1 Os princípios norteadores do Direito de Família e a proteção jurídica dos filhos**

Devido à importância do direito de família nas relações interpessoais, não pode ele ficar preso apenas a letra de lei, e alheio as realidades sociais, assim sendo os principais princípios norteadores do direito de família são, a dignidade da pessoa



humana, a afetividade, o melhor interesse da criança e do adolescente e a igualdade jurídica de todos os filhos.

O princípio da dignidade da pessoa humana, expresso na Constituição Federal de 1988, em seu art.1º, inciso III, é princípio basilar de sustentação do ordenamento jurídico. Ele é inerente a todo ser humano, só pelo fato da pessoa ser pessoa ela já tem a dignidade, é um valor que é preenchido a *priori* (NUNES, 2010, p. 67, grifos do autor).

Assim, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana fundamento da própria Republica do Brasil e sendo ele inerente a todas as pessoas, não há que se olvidar que tem ele aplicabilidade, inclusive, no direito de família.

O princípio da afetividade norteia as famílias, especialmente nos últimos tempos em que a família deixou de ser baseada na hierarquia e consanguinidade para ser regulada também pelas relações afetivas.

Acerca do princípio relacionado, Lima, presta seu entendimento:

Nosso entendimento é de que o princípio da afetividade funciona como um vetor que reestrutura a tutela jurídica do Direito de Família, que passa a se ocupar mais da qualidade dos laços travados nos núcleos familiares do que com a forma através da qual as entidades familiares se apresentam em sociedade, superando o formalismo das codificações liberais e o patrimonialismo que delas herdamos (2010, p.194).

Entretanto o princípio da afetividade não pode ser confundido com o afeto, delimitado na seara psicológica, eis que a afetividade como princípio jurídico é aquele dever imposto aos pais em relação aos filhos e estes em relação a aqueles, ainda que entre eles não haja amor ou afeição. (LOBÔ, 2011, p.71).

Com relação ao princípio, dentro do âmbito familiar, Almeida leciona,

[...] A afetividade, embora merecedora de atenção jurídica, o é porque pode se tornar elemento constitutivo e integrante das relações familiares, fruto da espontaneidade e da autonomia privada e, assim, geradora de certos efeitos na órbita do Direito. A sua existência nas entidades familiares é elemento fático; porém, não jurídico. O caráter de juridicidade, o cunho normativo-imperativo, está relacionado às consequências que a presença do afeto, na construção das relações familiares, pode gerar. (2012, p. 43).

Assim, inquestionável a aplicabilidade do princípio da afetividade dentro do direito de família, e da sua indubitável importância inclusive nas relações de filiação, que tem sua dignidade pautada não só nos laços sanguíneos, mas sim na afetividade como um todo.

Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente também expresso na Constituição Federal preza pelos interesses das crianças e adolescentes dentro da sociedade como um todo, devendo eles ser tratados com prioridade pelo Estado, sociedade e família devido ao seu desenvolvimento e dignidade (LOBÔ, 2011, p.75).

As crianças e adolescentes devem ser tratados de maneira a garantir a sua proteção dentro de toda a sociedade em virtude de sua condição de vulnerabilidade, tanto é assim, que além da Constituição Federal os interesses de crianças e adolescentes estão previstos na Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

O princípio em questão, tutela o próprio respeito e função social desempenhado dentro do núcleo familiar, devendo todos os integrantes, especialmente os pais, propiciar um ambiente adequado ao desenvolvimento moral, material e espiritual das crianças e adolescentes (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2011a, p.98).

Assim também, além da Constituição Federal, o princípio em tela é complementado no Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme menciona o seu art. 4º, *in verbis*: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida,

à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

O princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, teve seu nascedouro com a Constituição Federal de 1988, que estabeleceu a igualdade entre os filhos havidos no casamento, e aqueles decorrentes de relações extraconjugais, adoção, e outros meios.

Acerca do princípio da igualdade jurídica de todos os filhos Lisboa leciona,

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu art. 227, a isonomia plena de tratamento, devendo-se conferir aos filhos havidos e não havidos do casamento os mesmos direitos e garantias. Com isso, aos filhos devem ser conferidos os meios de preservação e desenvolvimento dos seus direitos fundamentais ou básicos, os direitos da personalidade, entre os quais cabe mencionar: o direito à vida, o direito à integridade física e à psíquica, o direito aos alimentos naturais e civis (vestuário, educação, cultura, lazer, esporte etc.), o direito à liberdade, o direito à convivência familiar e à comunitária, o direito à identidade, o direito as criações intelectuais e o direito à honra. (2010, p. 262).

Há uma igualdade dos filhos perante a lei, sejam eles havidos ou não durante a instância do casamento. Igualdade esta que abrange aqueles filhos havidos de inseminação artificial heteróloga e os adotados. Diante disso, os filhos não podem mais serem tratados de maneira discriminatória, com expressões antigamente utilizadas de “filhos espúrio, bastardo ou incestuoso” e essas igualdades vão além da ordem pessoal abrangendo também os direitos patrimoniais.

Quanto a proteção jurídica dos filhos, cumpre uma análise da proteção jurídica dada aos filhos dentro da esfera familiar, considerando que a filiação é uma das relações mais importantes dentro da concepção da família, eis que desde os primórdios da

civilização os grupos familiares eram constituídos com o fim específico de procriação.

Corroborando, Gonçalves,

Em sentido estrito, filiação é a relação jurídica que liga o filho a seus pais. É considerada filiação propriamente dita quando visualizada pelo lado do filho. Encarada em sentido inverso, ou seja, pelo lado dos genitores em relação ao filho, o vínculo se denomina paternidade ou maternidade. Em linguagem jurídica, todavia, as vezes “se designa por paternidade, num sentido amplo, tanto a paternidade propriamente dita como a maternidade. [...] (2014, p.323)

Rodrigues, assim define a filiação como sendo a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa aquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado”. (2004, p.321). Portanto, a filiação envolve tanto as relações existentes por vínculos sanguíneos, quanto pela afetividade e outras origens existente entre pais e filhos.

Paulatinamente, os filhos começaram a ter seus direitos reconhecidos, todavia, antes do advento da Constituição Federal de 1988, os filhos eram classificados em legítimos, legitimados, adotivos e ilegítimos. Os primeiros advinham do casamento, eram filhos regulares, os filhos legitimados eram aqueles concebidos de uma união ilícita que posteriormente era regularizada pelo casamento válido e eficaz. Já os filhos adotivos, aqueles decorrentes de adoção, que se simples, não possuíam os mesmos direitos dos filhos legítimos e por fim os filhos ilegítimos ou bastardos eram aqueles concebidos fora das relações conjugais (LISBOA, 2010, p. 261).

Após, a Constituição Federal, foi exortada qualquer distinção entre os filhos, não mais subsistindo a diferenciação entre aqueles havidos no casamento ou em uniões extraconjugais, o que constitui grande evolução legislativa na medida em que introduz no ordenamento jurídico a igualdade entre os filhos. Lobô, “[...] é o ponto culminante da longa e penosa evolução por que passou a

filiação, ao longo do século XX, na progressiva redução de odiosas desigualdades e discriminações, ou do *quantum* despótico na família[...]” (2011, p. 217, grifos do autor)

Neste mesmo sentido, Lisboa leciona,

Atualmente, independentemente da origem da filiação, seja ela havida do casamento ou não, vigora o princípio constitucional da igualdade absoluta de direitos entre os filhos havidos ou não do casamento, pouco importando a sua origem, regra esta que abrange os adotados (2010, p.262).

Assim, a proteção jurídica dos filhos, vedada a desigualdade de qualquer natureza entre eles, está assegurada a Constituição Federal, com legislações esparsas no mesmo sentido, como estabelece o artigo 1.596 do Código Civil.

Há assim, a igualdade formal dos filhos, sendo tratados de maneira igualitária independente de qual tipo de relação eles provenham, denota-se então que a proteção jurídica nasce do próprio princípio da igualdade entre os filhos.

Gonçalves preceitua a proteção jurídica dos filhos no âmbito da Constituição Federal,

O art. 227, § 70, da Constituição Federal, proibindo designações e tratamentos discriminatórios, atribuiu aos filhos adotivos os mesmos direitos e deveres oriundos da filiação biológica. Essa regra foi reafirmada no art. 1.596 do Código Civil de 2002, tendo o aludido diploma ainda unificado a adoção para menores e maiores de 18 anos ao estatuir, no art. 1.619, com a redação dada pela Lei da Adoção (Lei n. 12.010, de 3-8-2009), que a medida depende “da assistência efetiva do Poder Público e da sentença constitutiva” (2014, p. 312).

Portanto, diante de tudo o que foi exposto, desde a concepção de família sua evolução, os princípios aplicáveis as relações e especialmente da proteção jurídica dada aos filhos, conclui-se o presente capítulo vislumbrando-se a grande importância que tem o instituto da filiação dentro do direito

familiar, sua relevância desde os primórdios na própria concepção da família, e as novas maneiras de se verificar este instituto nos atuais dias, sejam por vínculos sanguíneos ou por relações afetivas que são cada dia mais comuns e de grande valia jurídica.

### **3. O Dano moral nas questões de Afeto**

Assim, prescreve o Artigo 227 da Constituição Federal: é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ricardo Lucas Calderón descreve que:

Como a família é o reflexo da sociedade em que está inserida, certamente sofreu os influxos desses movimentos, passando por uma verdadeira transição paradigmática que lhe ocasionou mudanças estruturais e funcionais. A concepção clássica de família a atrelava à noção de legitimidade, vinculada ao matrimônio e com forte presença dos liames biológicos e registrais. A alteração processada distanciou-se dessa concepção e provocou uma nova definição do que se entende por família, cada vez mais desvinculada desses fatores. (CALDERON,2013, V.35.)

O que está prescrito neste artigo refere-se à convivência familiar através do afeto, amor, carinho, enfim, a criação de todos as condições necessárias ao desenvolvimento da criança e do adolescente. A falta de tais cuidados e destas condições explicitadas é o que caracteriza o abandono afetivo, ou tem sido utilizado para fundamentá-lo.

Segundo o dicionário Aurélio, abandono é definido como desamparo, descuido, deixar de lado, não praticar o que lhe é devido. A família é considerada a entidade na qual são formados os

membros da sociedade, independente de sua formação, sendo assim, quando do abandono afetivo por parte dos pais, a pergunta que fica no ar é que tipo de cidadão será quando adulta, como se portará essa pessoa que cresceu com o sentimento de abandono impregnado em si próprio.

Trata-se, portanto, de uma questão controversa, ou seja, o debate a cerca da reparação pecuniária como forma de compensação para o preenchimento da ausência do afeto parental, averiguando para tanto a importância da convivência familiar, o princípio da afetividade os direitos fundamentais da criança e do adolescente e a possibilidade do ressarcimento pecuniário por suposto abandono afetivo nas relações.

Segundo Heleno Floriano da Silva,

É dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos como mecanismo de proteção ao desenvolvimento da personalidade e concretização da dignidade da pessoa humana, segundo ele houve a constitucionalização do afeto nas relações de família, e, a partir disso surgiram discussões a cerca da aplicação horizontal dos direitos fundamentais, bem como a importância do afeto para a formação da personalidade do indivíduo, existindo a existência de um dever fundamental dos pais a partir do princípio da proteção integral da criança.

A frase “Amar é faculdade, cuidar é dever” proferida pela Ministra Nancy Andrighi na Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, asseverou ser possível exigir indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo pelos pais, uma decisão inédita, uma vez que a Quarta Turma do STJ, que também analisa o tema, já havia rejeitado a possibilidade de ocorrência de dano moral.

A Terceira Turma do STJ, por maioria de votos, em decisão inédita, condenou um pai, a reparar danos morais decorrentes de abandono afetivo. Trata-se de ação proposta pela filha, que após ter obtido, no judiciário, o reconhecimento da paternidade, ingressou com ação indenizatória na qual alegava ter sofrido

danos na esfera material e moral, diante do abandono afetivo, desde o eu nascimento até o início de sua vida adulta. Em primeiro grau, a ação foi julgada improcedente, ao argumento de que o pai havia se afastado em razão do comportamento agressivo da mãe. Já em segunda instância, no Tribunal de Justiça de São Paulo, a sentença foi reformada, sob a constatação de o pai ser “abastado e próspero”, e ainda, por ter sido demonstrado e reconhecido o abandono afetivo, sendo o valor referente aos danos morais sofridos fixados em R\$ 415 mil. Em recurso especial interposto no STJ, o pai, se defendia alegando violação a diversos dispositivos do Código Civil e divergência com outras decisões do tribunal. Argumentava ainda que não abandonara a filha, ressaltando que mesmo que tivesse abandonado, esta atitude não ensejaria indenização, mas, mera perda do poder familiar. Contudo, no entender da relatora, a ministra Nancy Andrichi, não há por que excluir os danos decorrentes das relações familiares dos ilícitos civis em geral, já que inexistem “ (...) restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no direito de família”. Assim, por entender que “Amar é faculdade, cuidar é dever” a relatora, seguida do voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, decidiu manter a condenação do pai, e apenas reduziu o valor da indenização estipulada pelo TJSP para R\$ 200 mil. (BRASIL – Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1159242 - **Terceira Turma obriga pai a indenizar filha em R\$ 200 mil por abandono afetivo**, 30 de abril de 2012)

A ideia clássica de família consistia nas figuras do homem e da mulher, unidos pelo casamento, com o devido consentimento da Igreja Católica. As relações familiares se apoiavam no autoritarismo. A sociedade era envolta pelo sistema patriarcal, onde o homem era possuidor de todos os direitos e a única função da mulher era obedecer, gerar filhos e criá-los. A propriedade era a máxima importância, onde o objetivo era construir patrimônio para posterior herança da prole.

Destaca-se para tanto as palavras de Sergio Resende de Barros:



Nem sequer o individualismo, a ideologia do indivíduo, irrompendo radical nas revoluções liberais, na passagem da Idade Moderna para a Contemporânea, logrou suplantar a ideologia da família. Para esta, o elemento basilar da sociedade não é o indivíduo, mas sim a entidade familiar monogâmica, parental, patriarcal, patrimonial, isto é, a tradicional família romana, que veio a ser recepcionada pelo cristianismo medieval, que a reduziu à família nuclear, consagrando como família-modelo o pai, a mãe e o filho. (BARROS, Sergio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de direito de família**. Porto Alegre: Síntese, jul. /ago. /set., v. 14, n. 4, 2002.)

Com as constantes alterações sociais, a família passou por significativas mudanças, econômicas, políticas, religiosas, a legislação por sua vez, tardou, porém, teve que acompanhar estas mudanças. Conforme descreve Rodrigo da Cunha Pereira, a sociedade já não mais poderia aceitar o autoritarismo e o tratamento desigual nas relações de família, tendo em mente que todos possuem necessidade de afeto e isonomia, o que era imperioso que a norma constitucional entrasse em compasso com os fatos sociais e os sentidos axiológicos dados por seus destinatários, sob pena de nascer velha e tornar-se ineficaz.

Pode-se destacar que a verdadeira revolução se deu com o advento da Constituição de 1988, que consagrou a dignidade da pessoa humana e a igualdade como princípios fundamentais, principalmente a igualdade de gêneros, passando-se assim a ver cada membro da família como um indivíduo possuidor de necessidades e direitos individuais, dentro de uma coletividade.

A família, tendo desaparecido suas funções tradicionais, [...] reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão de afeto, pouco importando o modelo que adote, inclusive o que se constitui entre um pai ou mãe e seus filhos. A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, que a experiência constitucional brasileira consagrou, de 1824 até 1988. A afetividade, cuidada inicialmente pelos cientistas sociais, pelos educadores, pelos psicólogos, como objeto de suas ciências,

entrou nas cogitações dos juristas, que buscam explicar as relações familiares contemporâneas (LÔBO, 2008).

A passos largos o direito de família abraçou o afeto como a base da entidade familiar contemporânea, podendo-se dizer que o instituto é humanizado, completando esse entendimento, ensina o Desembargador Unias Silva, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, onde verifica-se que o afeto esteve presente nas relações familiares, ainda que presumido.

No seio da família da contemporaneidade desenvolveu-se uma relação que se encontra deslocada para a afetividade [...] Assim, a família não deve mais ser entendida como uma relação de poder, ou de dominação, mas como uma relação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção.[...] O princípio da afetividade [sic]especializa, no campo das relações familiares, o macro-princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal), que preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional.( TJMG, 7ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 2.0000.00.408550-5/000(1). Relator: Unias Silva. Belo Horizonte, MG, 01 abr. 2004. DJ de 29.4.04.)

Em tempos que o afeto se torna mais um objeto extremamente importante para o direito de família, considerando que após sua constitucionalização, se deu a discussão nos tribunais sobre a possibilidade de reparação, embasada na falta desse afeto nas relações existentes entre pais e filhos. Sob essa ótica, além da discussão a cerca do direito de indenização cabe ainda a questão do quantum indenizatório, ou seja, achar o meio para que não haja a banalização do afeto, ou seja, o tratamento deste, como mercadoria.

O problema surge, então, quanto ao reconhecimento dos requisitos a viabilizarem a procedência de uma ação judicial da natureza em comento, como também no tocante ao valor a ser fixado pela ausência do afeto, razão pela qual se faz pertinente a presente pesquisa, que terá como método de abordagem o

dedutivo, onde, a partir da relação entre enunciados básicos, denominadas premissas, tira-se uma conclusão, ou seja, serão analisadas vários entendimentos e pensamentos doutrinários sobre o tema, apontando-se os mais adequados para aplicação ao caso concreto (MARCONI, et. al., 2010).

O abandono afetivo ocorre corriqueiramente no seio familiar, fazendo com que as crianças provem por traumas de cunho psicológico, os quase carregaram por toda a sua vida, certos pais acreditam que o sustento material seria suficiente para o pleno desenvolvimento da criança, descuidando-se das necessidades de aspecto moral e afetivo, esquivando-se do dever da convivência e do zelo familiar.

Sabemos que o abandono não vem ao encontro das reais obrigações de um pai, que é encarregado de dar sustento, guarda e educação necessária a seus filhos.

Como na família são desenvolvidos os sentimentos de amor e de afeto, bem como a própria preparação do indivíduo para as relações sociais subjetivas, supõe-se que a ausência do afeto pode acarretar até mesmo prejuízos à personalidade do ente familiar, da criança e do adolescente, qual será identificado quando da convivência e da aceitação social. O indivíduo cria e desenvolve geralmente sua personalidade, tomando como exemplo aqueles que o cercam, que fazem parte do seu grupo familiar. A partir desse momento é que o abandono afetivo seja decorrente de uma separação judicial ou de fato, ou do divórcio dos genitores e até mesmo pela própria personalidade do pai ou mãe, influencia na futura convivência social, no modo de agir, de pensar, de se expressar e falar. (MATIELO, 2013)

O abandono afetivo é visto como espécie de dano moral, qual é irreparável, considerando que não se pode voltar no tempo para suprir o dano causado a alguém, porém neste contexto a questão que surge é que se a compensação pecuniária pode dar certa satisfação ao indivíduo.

(...) reconhecida a existência de todos esses elementos citados na lide, o julgador deve conceder a indenização a título de dano moral. Esta, como apontado pela doutrina, deve buscar a recomposição do que foi perdido; ainda que não alcance esse fim facilmente, este deve estar no entendimento do julgador que irá aferir o quantum indenizatório. No caso específico do dano moral, não é só a dor sofrida pelo indivíduo que deve ser reparada, mas o dano efetivo em sua dignidade, incomodada na sua essência por atos que ultrapassam o normalmente suportável (DIAS, et. al., 2007).

Não há como reparar o abandono, a indenização não visa reverter o não afeto, mas sim punir o genitor que ao longo dos anos não cumpriu com o seu dever de pai/mãe, de zelar de cuidar, de dar afeto. Portanto a indenização não é uma forma de solucionar a falta de afeto, mas sim de punir aquele que deixou de cumprir o seu papel.

O dano causado pelo abandono pode ser observado nas palavras de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.

O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada. A ausência injustificada do pai origina – em situações corriqueiras – evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material:38 **IBDFAM**, São Paulo, 23 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=289>>

A tarefa é difícil, pois calcular o valor da indenização em algo imaterial, é no mínimo árduo para quem o tenha que fazer, ainda mais correndo o severo risco da comercialização dos deveres e sentimentos, que para alguns, uma forma de ganho. Entretanto, quando da falta de responsabilidade, cabe sim a penalização, o que nos resta discutir é o meio, a forma para que isso não se torne mais um meio de negócio, cabendo ainda ao julgador o dever de estar atento aos requisitos e pressupostos da responsabilidade, a fim de amparar sua decisão, bem como a observância de cada caso concreto e sua real situação.

Uma preocupação que deve ser destacada é a monetarização do afeto, entendendo que não há valoração para o amor e que provável condenação de natureza pecuniária, não fará com que se resgate os laços de afeto, ensejando assim, em uma indústria do dano moral, como disserta Angeluci.

Não se trata de atribuir, simplesmente, valor pecuniário para o desamor, nem mesmo responsabilizar a pessoa pela ausência deste sentimento nas relações de família. Se a discussão ficar restrita a este prisma não se atingirá o seu ponto fundamental, ou seja, a sua grande importância para a própria formação da pessoa. (ANGELUCI, Cleber Affonso. Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. **Boletim Jurídico**, Uberaba, MG, a. 4, nº 165.)

O verdadeiro objetivo é penitenciar aos pais relapsos a função punitiva e pedagógica da indenização do dano moral, ou seja, tem como o intuito de induzir a ensinar. O valor pecuniário não tem o objetivo de reparar o dano causado, tendo em vista que é irreparável, nem obrigar ao pai a amar ao filho, mas de advertir que os deveres para com os filhos não se acabem com as questões materiais, tendo em vista que todas as crianças possuem necessidades que vão além das contribuições materiais.

Vitor Hugo Oltramari, menciona que:

Desde que a Constituição Federal consagrou a obrigação de reparar o dano moral, no inciso V do art. 5º, e, agora, o Código Civil, consolidando-a nos artigos 186 e 927, parece indiscutível a possibilidade jurídica de pedidos dessa natureza na área do direito de família e, em particular, na ruptura da sociedade conjugal. E nem poderia ser diferente, porque à lei cabe tutela a integridade moral do ser humano. Entretanto, como em qualquer pedido de ressarcimento de dano moral, para sua configuração, impõe-se a apuração da culpa e dos danos dela decorrentes, fazendo-se, assim, a relação de causa e efeito, indispensável a qualquer ação de reparação, segundo os pressupostos do direito comum.

A condenação visa punir e educar os genitores ausentes, ausência esta que causa danos irreparáveis no por toda a vida de uma criança, pois esta necessita de cuidados especiais de cunho material e moral, previstos no ordenamento, se um pai se nega, está definitivamente violando os direitos fundamentais inerentes a pessoa humana.

