

MURIANA CARRILHO BERNARDINELI
JOSSIANI AUGUSTA HONÓRIO DIAS
RODRIGO RÓGER SALDANHA
ALYSSON VITOR DA SILVA
TATIANA ORLANDI
VALTER FREITAS
(Organizadores)

**DIREITO SEM FRONTEIRAS
VOLUME III**



Uniedusul

Maringá – Paraná
2024

2024 Uniedusul Editora

Copyright dos Autores

Editor Chefe: Prof. Me. Wellington Junior Jorge
Diagramação e Edição de Arte: André Oliveira Vaz
Revisão: Os autores

Conselho Editorial:

Denner Pereira da Silva

Maísa Kelly Nodari

Matheus Ribeiro de Oliveira Wolowski - Inst. Latino Americano

Michael Hiromii Zampronio Miyazaki

Raul F. Belucio Nogueira - Itália

Renata Torri Saldanha Coelho

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)

D598 Direito sem fronteiras: vol. III / Organizadores Muriana Carrilho
Bernardineli... [et al.]. – Maringá, PR: Uniedusul, 2024.
16 x 23 cm

ISBN 978-65-5418-060-3

1. Direito – Brasil. I. Bernardineli, Muriana Carrilho. II. Dias,
Jossiani Augusta Honório. III. Saldanha, Rodrigo Róger. IV. Silva,
Alysson Vitor da. V. Orlandi, Tatiana. VI. Freitas, Valter.

CDD 340.981

Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de
responsabilidade exclusiva dos autores.

Permitido fazer download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos
créditos aos autores, mas sem de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

www.uniedusul.com.br

PREFÁCIO

É com imensa satisfação que prefacio este compêndio de artigos que abordam questões prementes e pertinentes em diversos campos do Direito. O tradicional SILA, organizado pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Campus Toledo brinda, anualmente, a comunidade jurídica com brilhantes exposições de palestrantes renomados no contexto brasileiro, da América Latina e do continente europeu, dos quais, tive o privilégio de ladear em uma de minhas palestras durante a realização do evento.

Cada trabalho aqui presente é resultado do esforço conjunto e da dedicação de seus respeitáveis autores, cujo compromisso com a pesquisa e a análise crítica se reflete em cada página.

Os temas abordados neste volume são variados e representam uma amostra da diversidade de assuntos que permeiam nossa sociedade contemporânea. Desde questões jurídicas até investigações forenses, cada artigo oferece uma perspectiva única e esclarecedora sobre problemas que impactam não apenas o Brasil, mas também o mundo em geral.

O volume III do livro “Direitos sem Fronteiras” é mais do que uma simples coletânea de artigos; é uma jornada intelectual por um vasto e complexo território de pesquisas acadêmicas que enfrentam questões legais, sociais e éticas, ultrapassando as fronteiras geográficas e disciplinares. Reunindo a expertise de diversos professores, alunos e renomados juristas no cenário nacional e internacional, esta obra representa um verdadeiro mosaico de reflexões sobre os desafios contemporâneos enfrentados pelo direito e pela sociedade em geral.

Neste livro, os leitores encontrarão uma ampla gama de tópicos abordados, desde a regulamentação das redes sociais até

questões relacionadas à família, justiça criminal, tecnologia e direitos humanos.

Cada artigo oferece uma análise profunda e perspicaz, fruto do esforço e dedicação de seus respeitáveis autores, que compartilham suas pesquisas e insights com generosidade e rigor acadêmico.

Neste volume, que tenho a honra de prefaciar, constam vinte e cinco textos cuja abordagem interdisciplinar enriquece a doutrina jurídica brasileira na compreensão de fenômenos sociais que emergem na sociedade e quais os desafios jurídicos para suplantando os impasses levantados.

No primeiro texto, intitulado “AÇÕES EXTREMISTAS EM ASCENSÃO: A INEFICIÊNCIA DA REGULAMENTAÇÃO DAS REDES SOCIAIS PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA” de autoria da ilustre professora Jossiani Augusta Honorio Dias e as autoras Gabriella Costa da Cruz, Ellza Mayla dos Santos Guedes e Giovana Bernadete Urnau Cezemer é possível extrair importantes reflexões sobre a temática da regulamentação das redes sociais no Brasil.

No mesmo sentido, o artigo “A REGULAMENTAÇÃO DAS MÍDIAS VS LIBERDADE DE EXPRESSÃO: A UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO CONTROLE MIDIÁTICO E OS RISCOS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO”, de autoria do Alysson Vitor da Silva Giovanna Vieira, também enfrentam problemas dessa temática.

Ainda nesse contexto das redes sociais, vale a leitura do artigo denominado: “DANO MORAL DECORRENTE DA VIOLENCIA NAS REDES SOCIAIS – ANÁLISE DA CONDUTA DO CYBERBULLYING E STALKING”, dos autores Thiago Mantuan Covalski e Jaqueline da Silva Paulichi.

No capítulo 2, tem-se uma abordagem inovadora do texto “A FORMAÇÃO DO COGUMELO DE ESPUMA EM VÍTIMA DE LESÕES PERFURO-CORTANTES: RELATO DE CASO QUE EVIDÊNCIA A IMPORTÂNCIA DO EXAME DE LOCAL DE MORTE NA INVESTIGAÇÃO FORENSE”, cuja autoria é de Alex Diogo Matte, Maria Eduarda Cardozo dos Santos e Michael Hiromi Zampronio Miyazaki.