Este tema possui total relevância jurídica, que a própria Constituição reconhece a responsabilidade do Estado, da sociedade e em especial da família na garantia dos direitos da criança e do adolescente, isto porque, a violação de seus direitos não interfere somente no indivíduo em particular, mas no desenvolvimento da sua personalidade, refletindo assim na sociedade onde está inserido.

Não basta apenas colocar um ser no mundo e acreditar que esta pessoa se tornará digna sem o menor auxílio, portanto, entende-se que a responsabilização civil por danos morais decorrentes de danos causados à criança abandonada afetivamente é cabível, porém, se faz necessário achar um meio de quantificar o dano, para que a indenização pelo dano não se torne uma indústria de ganhar dinheiro fácil, uma banalização.

Acredita-se, portanto que a indenização não tem a finalidade de reestabelecer a situação que antes era encontrada, não há como reestabelecer, também não há como compensar a falta de afeto,

mas é sim uma maneira de repelir, de penalizar o agente causador do abandono, para que sirva de alerta e contribua na prevenção de novos abandonos.

## **Conclusão**

O presente trabalho, que ora se conclui, teve por objetivo primordial demonstrar a possibilidade de compensação dos danos morais causados aos filhos em virtude do abandono afetivo praticado pelos pais, com fundamento na Constituição Federal e nos princípios reguladores das relações paternos filiais, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana e da afetividade.

Inicialmente, foi abordado instituto da responsabilidade civil, o qual remonta os primórdios da humanidade e se destina a ressarcir aqueles que tiveram seus direitos violados com a ocorrência de danos, tanto patrimoniais quanto morais, e nesse passo, buscou-se analisar a aplicabilidade do instituto nos casos de abandono afetivo baseados na possível indenização pelos danos morais.

Discorreu-se sobre o direito de família, baseada no afeto, bem como na consagração como um direito social juridicamente protegido quando da promulgação da Constituição Federal de 1988. Ainda, foram abordados alguns dos principais princípios que norteiam as relações familiares, especialmente aquelas havidas entre pais e filhos de maneira a melhor situar o abandono afetivo dentro da sistemática princípio lógica.

Também, tendo em vista a magnitude das relações de filiação, as quais são bases do núcleo familiar desde a antiguidade, foi abordada a proteção jurídica dada a estes com a Constituição Federal e o Código Civil.

Ao final, e como tema central do presente estudo, tentou-se compreender o abandono afetivo e a possibilidade de indenização nos casos em que há a ocorrência deste. Ponderando ser o afeto

um dos sentimentos dignos de tutela jurídica, eis que quando resta configurado sua ausência podem surgir diversas consequências na vida das crianças e adolescentes com transtornos de ordem psicológica, frustrações na ordem emotiva, sentimental, dada a importância dos pais na vida dos filhos.

Verifica-se ser plenamente possível a condenação dos genitores ao pagamento de indenização por danos morais aos filhos quando configurado o abandono afetivo, não como forma de monetarização do afeto, mas como meio de advertência aos pais de que não basta gerar os filhos, eles devem ter participação ativa na vida destes tendo ciência das responsabilidades que são geradas a partir de um filho.

Para tanto como quantificar esse valor é que surge a indagação, pois ninguém quer que o afeto se torne uma indústria de ganhar dinheiro.

## Referências

- ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES, Walsir Edson Rodrigues. *Direito Civil: Famílias*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- ANGELUCI, Cleber Affonso. Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. **Boletim Jurídico**, Uberaba, MG, a. 4, nº 165. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1066>>.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2013.
- BARROS, Sergio Resende de. A ideologia do afeto. **Revista Brasileira de direito de família**. Porto Alegre: Síntese, jul. /ago. /set., v. 14, n. 4, 2002.
- BRASIL. **Código civil**. 6ª. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014.
- BRASIL, **Constituição (1988)**. 33. ed. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2004.



BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. 6ª. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014.

BRASIL – Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1159242 - **Terceira Turma obriga pai a indenizar filha em R\$ 200 mil por abandono afetivo**, 30 de abril de 2012 – Disponível em: [http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105567](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105567) Acesso em: 02 de maio de 2012.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. Princípios da Afetividade no Direito de Família. Revista Brasileira de Direito de Família Sucessões. Porto Alegre. IBDFAM, bimestral, v, 35, ago/set. 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: obrigações: responsabilidade civil*. vol.2. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Bianca Gabriela Cardoso. COSTA, Maria da Fé Bezerra da. Abandono afetivo nas novas ordens constitucionais e civil: as consequências jurídicas no campo da responsabilização. Conpedi, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. vol.5,26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011a.

FILHO. Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*, 11ª ed. Atlas, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional*. vol. VI. São Paulo: Saraiva, 2011a.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. vol.6. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material:38 **IBDFAM**, São Paulo, 23 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=289> >

LIMA, Renata Rodrigues de; TEXEIRA, Ana Carolina Brochado. *O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil - Direito de Família e Sucessões*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOBÔ, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 7ª edição. Editora Atlas. São Paulo – SP, 2010.

MATIELLO, Carla. [Quanto vale o afeto?](#). **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 18, n. 3676, 25 jul. 2013](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25019>>. Acesso em: 12 out. 2014.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil – Vol. 5 – Direito de Família*, vol.5. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013a.

NUNES. Luiz Antônio Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana – Doutrina e Jurisprudência*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLTRAMARI, Vitor Hugo. **O dano moral na ruptura da sociedade conjugal**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família. Belo Horizonte: **Del Rey**, 2005.

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DAS FAMÍLIAS E SUCESSÕES. Porto Alegre: IBDFAM, v.35, bimestral, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*, 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil - Direito de Família*. vol.6. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, Heleno Florindo da. A Família e o afeto: o dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos como mecanismo de proteção ao desenvolvimento da personalidade e concretização da dignidade humana. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: IBDFAM, n.35, p.26, ago/set. 2013.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, Jose Fernando. *Direito Civil - Direito de Família*. vol.5. 8.ed. São Paulo: Método, 2013.

TJMG. 7ª Câmara Cível. Apelação Cível nº. 2.0000.00.408550-5/000(1). Relator: Unias Silva. Belo Horizonte, MG, 01 abr. 2004. DJ de 29.4.04.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*.11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.



## **A vulnerabilidade das apenas gestantes: da importância de políticas públicas de gênero**

*Ariane Furini<sup>1</sup>*

*Bárbara Rech Modesti<sup>2</sup>*

*Silvio Araújo Rizzi<sup>3</sup>*

### **Introdução**

Durante anos, a situação das apenas gestantes no Brasil tem sido negligenciada, vez que questões concernentes à mulher são tratadas com descaso, sobretudo, em função da cultura machista arraigada no país. Assim, as limitações acerca de gênero chegaram ao Sistema Penitenciário Feminino e assolaram muitas mulheres que nele estão inseridas, maximizando a problemática.

Nesse enredo, faz-se necessária a criação de políticas públicas voltadas ao empoderamento feminino, configurado na busca pela igualdade de gênero, na atuação política, econômica e social das mulheres na sociedade, buscando garantir seu espaço, seja na sociedade em geral, seja em cumprimento de pena, primando pela justiça e equidade, valorizando garantias e direitos, bem como a participação coletiva.

---

<sup>1</sup> arianefurini@hotmail.com

<sup>2</sup> barbararm27@hotmail.com

<sup>3</sup> silviorizzi@hotmail.com

Assim, insurge-se, de um lado a afirmação da existência de direitos inerentes à condição humana, e de outro lado a elaboração jurídica do Estado em um contrato, no qual, ao constituir-se Estado, os direitos humanos seriam respeitados e assegurados.

### **Dimensões acerca da vulnerabilidade das apenadas gestantes e o dimensionamento das políticas públicas em face da descentralização administrativa**

Hodiernamente há que se ressaltar em face de pena privativa de liberdade, a qual, segundo Bitencourt (2011, p. 13) foi produto do desenvolvimento de uma sociedade orientada para a consecução da felicidade, surgida do pensamento calvinista cristão, com algumas diferenças do protestantismo e o catolicismo, e proporcionou, tanto no aspecto material como no ideológico, bom fundamento à pena privativa de liberdade. Por essa razão, não é casual que se considere que uma das poucas exceções à prisão custódia do século XVI tenha sido a prisão canônica. Tratava-se de uma reclusão que só se aplicava em casos muito especiais a alguns membros do clero. A Igreja já conhecia, antes que fosse aplicada na sociedade civil, uma instituição que continha certos pontos que serviriam para justificar e inspirar a prisão moderna.

Nesse sentido, teóricos como Bitencourt (2004, p. 2) entendem que o Direito Canônico contribuiu exponencialmente para o surgimento do modelo moderno de prisão, especialmente sobre o que tange às mudanças do preso, pois se acreditava que o crime era um pecado contra as leis divinas e humanas. Pode-se observar que a Igreja sempre ensinou que os pecados eram uma afronta às leis divinas, essas sendo superiores às leis humanas, tendo o homem que a desobedecesse, sofrer. Partindo dessa linha, então, é que o Direito Penal consolidou-se como é, até porque, sempre houve uma íntima ligação entre Igreja e Estado, uma linha

tênue que confundiu o poderio de um e de outro, e suas influências nas sociedades.

No Brasil, essa ideia de penalização não foi diferente, tendo em vista que em sua evolução política houve grande influência religiosa. Por isso, costumeiramente, o sistema penal brasileiro seguiu a linha do direito punitivo sanguinário, pois se pautou na óptica de que quanto maior o sofrimento, maior o aprendizado. Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil evoluiu, dentro de suas limitações, e admitiu regimes penais mais flexíveis, tendo a Constituição, em seus direitos e garantias fundamentais, viabilizado a humanização do direito nacional.

Os direitos humanos das pessoas em privação de liberdade não deveriam ser vistos como bandeira política, mas como obediência a um rol de direitos garantidos na Constituição brasileira. Bandeiras voltadas ao recrudescimento da justiça criminal são eleitoreiras e ganham o eleitor pelo culto ao medo e o discurso punitivo, porém são sempre inefazes no que diz respeito à diminuição da criminalidade e ao aumento da segurança pública. (ANGOTTI, 2015, p. 01)

Dados do Ministério da Justiça e Cidadania do Governo Federal, em estudo recente do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), realizado em abril de 2016, que traz informações sobre a população carcerária e estabelecimentos prisionais do País, demonstraram que, a população penitenciária brasileira chegou a 622.202 pessoas em dezembro de 2014, e o perfil socioeconômico dos detentos mostra que 55% têm entre 18 e 29 anos, 61,6% são negros e 75,08% têm até o ensino fundamental completo. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016, p. 01)

Ainda, segundo o estudo, o Brasil conta com a quarta maior população penitenciária do mundo, atrás apenas de Estados Unidos (2.217.000), China (1.657.812) e Rússia (644.237). Entre os detentos brasileiros, 40% são provisórios, pois não tiveram condenação em primeiro grau de jurisdição. Já em relação à

natureza dos crimes, pelos quais estavam presos, 28% dos detentos respondiam ou foram condenados por crime de tráfico de drogas, 25% por roubo, 13% por furto e 10% por homicídio. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016, p. 01)

Se observados os dados, pode-se visualizar nitidamente o enorme crescimento da população carcerária brasileira, demonstrando que a execução da pena no Brasil não é equânime, e que incorre em um ciclo de prisões para validar mais prisões. Ademais, simplesmente por 40% dos presos brasileiros serem provisórios, a falha no sistema fica escancarada, conquanto que coloca de lado garantias constitucionais em nome da maior punibilidade possível. Nesse sentido:

A inevitável seletividade operacional da criminalização secundária e sua preferente orientação burocrática (sobre pessoas sem poder e por fatos grosseiros e até insignificantes) provocam uma distribuição seletiva em forma de epidemia, que atinge apenas aqueles que têm baixas defesas perante o poder punitivo, aqueles que se tornam mais vulneráveis à criminalização por que: a) suas características pessoais se enquadram nos estereótipos criminais; b) sua educação só lhes permite realizar ações ilícitas toscas e, por conseguinte, de fácil detecção; c) porque a etiquetagem suscita a assunção do papel correspondente ao estereótipo, com o qual seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo. (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; 2006, p.47)

Não é novidade que no Brasil, as prisões são seletivas e baseiam-se, principalmente, em questões raciais e econômicas. Os dados acima referidos demonstram que 61,6% dos presos brasileiros são negros. Em contraponto, dados também do Ministério da Justiça e Cidadania, da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, diz que, em 2013, o percentual de acesso ao ensino superior por jovens negros era 8,8%, número que embora tenha crescido nos últimos anos, evidencia a desigualdade. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016, p. 01)



Conforme Foucault (1926, p. 279) a pena não possui um efeito efetivo, no sentido de tornar os apenados melhores ou reabilitados. As penas, principalmente, sempre serviram de maneira a transmitir o ódio da população ao apenado, sem o compromisso com a dignidade e a essência do ser humano punido. Dessa forma, o Estado sempre cumpriu seu papel punitivo com maestria, aniquilando possibilidades de ressocialização, e desvalorizando o ser humano em sua plenitude, atendendo aos interesses da sociedade que acreditava e acredita que punir, é a solução ideal para “resolver” os problemas sociais. A mínima desobediência é castigada e o melhor meio de evitar delitos graves é punir muito severamente as mais leves faltas.

Cabe ressaltar que as penas como são concebidas hoje, levam em conta aspectos punitivos respaldados em questões jurídico/políticas, penalizando aqueles que praticam condutas não aprovadas pelo Estado. Por sua vez, a sociedade cumpre o papel de punir moralmente àqueles que não atendem a padrões por ela estabelecidos, sendo muitas vezes, estes padrões determinados por essas mesmas políticas adotadas pelo Estado, que nem sempre correspondem a uma necessidade social, mas que acabam gerando consequências por sua abrangência e adesão.

Nesse ínterim, a população carcerária brasileira, no decorrer dos últimos anos tem tomado nova forma. Com destaque, a população carcerária feminina que vêm aumentando significativamente, e junto com ela, traz ao debate questões pontuais acerca de gênero, direitos e garantias e sobre a própria lei de execução penal, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que integra estudo realizado pelo INFOPEN Mulheres, levantamento nacional de informações penitenciárias do Ministério da Justiça, que, pela primeira vez, aprofunda a análise com o recorte de gênero, a população carcerária feminina subiu de 5.601 para 37.380 apenadas entre 2000 e 2014, um crescimento de 567% em 15 anos. A maioria dos casos é por tráfico de drogas,

motivo de 68% das prisões. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 01)

As mulheres representam 6,4% da população carcerária do Brasil, que é de aproximadamente 607 mil detentos, totalizando em torno de 38.800 apenadas. A taxa de mulheres presas no País é superior ao crescimento geral da população carcerária, que teve aumento de 119% no mesmo período. Na comparação com outros países, o Brasil apresenta a quinta maior população carcerária feminina do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos (205.400), China (103.766) Rússia (53.304) e Tailândia (44.751). Ainda, revela que cerca de 30% das presas no Brasil ainda aguardam julgamento. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 01)

A maioria das mulheres presas no País é negra, representando um percentual de 68%, enquanto 31% são brancas e 1%, amarela. O número de indígenas não chega a 1% da população carcerária feminina nacional. Quanto à faixa etária, cerca de 50% das mulheres encarceradas têm entre 18 e 29 anos; 18%, entre 30 e 34 anos; 21%, entre 35 e 45 anos; 10% estão na faixa etária entre 46 e 60 anos; e 1%, tem idade entre 61 e 70 anos. E em relação à escolaridade, apenas 11% delas concluíram o Ensino Médio e o número de concluintes do Ensino Superior ficou abaixo de 1%. Metade das apenadas possui o Ensino Fundamental incompleto, 50%, e 4% são analfabetas. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 01)

Também há informações sobre os estabelecimentos prisionais em que as mulheres se encontram (mistos ou femininos), condições de lotação, inexistência de estruturas de berçário, creche e cela específica para gestantes. Sobre os tipos de estabelecimentos, o INFOPEN Mulheres revela que, do total de unidades prisionais do país (1.420), apenas 103 são exclusivamente femininas (7% do total), enquanto 1.070 são masculinas e 239 são consideradas mistas (abrigam homens e mulheres). Em oito unidades não há informação sobre divisão de gênero. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 01)

Além disso, apenas 34% dos estabelecimentos femininos dispõem de cela ou dormitório adequado para gestantes. Nos estabelecimentos mistos, somente 6% das unidades dispõem de espaço específico para a custódia de gestantes. Quanto à existência de berçário ou centro de referência materno infantil, 32% das unidades femininas contam com o espaço, enquanto apenas 3% das unidades mistas possuem essa estrutura. Somente 5% das unidades femininas dispõem de creche, não sendo registrada pelo estudo nenhuma creche instalada em unidades mistas. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 01)

Os dados acima referidos demonstram, substancialmente, que o sistema penitenciário nacional não está preparado para receber presas mulheres, e junto com elas, suas demandas, tendo em vista o aumento significativo no número de apenadas, além da ausência de unidades prisionais femininas que possuam a estrutura necessária, e disponham de espaço específico para custódia de gestantes, berçário ou centro de custódia infantil e creche.

A Lei de Execução Penal (LEP)<sup>4</sup>, no mesmo sentido que a Constituição Federal de 1988, é expressa quando se refere detalhadamente sobre as medidas a serem adotadas quando se tratar da saúde da mulher, sobretudo, no período de pré-natal e no pós-parto, e também da criança:

As estruturas físicas que as penitenciárias femininas devem adotar para garantir condições adequadas para gestantes, parturientes e outras presas que tenham filhos com idade entre seis meses e sete anos de idade, tem por objetivo garantir um desenvolvimento saudável à criança, sendo que a presença da mãe

---

<sup>4</sup> Art. 14 § 3.º, Lei 11.942: Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

Art. 89, caput, Lei 11.942: A penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

em um ambiente apropriado é de fundamental importância para o seu desenvolvimento.

De acordo com as Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras se entende como violência contra mulheres todo ato de violência baseado no pertencimento ao sexo feminino que tem ou pode ter como resultado um dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico para mulheres, assim como as ameaças de tais atos, incluindo a privação arbitrária de liberdade, seja no âmbito público ou privado. (REGRAS DE BANGKOK, 2016, p. 11)

Em Assembleia Geral das Nações Unidas, o Conselho Econômico e Social recomendou à referida Assembleia que adotasse medidas resolutivas como a que indica que mulheres grávidas ou lactantes deverão receber orientação sobre dieta e saúde de um programa a ser traçado e supervisionado por um profissional de saúde qualificado, e deverá ainda, ser fornecida gratuitamente alimentação adequada e pontual para gestantes, bebês, crianças e lactantes em um ambiente saudável e com a possibilidade para exercícios físicos regulares. Acrescido a isso, mulheres presas não deverão ser desestimuladas a amamentar seus filhos, salvo se houver razões de saúde específicas para tal. Devem ser incluídas nos programas de tratamento as necessidades médicas e nutricionais das mulheres presas que tenham recentemente dado à luz, mas cujos filhos não se encontrem com elas na prisão. (REGRAS DE BANGKOK, 2016, p. 11)

Ademais, decisões para autorizar os filhos a permanecerem com suas mães na prisão deverão ser fundamentadas no princípio do melhor interesse da criança e, ainda, crianças na prisão com suas mães jamais serão tratadas como presas. Ademais, é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à

liberdade e à convivência familiar e comunitária, conforme o disposto no artigo 4º, Caput, da Lei 8.069 de 1990.

Há notável desinteresse por parte do Estado em garantir as condições necessárias, tendo em vista que a opinião pública, de modo geral, é contrária a investimentos no sistema penitenciário, e vê como indignas todas as pessoas que nele cumprem penas. No entanto, a opinião pública, não se pode sobrepor a direitos e garantias fundamentais. Assim, ao verificarem-se acordos internacionais assinados pelo Brasil, bem como, a Constituição Federal no que tange a Direitos e Garantias Fundamentais, e ainda, a Lei de Execução Penal, torna-se visível que o Estado deve garantir acima de qualquer atribuição punitiva a dignidade do ser humano.

A realidade das prisões femininas no Brasil é marcada pela superlotação, falta de acesso à saúde, estruturas precárias, aspectos que podem influenciar diretamente a saúde física e psicológica da mulher, principalmente quando ela carrega consigo uma criança. Tanto a mãe como o feto não tem seus direitos respeitados no cárcere no Brasil.(ESPINOZA, 2004, p.45)

As Penitenciárias Femininas Brasileiras são marcadas pelo descaso do Estado. As mulheres que ali perecem, estão à margem social. Suas necessidades não são levadas em consideração, uma vez que se considera um custo desnecessário aos cofres públicos. Assim, além da superlotação, as estruturas precárias, a dificuldade no acesso à saúde, também estão ausentes as condições básicas de higiene, pois o Estado não disponibiliza, para a maioria das mulheres encarceradas, produtos indispensáveis para higiene pessoal, como absorventes, papel higiênico, escova de dente, creme dental, xampu. Os presídios femininos deveriam disponibilizar esses produtos todos os meses, conhecido como kit de higiene, mas são poucas as mulheres que possuem acesso aos produtos respectivos e geralmente recebem dos seus familiares nos dias de visitação. (SILVA, 2008, p.31)

Além disso, a ausência de berçários ou de locais adequados para o aleitamento materno no sistema penitenciário vem prejudicando flagrantemente a criança e a mãe presidiária, pois imediatamente ao seu nascimento a criança é separada da mãe e entregue aos cuidados de familiares, de terceiras pessoas ou de instituições ou, não sendo possível esta solução, a mãe pode ser colocada em liberdade para amamentar o filho ou então permanece com ele na cela, ao lado de outras presas, em situação absolutamente adversa, já que a cela, em regra, é um lugar insalubre, não há sol, a água é fria, o banheiro e o vaso sanitário são coletivos, enfim, a cela de um presídio não é lugar para a permanência de uma criança recém-nascida. (SANTOS, 2002, p. 01)

Assim sendo, constata-se que os direitos das presas são suprimidos, visto que não recebem a mínima condição de dignidade a qual a elas é inerente, ficando renegadas a condições degradantes, impossibilitadas do direito ao lazer e visita íntima, além de baixas ofertas de educação e trabalho. Atinente a isso, destaca-se a supressão do ao aleitamento materno, haja vista que o mesmo transcende quaisquer questões jurídicas, pois é um direito intrínseco ao ser humano, sobretudo, porque ao nascer, à criança será destinado o alimento rico em nutrientes, necessário para a sua subsistência, sendo este, o leite materno. No entanto, em uma sociedade burocrática e paternalista, é imprescindível que a regulamentação de algo, mesmo que tão simples, seja feita, uma vez que trata da dignidade do ser humano. Assim, na Constituição Federal de 1988, vigora no rol dos direitos fundamentais o direito social à proteção da maternidade e da infância, e o direito das mulheres encarceradas de permanência com seus filhos durante a fase de amamentação, conforme o artigo 5º, inciso L, e o artigo 6º, caput, da referida Constituição.