Tema relevante e imprescindível é tratado na pesquisa denominada “A (IM) POSSIBILIDADE DE DESERDAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO, de autoria da estimada professora Muriana Carrilho Bernardineli e as autoras Taiane Gomes da Silva e Maria Eduarda Braguetto Kelm. Também vale a leitura do artigo “A RESPONSABILIDADE CIVIL ANTE O ABANDONO AFETIVO INVERSO” de autoria de Maísa Nodari, Eduarda Engelsing Leubet, Maria Eduarda Portugal da Silva e Poliana Thalita de Oliveira sobre a interconexão entre as temáticas.

Ainda frente a análise do afeto que tem norteado as relações sociais, cumpre aqui fazer menção ao texto “SUPREMACIA INVISÍVEL DO HOMEM COMO FATOR EMERGENTE AO ABANDONO AFETIVO NO ENCARCERAMENTO FEMININO”, de autoria de Rodrigo Roger Saldanha, Muriana Carrilho Bernardineli e Itauana Braun dos Santos, cuja leitura é indispensável para o jurista contemporâneo.

A Democracia deve transcender o texto Constitucional e se materializar no mundo real, assim, o artigo intitulado “A (IN) EFICIÊNCIA DO AMICUS CURIAE COMO INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA”, de autoria do Leonardo Alves Sarolli e Michael Miyazaki apontam para determinadas perspectivas importantes sobre essa problemática.

Questões bioéticas também são apresentadas nesse compendio, no texto “A MEDICALIZAÇÃO DA FAMÍLIA: BREVE ANÁLISE SOBRE A PONDERAÇÃO ENTRE O PLANEJAMENTO FAMILIAR E A DIGNIDADE DO BEBÊ-MEDICAMENTO”, cuja autoria do dileto amigo e docente Rodrigo Róger Saldanha e os autores Valter Freitas, Amanda Regina Pivetta e Gabrielli Vitoria Ribeiro. Temática envolvendo a ética sobre a vida também são encontradas no artigo: “A TRANSFERÊNCIA DA AUTONOMIA PRIVADA PARA O NÚCLEO FAMILIAR: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS DECISÕES DOS PACIENTES TERMINAIS” de Rodrigo Roger Saldanha, Emanuely Cardoso Alves e Marina Elisa Barbian, cuja leitura é indispensável. Tem-se ainda o texto intitulado “FAMÍLIA PERFEITA? A PERMANÊNCIA DAS MULHERES VÍTIMAS NO CICLO DA VIOLÊNCIA” das autoras Muriana Carrilho Bernardineli, Maísa K. Nodari, Ana Clara Soethe Sassi e Nadine Thais Kuhn.

Ainda no contexto bioético, vale a leitura dos textos “REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA POST MORTEM: DIREITO DA MÃE OU IMPOSIÇÃO AO FILHO A UMA FAMÍLIA MONOPARENTAL?” das autoras Muriana Carrilho Bernardineli e Aline Aparecida Mucellini de Souza, bem como do artigo intitulado “SUICÍDIO ASSISTIDO: DIREITO À MORTE DIGNA E O ESTADO COMO REGULADOR DA VIDA”, cuja autoria é de Ana Carolina dos Santos Pinheiro, Mariana Ramos da Cruz Denig e Tayná Caroline da Silva Valter Freitas. Tais temáticas são enfrentadas com dificuldade no cotidiano, mas se mostram necessárias para o debate acadêmico.

A conexão com as diversas áreas do direito se apresenta evidente na presente coletânea, com o artigo denominado: “A VISÃO DO DIREITO DA FAMÍLIA MULTIESPÉCIE SOBRE

AS FALTAS JUSTIFICÁVEIS DO DIREITO DO TRABALHO”, de autoria de João Victor Guerra e Alysson Vitor da Silva, abordando aspectos do direito da família e direito do trabalho.

Ainda sob a perspectiva do direito das famílias, o compêndio proporciona textos relevantes que tratam institutos tão caros para a sociedade e antigos, como a adoção, e suas problemáticas atuais, como é o caso do artigo: “BRINCANDO DE SER FAMÍLIA: A DESVALORIZAÇÃO DO INSTITUTO DA ADOÇÃO” de autoria de Muriana Carrilho Bernardineli, Maísa Nodari, Isabella Ritt e Isabelle Berno Cecluski, bem como do artigo intitulado “COMENTÁRIOS À LEI 12.318/2010 E INTERLOCUÇÕES A RESPEITO DA CHAMADA “SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL” de autoria de Muriana Carrilho Bernardineli, Giovanna Fontoura Rossetto e Heloísa Rafaela Pandolfo.

Além de interdisciplinar, este compêndio é atual, com abordagens inovadoras acerca das novas tecnologias que emergem na sociedade contemporânea, como se vê no texto “DESAFIOS E OPORTUNIDADES DA TECNOLOGIA BLOCKCHAIN NO SISTEMA TRIBUTÁRIO: UMA ANÁLISE DA SITUAÇÃO ATUAL E PERSPECTIVAS FUTURAS” dos autores Julia de Oliveira Sanches, Tharyn Andressa Faustino Garrett e Jossiani Augusta Honório Dias.

No âmbito penal, destacam-se o artigo intitulado “DESAFIOS E PERSPECTIVAS NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS VÍTIMAS DE CRIME: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL, das autoras Jossiani Honório Dias, Amanda Guidetti Malagutti, Heloísa Hannemann da Costa Pinto e Maria Letícia Figueira Branco, bem como o texto denominado: “ILUSTRES

TORTURADORES: A LEI DA ANISTIA E AS HOMENAGENS AOS MILITARES ENVOLVIDOS NA PRÁTICA DE TORTURA de Amanda Castelano Dias, Ana Beatriz Webber e Gabrielli Vieira Lopes Valter Freitas.

Importante ainda, a interessante análise crítica enfrentada no artigo “OS TRISTES FINS DE JOAQUIM E SIMEÃO: INFÂNCIA E PUNIÇÃO NO BRASIL OITOCENTISTA”, de autoria de Otávio Weinhardt.

Como fruto de um evento internacional, não poderiam faltar nesse exponencial compêndio, pesquisas de países localizados do outro lado do atlântico como é o caso do artigo intitulado “PREVISTO, PREVEDIBILE, PREDICIBILE: L’AVVIO DI UNO STUDIO SUI PARADIGMI DELLA CALCOLABILITÀ GIURIDICA” de autoria de Francesco Maria Damosso e revisado por Raul Belúcio. Também vale a leitura do texto “IMUNIDADE JURISDICIONAL: O DELICTA IMPERII DE CANÇADO TRINDADE COMO NOVA CATEGORIA DE ACTS OF STATE” de autoria de Fábio Cândido do Prado e do artigo “REPRESENTACIÓN, IDENTIDAD Y SUJETO: ENLACES ENTRE EL EJÉRCITO ZAPATISTA DE LIBERACIÓN NACIONAL (EZNL) Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL MEXICANA” de Raul Belúcio.

Por derradeiro, esta obra contempla ainda temáticas modernas no âmbito empresarial, nos textos intitulados: “PROGRAMA DE INTEGRIDADE ANTIDISCRIMINATÓRIO: COMO O COMPLIANCE PODE PROMOVER A INCLUSÃO E DIVERSIDADE DAS MINORIAS NO AMBIENTE CORPORATIVO E COMBATER A DISCRIMINAÇÃO” de Pedro Henrique Hernandez Argentina e “RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO PRODUTOR RURAL: A DIVERGÊNCIA DO PODER

JUDICIÁRIO BRASILEIRO ACERCA DA NECESSIDADE DO REGISTRO MERCANTIL” de autoria de Ana Luísa Salvaro Herpich, Êmily Maria Marin Da’Col e Rodrigo Róger Saldanha.

Vê-se que ao longo destas páginas, os leitores serão desafiados a refletir sobre questões urgentes e atuais que moldam o mundo contemporâneo, confrontando-se com dilemas éticos, jurídicos e sociais que permeiam a sociedade hodierna. Mais do que oferecer respostas definitivas, a obra “Direitos sem Fronteiras – Volume III” busca estimular o diálogo, o debate e a busca por soluções inovadoras para os problemas que a sociedade tem enfrentado.

Que esta coletânea sirva como um ponto de partida para reflexões profundas e transformadoras, incentivando um compromisso renovado com a justiça, a igualdade e a defesa dos direitos humanos em todas as suas formas.

Externo meus sinceros votos de uma proveitosa leitura!

Prof. Dr. Matheus Ribeiro de Oliveira Wolowski

*Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Cesumar –
Unicesumar*

*Graduado em Direito e Teologia pela Universidade Cesumar –
Unicesumar*

*Professor adjunto no curso de Direito da Universidade Estadual
de Maringá – UEM*

*Professor titular no curso de Direito do Centro Universitário
Metropolitano de Maringá-PR*

*Professor da Pós-graduação Latu-sensu da PUC-PR- Campus
Toledo-PR e Univel*

*Sócio advogado do escritório Wolowski & Oliveira Advogados
Associados*

Pesquisador e autor de diversos artigos e obras jurídicas.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1	17
AÇÕES EXTREMISTAS EM ASCENSÃO: A INEFICIÊNCIA DA REGULAMENTAÇÃO DAS REDES SOCIAIS PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	
Jossiani Augusta Honorio Dias	
Gabriella Costa da Cruz	
Ellza Mayla dos Santos Guedes	
Giovana Bernadete Urnau Cezemer	
CAPÍTULO 2	31
A FORMAÇÃO DO COGUMELO DE ESPUMA EM VÍTIMA DE LESÕES PERFUROCORTANTES: RELATO DE CASO QUE EVIDÊNCIA A IMPORTÂNCIA DO EXAME DE LOCAL DE MORTE NA INVESTIGAÇÃO FORENSE	
Alex Diogo Matte	
Maria Eduarda Cardozo dos Santos	
Michael Hiromi Zampronio Miyazaki	
CAPÍTULO 3	49
A (IM) POSSIBILIDADE DE DESERDAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO	
Muriana Carrilho Bernardineli	
Taiane Gomes da Silva	
Maria Eduarda Braguetto Kelm	
CAPÍTULO 4	69
A (IN)EFICIÊNCIA DO AMICUS CURIAE COMO INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA	
Leonardo Alves Sarolli	
Michael Miyazaki	
CAPÍTULO 5	87
A MEDICALIZAÇÃO DA FAMÍLIA: BREVE ANÁLISE SOBRE A PONDERAÇÃO ENTRE O PLANEJAMENTO FAMILIAR E A DIGNIDADE DO BEBÊ-MEDICAMENTO	
Rodrigo Róger Saldanha	
Valter Freitas	
Amanda Regina Pivetta	
Gabrielli Vitoria Ribeiro	

CAPÍTULO 6 111

A REGULAMENTAÇÃO DAS MÍDIAS VS LIBERDADE
DE EXPRESSÃO: A UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA
ARTIFICIAL NO CONTROLE MIDIÁTICO E OS RISCOS
À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Alysson Vitor da Silva