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo

invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente, excepcionalmente, possam ser realizadas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2013, p.48)

Mesmo com a previsão legal, a ausência de investimentos públicos é quase inexistente, sendo exceções às penitenciárias que tenham a estrutura necessária prevista em lei, dificultando tanto para a presa, quanto para a criança, que acaba sendo vítima do sistema no qual sua mãe está inserida. Nas palavras de Machado:

O respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento do Estado brasileiro constituído em Estado Democrático de Direito, reclama uma solução urgente e eficaz para a situação em que se encontra incontável número de mulheres no nosso País. (MACHADO, 2012, p. 10)

Nesse sentido, outras medidas devem ser tomadas em caráter de urgência, para assegurar à dignidade da mãe e do bebê, seja ela jurídica, no sentido de liberação da apenada mãe, para um regime de prisão domiciliar, ou administrativa, que requer que as Casas Prisionais desenvolvam projetos que viabilizem a amamentação saudável, tratando a questão com humanidade.

A Organização Mundial de Saúde (OMS), Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e Rede Internacional em Defesa do Direito de Amamentar (IBFAN), elaboraram um relatório, que concluiu, que de 194 países analisados, apenas 39 têm leis que promulgam todas as disposições do Código Internacional de Comercialização de Substitutos do Leite Materno, que incentiva a amamentação de recém-nascidos e regula a comercialização de substitutos, frente a 37 em 2011, data da última análise. O Relatório apontou, por outro lado, que 135 países possuem alguma medida legal de incentivo à amamentação, assim como resoluções adotadas pela Assembleia Mundial de Saúde, um aumento de 103 países em relação a 2011. Segundo o documento, o Brasil está entre os países que

adotam totalmente as diretrizes do código, desenvolvido e aprovado em 1981 pela Assembleia Mundial de Saúde. (ONU, 2017, p.01)

A Organização Mundial de Saúde e o Fundo das Nações Unidas para a Infância recomendam que bebês sejam alimentados exclusivamente com leite materno pelo menos nos seis primeiros meses de vida. Os bebês devem continuar sendo amamentados após este período, bem como iniciar uma alimentação adequada e nutritiva, até dois anos de idade ou mais. Nesse contexto, os países membros da OMS se comprometeram a aumentar a taxa de aleitamento materno exclusivo nos primeiros seis meses de vida em 50% antes de 2025 como parte de um conjunto de metas globais de nutrição. (ONU, 2017, p.01)

A legislação brasileira vigente garante que o filho permaneça com a mãe em período de amamentação, principalmente, porque é através dela, que aspectos como saúde física e emocional são garantidos tanto para a mãe quanto para a criança. Além disso, prevê que os estabelecimentos penais devem possuir estrutura necessária para atender às necessidades de apenas mães, contendo ambientes específicos para a amamentação, creches e afins, sendo estabelecimentos penais com a estrutura adequada são exceções.

Ante o exposto, sendo veementes as dificuldades que passam mães e bebês, alguns juízes inclinaram-se no sentido de permitir que as apenas gozassem de saídas temporárias das penitenciárias, cumprindo pena em prisão domiciliar, para que pudessem atender de maneira adequada as necessidades de seus filhos, todavia o ordenamento jurídico não possuía previsão específica acerca do assunto. Em razão disso, fora impetrado Habeas Corpus Coletivo, por parte do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, em face de mulheres grávidas, o que contribuiu para a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidir, na sessão do dia 20 de fevereiro de 2018, por maioria de votos, favoravelmente à substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam



gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319<sup>5</sup> do Código de Processo Penal. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 01)

Cabe observar que, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres, Departamento Penitenciário Nacional, Ministério da Justiça, a população absoluta de mulheres encarceradas no sistema penitenciário cresceu 567% entre os anos 2000 e 2014, muito superior ao da população masculina, que ainda assim aumentou exagerados 220% no mesmo período, a demonstrar a tendência geral de aumento do encarceramento no Brasil.(SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 01)

Outro dado de fundamental interesse diz respeito ao fato de que 68% das mulheres estão presas por crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes, delitos que, na grande maioria dos casos, não envolvem violência nem grave ameaça a pessoas, e cuja

---

<sup>5</sup> Art.: 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I-O comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar as atividades.

II-Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ao acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações.

III-Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar risco de novas infrações.

IV-Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução.

V-Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalhos fixos.

VI-Suspensão do exercício de função pública ou de atividades de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais.

VII-Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração.

Fiança, nas infrações que a admitem para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial. Cabendo também, a possibilidade de monitoração eletrônica.

repressão recai, não raro, sobre a parcela mais vulnerável da população, em especial sobre os pequenos traficantes, quase sempre mulheres, vulgarmente denominadas de “mulas do tráfico”. Nesses casos, quase sempre, como revelam os estudos especializados, a prisão preventiva se mostra desnecessária, já que a prisão domiciliar prevista no art. 318<sup>6</sup> pode, com a devida fiscalização, impedir a reiteração criminosa. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 01)

Não obstante, nem a Constituição, nem a citada Lei de Execução Penal, passados tantos anos da respectiva edição, vem sendo respeitadas pelas autoridades responsáveis pelo sistema prisional, conforme registra o próprio DEPEN nas informações que constam do já referido INFOPEN Mulheres de 2014. O cuidadoso trabalho de pesquisa revela, inclusive por meio de exemplos, a duríssima realidade em que vivem as mulheres presas, a qual já comportou partos em solitárias sem nenhuma assistência médica ou com a parturiente algemada ou, ainda, sem a comunicação e presença de familiares.

A isso se soma a completa ausência de cuidado pré-natal, acarretando a transmissão evitável de doenças graves aos filhos, como sífilis, por exemplo, a falta de escolta para levar as gestantes a consultas médicas, não sendo raros partos em celas, corredores ou nos pátios das prisões, sem contar os abusos no ambiente hospitalar, o isolamento, a ociosidade, o afastamento abrupto de mães e filhos, a manutenção das crianças em celas, dentre outras

---

<sup>6</sup> Art. 318

I- maior de 80 (oitenta) anos;

II- extremamente debilitado por motivo de doença grave;

- imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI - homem, caso seja o único responsável;

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

atrocidades. Tudo isso de forma absolutamente incompatível com os avanços civilizatórios que se espera tenham se concretizado neste século XXI. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 01)

Constatou-se ainda a precariedade do acesso à Justiça das mulheres presas, separação precoce de mães e filhos, internação das crianças mesmo quando há família extensa disponível, concluindo-se que uma das saídas desse, falso, paradoxo, entre institucionalizar a criança ou separá-la da mãe, seria a prisão domiciliar, essa opção choca com a cultura do encarceramento e a priorização do combate ao crime presente nos discursos e práticas do sistema de justiça. O aumento do encarceramento feminino, e logo do número de gestantes, puérperas e mães encarceradas demonstra que o sistema de justiça criminal vem ignorando recomendações de organizações internacionais contra o uso de prisão para essas mulheres. Nesse sentido, verifica-se que uma melhor possibilidade de exercício de maternidade ocorrerá sempre fora da prisão e, se a legislação for cumprida, tanto em relação à excepcionalidade da prisão preventiva como no tangente à aplicação da prisão domiciliar, grande parte dos problemas que afetam a mulher no ambiente prisional estarão resolvidos. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 01)

Cabe ressaltar, que o Supremo Tribunal Federal não deveria assumir a responsabilidade concernente ao Poder Público, vez que é imprescindível declinar que lhe concerne a prerrogativa de criar políticas públicas voltadas a sanar as demandas sociais, através de inserção na agenda política. Ademais, a criação de políticas públicas para o Sistema Penitenciário Feminino se enquadra no direito à cidadania e corresponde também a direitos assegurados constitucionalmente, uma vez que garantirá a dignidade da pessoa humana, fundamento norteador da Constituição Brasileira vigente.

Em síntese, as políticas públicas são conjuntos de programas, ações e atividades desenvolvidas pelo Estado diretamente ou indiretamente, com a participação de entes públicos ou privados, que visam assegurar determinado direito de

cidadania, de forma difusa ou para determinado seguimento social, cultural, étnico ou econômico. As políticas públicas correspondem a direitos assegurados constitucionalmente ou que se afirmam graças ao reconhecimento por parte da sociedade ou pelos poderes públicos enquanto novos direitos das pessoas, comunidades, coisas ou outros bens materiais ou imateriais. (SOUZA, 2006, p. 25)

Além disso, importa destacar em face de existência do Controle Social, como sendo uma ferramenta de compartilhamento de poder decisório entre Estado e sociedade sobre as políticas, instrumento e uma expressão da democracia e da cidadania. É a capacidade de a sociedade intervir nas políticas públicas, interagindo com o Estado na definição de prioridades e na elaboração dos planos de ação do município, do estado ou do governo federal, podendo ser realizado tanto no momento da definição das políticas a serem implementadas, quanto no momento da fiscalização, acompanhamento e avaliação das condições de gestão, execução das ações e aplicação dos recursos financeiros destinados à implementação de uma política pública. (COSTA; VIEIRA, 2015, p. 01)

Dessa forma, infere-se que a descentralização administrativa atua sob o prisma da criação de entes da Administração indireta, caracterizando a descentralização do poder, conforme prescreve Justen Filho (2016, v. 12, p. 115). O autor enfatiza, ainda, que “a descentralização produz a transferência de poderes e atribuições para um sujeito de direito distinto e autônomo” (2016, v. 12, p. 116). Segundo Guimarães (2002, p. 02):

[...] No plano jurídico, a descentralização é concebida como um processo de transferência de competências e de poderes entre órgãos, ou dentro de um mesmo órgão, enquanto sujeitos de imputação jurídica, vinculada à ideia de desconcentração, ou delegação de funções. De outro modo, a descentralização é concebida como ruptura de um vínculo hierárquico pré-existente e relaciona-se basicamente à ideia de competências exclusivas.

Nesse caso, descentralização implica a ausência de intervenção de qualquer outro órgão ou instância.

Nessa seara, depreende-se que as decisões públicas não se restringem aos ditames legais, sendo que a atuação da participação social na tomada de decisões gera uma nova concepção de gestão e, segundo Hermany (2006, v. 6, p. 1737), ela: “[...] contribui para a construção de uma cidadania emancipatória, pois estabelece uma nova e qualificada relação entre Administração e sociedade, em função da abrangência e dos novos instrumentos de controle sobre as públicas”. Importante destacar, conforme assevera Hermany (2006, v. 6, p. 1734), acerca da relevância da participação da cidadania no tocante à tomada de decisões, referentes aos atos administrativos, destinando-os ao interesse público, vez que se necessita de uma veemente atuação do cidadão, a partir de uma edificação discursiva que possibilite minimizar a ocupação interpretativa dos atores sociais e os princípios constitucionais, na formulação de políticas públicas.

No tocante ao aspecto político de descentralização, ora citado, é perceptível a atuação do cidadão frente às ações do Estado, uma vez que sua preocupação em sanar os problemas sociais, que acabaram tornando-se públicos devido a sua inserção na agenda política, auferiu influência frente à tomada de decisões, onde o Estado acabou transferindo seus poderes ao cidadão. Desse modo, verifica-se que a descentralização da administração pública invoca a emancipação da cidadania devendo, todavia, voltar seus anseios ao atendimento do interesse social, encontrando respaldo constitucional no que tange a autonomia do cidadão concedida pelo Estado.

### **Considerações finais**

O presente trabalho buscou demonstrar as condições à qual estão sujeitas mulheres presas no Brasil, e trouxe ainda, um olhar

acerca da maternidade e do aleitamento materno. Sendo as perspectivas apresentadas trazidas através da óptica de organizações e órgãos públicos.

Ademais, mesmo com referenciais técnicos sérios, constatou-se o descaso pela questão de mulheres presas e lactantes no Brasil, uma vez verificada a quase inexistência de material teórico, o que demonstra o desinteresse em questões concernentes à mulher, e, sobretudo, à mulher que está inserida no Sistema Penitenciário Brasileiro.

Nesse contexto, é crucial que o Estado, independentemente de interesses políticos e de classe, garanta que toda a estrutura necessária ao atendimento das presas gestantes e lactantes seja feita, através de políticas públicas que possibilitem investimentos reais em áreas específicas, que garantam a dignidade e transcendam limitações sociais acerca de gênero.

Também é notória a necessidade de a sociedade organizada, direcionar seu olhar para dentro do cárcere brasileiro, sendo ele reflexo dos moldes dessa mesma sociedade. Importa ressaltar, que a mãe presa não é diferente da mãe que está em casa, e tampouco, diferente da mãe que trabalha fora de casa para possibilitar o sustento da família. Afinal, cada uma dentro da sua limitação, exerce sua função e importância para aquele que, independente de condições adversas, continuará sendo o seu filho.

Assim, é imperativo que as demandas do Sistema Penitenciário Feminino sejam atendidas em caráter de urgência, através de políticas públicas voltadas à reabilitação, fazendo uso de métodos inovadores, que sejam eficazes e capazes de atenuar os índices de violência, e o aumento contínuo da população carcerária, em uma desesperada tentativa de humanizar um sistema desumanizador.

## Referências

- ANGOTTI, Bruna. Revista Online Adital, 2015. Disponível em: <<https://www.revistaforum.com.br/dar-a-luz-na-sombra-o-direito-a-maternidade-nas-carceragens-brasileiras/>> Acesso em: 18 de julho de 2017.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011 a.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. A Falência da Pena de Prisão: Causas e alternativas. 3ª Ed. Saraiva. São Paulo. 2004.
- BRASIL, Código de Processo Penal (1941). Código de Processo Penal. Brasília. DF: Congresso Nacional, 1941.
- BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. DF: Senado, 1988.
- BRASIL, ECA (1990). Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília. DF: Congresso Nacional, 1990.
- BRASIL, LEP (1984), Lei de Execução Penal. Brasília. DF: Congresso Nacional, 1984.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Relatório sobre mulheres encarceradas no Brasil – consolidação dos dados fornecidos pelas unidades da federação. Depen, 2014.
- BRASIL. Saúde da criança: Nutrição infantil - Aleitamento materno e alimentação complementar. Brasília, 2009. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude\\_crianca\\_nutricao\\_aleitamento\\_alimentacao.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_crianca_nutricao_aleitamento_alimentacao.pdf)> Acesso em 14 de março de 2017.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Brasília. DF: Supremo Tribunal Federal, 2018.
- CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA. Regras de Bangkok Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>> Acesso em: 02 de maio de 2018.

ESPINOZA, Olga. A mulher encarcerada em face do poder punitivo. São Paulo: IBCCrim, 2004.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. História da Violência nas Prisões. 38 Edição. Editora Vozes. 1926.

GUIMARÃES, Maria do Carmo Lessa. *O debate sobre a descentralização de políticas públicas: um balanço bibliográfico*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/osoc/v9n23/o3.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

HERMANY, Ricardo. *Novos paradigmas da gestão pública local e de direito social: a participação popular como requisito para a regularidade dos atos da administração*. In: Direitos Sociais e política públicas: desafios contemporâneos. Jorge Renato dos Reis e Rogerio Costa Real (orgs.). Tomo 6. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006. pp. 1731-1754

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

INFOPEN. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias. Dados consolidados dos estados (2000-2014). Disponível em: [www.infopen.gov.br](http://www.infopen.gov.br). Acesso 18 de julho de 2017.

MACHADO, Juliana Araújo Lemos da Silva. A presa gestante ou lactante tem direito a prisão domiciliar especial quando não houver vaga em estabelecimento penal adequado. Ribeirão Preto, 2012. Disponível em <<http://www.cursofmb.com.br/arquivosprof/gestante%20e%20pris%C3%A3o%20domiciliar.pdf>> Acesso em 02 de setembro de 2017.

ONU. Regras da Organização das Nações Unidas para o tratamento das presas e medidas não privativas de liberdade para as mulheres infratoras – Regras de Bangkok. Genebra, 2010.

SILVA, Suzana Cristina Fernandes. Ansiedade da mulher durante o último trimestre de gravidez: numa amostra da área abrangente do porto. Porto, 2008. Disponível em: <[http://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/1375/1/mono\\_%20SusanaSilva.pdf](http://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/1375/1/mono_%20SusanaSilva.pdf)> acesso em: 26 de abril de 2017.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. 2006. Porto Alegre. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/ao3n16>>. Acesso em: 26 de abril de 2017.



## **Guarda compartilhada: esclarecimento jurídico quanto ao procedimento**

*Natally Bibiana Oliveira De Quadros<sup>1</sup>*

### **Introdução**

Na sociedade atual, os relacionamentos conjugais se dissolvem de maneira rápida. O número de dissoluções tem aumentado significativamente, e, quando o término é litigioso, as partes envolvidas saem com grande rancor, e usam seus filhos para prejudicarem a vida do antigo cônjuge, onde aquele que detém a guarda unilateral da criança, na maioria das vezes, impõe situações da maneira que lhe convém ser a melhor, como, por exemplo, exigir do outro genitor o pagamento de valor exorbitante correspondente a pensão alimentícia, em troca de ter acesso ao filho.

Frequentemente, os filhos tem sido instrumento de vingança entre os pais, pois é o único elo que os mesmos possuem após o término do casamento ou seja, as crianças não podem ser responsabilizadas pela falta de maturidade e comunicação entre estes, pessoas adultas que deveriam solucionar seus problemas pessoais de outro modo, qual seja, em um consultório de psicologia.

---

<sup>1</sup> natallyquadros@hotmail.com

Não se pode permitir que o genitor que exerça a guarda exclusiva, busque sempre diminuir o contato do filho com o outro genitor, afastando assim o infante do convívio familiar que usufruía anteriormente ao rompimento da união dos pais. Motivo de grande preocupação, pois com situações típicas, genitores praticam de forma cruel e danosa alienação parental.

Visando solucionar essa problemática da sociedade, fora criada a modalidade de guarda onde os pais possuem a mesma responsabilidade, direitos e deveres com os filhos. Todavia, simplesmente estabelecer um modo não é indício de sucesso, na prática, a problemática não está tendo eficácia, uma vez que quando a família não possui estruturas emocionais, financeiras, bem como o conhecimento integral dessa modalidade, adotando apenas por ser uma regra jurídica, que se torna totalmente incongruente para a sociedade.

Para o estudo, do presente trabalho adentraremos no que consiste a guarda compartilhada, e as dificuldades da imposição deste modelo de convivência familiar. Além disso, comentar-se-á decisões do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul sobre a matéria.

Também serão buscadas soluções para os conflitos parentais pós divórcio, com destaque para a importância de outras técnicas e de outros profissionais. Explicar-se-á as inovações exitosas da Mediação, Constelação, além dos acompanhamentos psicossociais para que obtenha-se uma guarda ajustada a realidade familiar que possa ter sua plena eficácia, com consequências positivas para todas as partes.

Por fim, esse é o principal motivo da presente pesquisa jurídica, buscar a solução para a ineficácia da guarda compartilhada impositiva, mostrando que a questão apresentada é de maior abrangência que uma decisão judicial apenas, pois sem a real compreensão das partes, não há o que se falar em aplicação justa da lei, portanto, restando prejudicada sua validade.

## 1 A guarda compartilhada

No direito brasileiro, o termo “guarda” se refere ao direito de conviver com o filho após a separação dos pais. Quando se é exercida por um dos pais apenas, é chamada de unilateral ou exclusiva, e quando exercida por ambos, é chamada de compartilhada ou conjunta. Outrossim, no que se refere ao direito de guarda dos filhos, de regra ela é exercida de forma conjunta pelos pais, tornando-se individual apenas quando ocorrer a separação dos mesmos. Destarte, a guarda dos filhos é em um primeiro plano conferida ao pai e a mãe, podendo ser partilhada entre estes em caso da dissolução da vida conjugal.

Atualmente, quando da dissolução do casamento ou União Estável, a Lei 13058/2014, atribuiu ao Judiciário, como regra, o estabelecimento da guarda compartilhada para pais divorciados, posto que para o Direito de Família contemporâneo, cabe a ambos os pais o dever de convivência e cuidado para com os filhos menores, mesmo que restando o casamento dissolvido, posto que este põe fim ao vínculo jurídico, não a parentalidade entre pais e filhos, esta, de ordem vitalícia.

A guarda compartilhada teve sua origem na Inglaterra, ou seja, nasce dentro do sistema *common law*<sup>2</sup>, na década de 1960, onde ocorreu a primeira decisão relativa ao instituto. Como expressa Eduardo Oliveira Leite:

A manifestação inequívoca dessa possibilidade por um Tribunal inglês só ocorreu em 1964, que demarca o início de uma tendência que fará escola na jurisprudência inglesa. Em 1972, a Court d’Appel da Inglaterra, na decisão *Jussa x Jussa*, reconheceu o valor da guarda conjunta, quando os pais estão dispostos a cooperar e, em 1980 a Court d’Appel da Inglaterra denunciou,

---

<sup>2</sup> É um termo utilizado nas ciências jurídicas para se referir a um sistema de Direito cuja aplicação de normas e regras não estão escritas mas sancionadas pelo costume ou pela jurisprudência. Tal forma de Direito tem origem na concepção do direito medieval inglês que, ao ser ministrado pelos tribunais do reino, refletia os costumes comuns dos que nele viviam.

rigorosamente, a teoria da concentração da autoridade parental nas mãos de um só guardião da criança. No célebre caso Dipper x Dipper, o juiz Ormrod, daquela Corte, promulgou uma sentença que, praticamente, encerrou a atribuição da guarda isolada na história jurídica inglesa. (LEITE, 2003, p.266)

O interesse maior da criança e a igualdade parental foram privilegiados nas decisões inglesas, fazendo repercutir nas províncias canadenses da *common law*. De lá passou à França, espalhou-se pela Europa, depois atravessou o Atlântico penetrando no Canadá, alcançando, inclusive, os Estados Unidos, que atualmente aplica a noção de guarda compartilhada na maioria de seus Estados, objetivando o equilíbrio dos direitos do pai e da mãe.

A nova legislação brasileira, através da Lei n. 11.698 de 2008 alterou o artigo 1.584<sup>3</sup> do Código Civil e, posteriormente, a Lei 13.058 de 2014, de forma extremamente radical modificaram o

---

<sup>3</sup> Art.1584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I - requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II - decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

§ 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.

modelo brasileiro de guarda, ou seja, a guarda unilateral deixou de ser a regra, para tornar-se uma exceção à convivência entre pais separados e filhos. Valendo-se do princípio do melhor interesse da criança ou adolescente, tal decisão ignorou toda a problemática envolvida entre os pais do menor, visando proteger o convívio da criança com ambos genitores. Ainda possui um vasto campo de pesquisa, pois a matéria ainda não foi dissecada pela doutrina e a jurisprudência assim já descreve Lobo:

A guarda compartilhada é obrigatória, independentemente da concordância dos pais separados. Assim é porque inspirada e orientada pelo superior interesse da criança ou do adolescente. Os interesses dos pais, diferentemente do que ocorria com a predominância anterior da guarda unilateral, não são mais decisivos. (LÔBO, 2017, p.188)

A criança tem o direito à convivência familiar, esta relação é protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro, que assegura esse direito até mesmo quando os pais são privados da liberdade. Foi com a promulgação da Lei 12.962 de 2014, a qual alterou o artigo 19, §4<sup>o</sup> do ECA, garantindo a convivência da criança e do adolescente com o pai ou a mãe que encontrar-se privado de sua liberdade, através da realização de visitas promovida por responsável ao estabelecimento prisional, sem a necessidade de autorização judicial, a fim de que o vínculo familiar não seja rompido em um momento de separação corpórea desses indivíduos.

A guarda conjunta ou compartilhada possui uma denominação que remete ao pensamento de que os pais da criança e do adolescente, no que tange aos filhos, tomam decisões de forma

---

<sup>4</sup> Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

§ 4<sup>o</sup> Será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial.

acordada entre eles, mesmo estando separados, o que na realidade brasileira é ainda um grande problema, pois a instituição familiar anterior deixa de existir, tendo os pais o grande desafio da nova realidade.

Todavia, tal nomenclatura foi vista como inadequada frente ao ordenamento jurídico brasileiro, vejamos o que Eduardo de Oliveira Leite:

Em Direito Civil, a expressão não tem sentido, ou é imprópria, como já alertara Fulchiron, porque o conceito civilista de guarda é indissociável da presença da criança. Enquanto a família permanece unida, a guarda conjunta é perfeitamente admissível; questionar-se-ia sobre a realidade de tal expressão quando a família já se encontra separada. A separação dos pais e o inevitável afastamento de um dos genitores da presença do filho impediriam a guarda conjunta. Guarda Conjunta não é guarda, é atribuição de prerrogativas. (LEITE, 1997, p.264)

O grande princípio que fora crucial para o novo entendimento e consequente adoção pelo direito brasileiro, fora o princípio do melhor interesse da criança/adolescente. Tal princípio visa o filho, como personagem principal, sendo que para obter um desenvolvimento sadio, o menor não deve sofrer penalidades em decorrência dos erros de escolhas, frustrações, e sentimentos ruins entre seus pais, devendo ser tratado de maneira sadia, sem que os problemas oriundos da dissolução conjugal em nada atrapalhem seu pleno desenvolvimento e convívio com ambos. O artigo 1.632<sup>5</sup> do Código Civil é claro sobre isso.

Porém, é do conhecimento de todos profissionais e envolvidos, que os problemas familiares são os mais danosos e difíceis de decisão, embora toda problemática que uma decisão judicial tenha, ela pode não produzir seus efeitos, passando a ser

---

<sup>5</sup> Art. 1.632 A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

uma sentença sem inaplicabilidade. O judiciário regularmente recebe diversas ações em que os pedidos são a guarda de filhos, e por mais que uma sentença resolva a lide, se a mesma não condizer com a realidade das partes, tal decisão não terá eficácia, pois os pais provocarão o judiciário ajuizando nova demanda para que seu problema seja resolvido de outra forma, isto é, que produza efeitos no cotidiano da família, uma vez que as partes podem ajuizar demandas toda vez que houver fato novo e modificativo.

Muitas vezes isso ocorre, pois no calor das emoções, os pais querem dar um fim ao problema conjugal sem pensar nas consequências de suas escolhas, não pensam sequer no interesse dos filhos, dada a “cegueira” de ódio e egoísmo o qual estão envolvidos.

Assim entende-se que a situação de litígio, é fator determinante para que não haja consenso entre os genitores acerca de decidir o melhor para a vida, saúde, lazer e estudos dos filhos, uma vez que a discordância é fato constante na vida desses adultos. A propósito, Ana Carolina Silveira Akel corrobora:

Parece-nos uma árdua tarefa e, na prática, um tanto duvidoso que a guarda compartilhada possa ser fixada quando o casal não acorde a esse respeito. Ainda que vise atender o melhor interesse da criança, o exercício conjunto somente haverá quando os genitores concordarem e entenderem seus benefícios. (AKEL, 2008, p.126)

O conhecimento empírico que a população brasileira possui sobre a guarda compartilhada, quando a mesma é mencionada, é que o pai deixará de pagar alimentos, isto é, isenta-se do pagamento de determinada quantia para a mãe.

Tal pensamento é totalmente equivocado, primeiramente porque os alimentos são para o filho, e não para a mãe do mesmo, outra questão é que, cada caso é um caso, exemplo, o casal que se divorcia, a mãe era do lar, cuidava da casa e da família, o pai era o

único provedor do sustento, com o divórcio, estabelecem a guarda compartilhada, como a mãe irá sustentar seu filho sozinha? Ela precisa de ajuda financeira para garantir o desenvolvimento do filho? Portanto, o pai irá pagar alimentos.

Devido a isso, o fundamento da obrigação alimentar é, sem dúvida, o dever de solidariedade entre os homens, mas acentuado entre pais e filhos, pessoas que se encontram em um grau extremo de proximidade, e muito mais presente quando dissociada a família. Assim a obrigação de contribuir para a manutenção dos filhos pesa sobre ambos os genitores, não obstante a guarda seja exercida de forma exclusiva (GRISARD, 2009, p. 179).

Outra confusão se dá quando a família acredita que a guarda compartilhada funciona como outro modelo de guarda, a alternada, que consiste em dividir os períodos de convivência com o filho, a criança/adolescente possui duas casas, duas rotinas, quando está sob a guarda do pai, todas as responsabilidades neste período são exclusivas do mesmo, e assim sucessivamente com a mãe, inclui-se os custos com o filho nesse período de forma exclusiva da parte. Há quem entenda ser esta modalidade extremamente perniciosa para como filho, que acaba por perder sua referência de residência. A fim de esclarecer essa diferença Maria Berenice Dias diz:

Não dá para confundir guarda compartilhada com a inconveniente guarda alternada, através da qual, mais no interesse dos pais do que no dos filhos, procede-se praticamente à divisão da criança. Confere-se de forma exclusiva o poder parental por períodos preestabelecidos de tempo, geralmente de forma equânime, entre as casas dos genitores. Reside, por exemplo, 15 dias na casa de cada genitor, ou por períodos maiores, um mês ou seis meses, e visita o outro. Tal arranjo gera ansiedade e tem escassa probabilidade de sucesso. (2010, p. 435)

Deste modo, percebe-se que a guarda compartilhada tem como objetivo o compartilhamento de responsabilidades entre os genitores, ou seja, busca manter a responsabilidade de ambos no



que tange o cuidado com os filhos, permitindo, desta forma, que estes não sejam afetados de forma negativa com relação as questões pessoais do casal, posto que o divórcio é o fim de um casamento, não da parentalidade.

## **2 As dificuldades da eficácia da guarda compartilhada impositiva**

A imposição da guarda compartilhada como a lei traz, será aplicada de ofício pelo juiz quando os pais não chegam a um consenso mútuo independentemente se há problema entre os pais, posto que, conforme orientação legal, ambos precisam diferenciar problemas pessoais do dever de cuidado para com os filhos, o qual permanece, independente da quebra da relação conjugal.

Com efeito, Paulo Lôbo (2011) discorre:

A guarda compartilhada pode ser requerida ao juiz por ambos os pais, em comum acordo, ou por um deles nas ações litigiosas de divórcio, dissolução de união estável, ou, ainda, em medida cautelar de separação de corpos preparatória de uma dessas ações. Durante o curso de uma dessas ações, ao juiz foi atribuída a faculdade de decretar a guarda compartilhada, ainda que não tenha sido requerida por qualquer dos pais, quando constatar que ela se impõe para atender às necessidades específicas do filho, por não ser conveniente que aguarde o desenlace da ação. À formação e o desenvolvimento do filho não podem esperar o tempo do processo, pois seu tempo é o da vida que flui. (LOBO, 2011, p. 199)

Diante do exposto, entende-se que estará a cargo do magistrado verificar quando há a necessidade de impor a guarda compartilhada de acordo com o caso concreto, considerando que deverá sempre priorizar o bem estar dos filhos.

Resta lembrar que na constância da guarda compartilhada deve haver a cooperação entre as partes, com a finalidade de sempre atender o interesse das crianças e adolescentes, pois não custa enfatizar que é dever da família, da sociedade e do Estado

promover o necessário a estes menores. Conforme, regulamenta a Constituição Federal, em seu artigo 227<sup>6</sup>.

A guarda compartilhada foi feita para a preservação do interesse do filho, e não dos genitores, conforme respaldo do entendimento dos julgados no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Nessa direção, a apelação cível n.º 70076605617, julgada em 28 de março de 2018, pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, depara-se com o ajuizamento de ação de guarda de um pai em face da mãe, para obter a guarda exclusiva do filho em comum, alegando possuir condições financeiras melhores, o seu pedido fora parcialmente procedente, pois foi fixada a guarda compartilhada, sendo fixado o domicílio do infante com o genitor, e o direito de visitas da mãe de forma quinzenal, desta forma, apelou o requerente sustentando o pedido de guarda unilateral em razão de a genitora residir em outra cidade, somado ao fato de este possuir condições financeiras superiores, além de sustentar um desinteresse processual da genitora que deixou transcorrer o prazo contestacional, foi expresso ao mencionar que não possui uma relação saudável com a genitora do filho para que possa ser possível uma guarda compartilhada. Porém, o desembargador destacou na fundamentação de seu voto que a presente ação versava sobre o filho e não sobre os pais, e que todo caso é analisado de forma distinta para que haja sempre a manutenção do melhor interesse da criança, o que no presente caso não restou comprovada a disputa entre os pais pela guarda unilateral, mas que ficou comprovado nos autos que os pais possuíam uma relação respeitosa, pois em razão da genitora residir em cidade distinta, fica hospedada na casa do genitor.

---

<sup>6</sup> Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Mesmo com a separação dos pais, a criança deve manter um referencial de moradia, pois o filho tem o direito de ter um lar certo e uma rotina também, sendo inadmissível que a criança seja tratada como objeto, ora esteja com a mãe, ora com o pai. Dessa forma a decisão julgou parcialmente procedente a ação, com a manutenção da guarda compartilhada com a fixação de moradia do filho com o pai.

Na separação litigiosa, não havendo acordo entre as partes, a guarda atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la (art. 1.583, §2º, CC). Ressalta-se que a expressão melhores condições não significa, por óbvio, melhores condições econômicas, e sim melhor ambiente para educação e crescimento do menor, um ambiente que lhe assegure bem-estar moral e material. Tem a ver, inclusive, com a disponibilidade que cada um dos pais possui para se dedicar e conviver com os filhos. Em síntese, a guarda competirá ao genitor que demonstrar mais aptidão para propiciar ao filho: I- afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II - saúde e segurança; III- educação. (LUZ, 2009, p. 92)

O autor Valdemar P. da Luz, explica que após a separação judicial, é observado quem dos genitores possui de forma geral melhores condições de oferecer uma vida digna para o filho quando não há um consenso sobre a guarda da criança. Para isso, o judiciário conta com o auxílio de profissionais técnicos na área, para elaboração de laudos psicossociais e estudos sociais com o filho e os pais.

Conforme a apelação cível nº 70076294057, julgada em 28 de março de 2018, pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, destaque ser a mesma Câmara do julgado anteriormente comentado, trouxe um posicionamento diferente face ao caso apresentado.

Desta vez a mãe irressignada com a sentença que julgou parcialmente procedente a ação de guarda e regulamentação de visitas movida pelo pai, fixando a convivência da genitora com o

menor em finais de semanas alternados, iniciando-se na sexta-feira, após o horário escolar até domingo às 19horas, e a condenou a prestar alimentos no valor de 40% do salário mínimo.

Postulou a apelante a fixação da guarda compartilhada, referindo que além de melhor atender ao disposto no art.1.584, §2<sup>o</sup>, do Código Civil, é o meio mais adequado para superar o litígio existente entre ela e o genitor, além de atender os interesses do filho, pois reforça os laços familiares pelo esforço conjunto na criação e educação do menor, reduzindo as possibilidades de alienação parental. Mencionou que embora o laudo psicossocial tenha sido favorável a guarda exclusiva ao genitor, nada impediria o exercício da guarda compartilhada do filho, como foi durante sete anos. Também pediu a minoração dos alimentos fixados na sentença, alegando não possuir condições para o pagamento de 40% do salário mínimo.

O Desembargador e relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, disse não ser cabível a imposição da guarda compartilhada no presente caso, tampouco a alteração dos alimentos fixados na sentença recorrida. Fundamentou a decisão da Sétima Câmara que negou de forma unânime o recurso, sob os aspectos de que os pareceres técnicos, laudo social e psicológico demonstraram que o pai dispõe de melhores condições para manter a guarda de forma unilateral do filho, sendo mais benéfica para o menor, que apresentava seja pelos cuidados recebidos, seja pelo vínculo estabelecido. Mesmo que não fora desabonada a conduta da genitora, descabe a guarda compartilhada em razão do mau relacionamento existente entre os genitores, sendo prejudicial pela criança essa disputa acirrada pelo afeto do filho.

Afirmou que quando há disputa entre os pais, busca-se sempre a decisão mais vantajosa para o desenvolvimento e

---

<sup>7</sup> Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

§ 2<sup>o</sup> Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

formação do filho, que é o bem jurídico de maior interesse. Que o ideal seria o filho conviver com ambos os pais sob o mesmo teto, o que no presente caso restou impossível, dessa forma a guarda unilateral com a fixação de visitas limitadas por meio da genitora foi a melhor opção face a preservação exclusiva do direito da criança e não os interesses dos genitores.

Explicou que a guarda compartilhada não tem como objetivo transformar o filho em objeto, que fica por um determinado tempo com a mãe e outro com o pai, de forma que possa ter a convivência harmônica tanto paterna quanto materna, e que ficou comprovada as dificuldades que a criança apresentava anteriormente.

No tocante a fixação dos alimentos na guarda compartilhada, assim leciona Maria Berenice Dias:

A guarda compartilhada não impede a fixação de alimentos, até porque nem sempre os genitores gozam das mesmas condições econômicas. Muitas vezes não há alternância da guarda física do filho, e a não cooperação do outro pode onerar sobremaneira o genitor guardião. Como as despesas do filho devem ser divididas entre ambos os pais, a obrigação pode ser exigida de um deles pela via judicial. (2010, p. 434)

Para fixar os alimentos, de acordo com o entendimento da doutrina majoritária, deve-se observar o trinômio necessidade/possibilidade/proporcionalidade quanto for estabelecida a guarda, no modelo compartilhada, por não ser obrigatória, exige-se maior atenção do julgador.

É também o entendimento de Fábio Ulhôa Coelho, que afirma:

Por fim, critica-se a guarda conjunta em razão de alegada inexistência de alimentos. Mais uma confusão conceitual, que associa a guarda dividida à necessária atribuição, ao genitor contemplado com a humilhação do direito de visita, da obrigação de pagar alimentos às crianças. Para essa crítica, a guarda compartilhada exporia a criança ao risco de desamparo à medida que, nela, não haveria a obrigação alimentar. Na verdade, um

assunto não tem nada a ver com o outro. Qualquer que seja a espécie da guarda, se qualquer dos pais faltarem com a obrigação de pagar sua parte no sustento da prole, o outro poderá demandar a condenação judicial em alimentos. Claro, os pais separados no regime da guarda compartilhada costumam ser tão consciente de que a separação não altera suas obrigações com os filhos, que raramente deixam de arcar com sua parte nas despesas. Mas se vier um deles a incorrer em inadimplemento, mesmo sendo a guarda conjunta, será sempre cabível a condenação judicial na obrigação alimentar. (COELHO, 2010)

São diversas as confusões referentes à guarda compartilhada, por isso, sua ineficácia quanto a aplicação correta, embora o juiz informe ao pai e a mãe o significado, a importância, a similitude de direitos e deveres atribuídos aos mesmos, além das sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. O §4º do artigo 1.584<sup>8</sup> do Código Civil, explica que se houver alteração do que fora acordado, poderá implicar na redução de prerrogativas atribuídas ao detentor, inclusive com a redução de horas de convivência com o filho.

Há quem discorde deste posicionamento. Assim Carlos Roberto Gonçalves critica o dispositivo acima:

‘No entanto, a meu ver a sanção contida na Lei, com relação à diminuição do tempo de convívio com os filhos não está em sintonia com a atualidade do instituto, uma vez que reacende a competição e representa um retrocesso, colocando os filhos como prêmios ou alvo indevido de instrumento de punição.’ (GONÇALVES, 2010, p. 297 apud GROENINGA)

Importante ressaltar que a guarda compartilhada, ao nosso ver, deveria ser proposta quando houver o mínimo de consensualidade entre os pais, para que a medida venha ao

---

<sup>8</sup> Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

encontro do objetivo proposto, qual seja, o compartilhamento do cuidado.

Assim, pode-se alterar a qualquer tempo a guarda, desde que assegurado os interesses da criança, ou seja, leva-se em consideração que logo após o rompimento do relacionamento entre cônjuges, pode haver mágoas e desentendimentos, brigas entre outros fatores que dificultem a aplicação da guarda compartilhada de forma momentânea, portanto, podendo ser determinada tempo depois, acalmando-se os ânimos dos genitores.

Compartilhar deveres e obrigações por parte de pais separados em relação aos filhos significa manter os elos de afeto com maior presença na vida dos menores. Não, há porém forma de impor o compartilhamento sem a cooperação dos pais. A guarda compartilhada é possível quando os genitores residem na mesma cidade, possuindo relação de respeito, cordialidade e maturidade. Há que preponderar sempre interesse do filho. (VENOSA, p.186, 2011)

Diante do exposto, não há possibilidade da aplicação as guarda compartilhada, quando a questão é territorial, ou pela falta de comunicação em decorrência de desentendimento entre os guardiões, pois mesmo que imposta pelo magistrado, não havendo compreensão e engajamento dos pais, será infrutífera, levando às portas do judiciário o mesmo problema, dessa vez para ser fixada de forma unilateral.

A apelação cível nº 70075226563, julgada em 28 de março de 2018, também pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, promoveu de forma unânime o apelo do genitor, que requereu a fixação da guarda compartilhada da filha, uma vez que o juízo singular deferiu a guarda unilateral para mãe. Entenderam os desembargadores que tendo em vista a convivência de ambos os genitores, seria possível a sua aplicação, apenas mantendo a fixação de moradia da menor com a genitora, respeitando o que na prática já estava acontecendo, de forma que o genitor também possa participar da vida da filha, em especial na

tomada de decisões quanto a educação da mesma e da vida num todo.

Para o desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, José Carlos Teixeira Giorgis:

É necessário esclarecer que a guarda compartilhada não será remédio milagroso para a cura dos distúrbios familiares; nem divisão de tempo ou de semana, para folgança dos pais; não é a intromissão lá e cá, principalmente quando se cuidam de entidades reconstituídas; não tem lugar quando há mágoas, litígio ou difícil relacionamento na parceira. (GIORGIS, 2009)

Para haver eficácia do instituto da guarda compartilhada, deve haver um consenso entre as partes, além do auxílio de outras técnicas que permitam a aplicabilidade real, trazendo todos os benefícios que a mesma dispõe para o filho, e os genitores, afinal, mesmo que se trate do melhor interesse do filho, pais zelosos são capazes de enfrentar suas próprias angústias para lhe proporcionarem um desenvolvimento sadio e amoroso.

Qualquer regulamentação da guarda compartilhada, em virtude de acordo dos pais ou de decisão do juiz, nunca é definitiva, nem faz coisa julgada. Os genitores sempre poderão chegar a um consenso para modificá-la ou, se não houver acordo, um deles pode requerer ao juiz a modificação, justificando a mudança de circunstâncias. Um dos genitores poderá, a qualquer tempo, requerer que haja conversão da guarda compartilhada em guarda unilateral, quando não mais desejar a primeira, assumindo a integralidade da pensão alimentícia. A vida familiar ou a relação entre pais e filhos não são estanques e podem mudar, em razão de vários fatores. (LOBO, 2017 p. 193)

Nem sempre o juízo terá condições de aconselhar a melhor guarda, cabendo sempre aos genitores, que visem antes de ingressarem com demandas judiciais o que melhor podem fazer pelo filho em comum, observando todos os fatores que envolvem o bem-estar da criança.



### **3 A busca de soluções para o conflito parental pós divórcio**

O conflito parental surge quando cada um dos indivíduos possui um entendimento, e desta forma atribui razão para seus pensamentos, discordando da outra parte, e dessa forma não estabelecem um acordo, pois nenhum quer ceder ao entendimento do outro, o motivo pode ser por acreditar que a outra parte não tem a compreensão correta, ou simplesmente para não sair como a parte vencida nesse impasse.

Tem-se a noção – em parte, verdadeira – de que fazer um acordo implica abrir mão de algum direito que se tenha ou que se pense ter, o que quase sempre é verdade. Acordar é chegar a uma solução razoável para todos os envolvidos. Tem-se, ainda, a falsa ideia de que propor uma negociação significa reconhecer que não se tem razão, e por isso se quer buscar um acordo. Nada mais falso. (KAMEL, 2017, p. 20)

Os filhos porém, ficam no meio dessa problemática, e por não saberem como resolver, de forma que todos fiquem satisfeitos, e que sejam preservados os direitos e deveres de cada uma das partes, a sociedade busca soluções para essas problemáticas, a mais comumente utilizada é através de um terceiro, um julgador, isto é, um juiz, através de um processo, para resolver a lide entre as partes que litigam.

É importante saber que nem todos os conflitos serão plenamente resolvidos com uma sentença, para isso, há outras formas de pacificação, essenciais para modificar os integrantes da sociedade que ainda não aprenderam a viver de maneira harmoniosa.

Psicólogos e assistentes sociais possuem um papel importantíssimo na resolução de problemas familiares, são essenciais para que se possa ter uma decisão correta, promovendo de tal forma, a justiça. Comarcas que não possuem esses

profissionais técnicos, podem contar com os profissionais locais, sendo fixado pelo judiciário valor para o pagamento por seus serviços, dessa forma, sempre haverá profissional habilitado para atender os casos.

Geralmente a família só tem acesso ao assistente social quando pleiteia em juízo a guarda de menores, porém, esse profissional pode e deveria ser procurado ainda antes de ajuizamento de ações, entender o cotidiano da criança e dos lares das famílias podendo ser decisivo para a solução de problemas familiares. Ao analisar o laudo social, podemos observar o ambiente considerar pontos negativos e positivos para, ao final, dar subsídios sólidos para uma decisão extrajudicial baseada no melhor interesse da criança.