Giovanna Vieira

CAPÍTULO 7 129

A RESPONSABILIDADE CIVIL ANTE O ABANDONO
AFETIVO INVERSO

Maísa Nodari

Eduarda Engelsing Leubet

Maria Eduarda Portugal da Silva

Poliana Thalita de Oliveira

CAPÍTULO 8 147

A TRANSFERÊNCIA DA AUTONOMIA PRIVADA PARA
O NÚCLEO FAMILIAR: BREVES CONSIDERAÇÕES
SOBRE AS DECISÕES DOS PACIENTES TERMINAIS

Rodrigo Roger Saldanha

Emanuely Cardoso Alves

Marina Elisa Barbian

CAPÍTULO 9 167

A VISÃO DO DIREITO DA FAMÍLIA MULTIESPÉCIE
SOBRE AS FALTAS JUSTIFICÁVEIS DO DIREITO DO
TRABALHO

João Victor Guerra

Alysson Vitor da Silva

CAPÍTULO 10 193

BRINCANDO DE SER FAMÍLIA: A DESVALORIZAÇÃO
DO INSTITUTO DA ADOÇÃO

Muriana Carrilho Bernardineli

Maísa Nodari

Isabella Ritt

Isabelle Berno Cecluski

CAPÍTULO 11..... 215

COMENTÁRIOS À LEI 12.318/2010 E INTERLOCUÇÕES
A RESPEITO DA CHAMADA “SÍNDROME DA
ALIENAÇÃO PARENTAL”

Muriana Carrilho Bernardineli

Giovanna Fontoura Rossetto

Heloísa Rafaela Pandolfo

CAPÍTULO 12 233

DANO MORAL DECORRENTE DA VIOLÊNCIA NAS
REDES SOCIAIS – ANÁLISE DA CONDUTA DO
CYBERBULLYNG E *STALKING*

Thiago Mantuan Covalski
Jaqueline da Silva Paulichi

CAPÍTULO 13 253

DESAFIOS E OPORTUNIDADES DA TECNOLOGIA
BLOCKCHAIN NO SISTEMA TRIBUTÁRIO: UMA
ANÁLISE DA SITUAÇÃO ATUAL E PERSPECTIVAS
FUTURAS

Julia de Oliveira Sanches
Tharyn Andressa Faustino Garrett
Jossiani Augusta Honório Dias

CAPÍTULO 14 273

DESAFIOS E PERSPECTIVAS NA PROTEÇÃO DOS
DIREITOS HUMANOS DAS VÍTIMAS DE CRIME:
UMA ANÁLISE CRÍTICA DO SISTEMA DE JUSTIÇA
CRIMINAL

Jossiani Augusta Honório Dias
Amanda Guidetti Malagutti
Heloísa Hannemann da Costa Pinto
Maria Letícia Figueira Branco

CAPÍTULO 15 291

FAMÍLIA PERFEITA? A PERMANÊNCIA DAS
MULHERES VÍTIMAS NO CICLO DA VIOLÊNCIA

Muriana Carrilho Bernardineli
Maísa K. Nodari
Ana Clara Soethe Sassi
Nadine Thais Kuhn

CAPÍTULO 16 309

ILUSTRES TORTURADORES: A LEI DA ANISTIA E AS
HOMENAGENS AOS MILITARES ENVOLVIDOS NA
PRÁTICA DE TORTURA

Amanda Castelano Dias
Ana Beatriz Webber
Gabielli Vieira Lopes
Valter Freitas

CAPÍTULO 17 331

IMUNIDADE JURISDICIONAL: O *DELICTA IMPERII*
DE CANÇADO TRINDADE COMO NOVA CATEGORIA
DE *ACTS OF STATE*

Fábio Cândido do Prado

CAPÍTULO 18 355

OS TRISTES FINS DE JOAQUIM E SIMEÃO: INFÂNCIA
E PUNIÇÃO NO BRASIL OITOCENTISTA

Otávio Weinhardt

CAPÍTULO 19 373

PREVISTO, PREVEDIBILE, PREDICIBILE:
L'AVVIO DI UNO STUDIO SUI PARADIGMI DELLA
CALCOLABILITÀ GIURIDICA

Francesco Maria Damosso

Revisor técnico: Raul Belúcio

CAPÍTULO 20 399

PROGRAMA DE INTEGRIDADE
ANTIDISCRIMINATÓRIO: COMO O COMPLIANCE
PODE PROMOVER A INCLUSÃO E DIVERSIDADE
DAS MINORIAS NO AMBIENTE CORPORATIVO E
COMBATER A DISCRIMINAÇÃO

Pedro Henrique Hernandez Argentina

CAPÍTULO 21 421

RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO PRODUTOR RURAL: A
DIVERGÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO
ACERCA DA NECESSIDADE DO REGISTRO
MERCANTIL

Ana Luísa Salvaro Herpich

Êmily Maria Marin Da'Col

Rodrigo Róger Saldanha

CAPÍTULO 22 441

REPRESENTACIÓN, IDENTIDAD Y SUJETO:
ENLACES ENTRE EL EJÉRCITO ZAPATISTA DE
LIBERACIÓN NACIONAL (EZNL) Y LA REFORMA
CONSTITUCIONAL MEXICANA

Raul Belúcio

CAPÍTULO 23 463

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM*:
DIREITO DA MÃE OU IMPOSIÇÃO AO FILHO A UMA
FAMÍLIA MONOPARENTAL?