Na Vara da Família atendemos situações de conflitos, em que, não havendo acordo extrajudicial, isto é, fora dos Fóruns (no âmbito familiar), as pessoas buscam através do Juiz uma decisão para a divergência que apresentam. Neste contexto o serviço de psicologia e serviço social judiciário tem servido como a “ponte” entre o juiz e as famílias em lide. Estes profissionais serão aqueles que irão procurar conhecer a situação fática e desenvolver, inicialmente, um trabalho a fim de levar as pessoas a uma solução conjunta. Quando as pessoas não conseguem chegar a um consenso, o parecer técnico é fundamentado na investigação feita. (FRANCO e MELÃO, 2007,p. 238)

São os profissionais que irão visitar a família, para confecção do referido laudo de estudo social que estarão em frente ao problema, podendo sempre que possível, sugerir melhoras, bem como mapear problemas vivenciados pelo grupo familiar. Da mesma forma o psicólogo, através de seus métodos lúdicos, consegue compreender o que a criança e até mesmo a família está enfrentando de forma psíquica e sentimental, buscando enxergar com olho clínico os motivos da situação instaurada.

#### **4 Mediação, Constelação e acompanhamento psicossocial**

Visando melhorar a convivência familiar bem como colaborar para a apaziguação dos conflitos pós divórcio, bem como fortalecer a aplicação da guarda compartilhada, podemos contar com o método de mediação, conforme dispõe o artigo 3º, §3º do Código de Processo Civil<sup>9</sup>, sendo sempre estimulado inclusive em demandas judiciais. Com relação a previsão legal, no Código de Processo Civil, podemos encontrar na Seção V, todo o procedimento da mediação.

A mediação é uma técnica que através de um mediador (pessoa imparcial), visa organizar e oportunizar o diálogo entre as partes conflitantes, para que sabendo tratar um com o outro, possam reestabelecer um diálogo, e assim juntos, compreender os problemas vivenciados, podendo, a partir da comunicação restaurada, buscar a resolução dos problemas, isto é, a autocomposição<sup>10</sup>.

A técnica da mediação conta com os princípios da informalidade, simplicidade, economia processual, celeridade, oralidade e flexibilidade processual. Os mediadores, devem observar os princípios da confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação para atuação nas demandas.

Águida Arruda Barbosa destaca algumas diferenças entre a terapia familiar e a mediação, pois comumente as pessoas confundem, desta maneira descreve:

O objetivo da terapia familiar é a manutenção dos vínculos familiares, e tem natureza preventiva para evitar a ruptura.

---

<sup>9</sup> Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 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.

<sup>10</sup> é um método de resolução de conflitos entre pessoas e consiste em: um dos indivíduos, ou ambos, criam uma solução para atender os interesses deles, chegando a um acordo.

Trata-se de uma atividade exercida por profissional formado para esta especialidade, para trabalhar uma demanda específica, que pressupõe uma duração de médio prazo, de acordo com a necessidade daquele contexto, daquela família, com suas especificidades. A mediação familiar enquadra-se em demanda específica e clara, que, de um modo geral, vem revestida de incertezas de como lidar com o conflito familiar em que estão envolvidos aqueles partícipes de um núcleo familiar. Normalmente, encontram-se momentaneamente incapacitados de tomar decisões e fazer escolhas adequadas devido ao sofrimento, diante de uma ruptura iminente, ou já concretizada. (BARBOSA, 2015, p. 122)

Vejamos, a mediação tem o objetivo de dar voz as partes conflitantes, para reaprenderem a comunica-se entre si, tendo alguém que as ajude a superar os sentimentos feridos, coisa que o Poder Judiciário não faz, pois na esfera judicial procuramos saber quem é a pessoa que possui razão, quem é o culpado e o inocente nas demandas familiares.

O cuidado que será reestabelecido entre as partes, facilitará a forma como um vê o outro, como ambos visualizam a situação em que se encontram, dessa forma, mesmo que não seja uma terapia familiar, seus efeitos muito se assemelham, pois trata a personalidade dos envolvidos, devolve aos mesmos a capacidade de compreensão, podemos dizer que há um aumento da consciência geral, sobre si e o outro, de forma que seus ânimos agora acalmados permitam a pensar sobre os conflitos de interesses existentes não somente sob suas próprias óticas.

A mediação é uma ética que combina justiça e cuidado, resultando em responsabilidade. Assim, a indagação inicial leva à conclusão de que os efeitos da mediação consistem em uma transformação do conflito, constituindo um resultado de natureza terapêutica, orientada pela ética do cuidado, multiplicada pelos efeitos pedagógicos, dada a aprendizagem que se insere. (BARBOSA, 2015, p. 122)

Já o método de constelação, vem sendo utilizado recentemente, sendo dessa forma uma novidade ainda no cenário jurídico, esse método foi desenvolvido pelo filósofo e psicoterapeuta alemão Bert Hellinger a partir de psicanálise, portanto, é um método psicoterapêutico que visa a ajudar na resolução dos conflitos familiares.

Essa técnica consiste em acessar o inconsciente pessoal e coletivo por meio de procedimentos em grupos terapêuticos. Através de uma frase-tema e o mínimo de informação sobre o cliente, a condução do trabalho desencadeia no ambiente do grupo revelações extraordinárias. Na constelação, o grupo é conectado a favor da “alma” do cliente. Os temas conflito revelam no desenrolar da constelação aprendizados que servem à atuação de profissionais das mais diversas áreas, no presente caso, principalmente advogados de família e juízes, visando solucionar emaranhados de relacionamentos que podem levar ao fim uma demanda jurídica.

Sabemos que nem todas as pessoas podem obter tamanho êxito nas demandas de divórcio, há situações difíceis das partes se perdoarem, mas com essa técnica, é possível devolver o diálogo entre as partes para os indivíduos, para que observem os efeitos que suas palavras e atitudes geram no outro, e assim não pense em si próprios apenas como vítimas de um relacionamento que não deu certo. Poucos lugares no Brasil são habilitados para a realização da técnica de Constelação, mas isso não interfere no fato de que as pessoas procurem esse método no Judiciário, pois com maior procura, leva a concretização o mais rápido possível em todo território nacional.

O acompanhamento psicossocial é de suma importância nesses casos. Ter um profissional que realize visitas domiciliares, ou até mesmo que atenda sob forma de sessões em seu consultório, ajuda a família a manter as decisões tomadas, a lidar com as dificuldades enfrentadas no dia a dia, é um auxílio que traz garantia para as partes de que a decisão foi a melhor possível.

## 5 Fixação da guarda ajustada à realidade da família

O operador do direito deve optar e indicar sempre quando é solicitado, as alternativas de solução de conflitos existentes, apresentando uma resolução não apenas para o fato, mas para os conflitos que envolvem a administração de sentimentos havido entre as partes.

Nesse sentido, BARBOSA, dispõe sobre a guarda compartilhada:

Assim, os sujeitos de direito, que vivenciam o sofrimento da ruptura da vida conjugal, em seus papéis de homem e mulher, serão liberados para alcançar a maturidade imposta pela transformação familiar, decorrente de separação, divórcio, ou dissolução da união estável, seja pela lógica do consenso, seja pela lógica do litígio, ou, ainda, pela lógica da mediação. Sob este amplo espectro torna-se possível o desenvolvimento da responsabilidade parental, sem usar os filhos como instrumento de poder. Se esta condição não estiver presente, a guarda compartilhada não é recomendada, pois se torna inoperante, transformando-se em mera distribuição de tempos de convívio dos pais com os filhos, com conteúdo de guarda única. (BARBOSA, 2015, p. 167)

Os filhos precisam conviver com ambos os pais, conviverem com suas novas famílias, e não sentirem-se como traidores quando encontram-se na presença de um dos pais em relação ao outro, não devendo haver sentimento de culpa, tampouco de escolha. Todavia, para que funcione, necessário é que os pais superem todo o tipo de problemas existente entre eles. Somente assim, haverá uma guarda eficaz para todos, e não somente uma decisão judicial determinativa a qual estejam sujeitos a obedecer insatisfatoriamente.

É claro que a mediação e a guarda compartilhada têm limites, não se aplicando a determinados casos. O principal impedimento é a

ausência de disponibilidade de um dos genitores em exercer a guarda compartilhada, por se sentir incapaz de assumir responsabilidades parentais. Sentem-se também, naturalmente, desmotivados a participar de uma instância de mediação. Em tais casos, o Judiciário pode exercer importante papel na conscientização do genitor pouco preparado para assumir a responsabilidade parental. A pressão do limite da lei e do valor simbólico do jurídico sobre o indivíduo pode desencadear uma atitude mais adulta e capaz de aceitar a ajuda ofertada pelo juiz, desde que este tenha conhecimento e domínio do método da mediação. (BARBOSA, 2015, p. 169)

Após tentada toda as modalidades técnicas possíveis para a resolução dos conflitos parentais, e verificando a falta de condições da imposição da guarda compartilhada, serão sugeridas outras modalidades de guardas, usando-se também o direito de visitas do outro genitor, pode-se acordar férias, feriados, aniversários, além da forma que serão pagos os gastos dos filhos, questões como a escola que irão estudar, os cursos que irão fazer, tudo no intuito de difundir, cada vez mais a cultura de paz, de mediação e de manutenção da família, mesmo após o rompimento da relação conjugal, a fim de se fortalecer as novas relações de afeto entre seus pares.

Certamente não há lugar para a guarda conjunta entre casais amargos, conflituosos e que encontram no filho o troféu de todas as suas desinteligências pessoais, sendo inevitável a denegação da guarda conjunta no litígio. Guarda conjunta até o advento da Lei n. 13.058/2014 não gera guarda repartida, como se a divisão do tempo fosse a solução de todos os problemas e de todas as aflições de casais em dissenso conjugal, muito embora a lei da guarda compartilhada viabilize uma maior distribuição de tempo dos pais para com seus filhos comuns, justamente para criar as condições de entendimento à função da guarda repartida. Contudo, existindo sensíveis e inconciliáveis desavenças entre os pais, têm concluído os julgados e uma parcela de doutrina, não haveria como encontrar lugar para uma pretensão judicial à guarda compartilhada apenas pela boa vontade e pela autoridade

do julgador, quando ausente a boa e consciente vontade dos pais.  
(MADALENO, 2017, p. 445)

Portanto, a guarda compartilhada depende sobretudo da capacidade emocional parental, que possam dialogar entre si sobre a vida do filho em comum, visando a atender o melhor interesse dos filhos, a paternidade e a maternidade responsáveis, além da isonomia destes, que devem de forma igualitária face aos direitos e deveres em relação aos filhos.

## **Conclusão**

O presente trabalho visou esclarecer sobre a imposição da guarda compartilhada como regra no ordenamento jurídico brasileiro, valendo-se do princípio do melhor interesse da criança.

Os conflitos parentais, através de novos mecanismos, como, por exemplo sendo a técnica da mediação familiar e a constelação são novas aliadas ao direito de família, posto que buscam entender, dar voz e devolver a humanidade para as partes conflitosas, para que assim, possam juntas chegar a resolução de seus problemas.

Essa inovação ainda é desconhecida em muitos lugares do Brasil, mas é o caminho certo para a evolução das decisões, diminuindo consideravelmente o litígio e conseqüentemente com decisões com efeito duradouro

Além da ajuda importantíssima de profissionais técnicos que ajudam nessas demandas, tais como assistentes sociais e os psicólogos, os quais podem e devem realizar acompanhamentos psicossociais às famílias que passam pelo ajuste de guarda, seja qual for a modalidade adotada face a realidade da família.

As soluções aqui apresentadas, estão sendo utilizadas em diversas áreas, até mesmo na esfera criminal, posto que o Conselho Nacional de Justiça, dá apoio ao judiciário para que apliquem em todas as comarcas, sempre que possível mas ainda é recente, sendo que cabe ao advogado orientar seu cliente a utilizar tais



técnicas, explicando que assim, poderão achar a solução justa em consenso, ainda que em um primeiro momento a pessoa ache sobre sua própria óptica que o seu desejo seja a melhor solução.

Portanto, conclui-se que, através dessas técnicas, as partes poderão perceber que vai muito além do seu próprio prisma, e então o consenso formado a partir de uma mediação ou constelação será justo, facilitando, cada vez mais a composição de litígios de forma extrajudicial, valorizando as pessoas, seus anseios, vontades e, principalmente, levando-se ao bem-estar da criança e do adolescente, sujeitos de direito especial na relação familiar.

## Referências

AKEL, Ana Carolina Silveira. Guarda compartilhada: um avanço para a família. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19/04/2018

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, Brasília, DF, 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19/04/2018

\_\_\_\_\_. **Código Civil**. Lei 10.046, de 10 de janeiro de 2002, Brasília, DF, 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19/04/2018

\_\_\_\_\_. **Lei 11.698**, de 13 de junho de 2008, Brasília, DF, 2008. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19/04/2018

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70076294057, Sétima Câmara Cível, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 28/03/2018. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 21/04/2018

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70076605617, Sétima Câmara Cível, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 28/03/2018. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 21/04/2018

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70075226563, Sétima Câmara Cível, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 28/03/2018. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 21/04/2018

Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao>> Acesso em: 06 de maio de 2018.

Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/80645-cejusc-de-sorriso-usa-metodo-da-constelacao-familiar-e-evita-divorcio>> Acesso em: 06 de maio de 2018.

COELHO, Ulhôa Fábio. Lei deveria estabelecer guarda compartilhada como regra. Disponível em: < [https://www.conjur.com.br/2007-nov-27/lei\\_deveria\\_estabelecer\\_guarda\\_compartilhada\\_regra](https://www.conjur.com.br/2007-nov-27/lei_deveria_estabelecer_guarda_compartilhada_regra) >. Acesso em: 21 de abril de 2018.

DIAS, Maria Berenice Dias. Manual de Direito das Famílias. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010

DIAS, Maria Berenice Dias. Manual de Direito das Famílias. 9ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017

FÁVERO, Altair Alberto.; GABOARDI, Ediovani Antônio (Coord.) *Apresentação de trabalhos científicos*. 5. Ed. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2014.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A guarda compartilhada. Disponível em: < <http://www.recivil.com.br/preciviladm/modulos/artigos/documentos/Artigo%20-%20A%20guarda%20compartilhada%20-%20Por%20Jos%C3%A9%20Carlos%20Teixeira%20Giorgis.pdf> >. Acesso em: 21 de abril de 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. 7ª Ed. - São Paulo: Saraiva, 2010.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 4ª ed, rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2009.

KAMEL, Antoine Youssef. *Mediação e arbitragem* [livro eletrônico]/Antoine Youssef Kamel. Curitiba: Intersaberes, 2017. 2 MB; PDF.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*/ Paulo Lôbo – 7. ed – São Paulo: Saraiva, 2017.

MADALENO, Rolf,1954 – *Curso de direito de família*/Rolf Madaleno. – 5.<sup>a</sup> ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MADALENO, Rolf,1954 – *Direito de família*//Rolf Madaleno. – 7.<sup>a</sup> ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA LEITE, Eduardo de. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p. 266.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: Direito de família*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

.



## Negócio jurídico: dos planos aos defeitos

*Édio Frighetto<sup>1</sup>*

### **Introdução**

Em todos os atos da vida civil as pessoas efetuam negócios jurídicos. Uma simples ação de compra e venda, gera uma relação contratual de obrigação, isso significa que quem compra determinado produto ou serviço tem o dever de pagar, assim como aquele que vende obriga-se a entregar o bem demandado ou prestar serviço ao consumidor.

O negócio jurídico, segundo Gonçalves (2018), é uma pluralidade de fenômenos, quer sejam de uma pessoa ou de várias pessoas, que tem por finalidade produzir efeitos jurídicos, modificações nas relações legais na esfera do direito privado.

Deste modo, o artigo 104 do Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), salientando que para a validade do negócio jurídico requer: "I - agente capaz; II - objeto lícito, possível determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei". Entende-se, na acepção de Gagliano e Pamplona Filho (2017), que para melhor interpretação da lei, é imprescindível a análise sob três planos: existência, validade e eficácia. Planos estes,

---

<sup>1</sup> Bacharel em Administração (UPF) e Acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: [ediofrighetto@yahoo.com.br](mailto:ediofrighetto@yahoo.com.br).

estruturados por Francisco Pontes de Miranda (1999), tradicionalmente na doutrina, conhecido pela teoria ponteana.

No plano da existência, conforme Gonçalves (2018), importa-se apenas a realidade, sendo assim, ser necessária a presença de todos os elementos (suporte fático), para a integração e essência de alguma coisa. Neste patamar, a capacidade do agente, a licitude do objeto e a forma prescrita em lei, são imperativas para o reconhecimento da validade do ato.

Ingressando na escala existencial, segue-se para o plano da validade, e na ponderação de Azevedo (2002), a validade é a condição necessária para o alcance de certo fim. E neste diapasão, Gagliano e Pamplona Filho (2017, p.369), enfatizam: "o fato de um negócio jurídico ser considerado existente não quer dizer que ele seja considerado perfeito, ou seja, com aptidão legal para produzir efeitos". Isso corrobora que embora exista, o ato demanda a funcionalidade legítima.

O terceiro "degrau da escada ponteana" é o da eficácia. O nível da eficácia é onde os fatos jurídicos concebem os seus resultados. Diante de tal elevação, além do negócio existir, constituído de sua forma; possuir requisitos para torná-lo válido; deve, portanto, surtir efeitos diligentes que são o produto final do exercício (PONTES DE MIRANDA, 1999).

Para o referido estudo, sobre o negócio jurídico, também são expostas à luz do direito civil, três figuras imprescindíveis: a condição, o termo e o encargo (elencadas nos artigos 121 a 137 do CC). E estão detalhas no referencial teórico da atinente pesquisa.

Seguindo a linha de averiguação, os defeitos do negócio jurídico assumem merecido destaque, pois se desmembram em vícios do consentimento e em vícios sociais. Nos vícios do consentimento classificam-se como: erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão. E em analogia aos vícios sociais, designam-se: a fraude contra credores e a simulação. Os defeitos estão previstos a partir do artigo 138 até o artigo 165 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Quanto a invalidade do negócio jurídico, é crucial assinalar a nulidade que ocorre quando for absoluta (artigo 166 do CC), e a nulidade relativa, igualmente expressa como anulável positivada no artigo 171 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Isto posto, o presente trabalho, tem como escopo nortear embasamentos para os operadores do direito identificar de modo preciso o surgimento de uma negociação e o caminho pelo qual flui todo o processo de relação entre as partes até o efeito desejado.

## **2 Referencial teórico**

Este tópico tem como intuito conceituar o negócio jurídico a cerca dos planos da teoria ponteana e contextualizar os defeitos e as invalidades. A fundamentação consiste em abordar a visão de renomados autores civilistas contemporâneos.

### **2.1 Negócio jurídico**

O negócio jurídico é de grande importância para o direito, pois se trata de ato jurídico lícito, sendo que ainda há os atos ilícitos, os quais, ocorrem a obrigação de indenização (VENOSA,2018). Ao que tange aos lícitos, no paradigma de Gonçalves (2018), vale salientar o casamento, o testamento, a união estável e, ainda, os negócios bilaterais, que mesmo a pessoa não percebendo, pratica diversos negócios jurídicos diariamente.

O contrato, mesmo não sendo o formal, impresso com firma registrada e selo de tabelionato, vale destacar, a compra e venda efetivada em supermercado, por exemplo, onde firma-se um contrato de negociação ao passar os produtos escolhidos no caixa e respectivamente pagá-los, assim, também ocorre no e-commerce, em simples cliques, realizam-se contratos.

O negócio jurídico passa por três etapas, desenvolvidas por Francisco Pontes de Miranda (1999), destacam-se: o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia. No Brasil,

estes três planos, são conhecidos como teoria ponteana. Um exemplo envolvendo a teoria ponteana, citado por Nicolau (2011), fazendo referência a um ventilador, em que, se o aparelho possui o formato designado, com hélices e níveis de velocidade, o ventilador existe. Existindo o ventilador, com as condições necessárias para o seu funcionamento, ele é válido. Deste modo, existindo o ventilador em sua forma, possuindo os requisitos que tornam válido o seu funcionamento, contudo, se o clima não for o de verão, ele é ineficaz, pois somente é eficaz quando produz vento para amenizar o calor.

O campo da eficácia, empregando como modelo o contrato de doação, ao receber a doação, o donatário torna-se dono daquilo que lhe foi doado, ou seja, na prática essa é a finalidade da eficácia no contrato de doação. Mas antes de um negócio atingir o plano da eficácia, necessita passar pela existência e validade (AZEVEDO, 2002).

No plano da existência, existem três elementos: agente, objeto e vontade. Sem estes, o negócio inexistente no mundo jurídico (GONÇALVES, 2018). Como exemplo, cabe mencionar um homem amarrado, amordaçado e vendado, e outra pessoa em uma coação física, pegando o dedo do imobilizado, passando tinta de carimbo e coloca o dedo no final de um contrato de compra e venda, não havendo vontade do coagido, o negócio é inexistente. Ou então, em segundo exemplo: um contrato no qual, dois colegas redigem constando preço, testemunhas, reconhecimento de firma, mas não informam o que estão vendendo, isso quer dizer, não tem o objeto, logo, é inexistente.

No campo da validade, considerado o mais importante, e para chegar neste plano, é preciso qualificar os elementos da existência em: agente capaz (não basta ter o agente, é necessário ter capacidade de fato - atingida aos 18 anos de idade), objeto lícito (possível, determinado ou determinável) e vontade livre, esclarecida e ponderada (a vontade deve nascer com estes atributos). Se possuir problemas na validade, como consequência,



incide a invalidade do negócio (GAGLIANO;PAMPLONA FILHO, 2017).

Ao que tange a invalidade, esta possui dois graus de gravidade: invalidade absoluta (quando tem um negócio nulo) e invalidade relativa (negócio anulável). No artigo 166 (BRASIL, 2002): "é nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível e indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção". Sendo, portanto, estas as espécies de nulidade absoluta de negócio jurídico.

Neste sentido, quando faltam elementos mínimos de existência, o negócio é inexistente; e quando faltam requisitos de validade, o negócio é inválido (sendo de maneira absoluta/nulo e relativa/anulável). Se uma criança de 5 anos de idade, por exemplo, celebrar contrato de compra e venda, a consequência é a nulidade absoluta. Contudo, se um jovem de 17 anos de idade, que realiza um contrato de compra e venda, o negócio é anulável (GONÇALVES, 2018).

Quando o objeto for ilícito, vale trazer como modelo, segundo Nicolau (2011), um contrato de transporte de entorpecentes, sendo que o contrato existe, aliás, é ilícito e nulo de pleno direito. A parte que pagou pelo transporte e não recebeu, o ordenamento jurídico não reconhece o direito de posse dessa encomenda, pois é nulo, logo, perde-se os valores monetários.

E no ramo da eficácia, Venosa (2018), exemplifica que um pai ao doar uma casa para o seu filho, celebram contrato de doação no período presente, mas o primogênito somente fará uso da casa quando se casar. Nesta situação, o contrato/escritura pública existe, é válido, e surtirá efeitos quando o donatário usufruir a casa

após se casar, isso, portanto, gera uma condição suspensiva (suspende a eficácia para evento futuro).

A vontade livre, esclarecida e ponderada, em consonância com Gonçalves (2018), é um requisito de validade do negócio jurídico, sendo destarte, fundamentada em vícios do consentimento (erro, dolo, coação, lesão e perigo), em que observados os cinco elementos, o negócio é anulável, possuindo problema na validade. Quando houver engano tanto pelo erro, quanto pelo dolo, e a vontade da parte afetada não é esclarecida, o negócio, por conseguinte, é anulável. Em outra situação, por exemplo, alguém pratica negócio com uma arma apontada na cabeça (em coação: "assina ou morre"), a vítima assina com medo pelo risco de morte, tecnicamente, escolheu em viver e, portanto, o negócio existe, porém, a vontade não nasceu livre (vício de coação), tornando o negócio anulável (PONTES DE MIRANDA, 1999).

Na lesão e perigo, a vontade do sujeito não está ponderada, sendo que não acontece raciocínio e tempo para calcular se deveria ou não praticar o negócio, pois ocorre uma pressão do momento. Nicolau (2011), aborda como modelo o caso em que um homem leva seu irmão caçula, acidentado, as pressas, para o hospital, e o hospital, exige R\$ 400.000,00 de cheque caução para a internação, neste caso, devido a gravidade da situação, não existe possibilidade de ponderar, e o homem, assina contrato para proceder ao tratamento (não ponderada a decisão, visualiza-se o vício da lesão e perigo), a consequência é o problema na validade, sendo o negócio anulável.

A quebra da teoria ponteana acontece quando existem negócios jurídicos que existem, são inválidos, nulo de pleno direito, mas produzem efeitos (PONTES DE MIRANDA, 1999). Como exemplo de quebra, destaca-se o casamento putativo: uma moça casou com um rapaz que já era casado, e a moça, não sabia, instituíram família, e essa moça, descobre que o "marido" era, portanto, casado e possuía outra família. Neste caso, empreende-se processo para a nulidade absoluta do matrimônio (crime de

bigamia), como a moça se casou de boa fé, o negócio é nulo, e a lei outorga a enganada todos os benefícios, os efeitos jurídicos do casamento (existe, é nulo, mas produz efeitos), incidindo, assim, a quebra da teoria ponteana (NICOLAU, 2011).

À vista disso, o negócio jurídico é a declaração de vontade, emitida em obediência aos seus pressupostos de existência, validade e eficácia, com o propósito de difundir efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico aspirados pelo agente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

## **2.2 Existência, validade e eficácia**

Quando se estuda o negócio jurídico, é essencial destacar a teoria ponteana ou escada ponteana, formulada por Pontes de Miranda (1999). Essa Teoria foi desenvolvida para que o negócio jurídico seja visualizado sob a ótica de três planos: existência, validade e eficácia.

Primeiramente é necessário verificar se o negócio existe, em seguida, se é válido, até que seja eficaz. Quando são analisados os dois primeiros planos, examinam-se os elementos essenciais. Para que o negócio jurídico exista, ele deve ter: parte, objeto, vontade e forma. E para o negócio jurídico ser válido, cada substantivo do plano da existência são adjetivados: partes capazes e legitimadas; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; a forma prescrita ou não defesa em lei; e a vontade livre, consciente, espontânea e de boa fé (AZEVEDO, 2002).

### **2.2.1 Existência**

A vontade, na tese de Gonçalves (2018, p.362), "é pressuposto básico do negócio jurídico e é imprescindível que se exteriorize. Do ponto de vista do direito, somente que se exterioriza é considerada suficiente para compor suporte fático de negócio jurídico". Neste viés, a declaração de vontade é, assim, o

instrumento de manifestação da vontade (MELLO, 2015). Portanto, é a exteriorização pela declaração que torna, a vontade, conhecida, o que permite dizer que a produção de efeitos é um resultado da pretensão mas que esta não basta sem a manifestação exterior (VENOSA, 2018).

No contexto da existência são relacionados os elementos constitutivos do negócio jurídico, sem os quais se estaria diante de um "não ato", não ocorrendo que se estimar em validade ou eficácia (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Sendo os elementos fundamentais, os pressupostos de existência, deveras é a consideração de Mello (2015):

No plano da existência não se cogita de invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência. Tudo, aqui, fica circunscrito a se saber se o suporte fático suficiente se compôs, dando ensejo à incidência. Por exemplo: o casamento realizado perante quem não tenha autoridade para casar, como um delegado de polícia, não configura fato jurídico, e, simplesmente, não existe. Não há se discutir, assim, se é nulo ou ineficaz, nem se precisa ser desconstituído judicialmente, portanto, não pode ser qualificado (MELLO, 2015, p.83).

No plano da existência, destarte, não se considera a invalidade ou eficácia do fato jurídico, somente é cogitada a presença dos fatores existenciais mínimos (GONÇALVES, 2018).

### **2.2.2 Validade**

Precedido o intento existencial, o estudo prossegue para a esfera da validade. Para que os fatos produzam efeitos, é necessária a reunião de determinada quantia de requisitos, à vista disso, se o ato compreende as exigências, é válido e dele provém a aquisição e extinção de direitos conjecturada pelo agente. Caso contrário, carece-lhe algum desses requisitos, o ato é inválido, não produz o efeito jurídico ansiado e é nulo ou anulável (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

O fato de um negócio jurídico ser considerado existente não quer expressar que ele seja classificado como perfeito, isto é, com competência legal para emergir efeitos (VENOSA, 2018). Concerne, conseqüentemente, de um plano em que se qualificam os elementos de existência. Logo, são elementos da validade do negócio jurídico, elucidados por Gagliano e Pamplona Filho(2017):

- a) manifestação de vontade livre e de boa-fé;
- b) capacidade do agente;
- c) objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
- d) forma prescrita ou não defesa em lei.

Essencialmente, Gonçalves (2018), destaca que declaração da vontade não pode estar impregnada de malícia, deve ser livre e de boa-fé. Em concordância com o artigo 104 do Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), notabiliza-se que a aptidão de fato ou de exercício, precisa para que uma pessoa possa exercer, por si só os atos da vida civil, vinculando o objeto lícito, o que não atenta contra a lei, a moral ou os bons costumes. Se ambas as partes, no contrato, agiram com vileza, não pode qualquer delas requerer ressarcimento do valor que pagou. E quanto à forma, é em regra livre. As partes podem celebrar o contrato por escrito, público ou particular, ou verbalmente, a não ser nos casos em que a lei, para prover maior segurança e seriedade, pleiteie a forma escrita, pública ou particular (RODRIGUES, 2003).

### **2.2.3 Eficácia**

Ainda que um negócio jurídico existente seja considerado válido, isto é, perfeito para o sistema que o idealizou, isso não importa em produção imediata de efeitos, pois estes podem estar limitados por segmentos acidentais da declaração. A Premissa é que, existente e válido um negócio jurídico, deve ele produzir efeitos imediatamente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

No entanto, mesmo um ato viciado de nulidade absoluta produzirá efeitos jurídicos, pois terá repercussão no plano da eficácia. Nesse sentido, Venosa (2018), explana que o negócio é juridicamente nulo, mas o ordenamento jurídico não pode deixar de levar em conta efeitos materiais produzidos por esse ato. Isso é verdadeiro tanto em relação aos atos nulos como em relação aos atos anuláveis.

Na eficácia, conclui-se, assim, os efeitos do negócio e podem estar adiada por uma condição suspensiva ou por um termo inicial.

A possibilidade de se examinar o negócio jurídico separadamente e de forma positiva em cada um dos planos da teoria pontena, não só esclarece a tese das nulidades, como também constrói perspectivas de solução para o ofício da vontade e o papel da causa no negócio jurídico (AZEVEDO, 2002).

### **2.3 Condição, termo e encargo**

Os elementos, além dos estruturais e essenciais, que constituem requisitos de existência, validade e eficácia, são os acidentais, uma vez que sua presença é dispensável, sendo, então a condição, termo e encargo. Uma vez convenionados, têm o mesmo valor dos estruturais e essenciais, passando a integrá-lo, de forma indissociável (GONÇALVES, 2018).

O conceito de condição está previsto no artigo 121 do Código Civil (BRASIL, 2002): "considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto". A condição, nesta perspectiva, é a cláusula, proveniente unicamente da vontade dos declarantes, que posterga a eficácia ou a resolução do ato jurídico a acontecimento futuro e incerto (VENOSA, 2018).

O termo está previsto no artigo 131 do Código Civil (BRASIL, 2002), que dispõe: "o termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito". Logo, na ótica de Gonçalves (2018), o termo não suspende a aquisição do direito por ser evento futuro, contudo,

munido de certeza. Ainda Gonçalves (2018, p 405), cita como exemplo: "dou-te um consultório se te formares em medicina até os 25 anos". Vale ressaltar, ainda, que determinados negócios não admitem termo, como a aceitação ou a renúncia de herança (CC, art. 1.808), a adoção (art. 1.626), a emancipação, o casamento, o reconhecimento de filho (art. 1.613), pois reclamam execução imediata (AMARAL, 2002).

E o encargo, encontra-se reportado no artigo 136 do Código Civil (BRASIL, 2002): "o encargo não suspende a aquisição nem o exercício do direito, salvo quando expressamente imposto no negócio jurídico, pelo disponente, como condição suspensiva. Assim, é imposta uma obrigação ao beneficiário. Por exemplo: em que se deixa a herança a alguém, com a obrigação de cuidar de determinada pessoa. Em regra, segundo Gonçalves (2018), é identificada pelas expressões "para que", "a fim de que", "com a obrigação de". O encargo difere da condição suspensiva pelo fato desta impedir a aquisição do direito, enquanto aquele não suspende a aquisição nem o exercício do direito. O encargo é coercitivo e não suspensivo (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

## **2.4 Os defeitos do negócio jurídico**

Os vícios e defeitos são sinônimos do negócio jurídico, eles existem no elemento requisitos da vontade e nos requisitos da manifestação, e a princípio, diante de um negócio jurídico válido, contudo, a vontade quando manifestada de forma viciada, desencadeará a nulidade do negócio (DINIZ, 2018).

Entre os vícios do negócio jurídico, existe uma separação: de um lado os vícios da vontade ou do consentimento, e de outro, os denominados vícios sociais. Nos vícios da vontade, englobam o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo e a lesão; em relação aos vícios sociais, se restringem em fraude contra credores e a simulação (GONÇALVES, 2018).

### **2.4.1 Erro**

O erro é a falsa percepção da realidade. Quando uma pessoa realiza um negócio jurídico viciado por erro, desempenhou porque teve uma percepção falha sobre o objeto, sobre a pessoa, sobre o motivo, sobre algum aspecto determinante daquela negociação (VENOSA, 2018). Nicolau (2011), menciona como exemplificação: o indivíduo compra um relógio pensando/acreditando ser de ouro, decorrido algum tempo, descobre que o acessório não é de ouro, mas simplesmente dourado. Neste caso, se o indivíduo soubesse que o material não era de metal precioso, certamente, não teria feito a compra, isso significa, que cometeu um negócio viciado por erro (MELLO, 2015).

No Código Civil, não existe tratamento entre o erro e a ignorância, são abordados, na parte geral, por sinônimos, contudo, conceitualmente existe diferença entre os dois termos. Erro é a falsa percepção da realidade. Na ignorância, existe um erro mais grave, em que se acredita estar comprando um objeto, quando na verdade, se está adquirindo algo completamente distinto (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017). Isso porque na ignorância, se presencia o completo desconhecimento da realidade (exemplo: compra de celular, porém quando for utilizado, percebe-se na verdade, que é um G.P.S). A ignorância, portanto, é o erro acentuado/exagerado (DOWER, 2005).

A consequência do erro e da ignorância é uma só, pois o negócio jurídico será taxado de anulável. Quando o negócio é anulável, a ação a ser utilizada é a anulatória, o prazo é de 4 anos (prazo decadencial contando a partir da celebração do negócio jurídico). Observando, assim, o artigo 178 do Código Civil (BRASIL, 2002).

### **2.4.2 Dolo**

O dolo é o induzimento malicioso à erro (FÜHRER; MILARÉ, 2015). No dolo a pessoa não erra sozinha, por exemplo: o cliente



pergunta se o relógio é de ouro e o vendedor afirma que sim, sabendo que o material é latão, omite a informação verdadeira (NICOLAU, 2011). Nos efeitos, o dolo também se equipara ao erro porque o negócio jurídico viciado em dolo é anulável e o prazo para requerimento é de 4 anos contando a partir da data da celebração (DINIZ, 2018).

### **2.4.3 Coação**

A coação é a pressão pelo uso da força ou ameaças para que a vítima realize determinado negócio jurídico, ou seja, a princípio, a pessoa não tinha vontade de celebrar a negociação, mas o ameaçador utiliza elementos para forçar a efetivação de tal contrato (GONÇALVES, 2018). A coação tratada pelo dispositivo legal é a coação moral, que embora constitua ameaça em fato grave, esse fato, sempre deixa uma opção ao coagido entre solenizar o negócio jurídico ou recusar-se e arcar com as consequências (AMARAL, 2002). A coação, deste modo, torna o negócio anulável e o prazo para ação é de 4 anos decadencial a partir do momento em que cessou a coação (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

A coação absoluta, também conhecida por coação física, não está prevista no Código Civil, e como conceito, ressalva-se que toda vez que alguém é coagido, e lhe for retirada qualquer possibilidade de escolha ("ou você assina, ou você morre"), não acontece a manifestação de vontade, sendo que a pessoa ao assinar um contrato de compra e venda em condições de violência, constata-se um ato mecânico (DINIZ, 2018). Diante disso, ocorre a inexistência do negócio jurídico, que nos efeitos práticos, se equipara em nulidade absoluta (RODRIGUES, 2003). No entanto, segundo o ordenamento jurídico, o que vale é a coação anulável prevista no artigo.178, inciso I do Código Civil (BRASIL, 2002).

#### **2.4.4 Estado de perigo**

O estado de perigo é caracterizado por dois elementos: elemento objetivo e elemento subjetivo (VENOSA, 2018). O elemento objetivo é quando se está diante de um negócio que uma das partes irá sofrer uma onerosidade excessiva, ou seja, no estado de perigo, alguém concretiza um negócio sofrendo prejuízo (GONÇALVES, 2018). E em relação ao elemento subjetivo, este é o porquê determinada pessoa realizou tal negócio acarretando-lhe danos financeiros? O elemento subjetivo do estado de perigo é, por conseguinte, uma situação que está pressionando o contratante a desempenhar o negócio dispendioso (exemplo: pagar o transplante de coração para o filho urgentemente). O estado de perigo torna o negócio jurídico anulável, sendo o prazo para ação de 4 anos a partir da celebração (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

#### **2.4.5 Lesão**

Na lesão o elemento objetivo é o mesmo do estado de perigo, o que muda é o elemento subjetivo: situação de extrema necessidade ou momento de inexperiência, isso significa, que o negócio foi feito em caso de premente carência ou por imperícia do contratante, qualquer destes, é suficiente para a caracterização da lesão (DINIZ, 2018). A lesão torna a negociação anulável (prazo de 4 anos decadencial). Neste âmbito, para que seja anulado o negócio jurídico viciado em estado de perigo, é necessário provar que a outra parte possuía conhecimento do elemento subjetivo (MELLO, 2015). Diferente da lesão que não há esse requisito, não sendo necessário provar que a outra parte tinha ciência da situação de premente necessidade ou inexperiência do outro contratante (GONÇALVES, 2018).

### **2.4.6 Fraude contra credores**

Nos vícios sociais existem dois grupos: a fraude contra credores e a simulação. A fraude contra credores é a atuação maliciosa do devedor insolvente (que desfaz de seu patrimônio procurando não responder pelas obrigações anteriormente assumidas), isso quer dizer, que o inadimplente procura prejudicar seus credores não honrando com suas dívidas/financiamentos, é deste modo, agir em fraude contra fornecedores (DINIZ, 2018). De acordo com o Código Civil, a fraude contra credores torna o negócio jurídico anulável, sendo assim, o prazo é de 4 anos e a ação é a pauliana: contando a partir da solenidade do contrato (VENOSA, 2018).

### **2.4.7 Simulação**

O último vício social, a simulação, como o próprio nome sugere, é simular, mentir. Na simulação, de acordo com Gonçalves (2018), existe uma pessoa que deseja um determinado efeito, mas o que ela declara é outro efeito (diferente). Ocorre, então, um desacordo entre a vontade interna e a vontade externa (AMARAL, 2002). Tomando como modelo: um homem está se divorciando da esposa, para não dividir o patrimônio, finge/simula a celebração de um contrato de compra e venda com um amigo para que o valor que deveria partilhar com a mulher, tenha que pagar um empréstimo (especificado em data) maior que a parcela do divórcio com o intuito de não saldar a partilha (NICOLAU, 2011). O negócio, nesse exemplo, é falso porque a finalidade era outra. Nesta esfera, o negócio jurídico simulado, é o único vício que torna-se nulo (nulidade absoluta - ação declaratória de nulidade, imprescritível, CC, art. 167).

## **2.5 Da invalidade do negócio jurídico**

No campo da validade há violações e defeitos muito graves que merecem atenção especial da lei, pois esses problemas são os

negócios nulos, cuja invalidade é absoluta e a legislação não reconhece, assim, afeta a sociedade direta e indiretamente. Quando um jovem de 17 anos de idade, tomando como amostra, compra uma motocicleta (esse fato não afeta a sociedade como um todo), é um problema, um defeito no negócio jurídico, todavia, se torna anulável. Por esta razão, a justiça estabeleceu duas invalidades: a nula e a anulável.

O negócio nulo reflete a ideia de estado fixo, pois nasce nulo, prevalece nulo e será sempre nulo. Ao ingressar com ação, não carece a preocupação com prazo, por essa razão, a ação é imprescritível (ação declaratória de nulidade absoluta). E no negócio jurídico anulável, a nulidade é relativa, demonstrando um estado mutável, podendo ser alterado (ação anulatória com prazo de validade - prazo de decadência).

### **2.5.1 Nulidade**

O negócio é nulo quando afronta princípios de ordem pública, que toca à sociedade. Deste modo, quando o interesse público é lesado, a sociedade o repudia, fulminando-o de nulidade, evitando que venha a produzir os efeitos esperados pelo agente (GONÇALVES, 2018).

Destarte, o artigo 166 do Código Civil (BRASIL, 2002), considera nulo o negócio jurídico quando: "celebrado por pessoa absolutamente incapaz" (inciso I), quando "for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto" (inciso II), quando "o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito" (inciso III), quando não revestir a forma prescrita em lei" ou "for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade" (incisos IV e V); quando "tiver por objetivo lei imperativa" (inciso VI); e por fim, quando "a lei taxativamente o declarar ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção" (inciso VII).

Nessa linha de raciocínio, cabe avaliar os efeitos da declaração de nulidade do negócio jurídico. Destaca-se, assim, de

sentença pronunciada no âmbito de ação declaratória de nulidade, exceto norma especial em sentido contrário, os seus efeitos retroagem até a data da realização do ato, invalidando-o e sendo, por conseguinte, efeitos *extunc* (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

### 2.5.2 Anulabilidade

A anulabilidade é a sanção imposta pela lei aos atos e negócios jurídicos realizados por pessoa relativamente incapaz ou corrompidos de algum vício do consentimento ou vício social (DINIZ, 2018).

A anulabilidade tende, pois, à proteção do consentimento ou refere-se à incapacidade do agente. Conforme Amaral (2002), sua razão de ser está na proteção que o direito dispensa aos interesses particulares. O negócio anulável gera efeitos até ser anulado em ação, para a qual são legitimados os interessados no ato, isso significa, que as pessoas lesadas e em favor de quem o ato se deve tornar ineficaz.

Diante deste contexto, a anulabilidade, na tese de Gonçalves (2018, p 491), "por não concernir a questões de interesse geral, de ordem pública, como a nulidade, é prescritível e admite confirmação, como forma de sanar o defeito que a macula". A legislação protege os interesses particulares, quer de pessoa que não atingiu ainda o pleno desenvolvimento mental, como o menor púbere, quer de pessoa que tenha concordado em virtude de um vício de vontade, e ainda, de indivíduo que tenha sido enganado pela simulação ou pela fraude (RODRIGUES, 2003).

Declara o artigo 171 do Código Civil (BRASIL, 2002) que, "além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores". Para melhor entendimento, Gonçalves (2018) ressalva:

Embora não mencionada, é também causa de anulabilidade a falta de assentimento de outrem que a lei estabeleça como requisito de validade, como, por exemplo, nos casos que um cônjuge só pode praticar com a anuência do outro, ou que o ascendente depende do consentimento do descendente (GONÇALVES, 2018, p.492).

As diferenças entre nulidade e anulabilidade é o fato da primeira ser decretada no interesse privado da pessoa prejudicada. Nela não se vislumbra o interesse público, mas mera conveniência das partes. A segunda é de ordem pública e decretada no interesse da própria coletividade (AMARAL, 2002).

### **3 Considerações finais**

A supracitada avaliação sobre o negócio jurídico delineou os conceitos de insignes estudiosos da área do direito privado a respeito do que constitui os acontecimentos e relações legais constituídas nos planos da existência, validade e eficácia.

Destacaram-se no plano da existência as condições para que o negócio exista configurando em agente, objeto e a forma. Na esfera da validade o agente deve ser capaz; o objeto necessita ser lícito, possível, determinado ou determinável; e a forma estar prescrita ou não defesa em lei. E no domínio da eficácia, sucede a produção dos efeitos do negócio jurídico.

Nos elementos acidentais foram pautados: a condição, o termo e o encargo. A condição é conjecturada a clausula inserida no negócio jurídico, referente a evento futuro, do qual dependem os efeitos do ato, e a sua ocorrência extingue o ato ou a obrigação. O termo funciona como um marco de um momento ou de um fato, que sinaliza o início (termo inicial), assim como o fim (termo final) de um direito, de uma responsabilidade, ou de um prazo. Logo o encargo, foi explicado como a imposição de fato ou de tarefa

acessória que se exige como condição de ajuizar cumprida uma determinada atribuição.

Os defeitos do negócio jurídico, apontados como o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo, a lesão, a fraude contra credores e a simulação. Foi ponderado que o erro é uma falsa ideia da verdade que o agente pretendia e aquilo que realizou. Assim, o erro difere da ignorância, uma vez que a ignorância é o desconhecimento total do fato e o erro é a visão distorcida da verdade. O Código Civil equiparou os defeitos do erro aos da ignorância, uma vez que ambos são anuláveis.

Consoante a pesquisa, no direito civil, o dolo é o emprego de um artifício e ardil malicioso, destinado a induzir alguém à prática de um erro que o prejudique, em benefício do autor do dolo ou de terceiro. A coação, seguindo a linha de raciocínio, é a violência física ou moral que impede alguém de proceder livremente. A coação, portanto, se caracteriza por imprimir temor através de ameaças, e o agente, pratica ato que lhe é exigido por receio de que algo lhe possa acontecer a si ou a sua família.