Muriana Carrilho Bernardineli

Aline Aparecida Mucellini de Souza

CAPÍTULO 24 483

SUICÍDIO ASSISTIDO: DIREITO À MORTE DIGNA E O
ESTADO COMO REGULADOR DA VIDA

Ana Carolina dos Santos Pinheiro

Mariana Ramos da Cruz Denig

Tayná Caroline da Silva

Valter Freitas

CAPÍTULO 25 501

SUPREMACIA INVISÍVEL DO HOMEM COMO
FATOR EMERGENTE AO ABANDONO AFETIVO NO
ENCARCERAMENTO FEMININO

Rodrigo Roger Saldanha

Muriana Carrilho Bernardineli

Itauana Braun dos Santos

CAPÍTULO 1

AÇÕES EXTREMISTAS EM ASCENSÃO: A INEFICIÊNCIA DA REGULAMENTAÇÃO DAS REDES SOCIAIS PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

EXTREMIST ACTIONS ON THE RISE: THE INEFFECTIVENESS OF THE REGULATION OF SOCIAL NETWORKS BY BRAZILIAN LEGISLATION

JOSSIANI AUGUSTA HONORIO DIAS¹
GABRIELLA COSTA DA CRUZ²
ELLZA MAYLA DOS SANTOS GUEDES³
GIOVANA BERNADETE URNAU CEZEMER⁴

RESUMO: O presente artigo visa realizar uma sucinta análise sobre a ineficiência da legislação brasileira na regulamentação das redes sociais, as quais, em geral, não possuem consenso quanto ao que seria e como controlar os discursos de ódio propagados em seu meio digital. Desse modo, entende-se que a extrapolação de atos violentos fomentados pela mídia social afetam todo o conjunto da sociedade que está fora das redes. Muito mais que “palavras ao vento”, o discurso agressivo e preconceituoso exposto na internet

1 Pós doutoranda em Direitos Humanos, pela Universidade de Coimbra-Portugal. Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Direito pela FADISP - Faculdade Autônoma de São Paulo. Mestre em Ciências Jurídicas com ênfase em Direitos da Personalidade pelo Centro Universitário de Maringá (2017). Possui Graduação em Direito (2007). Pós Graduada em Direito Público Material, pela UNIVERSIDADE GAMA FILHO-RJ. Pós Graduada em Direito Aplicado Lato Sensu, pela ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ, (2008). Conferencista da Revista de Direito da Faculdade METODISTA DE SÃO PAULO. Membro do Órgão Colegiado da Faculdade Santa Maria da Glória na cidade de Maringá - PR (2017- atualmente) - Atualmente é Professora de Direito da PUC-Paraná, e da Faculdade Santa Maria da Glória de Maringá-PR. Membro fundador da BY HONOR Cursos em Desenvolvimento Humano

2 Acadêmica do Curso de Direito PUCPR, Toledo, cursando o 3º ano matutino. Email: gabriellacostacruz@gmail.com

3 Acadêmica do Curso de Direito PUCPR, Toledo, cursando o 3º ano matutino. Email: gueders.mayla@gmail.com

4 Acadêmica do Curso de Direito PUCPR, Toledo, cursando o 3º ano matutino. Email: giovana.cezemer@pucpr.edu.br

afeta os terceiros que têm acesso àquele conteúdo, contribuindo com a formação de vida daquele indivíduo, visto que as pessoas, suas ideias e as suas relações são fruto de um compilado de pensamentos reproduzidos por outrem, constantemente. Assim, o aumento gradativo não só de narrativas violentas no mundo virtual, mas também de ações extremistas como ataques e massacres às escolas e universidades, conhecido como *school shootings*, está intrinsicamente ligado à essa divulgação de ódio nas redes sociais e a sua não fiscalização, a qual deveria ser padronizada por meio de regulamentação jurídica.

Palavras-chave: Internet; Regulamentação; Leis; Massacres; Discursos de ódio.

ABSTRACT: This article aims to carry out a succinct analysis of the inefficiency of Brazilian legislation in regulating social networks, which, in general, do not have a consensus as to what would be and how to control hate speech propagated in its digital environment. In this way, it is understood that the extrapolation of violent acts promoted by social media affects the entire set of society that is outside the networks. Much more than “words in the wind”, the aggressive and prejudiced discourse exposed on the internet affects third parties who have access to that content, contributing to the formation of that individual’s life, since people, their ideas and their relationships are the result of a compiled of thoughts reproduced by others, constantly. Thus, the gradual increase not only in violent narratives in the virtual world, but also in extremist actions such as attacks and massacres against schools and universities, known as school shootings, is intrinsically linked to this dissemination of hate on social networks and their lack of supervision, which should be standardized through legal regulation.

Key-words: Internet; Regulation; Laws; Massacres; Hate speeches.

1 INTRODUÇÃO

A era digital trouxe consigo uma explosão de interações e compartilhamento de informações através das redes sociais. No entanto, junto com os benefícios dessa conectividade global, também surgiram preocupações significativas. Um dos problemas que têm chamado a atenção é o crescimento das ações extremistas e a disseminação de discursos de ódio nas plataformas digitais.

O presente trabalho tem como objetivo analisar a ineficiência da legislação brasileira na regulamentação das redes sociais, que enfrentam desafios em estabelecer convenções sobre o que constitui um discurso de ódio e como controlá-lo adequadamente.

Essa falta de controle tem consequências para a sociedade em geral, uma vez que a propagação de atos violentos nas mídias sociais pode afetar significativamente o cotidiano das pessoas, não só para as expostas diretamente, mas também as que estão fora desse ambiente digital.

Mais do que meras palavras digitais, os discursos agressivos e preconceituosos propagados na internet possuem o poder de afetar terceiros que têm acesso a esses conteúdos. Eles contribuem para moldar a forma como um indivíduo enxerga o mundo, pois as pessoas, suas ideias e suas relações são moldadas por um conjunto de pensamentos constantemente reproduzidos pelos outros.

Dessa forma, o aumento gradual não apenas de narrativas violentas no mundo virtual, mas também de ações extremistas, como ataques e massacres em escolas e universidades, está intrinsicamente ligado à disseminação do ódio nas redes sociais e à falta de fiscalização regulamentar que deveria ser implementada pela legislação.

Neste contexto, é crucial entender as implicações dessas ações e explorar as razões pelas quais a regulamentação das redes sociais no Brasil tem sido ineficaz em lidar com esse fenômeno, pois ao analisar as lacunas existentes na legislação e suas consequências no meio social, podemos identificar a necessidade de medidas mais efetivas para controlar e mitigar os efeitos negativos dos discursos de ódio nas plataformas digitais.

2 A ERA DIGITAL E AS REDES SOCIAIS

A Era Digital iniciou-se com a Revolução Industrial, e o caminho traçado desde então favoreceu a implementação das tecnologias. Com o passar do tempo, vivemos o que chamamos de “4ª Era da Revolução Industrial”, aprimorando as formas de trabalho, estudos e convivência.

Rodrigues (2020, p. 9) levanta a preocupação sobre a dominação e o poder da tecnologia digital, apontando-a como uma ideologia contemporânea que, unida com o domínio ou manipulação das informações, detém essa capacidade de conduzir a sociedade de forma inimaginável:

Sob o prisma do poder, a tecnologia digital pode ser vista como um elemento que permite o controle dos indivíduos e da sociedade. Esta afirmação possui dois pressupostos básicos: (a) a sua grande capacidade de concentração de informações; e (b) a alta velocidade com que essas informações podem ser programadas, modificadas, corrigidas, atualizadas e disponibilizadas. (RODRIGUES, 2020, p. 9)

Assim, conforme o autor explica em seu trabalho “A era digital e controle da informação”, apesar do meio digital ter grandes fontes de informações, não seria ele a fonte da verdade no mundo

pós-moderno, mesmo que induza a sociedade a acreditar nessa premissa, gerando um controle social difuso. Dessa forma, com o passar do tempo, nem todas as pessoas conseguiriam se beneficiar das transformações alcançadas pela tecnologia.

3 CRESCIMENTO DAS AÇÕES EXTREMISTAS E OS DISCURSOS DE ÓDIO

A necessidade da criação de leis que padronizem e regulem o que é discurso de ódio e como as redes sociais devem fiscalizar a publicação de conteúdos violentos é um tema cada vez mais urgente. Embora no Brasil existam leis que tratem sobre a internet, como a Lei do Marco Civil da Internet, a qual “estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet” (BRASIL, 2014), a Lei Carolina Dieckmann, responsável por tipificar criminalmente delitos informáticos (BRASIL, 2012) e a Lei Geral de Proteção de Dados, imbuída de tratar sobre os dados pessoais dos indivíduos e empresas nos meios digitais (BRASIL, 2018), carecemos no país legislação restrita no que tange às redes sociais e o papel das empresas responsáveis em fiscalizar e limitar os discursos violentos propagados.

O Marco Civil da Internet trás, de fato, em seu artigo 19, a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva do provedor, em que “deve haver um comportamento (seja comissivo, seja omissivo) do provedor para que este possa atrair para si a responsabilização pela conduta do usuário” (BREGA, 2023, p. 6).

Anteriormente à lei, supunha-se que isso poderia acontecer quando os provedores ignorassem notificações sobre o discurso publicado ser de ódio (o que, como supracitado, é relativo à cada empresa); entretanto, após a lei, convencionou-se que só podem

ser responsabilizados os provedores que descumprirem decisão judicial que ordene a retirada do conteúdo.

Assim, é notória a necessidade de criação de uma lei que trate sobretudo do papel das empresas na fiscalização de suas redes sociais, com enfoque no que se refere à incitação de violência e discursos permeados de preconceito – pois como será visto adiante, a liberdade de expressão, tanto no dia a dia quanto na rede não é absoluta e ilimitada (SANTOS, et. al, 2018, *online*) –, para que diminua os acometimentos de atentados e ataques na sociedade é necessário uma política mais específica e incisiva, delimitando as ações e responsabilizando aqueles que comentem a infração ou o crime.

Com a elaboração de uma legislação para regulamentar as redes sociais, haveria uma queda significativa da sucessiva propagação de discursos violentos que ensejam num confronto fático, na violência física desmedida e em massacres realizados por pessoas armadas não só de armas (*school shootings*), mas de uma raiva e frustração direcionadas à grupos específicos que, em geral, são pertencentes à minorias sociais e aos seus avanços gradativos (PINTO NETO, 2019, p. 185-187).

Pesquisas vêm mostrando que os crimes de ódio na internet aumentaram quase 70% no primeiro semestre do ano 2022 (SENADO, 2022, *online*); além disso, foram registrados 12 ataques escolares nos últimos 20 anos, atentados esses que estão vinculados ao incentivo do uso de armas muito propagado pelas redes sociais durante as eleições presidenciais de 2018 (SOU DA PAZ, 2022, *online*).

3.1 AÇÕES EXTREMISTAS E OS DISCURSOS DE ÓDIO NAS ESCOLAS

Utiliza-se a expressão *school shootings* para se referir aos tiroteios ocorridos em escolas desde o massacre ocorrido nos Estados Unidos, na Columbine High School. Em um primeiro momento, essas ações extremistas pareciam pertencer exclusivamente a outros países, em especial aos EUA; entretanto, vêm se tornando recorrentes e significativas no Brasil, sendo um dos atentados mais conhecidos o Massacre de Suzano, ocorrido em 2019 (WEILER, 2020, *online*). Posteriormente, houve ainda mais ataques: esses não necessariamente decorrentes apenas do discurso violento propagado pelas redes, mas possivelmente incentivados e passíveis de fomentar a “vontade da violência” à terceiros (BRUM; SILVA, 2021, p. 40-43).