Verificou-se que o estado de perigo advém quando uma pessoa assume obrigações excessivamente dispendiosas, para salvar alguém de sua família ou a si mesmo, de grave dano, conhecido pela outra parte. De acordo com o nexos de estado de perigo, o instituto da lesão, decorre na ocasião em que alguém se sujeita, por necessidade ou mesmo por inexperiência, a uma prestação desproporcional ao valor do contrato oposto. Tanto o estado de perigo como a lesão, são figuras que buscam a proteção do dependente.

Nos designados vícios sociais, estudados como fraude contra credores e simulação, estes, atingem o maior número de pessoas. A fraude contra credores transcorre quando o devedor na situação de insolvência dizima seu patrimônio, alienando ou subtraindo seus bens. Enquanto a fraude contra credores desencadeia a anulação, a simulação, por ser mais grave, é de nulidade absoluta, pois no referido estudo, foi analisado que irrompe situação de aparentar

determinado negócio, porém na essência a realidade é completamente oposta do acordado.

Foram constatadas as situações de invalidade em nulas e anuláveis. Os atos nulos são celebrados por pessoa absolutamente incapaz; quando o objeto for ilícito, impossível ou indeterminável; o motivo determinante, comum a ambas as partes for contraditório ao ordenamento jurídico; conseqüentemente não revestir a forma prescrita em lei; for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; e tiver por desígnio fraudar lei imperativa. Assim sendo, os atos anuláveis são aqueles por incapacidade relativa do agente; e por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Por conseguinte, o respectivo projeto atingiu seus objetivos, apresentando o negócio jurídico e suas peculiaridades para que os operadores do direito, e especialmente os ingressantes na área, saibam identificar se o negócio jurídico existe, é válido e se produz ou não efeitos. Avaliando que a condição é evento futuro e incerto, enquanto o termo é evento futuro e certo, e o encargo é ônus imposto a uma liberalidade. Observando, em síntese, os vícios e situações de invalidade. Destacou-se, então, que as pessoas em suas relações sociais efetivam constantemente trocas, e estas trocas resultam em efeitos jurídicos.

## Referências

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002;

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002;

BRASIL, Códio Civil. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**.25.ed. São Paulo: Saraiva, 2018;



- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro vol. 1:** teoria geral do direito civil. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2018;
- DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Instituições de direito público e privado.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2005;
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil.** São Paulo: Saraiva, 2017;
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1:** parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018;
- FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo; MILARÉ, Edis. **Manual de direito público e privado.** 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico:** plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015;
- MIRANDA, Francisco Pontes de. **Tratado de direito privado.** Campinas: Bookseller, 1999;
- NICOLAU, Gustavo Rene. **Direito civil:** parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011;
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil.** São Paulo: Saraiva, 2003;
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** parte geral. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.



# O perfil genético como meio de prova no processo penal brasileiro – uma breve análise da constitucionalidade da lei nº 12.654/2012

*Ariane Furini<sup>1</sup>*  
*Bárbara Rech Modesti<sup>2</sup>*  
*Silvio Araújo Rizzi<sup>3</sup>*

## Introdução

Não se pode ignorar a implicação da criação de uma lei no cenário nacional, principalmente quando esta é inserida no ordenamento jurídico para regular produção de provas no processo penal, o que implica em grandiosos debates acerca de eventuais inconstitucionalidades por afrontas a princípios e garantias fundamentais, assegurados na Carta Magna e Convenções nas quais o país é signatário.

Não foge de tais circunstâncias a apreciação a constitucionalidade da Lei nº 12.654/12, principalmente no ponto em que estipula que condenados devam fornecer seu material genético que será armazenado em bancos de dados para posterior análise e comparação com outros materiais localizados em cenas de crimes que deixam vestígios, bem como nos métodos de coleta desse material.

---

<sup>1</sup> arianefurini@hotmail.com

<sup>2</sup> barbararm27@hotmail.com

<sup>3</sup> silviorizzi@hotmail.com

O advento da Lei nº 12.654/2012 gerou inúmeros questionamentos acerca da sua constitucionalidade, porquanto prevê a coleta compulsória de material genético dos segregados condenados por crimes considerados hediondos, nos termos da Lei nº 8.090/1990, além daqueles condenados por crimes praticados com grave violência contra a pessoa com a finalidade de abastecer a criação dos bancos de dados genéticos que também foram instituídos pela legislação em apreço. Ocorre que a dúvida de constitucionalidade não se esvai somente nesse ponto, incide pertinente debate acerca dos meios utilizados para a coleta do material genético sem que ocorra violação à intimidade do indivíduo, ao direito de dispor sobre o próprio corpo e à sua dignidade.

Nesse ponto, o presente artigo está direcionado a tecer breves considerações acerca da apreciação da constitucionalidade da Lei, diante da possível afronta a princípios e garantias constitucionais, mais especificamente na possível violação do direito do acusado de não produzir provas contra si mesmo, que possui estrita ligação com os princípios da ampla defesa, dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência.

### **Breves definições acerca de Perfil Genético e Meios de coleta do Material Genético**

Faz-se necessário, de início, referir que a Lei nº 12.654/12 acrescenta suas disposições à Lei nº 12.037/09, que trata sobre a identificação criminal do civilmente identificado, a fim de regulamentar o art. 5º, inciso LVIII<sup>4</sup>, da Constituição Federal, bem como inclui disposições à Lei de Execuções Penais.

A referida Lei institui a criação de bancos de dados para armazenamento de material genético (DNA) e a coleta de material biológico a fim de se obter o perfil genético. Ainda, acresce-se que a

---

<sup>4</sup> “[...] LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei; [...]”

Lei, ao acrescentar disposições à LEP, inclui a possibilidade de coleta e armazenamento de material biológico de indivíduos condenados por crimes dolosos e com violência contra a pessoa e os crimes considerados hediondos, conforme disposição da lei específica.

A justificativa apresentada pelo Senador Ciro Nogueira ao apresentar o Projeto de Lei ao Congresso Nacional se deu sob o fundamento da necessidade de criação do “[...] banco de perfis de DNA nacional para auxiliar nas investigações de crimes praticados com violência.” (2011)

Ainda nas mesmas definições, a justificativa do projeto refere que “[...] o banco de evidências será abastecido pelas perícias oficiais dos Estados com dados retirados de vestígios genéticos deixados em situação de crime, como sangue, sêmen, unhas, fios de cabelo ou pele.”. (Senado Federal, 2011)

Na sequência ainda destaca:

Evidências biológicas (manchas de sangue, sêmen, cabelos etc.) são frequentemente encontradas em cenas de crimes, principalmente aqueles cometidos com violência. O DNA pode ser extraído dessas evidências e estudado por técnicas moleculares no laboratório, permitindo a identificação do indivíduo de quem tais evidências se originaram. Obviamente que o DNA não pode por si só provar a culpabilidade criminal de uma pessoa ou inocentá-la, mas pode estabelecer uma conexão irrefutável entre a pessoa e a cena do crime. Atualmente os resultados da determinação de identificação genética pelo DNA já são rotineiramente aceitos em processos judiciais em todo o mundo. (2011)

As razões expostas à criação da Lei nº 12.654/2012 acima destacadas, implicam na necessidade de conhecimento e definição de determinadas terminologias utilizadas na composição da redação do texto legal, a fim de que se possa facilitar sua interpretação e compreensão.

Para melhor compreensão das terminologias utilizadas, prudente referir e especificar trechos destacados pela redação legal,

como é o caso das definições de DNA e Perfil Genético, bem como especificações acerca da coleta do material, sem que supostamente haja ofensa ao indivíduo submetido à coleta de seu material genético.

“O DNA (sigla em inglês para *Ácido DesixirriboNucléico*) é uma molécula presente no interior do núcleo da célula, responsável por conter todas as informações necessárias à formação de um organismo vivo.” Ainda sobre o DNA, destaca-se que se trata um conjunto de bases, que na célula humana encontra-se distribuída em 46 cromossomos, que acabam por se compactar e ocupar o menor espaço possível dentro de uma célula, para que assim possam armazenar e proteger o maior número de informações que permanecem contidas em tais bases. (FAGUNDES, 2002, p. 9)

Ademais, as informações contidas no DNA possuem informações significativas da genética do ser humano, assim como destacado pela coordenadora do “Projeto Pensando o Direito”, TaysaSchicchet:

Uma amostra de DNA possui regiões codificantes e não-codificantes. Os denominados perfis genéticos constituem uma parte das informações contidas na amostra de DNA e são extraídos de regiões ditas não-codificantes. Os testes que visam a determinar as impressões genéticas ou perfis genéticos são destinados, em geral, à identificação de uma pessoa no âmbito criminal em função da distribuição de marcadores genéticos polimórficos. As características genéticas nas regiões codificantes seriam, a priori, conservadas e utilizadas apenas para fins médicos ou de investigação científica, enquanto os perfis genéticos utilizados pela polícia e pela Justiça identificariam, segundo os cientistas, apenas os marcadores sexuais e sequências teoricamente não-codificantes. (SCHIOCCHET, 2013, p. 11/12)

Também acerca do tema, destaca-se trecho de declaração de perito criminal da Polícia Federal acerca das características e peculiaridades do material genético do ser humano (DNA) e sua utilização na identificação do indivíduo:

O Perfil Genético identifica uma única pessoa no planeta. Nesse caso específico, a única coisa que é possível se depreender sobre a pessoa em questão é seu sexo. Trata-se de um perfil genético de um indivíduo do sexo masculino, o que pode se deduzir pelas letras X e Y. Se fosse uma mulher, seria XX (ou, simplificando, somente X). Os números refletem características do DNA escolhidas justamente por serem muito variáveis na população e por não estarem associadas a características físicas ou de saúde. Refletem o resultado da análise de regiões do DNA conhecidas como não codificantes. As principais funções biológicas do DNA são codificar proteínas e transmitir essas informações para a próxima geração. As regiões do DNA conhecidas como “codificantes” são aquelas cujas formas variantes podem resultar em doenças ou diferentes características físicas. (JACQUES, BORGES e BORGES, 2004, p. 34).

Nesta senda, é importante referir e destacar informações pertinentes e entendimentos fundados nas definições que pode ser obtidas na coleta de material genético humano, assim como destacado no projeto acima citado, seja a informação genética humana afeta a própria essência daquilo que o ser humano; noutro ponto, a identificação de características comuns aos membros de uma determinada família ou de um grupo como um todo, com amplitude, de toda a população; os resultados provenientes do acesso são ambíguos, sendo que em determinados casos podem vir a dar a certeza do objeto, sendo que em outros apenas direcionarão a uma concepção genérica em uma natureza muito mais ampla; e, por fim, a origem desta informação é, acima de tudo, humana, ou seja, o material genético que a contém é humano, seja ele uma amostra de sangue, de pele, de cabelo, de unhas etc. ,poendo, inclusive, tal informação ser utilizada para discriminação genética. (SCHIOCCHET, 2013, p. 18/19)

Ainda antes da edição da Lei em comento, a utilização de material genético dos humanos na investigação criminal e como prova em um processo criminal já era debate em diversos momentos no cenário nacional, merecendo sempre especial

destaque nas revistas destinada ao estudo e divulgações das perícias criminais, principalmente no âmbito da Polícia Federal.

Nos diversos trabalhos da Polícia Federal, prudente destacar a importância dada pelos peritos criminais da coleta e identificação do material genético coletado nas cenas de crime ou nas vítimas para a identificação do agressor. Da mesma forma, é destacado que as utilizações dos exames vinculados ao DNA trataram de revolucionar a investigação criminal em âmbito mundial, necessários para desvendar diversos tipos de crimes, principalmente os crimes onde o mesmo agressor faz diversas vítimas em circunstâncias similares, assim como destacam a possibilidade de inocentar supostos agressores. (BORGES e BORGES, 2004, p. 15).

Outrossim, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, traz significativas definições ao estudo do presente trabalho, assim como nos norteia nos detalhes já destacados acima. Refere que material genético é a amostra biológica, o teste genético é o instrumento (meio) utilizado sobre o material genético para que haja a extração as informações e dados genéticos do indivíduo. Ainda, na sequência, o dado genético seria o conjunto de informações sobre a característica hereditária dos indivíduos. (SCHIOCCHET, 2013, p. 11).

Desta forma, perfeitamente destacado o que seria material genético, DNA e perfil genético, termos destacados pelo texto legal, refere-se, mais uma vez, que os motivos apresentados no texto de justificativa da criação da Lei, bem como a letra fria da Lei que especifica que os métodos utilizados à coleta do material serão indolores e que não ocasionarão invasão ou afronta à dignidade do indivíduo.

Por óbvio, que para que haja a obtenção do material genético de uma pessoa é necessária a coleta de uma amostra biológica sua, contudo deve-se, prudentemente, observar de que forma tal coleta será realizada, uma vez que, evidentemente, pode se dar por



técnica invasiva que acaba por ocasionar afronta à dignidade corporal indivíduo.

Como destacado no trabalho do Projeto Pensando Direito:

A técnica de coleta do material genético por meio do suabe é considerada não-invasiva, nos termos da Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos. Apesar de não haver danos à integridade física, isso não significa, entretanto, que tal coleta não possa atingir outros direitos e garantias, como a autodeterminação corporal e informacional, especialmente quando a técnica de coleta for compulsória. (SCHIOCCHET, 2013, p. 11).

A mesma técnica de coleta de material genético é mencionada nos estudos apresentados nas revistas *Perícia Criminal*, da Polícia Federal, onde são referidos os métodos de coleta e armazenamento dos materiais, destacando as implicações éticas e legais das técnicas.

No que se refere à coleta do material genético, os estudos apresentados pela perícia criminal não afastam a obviedade do acesso e obtenção da amostra biológica do indivíduo, contudo, observa-se que a técnica mais utilizada e conhecida seria a coleta do sangue periférico, que se dá mediante punção venosa, ocorre que tal prática é considerada invasiva, e apresenta diversas restrições legais e éticas (PEDUZZI, 2008, p.19).

Nos salta aos olhos que a utilização de agulhas e seringas a fim de coletar o sangue dos indevidos não é o meio mais adequado à obtenção do material biológico, diante da evidente afronta constitucional ao direito de inviolabilidade do corpo e da saúde do ser humano. Desta forma, o meio mais utilizado e aceito mundialmente é a coleta do material por meio de suabe, isto é, trata-se da coleta de material por meio da esfregação na mucosa bucal – na parte interna da bochecha – de um cotonete de haste longa (suabe) é que considerada técnica não-invasiva e, a princípio,

não resultaria em ofensa à inviolabilidade do corpo e da dignidade humana. (PEDUZZI, 2008, p. 20)

Desta forma, perceptível, ao menos de forma superficial, breves considerações do projeto que instituiu a Lei em apreço no trabalho, bem como considerações breves acerca de terminologias e definições destacadas no texto legal. Prudente, contudo, apreciação legal mais incisiva acerca das implicações jurídicas da aplicação da Lei no ordenamento jurídico brasileiro.

## **A Funcionalidade e Estruturação dos Bancos de Dados Genéticos**

O texto da Lei em comento determina que os materiais coletados nas cenas de crime, bem como os coletados em decorrência da condenação do indivíduo serão armazenados em bancos de dados que serão gerenciados por uma unidade especializada em perícia criminal sendo necessário destacar a sua confidencialidade que deve ser assegurada<sup>5</sup>. Além disso, determina que as informações registradas nos bancos de dados são sigilosas, de modo que qualquer pessoa que acabar por divulgar ou tornar públicas tais informações, poderá vir a ser responsabilizado civilmente, administrativamente e criminalmente<sup>6</sup>.

A lei dispõe ainda que os materiais coletados nas cenas de crimes permanecerão armazenados nos bancos de dados pelo prazo máximo da prescrição abstrata do delito, enquanto o material genético coletado nos condenados por crimes violentos ou

---

<sup>5</sup> “Art. 7. Dados genéticos associados a indivíduo identificável, armazenados ou processados para uso em pesquisa ou para qualquer outro uso, devem ter sua confidencialidade assegurada, nas condições estabelecidas pela legislação.”

<sup>6</sup> “[Art. 5º-A](#). Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

[...]

§ 2º Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial.

hediondos não encontra previsão, ao menos nesta lei, de exclusão de seus perfis do mesmo banco de dados.

As definições acerca dos bancos de dados genéticos são anteriores, ainda, à redação da Lei nº 12.654/2012, tratando de sistemas de organização, criação e funções dos Bancos de Dados, bem como apresentando definições diversas da estrutura de funcionamento dos mesmos.

Destaca-se, oportunamente, que existe diversa gama de estruturas de bancos e/ou de bases de dados/informações genéticas. Desta forma, pode-se conceituar, o banco de dados genéticos, como sendo “[...] conjuntos de materiais ou dados genéticos, informatizados ou não”. Nesta mesma linha, é possível deliberar que tais bancos de dados são amplas compilações de material genético, padrões de DNA, células ou outros materiais que apresentam dados genéticos que estão associados a outras informações de diferentes caracteres. Contudo, diferencia-se de base de dados genéticos, uma vez que estes são os próprios elementos genéticos dispostos em sequência e digitalizados para consulta e comparações. (SCHIOCCHET, 2013, p. 19).

Nesta mesma linha, não se pode considerar os bancos de dados genéticos como biobancos, uma vez que não possuem qualquer finalidade de pesquisa médica ou terapêuticas, isto é, tais bancos de dados para fins de persecução penal devem ser utilizados na identificação de possíveis autores de delitos, com a finalidade de repelir, também, a reincidência. (SCHIOCCHET, 2013, p. 26)

Acerca do funcionamento dos bancos de dados genéticos, importante destacar os ensinamentos de peritos criminais, como no caso das redações das revistas *Perícia Federal*, nesse sentido:

O funcionamento de um banco de dados genéticos é bem mais simples do que parece. Na realidade existem dois bancos de dados: um de perfis genéticos obtidos de amostras coletadas em locais de crime e outro dos perfis genéticos de referências. Estas referências podem ser diversas, dependendo da legislação

vigente. Pode ser, por exemplo, que determinado país estabeleça que os condenados por crimes hediondos ou condenados por qualquer crime, ou mesmo pessoas detidas por praticarem qualquer tipo de infração penal, sejam obrigatoriamente tipados. (PEDUZZI, 2008, p. 10)

Desta forma, não se pode ignorar que a criação do banco de dados genéticos encontra-se diretamente ligado à persecução penal, o material genético ou DNA extraído das cenas de crimes ou das pessoas (condenados, vítima, familiares, suspeitos, ...) será armazenado para fins de persecução penal, que inicia na investigação criminal em sede policial e se desenrola durante todo o processo. A coleta do material genético que permanecerá armazenado se dará com ou sem consentimento da pessoa, contudo observando a redação e critérios determinados na legislação de cada país. (SCHIOCCHET, 2013, p. 29)

Na sequência, as amostras coletadas, principalmente as das cenas de crimes, serão, ou poderão ser, comparadas com as do possível suspeito da prática do delito. Destaca-se que as amostras referenciais dos suspeitos poderão ser coletadas por diversos meios, seja com uma simples raspagem interna da boca do indivíduo ou pelo sangue. Ainda pode-se referir a possibilidade de que fios de cabelo seja utilizados para a coleta de DNA, contudo a observância é de que a coleta seja realizada desde a raiz do cabelo e que o material seja armazenado corretamente, utilizando-se de materiais específicos e necessários à prática da perícia criminal. Diante de tais fundamentos, é que se baseiam alguns dos principais argumentos favoráveis da instituição dos bancos de dados genéticos e a coleta de material, principalmente no que se refere à apuração dos crimes que deixam vestígios, fundados na suposta solução para impunidade de tais delitos. (SCHIOCCHET, 2013, p. 46/47).

É preciso destacar a importância que a criação dos bancos de dados genéticos pode ter na apuração dos crimes praticados com violência ou os considerados hediondos (conforme destaque do texto legal). Ocorre que há expressa necessidade de observância

dos ordenamentos jurídicos e da possibilidade de instituição de tais sistemas, sem que haja evidente afronta a preceitos e garantias fundamentais do ser humano.

O armazenamento do material genético em bancos de dados indica a necessidade de acesso aos mesmos, que se dará mediante coleta em cenas de crimes e mediante coleta no corpo do indivíduo, utilizando-se de métodos previstos legalmente e que, supostamente, não ocasionariam violação ao corpo humano.

Evidente a necessidade de reconhecer que, para que haja a criação dos bancos de dados genéticos, é imprescindível o acesso ao corpo humano, ou ao menos parte dele, pois se trata de fonte biológica necessária para a obtenção de qualquer resultado desejável. Contudo, o acesso a corpo humano encontra alguns obstáculos. Desta forma, importante que exista o consentimento ou expressão de vontade, ou no caso de discordância ou negativa do indivíduo, importante que seja analisado se é devido, permitido ou proibido a utilização do material fornecido, mesmo que de forma consentida na esfera criminal. (SCHIOCCHET, 2013, p. 53)

Sobre a importância da criação do banco de dados:

É preciso reconhecer os benefícios que um banco de perfis genéticos pode trazer no âmbito da persecução criminal, mas também é preciso levar em consideração a variabilidade da normativa jurídica de cada país, assim como os direitos fundamentais assegurados no âmbito do Direito Constitucional. A crescente utilização de amostras biológicas humanas e informações genéticas, viabilizadas pelos biobancos e bancos de dados genéticos, faz emergir novos questionamentos éticos, sobretudo, em função da ampliação e aceleração da investigação a partir da conservação e replicação das amostras biológicas. São recorrentes os temas como privacidade, confidencialidade, discriminação etc. Do mesmo modo, a categoria clássica do consentimento informado, ainda que amplamente discutida, sofre novos impactos. (SCHIOCCHET, 2013, p. 53)

Como já destacado, o banco de perfis genéticos que será utilizado para a identificação de criminosos precisa estar diretamente ligado à uma legislação que permita sua constituição e que possibilite a coleta e armazenamento do material genético, de modo que a Lei que o regulamente deve, também, reger seu funcionamento, observando limites e garantias do ser humano, a fim de que haja observância e respeito às garantias fundamentais, como a dignidade da pessoa humana. (PEDUZZI, 2008, p. 20).

### **Aplicação da Lei e seus efeitos processuais, legais e considerações acerca de sua constitucionalidade**

Para início dos debates, é de extrema necessidade compreender, ao menos parcialmente, quais as implicações apresentadas pela redação da Lei em tela, a fim de que seja direcionada, de forma mais específica, a pauta do trabalho.

Para Maria Elizabeth Queijo, a produção das provas que dependem de coleta de materiais no corpo do acusado deve observar a diversos direitos e garantias fundamentais, não só o princípio da não autoincriminação, mas direito à liberdade, intimidade, dignidade humana e intangibilidade corporal. (QUEIJO, 2014, p. 290).