Acerca disso, discorrem as autoras Anita Brum e Rosane Leal da Silva:

[...] tornam os grupos e fóruns hospedados na internet gatilhos atrativos. Atrelado a isso, além do combustível que é a desesperança provocada na sociedade em geral pela divulgação e cobertura incessantes dos ataques, entre os usuários pertencentes a esses fóruns, há um comportamento de manada estimulado pelas redes sociais e demais canais de comunicação e difusores de informação. Em razão do reconhecimento promovido aos agressores pelas mídias e comunidades virtuais nas quais estão envolvidos, a popularidade desses movimentos é fomentada, o que serve como recompensa e incentivo para novos atentados, bem como estimula a intensificação dos discursos de ódio e da cultura da violência. (BRUM; SILVA, 2021, p. 42).

Ainda conforme as autoras, o principal grupo que é afetado com esses discursos de ódio, tanto presencialmente quanto

de forma virtual, são crianças e adolescentes: daí porque a explosão final – qual seja o ataque armado – ocorre nas escolas.

Paralelamente, é possível observar que ambiente escolar, ambiente virtual e discursos de ódio se convergem e se dinamizam, mesmo que não intencionalmente, pois tal funcionalismo materializa-se pela interação dos indivíduos que compõem esses ambientes: pessoas que ora são alunos, professores e funcionários - relações verticais -, ora são internautas - relações horizontais -. E, estando ou não conectados nas redes, estão passíveis de serem expostos aos discursos de ódio, seja como ofensores ou ofendidos. Todavia, no ambiente virtual, a disposição dos indivíduos dá-se de forma horizontal (sem hierarquias, relações fluídas na qual todos têm acesso a tudo e opções equivalentes de criação, divulgação e edição) e a capacidade de alcance dos discursos de ódio potencializa-se: é desproporcionalmente maior o número de internautas em comparação a qualquer outro ambiente físico no qual se reúnam pessoas presencialmente, há vários recursos (através de imagens, áudios, vídeos, mensagens, post's, entre tantos outros) pelos quais são possíveis exteriorizar essas manifestações discriminatórias e, também, dada a amplitude e versatilidade do espaço virtual como ponto de encontro, onde os internautas podem se agrupar, criar vínculos e compartilhar informações, pode ser um espaço que viabiliza a disseminação e o incentivo à propagação desses conteúdos ofensivos. (BRUM; SILVA, 2021, p. 46).

Há debate no que concerne à que ponto é possível restringir a liberdade de expressão, direito esse consagrado pela Constituição Federal (BRASIL, 1988). Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no HC 82.424/RS manifestou-se sobre esse direito não ser absoluto, ficando restringido a partir do momento que violar outros direitos e valores fundamentais. Logo, leis para controle

desses discursos violentos não seriam inconstitucionais, pois esses afetam o direito de outrem. (SANTOS, 2018, *online*).

Diante desse cenário, torna-se mais que viável a reflexão sobre a necessidade de as redes sociais serem regidas sobre uma lei geral que padronize relativamente quais conteúdos incentivam a violência e fiscalize a existência de grupos criados com o intuito de propagarem ódio e marcar encontros para cometer ataques.

3.2 IMPLICAÇÕES DAS AÇÕES EXTREMISTAS, SUAS MANIFESTAÇÕES E CONSEQUÊNCIAS DOS DISCURSOS DE ÓDIO

As problemáticas surgem a partir do momento que as redes sociais não delimitam as atitudes que extrapolam o direito à liberdade de expressão. O regramento interno de cada plataforma não é suficiente para minimamente coibir a intensificação de tais ações, em que uma “terra sem lei” e repleta de anonimato persevera em detrimento de toda a sociedade. O caso do massacre de Suzano, a exemplo, não foi um caso isolado - reportagens apontam que:

Participantes do Dogolachan afirmam que atiradores frequentavam fórum e teriam avisado dos planos; os chamados ‘chans’ reúnem os incels, ou celibatários involuntários, homens frustrados sexualmente, racistas, pedófilos e misóginos. (FGV, 2021, *online*)

Assim, é possível observar que diversas plataformas permanecem inertes quanto à fiscalização das redes sociais, mesmo com todos os sinais de interferência na vida pública e em sociedade.

O estado democrático de direito garante os direitos de liberdade de pensamento e expressão, de forma que as discordâncias de

pensamentos são comuns. Entretanto, como supracitado, existem limites quanto ao seu alcance, não sendo aceitável que perpassse o direito alheio.

Nas redes sociais, as publicações podem alcançar proporções gigantescas em questão de minutos e o compartilhamento de ideias que busca retirar ou diminuir direitos das minorias sociais, ou até mesmo a busca pela restrição de direitos, é fomentada rapidamente e chega à diversas pessoas/grupos sem filtro algum. Daí a necessidade de um olhar do Direito se voltar à proteção dos direitos que, virtualmente, são afetados.

4 A INEFICIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA NA REGULAMENTAÇÃO DAS REDES SOCIAIS

Em uma pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas, juntamente com a Diretoria de Análises de Políticas Públicas, intitulada “Discurso de ódios em ambientes digitais” constatou-se que: “[...] Embora existam diretrizes para sanções de contas que publicam conteúdos ofensivos é muito difícil e complexa a detecção desse tipo de postagem” (FGV, 2021, *online*).