De acordo com o que explica Aury Lopes Jr., a Lei em debate apresenta duas situações diferentes no que se refere aos investigados e aos apenados. Uma delas, a do investigado, consiste na destinação do material para um caso concreto e determinado, sendo que em relação ao apenado, o material genético coletado é destinado a alimentar o banco de dados genéticos, servindo, futuramente, para a apuração de crimes cuja autoria seja desconhecida. (LOPES JR., 2017, 435-436)

Desta forma, em caso de apenado, compreende-se a destinação do material genético a futuros fatos, restando o material genético armazenado até a comparação com outros coletados em cenas de crimes.

Como consequência da redação legal, é necessário também apreciar a natureza do crime objeto da condenação e destacado pelo legislador, consistindo em presunção de periculosidade de todos os autores de determinados crimes – neste caso, hediondos e os praticados com grave violência contra a pessoa – demonstrando “inequívoca discriminação e estigmatização desses condenados”. (LOPES JR. 2017, p. 438).

Verifica-se, inicialmente, que o Supremo Tribunal Federal vai decidir acerca da constitucionalidade da coleta de material genético de condenados por crimes violentos ou hediondos a fim de sustentar o banco de dados genéticos. A matéria em debate teve sua repercussão geral reconhecida, à unanimidade, pelo Plenário Virtual da Corte e é objeto do Recurso Extraordinário de nº 973837, cujo relator é o Ministro Gilmar Mendes. O recurso, mais especificamente, é destinado à redação introduzida ao artigo 9º-A da Lei de Execução Penal, que regulamenta a extração obrigatória de DNA dos criminosos condenados por crimes dolosos com violência grave contra a pessoa ou que sejam considerados hediondos. (STF, 2016)

Em primeira explanação, o Ministro Gilmar Mendes reconheceu a necessidade de apreciação do tema que é objeto de discussão em diversos ordenamentos jurídicos, tendo em vista a existência de limites à atuação do poder estatal de realizar a coleta do material genético, armazená-lo em bancos de dados e, posteriormente, poder fazer uso das informações coletadas. Ainda, o próprio Ministro especificou o caso no Brasil:

“No caso brasileiro, explicou o ministro, a Lei 12.654/2012 introduziu a coleta de material biológico em duas situações: na identificação criminal e na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos. Na primeira, a medida deve ser determinada pelo juiz, que avaliará se é essencial para as investigações, e os dados podem ser eliminados no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito cometido. Já os dados dos condenados devem ser coletados como consequência da condenação, sem previsão para

a eliminação do perfil. Em ambos os casos, os perfis são armazenados em bancos de dados e podem ser usados para instruir investigações criminais e para identificação de pessoas desaparecidas. [...]” (STF, 2016)

Destaca-se que a origem do Recurso Extraordinário que desencadeou na apreciação da constitucionalidade da Lei nº 12.654/2012, foi uma decisão de Agravo em Execução Penal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que aplicou o texto legal, reconhecendo a necessidade da coleta do apenado<sup>7</sup>.

Por sua vez, foi assim ementada a tese de Repercussão Geral pelo Supremo Tribunal de Justiça:

Repercussão geral. Recurso extraordinário. Direitos fundamentais. Penal. Processo Penal. 2. A Lei 12.654/12 introduziu a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (Lei 7.210/84, art. 9-A). Os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos. Possível violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se incriminar – art. 1º, III, art. 5º, X, LIV e LXIII, da CF. 3. Tem repercussão geral a alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84, introduzido pela Lei 12.654/12, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos. 4. Repercussão geral em recurso extraordinário reconhecida. (RE 973837 RG,

---

<sup>7</sup>EMENTA: AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. ARTIGO 9º-A DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. CRIAÇÃO DE BANCO DE DADOS COM MATERIAL GENÉTICO DO APENADO. NÃO VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. PROCEDIMENTO DE IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. RETROATIVIDADE. ISENÇÃO DE CUSTAS. DEFENSORIA PÚBLICA. RECURSO PROVIDO. - A Lei nº 12.654/12 introduziu o art. 9º-A da Lei de Execução Penal, o qual dispõe sobre a identificação do perfil genético, mediante extração de DNA obrigatória daqueles condenados por crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos. - A criação de banco de dados com material genético do apenado não viola o princípio da não autoincriminação (nemo tenetur se detegere), vez que decorre de condenação criminal transitada em julgado. Não se cogita violação ao princípio da irretroatividade da lei penal, ainda, por se tratar de norma que prevê mero procedimento de identificação criminal. [...] (TJ/MG, 2014)



Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 23/06/2016 (STF, 2016).

Portanto, diante da circunstância de já ter sido reconhecida a repercussão geral do tema em apreço, possível a análise doutrinária da constitucionalidade da Lei, principalmente no ponto que direciona a coação do condenado por crime hediondo ou com grave violência contra a pessoa a fornecer seu material genético que permanecerá armazenado nos bancos de dados genéticos para futura comparação com materiais coletados em cenas de crimes.

Por consequência, é necessário apreciar a necessidade da coleta do material genético para apreciação como prova no processo penal, como bem explicita TaysaSchiocchet:

Analisando essa mudança, surgem algumas dúvidas. É necessário, portanto, estabelecer se a coleta de material só será feita quando essencial à investigação, e se sua realização sempre dependerá de autorização judicial. Outra questão refere-se ao enquadramento normativo da “coleta obrigatória de amostra biológica” como sendo “identificação criminal” e não “prova”. Nessa última hipótese, a questão da coleta atrairia todo o questionamento jurídico em termos de direitos e garantias fundamentais (inclusive processuais), a começar pelo princípio da não auto-incriminação e, sendo este superado (como em diversos países ocorreu) ao compreendida a sua extensão, outras garantias processuais apareceriam para assegurar que o perfil genético seja caracterizado pela fiabilidade (técnica) e licitude (jurídica), desde o momento da coleta do material biológico até o momento da valoração probatória pelo magistrado. (SCHIOCCHET, 2013, p. 84)

Um exemplo contemporâneo e passível de discussão é a submissão de um suspeito à realização de exame de radiografia a fim de verificar a existência de substâncias entorpecentes em seu organismo ou introduzidas em seu corpo, de modo que, se ocorrida manifestação/concordância por parte do investigado, a prova poderá ser utilizada, sem que houvesse violação ao princípio referido:

(EXAME. RAIOS X. TRÁFICO. ENTORPECENTES. Uma das questões suscitadas pela defesa no writ afirma a ilegalidade da prova produzida, sob o fundamento de que a submissão dos pacientes ao exame de raios X, a fim de constatar a ingestão de cápsulas de cocaína, ofende o princípio segundo o qual ninguém pode ser compelido a produzir prova contra si (nemo tenetur se detegere). A Turma entendeu que não houve violação do referido princípio, uma vez que não ficou comprovada qualquer recusa na sujeição à radiografia abdominal; ao contrário, os pacientes teriam assumido a ingestão da droga, narrando, inclusive, detalhes da ação que culminaria no tráfico internacional do entorpecente. Ressaltou que os exames de raios X não exigiram qualquer agir ou fazer por parte dos pacientes, tampouco constituíram procedimentos invasivos ou até mesmo degradantes que pudessem violar seus direitos fundamentais, acrescentando, ainda, que a postura adotada pelos policiais não apenas acelerou a colheita da prova, como também visou à salvaguarda do bem jurídico vida, já que o transporte de droga de tamanha nocividade no organismo pode ocasionar a morte. Assim, a Turma, entre outras questões, denegou a ordem. (SILVA E SILVA, p. 294)

Também, há de se destacar o trecho, como referido por Silva e Silva, onde são especificadas as maneiras de contribuição do acusado:

A cooperação do acusado pode se dar de diversas maneiras: 1 – intervenções corporais invasivas – assim entendidas como aquelas em que o acusado é obrigado a tolerar que se penetre em seu corpo (extração de material genético, sangue etc.), nas quais dependerão de autorização do acusado; 2 – intervenções corporais não invasivas – o acusado necessita tolerar invasão sobre a superfície de corpo (retirada de impressões digitais); 3 – cooperação ativa – consiste em um fazer por parte do réu – fornecer padrão vocálico ou grafotécnico, bafômetro, entre outros); cooperação passiva – consiste em um não fazer por parte do acusado (submeter-se a reconhecimento, raios X) e não prescinde a sua aceitação. (SILVA E SILVA 295)

Nesse norte, não existe qualquer óbice legal a coleta de material genético através de métodos práticos, como a apreensão

de materiais e objetos pessoais. Ademais, havendo concordância do suspeito, é possível, também, a realização de qualquer intervenção corporal, tendo em vista que a autodefesa é plenamente disponível e renunciável. (LOPES JR. 2017, p. 433).

Como perfeitamente ensinado pelo Doutrinador Giacomolli, a observância da garantia da não autoincriminação não impossibilita a realização das provas, uma vez existentes outros métodos científicos hábeis à demonstração da autoria e materialidade delitivas, bem como para formar o convencimento do juiz no que se refere à responsabilidade do sujeito acusado da prática do delito. Ademais, qualquer situação de flagrância, prisão ou condenação, não autoriza, por si só, que o indivíduo seja submetido ou se torne um objeto de procedimentos do Estado. (GIACOMOLLI, 2016, p. 231).

Deve-se referir, acerca do dever de colaboração do acusado, inexistente, por ora, norma que especifique tal dever, a fim de afastar a incidência do princípio da não autoincriminação, de modo que a recusa do indivíduo em ser submetido à produção de determinada prova não poderá ser vista como prática do crime de desobediência, muito menos interpretada em seu desfavor. (QUEIJO, 2014, p. 311).

Nesse ínterim, não se pode ignorar o advento da Resolução 3/2014, que disciplina que, mesmo a coleta do material genético do condenado, deverá ser precedida de autorização judicial e depende de seu estrito consentimento, na forma que, existindo recusa do sujeito, não poderá haver a extração de forma compulsória, devendo a autoridade coletora informar tal circunstância ao juiz competente. (LOPES JR. 2017, p. 438)

De mais a mais, o direito a não autoincriminação é autorizado, além de legalmente, pela jurisprudência, uma vez consagrado expressamente no Pacto de San José da Costa Rica, uma vez que o acusado não está obrigado a corroborar com a investigação criminal, contudo, reconhece que quando

disponibilizado o material genético, ele poderá ser utilizado em perícias criminais. (SILVA E SILVA, 2015, p. 294)

Outrossim, como refere sabiamente Aury Lopes Jr., no nível de democratização alcançado, em uma análise de um processo penal contemporâneo, seria totalmente compreensível que o acusado de um crime venha a se recusar em realizar e ser submetido a qualquer intervenção corporal, sem que dessa ação (ou omissão) lhe renda algum prejuízo jurídico-processual, partindo-se de uma premissa básica para se analisar a relativização a não autoincriminação instituída pela Lei nº 12.654/2012. (LOPES JR. 2017, p. 433)

Como explicado por Aury Lopes Jr.,

O problema está quando necessitamos obter as células corporais diretamente do organismo do sujeito passivo e este se recusa a fornecê-las. Se no processo civil o problema pode ser resolvido por meio da inversão da carga da prova e a presunção de veracidade das afirmações não contestadas, no processo penal a situação é muito mais complexa, pois existe um obstáculo insuperável: o direito de não fazer prova contra si mesmo, que decorre da presunção de inocência e do direito de defesa negativo (silêncio). (LOPES JR. 2017, p. 433)

De acordo com Giacomolli, a redação dada pela Lei nº 12.654/2012 (coleta de perfis genéticos), que modificou parcialmente o texto da Lei nº 12.037/2009 (identificação criminal), assim como a redação da Lei nº 7.210/1984, relativiza e afronta o princípio do *nemotenetur se detegere*. Destaca que tal texto acaba tropeçando no regramento do devido processo legal e se torna incompatível com o mesmo, além de demonstrar embate com a dignidade da pessoa humana, que é fundamento da estrutura da República Federativa do Brasil. (GIACOMOLLI, 2016, p. 235)

Ainda, para o autor, a redação apresentada pela Lei nº 12.654/2012, se declarada constitucional, demonstrará a extinção do princípio da não autoincriminação diante da coação existente ao indivíduo em fornecer seu material genético, nesse sentido:

“[...] A Lei nº 12.037/2009 autoriza a identificação criminal através da coleta de material biológico (art. 5º, parágrafo único), com a obtenção do perfil genético do sujeito, com seu armazenamento em banco de dados (art. 7º-B), sob a justificativa da necessidade de identificação, para fins de investigação criminal. Embora a sua funcionalidade seja restrita à identificação à *persecutio criminis* e situe-se na esfera da *ultima ratio* (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), a nova lei, se considerada constitucional, sepultará o *nemotenetur*, na medida em que permite a extração coativa do material biológico (art. 3º da Lei nº 12.654/2012).[...]” (GIACOMOLLI, p. 235, 2016)

Não há que se ignorar o evidente retrocesso que se tornaria a submissão obrigatória de um indivíduo ao fornecimento de material genético mediante intervenção em seu corpo, tratando-se de se assemelhar à prática de tortura para a obtenção da confissão da prática de um ilícito penal, consistindo, assim, na caracterização de um prova ilícita. (LOPES JR. 2017, p. 434).

Nesta senda, é orientação majoritária na jurisprudência brasileira, não reconhecendo qualquer dever de colaboração do acusado na produção de provas, tanto no processo penal, como no civil, de modo que não se pode admitir a execução coercitiva de qualquer pessoa, compelindo-a a colaborar com a produção probatória. (QUEIJO, 2014, p. 313).

Tem-se, assim, a existência de uma prova ilícita, tendo em vista a nítida violação a direitos e garantias fundamentais do cidadão. Tal prova, portanto, maculará o processo, ou parte dele, também no ponto dos demais passos que derivarem daquela prova, restando duvidosa, ainda, a participação do juiz que teve acesso a prova ilícita como julgador da demanda.

A vedação constitucional e na legislação infraconstitucional às provas ilícitas se dá em razão do prestígio aos direitos e garantias assegurados aos cidadãos, assegurando a liberdade do indivíduo com relação à iniciativa provatória, impondo-se vedação à tortura ou

tratamento desumano ou degradante, protegendo-se o direito à intimidade, vida e imagem das pessoas. (MARCÃO, 2017, p. 602)

Desta forma, deve-se visualizar a proporcionalidade e razoabilidade de qualquer decisão ou legislação que venha a afrontar direito ou garantia fundamental, como é o caso do direito a não autoincriminação, para que não ocorra inviabilidade na produção de qualquer tipo de prova, bem como que a produção desta não cause danos aos indivíduos.

Como refere-se, nesse contexto, o Poder Judiciário, na sua atuação, deverá observar a mínima intervenção/restrrição às garantias do demandado, com a finalidade de se obter a decisão processual penal:

Em outras palavras, a decisão judicial deverá colimar a máxima efetividade com a menor restrição possível aos direitos fundamentais e às garantias do acusado, e essa bússola é orientada pelo princípio da proporcionalidade, mesmo que a averiguação de tal medida dependa do exame do caso concreto e de suas circunstâncias. (PERUCHIN, 2017, p. 227)

Como perfeitamente explicitado por Maria Elizabeth Queijo, a colisão de direitos no ordenamento jurídico não deve ser resolvido com a supressão de um em detrimento do outro, já que ambos devem coexistir em um mesmo ordenamento, portanto, é necessário que ocorra a conciliação entre eles, através da imposição de determinadas limitações, sendo o legislador autorizado a regulamentar os conflitos, limitando-os para que se possa ter e reconhecer os direitos protegidos e, em um momento, conflitantes. (QUEIJO, 2014, p. 387)

Nesse ponto, não se ignora a indispensabilidade do *nemotenetur se detegere* ao ordenamento jurídico pátrio, bem como da possibilidade de restrição a determinados princípios e garantias para que se possa desenvolver uma atividade jurisdicional mais completa.

Ocorre que, como visto, a legislação nem sempre apresenta uma solução a determinados problemas da sociedade, cabendo ao Poder Judiciário resolver os conflitos advindos de tais legislações, bem como analisar se esta não afronta ou limita os direitos e garantias fundamentais, em parte incapaz de ser relativizada.

Neste ponto, a redação da Lei nº 12.654/2012, apresenta evidente violação à direitos e garantias fundamentais assegurados constitucionalmente e no texto da Convenções Internacionais<sup>8</sup>, como é o caso do princípio da não autoincriminação, da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, de modo que sua inconstitucionalidade se apresenta na suposta obrigação do condenado em fornecer seu material genético, demonstrando, ainda, preconceito à condição de apenado e condenado, partindo-se do pressuposto de periculosidade de tais pessoas.

Portanto, diante dos fundamentos doutrinários expostos, verifica-se que o texto da Lei em apreço apresenta diversas violações legais, bem como nos norteia à interpretação de seu texto de forma inconstitucional.

## **Considerações finais**

A liberdade na produção probatória encontra óbice em diversos momentos no ordenamento jurídico, uma vez que a produção probatória não pode se sobrepor a diversos direitos e garantias fundamentais e individuais, inerentes à dignidade humana, à presunção de inocência e o direito de não produzir prova contra si mesmo, sob pena de a prova ser considerada ilícita, não só em sua constituição, mas pelo modo em que foi produzida, maculando um processo penal democrático, que, ao menos teoricamente, é o que se busca no ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>8</sup> “Art. 11. Nenhum indivíduo ou grupo deve, em circunstância alguma, ser submetido, em violação da dignidade humana, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, a uma discriminação ou a uma estigmatização.”

Refere-se que as garantias constitucionais não se direcionam apenas às questões relativas ao Direito Penal ou Processual Penal, mas são gerais, a fim de se permitir aos cidadãos e à sociedade relativa segurança de sua dignidade – ou ao menos é o que se espera. Tais garantias e princípios contém em sua composição a busca pelo melhor interesse dos cidadãos, de forma que não basta apenas serem respeitados, mas definitivamente aplicados, uma vez que não basta apenas conhecê-los e respeitá-los sem que haja sua efetiva utilização a fim de melhorar o convívio social e assegurar o Estado Democrático de Direito instituído pela Carta Magna de 1988.

Alguns dos princípios básicos previstos e presentes na interpretação da Constituição Federal de 1988 tem por fundamento, justamente, concretizar o já referido Estado de democracia. Não há que se falar em Estado Democrático sem que ocorra respeito e observância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Consequente a isso não se pode trabalhar com o Direito Penal e o Processo Penal sem se observar princípios basilares como o da Presunção de Inocência e garantias asseguradas ao acusado, como o direito de não produzir provas contra si mesmo.

A Lei em comento institui um meio de prova ao Processo Penal, consistente na obrigação de participação do indivíduo, acusado ou condenado, participar de sua produção, mediante fornecimento de material genético corporal, de forma que diversos argumentos contrários e favoráveis surgissem, sendo, portanto, necessária a apreciação da legalidade ou ilegalidade da prova, da constitucionalidade ou não do texto normativo.

A existência e reconhecimento da repercussão geral do tema já demonstra que a questão deve ser consideravelmente apreciada e debatida, uma vez que possui incidência direta ao corpo do indivíduo, à sua liberdade, dignidade e direitos individuais, ligados à ampla defesa, autodefesa, direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemotenetur se detegere*) e a sua inocência como dever de tratamento.



Chegando ao momento de se concluir, compreende-se pela inconstitucionalidade da Lei, ao menos por ora e diante dos fundamentos acima expostos, verifica-se evidente violação às garantias constitucionais da dignidade humana, da presunção de inocência e da não autoincriminação, que, desde logo, tornam a lei ineficaz.

## Referências:

BORGES, Anelise; BORGES, Karina, **Perícia Federal, DNA Forense: Técnicas de Coleta em Locais de Crime**, Brasília, Oficina da Palavra, 2004; disponível em <[http://periciacriminal.com/down/revista\\_pf/18.pdf](http://periciacriminal.com/down/revista_pf/18.pdf)> acesso em 12.03.2018;

BRASIL, **Constituição Federal da República**; <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) - acesso em 20.09.2017>

**Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**, disponível em <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)> acesso em 07.02.2018;

, **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**, disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/14618opor.pdf>> acesso em 08.03.2018;

, **Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos**, disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/12299opor.pdf>> acesso em 08.03.2018;

, **Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos**, disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/do592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/do592.htm)> acesso em 07.02.2018;

, **Supremo Tribunal Federal, Pesquisa de Jurisprudência**, disponível em <[http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+973837%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+973837%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercus\\_sao&url=http://tinyurl.com/j6wxykl](http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+973837%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+973837%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercus_sao&url=http://tinyurl.com/j6wxykl)> acesso em 22.04.2018;

, **Supremo Tribunal Federal**, <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319797>>, acesso em 23.02.2018.

, **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais- Agravo em Execução Penal**, disponível em <[http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\\_complemento2.jsp?listaProcessos=10024057930471001](http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10024057930471001)>, acesso em 22/04/2018.

FAGUNDES, Paulo Roberto, **Perícia Federal: Análise Forense do DNA, Ferramenta da Perícia Criminal**, Brasília, Anathália Gráfica e Editora, 2002; disponível em <[http://periciacriminal.com/down/revista\\_pf/13.pdf](http://periciacriminal.com/down/revista_pf/13.pdf)>acesso em 12.03.2018;

GIACOMOLLI, Nereu José, **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**, 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Atlas, 2016; Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/cfi/6/54!/4/82/26@0:13,3>> acesso em 02.08.2018;

„Nereu José, e MAYA, André Machado, **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, São Paulo, Atlas, 2015; PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzelli, **O Princípio da Proporcionalidade como Fermenta para a aferição da Ilegitimidade da indevida Restrição a Direitos Fundamentais, no âmbito do Processo Penal**;

LOPES JR., Aury, **Curso de Processo Penal**, São Paulo, Saraiva, 2017;

, Aury; **Direito Processual Penal**;11<sup>a</sup> ed., São Paulo,Saraiva, 2014;

MARCÃO, Renato, **Curso de processo penal**, 3<sup>a</sup> ed., rev., ampl. e atual.; São Paulo, Saraiva, 2017.

PEDUZZI, Pedro, **Perícia Federal: Banco de Dados de Perfis Genéticos, O DNA a Serviço da Justiça**, Brasília, Athalaia Gráfica, 2008; disponível em <[http://periciacriminal.com/down/revista\\_pf/26.pdf](http://periciacriminal.com/down/revista_pf/26.pdf)> acesso em 12.03.2018;

QUEIJO, Maria Elizabeth; **O Direito de não produzir prova contra si mesmo**; São Paulo, Saraiva; 2003.

1. Maria Elizabeth; **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemoteneatur se detegere e suas decorrências no processo penal** – 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

SILVA, Luiz Cláudio; SILVA, Franklyn Roger Alves, **Manual de processo e práticapenal**, 6. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2013. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5598-4/cfi/5!/4/4@0.00:63.2>> acesso em 08.02.2018;

SCHIOCCHET, Taysa, **Série Pensando o Direito, Bancos de Perfis Genéticos para fins de Persecução Penal**, disponível em <<http://pensando.mj.gov.br/wpcontent/uploads/2013/03/Volume-43-Relat%C3%B3rio-final.pdf>> acesso em 26.02.2018