Em outras palavras, as diretrizes e regimentos internos de cada plataforma não são suficientes para detectar os discursos ofensivos e aplicar sanções que possam não apenas penalizar o indivíduo/empresa como também ser capaz de coibir atitudes delituosas futuras.

Na mesma pesquisa ainda se firma o entendimento de que tais atitudes ferem os direitos das minorias e dificultam a busca pelo fim da desigualdade e pela equidade de direitos:

No que se refere ao debate sobre discurso de ódio no Twitter e no Facebook, as postagens se con-

centraram em torno de temas como misoginia e racismo. O pico de postagens sobre o tema, em ambas plataformas, ocorreu em 20 de novembro de 2020, Dia da Consciência Negra. As publicações foram intensificadas pela discussão em torno do racismo estrutural com a notícia da morte por espancamento, no dia anterior, de um consumidor negro no Supermercado Carrefour, em Porto Alegre (RS). (FGV, 2021, *online*)

Logo, com vistas à ausência de legislação aplicável às questões de cunho preconceituoso, qual sejam os discursos de ódio, é preciso que se debata sobre a temática para possível regulamentação eficaz das redes sociais.

5 REFLEXÕES SOBRE A EFETIVIDADE DA LEGISLAÇÃO E MEDIDAS NECESSÁRIAS

Mais do que critica, é preciso apresentar caminhos para que o problema possa ser solucionado. Dentre muitas soluções, as seguintes perseveram: a fixação de medidas que possam garantir a liberdade de expressão de forma mitigada para que tal direito não se sobreponha aos direitos humanos e as garantias individuais dos demais cidadãos; medidas tecnológicas com a utilização da inteligência artificial para filtrar e identificar os discursos com potencial efeito violento na sociedade, excluindo contas em fóruns online, para que assim seja possível a delimitação de possíveis organizações para o cometimento de massacre; medidas administrativas contra os provedores de internet e redes sociais, com objetivo de combater, penalizar e responsabilizar aqueles que cometam ato ilícito no meio virtual ou se omitam a ele; e medidas educativas que procurem ensinar os conceitos regentes na Constituição Federal de 1988, mostrando a diferença entre os direitos individuais e coleti-

vos, o seu impacto na sociedade e seus reflexos no mundo virtual, enfatizando a importância de todos os componentes da comunidade como um todo.

6 CONCLUSÃO

Em suma, os discursos de ódio e as crescentes e recorrentes violências presenciadas em sociedade, como os massacres, estão intrinsicamente interligadas. A legislação brasileira no que tange aos assuntos voltados à internet e às redes sociais é escasso, sendo omissa referente à fiscalização desses discursos propagados no meio virtual, os quais afetam o direito alheio e incentivam grupos radicais a levarem adiante ideias incabíveis em um Estado Democrático de Direito.

Logo, é notória a necessidade de criação de leis que tratem dos discursos de ódio e uma penalidade, seja para quem cometer diretamente a ação delituosa, seja para os provedores/empresas dos meios virtuais e das redes sociais, de modo a restringir a fomentação de ideias violentas à qualquer indivíduo, com intuito de reduzir os casos violentos e massacres, que vem se tornando tão recorrentes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, 23 abr. 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 25 abri. 2023.

BRASIL. Lei n. 12.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras provi-

dências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, 30 nov. 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm. Acesso em: 25 abri. 2023.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial [da] União**, Brasília, 14 ago. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 25 abri. 2023.

BRUM, Anita. SILVA, Rosane Leal. **O massacre de Suzano e a (in) atuação dos atores da proteção integral à luz da liquidez social e suspensão da ética**. *Disciplinarum Scientia. Série: Sociais Aplicadas*, Santa Maria, v. 17, n. 1, p. 41-59, 2021. Acesso em: 01 maio 2023.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino. **Avanços tecnológicos e a pessoa humana no século XXI: a (des)proteção do direito à privacidade no marco civil da internet**. *Revista Jurídica Unicuritiba*. vol. 05, nº. 67, Curitiba, 2021. p. 230-254. Jun/Out 2021. Acesso em: 10 maio 2023.

INSTITUTO SOU DA PAZ. **Brasil registrou 12 ataques em escolas nos últimos 20 anos, aponta levantamento**. Disponível em: <https://soudapaz.org/noticias/g1-brasil-registrou-12-ataques-em-escolas-nos-ultimos-20-anos-aponta-levantamento/>. Acesso em: 20 maio 2023.

KATZ, Jack. “**Uma teoria dos massacres íntimos: passos para uma explicação causal**”. Tradução de Mauro Guilherme Pinheiro Koury. *RBSE - Revista Brasileira de Sociologia da Emoção*, v. 16, n. 46, p. 24-44, 2017. Acesso em: 03 maio 2023.

MACHADO, Vinicius Rocha Pinheiro; DIAS, Jefferson Aparecido; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich. **Biopolítica e novas tecnologias: o discurso do ódio na internet como mecanismo de controle social**. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 220, p. 29-51, out./dez. 2018. Disponível em: <https://soudapaz.org/noticias/g1-brasil-registrou-12-ataques-em-escolas-nos-ultimos-20-anos-aponta-levantamento/>. Acesso em: 10 maio 2023.

NANDI, José Adelmo Becker. **O combate ao discurso de ódio nas redes sociais**. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Campus Araranguá, Grduação em Tecnologia da Informação e Comunicação, José Adelmo Becker; orientador, Giovani Mendonça Lunardi, 2018. 58p. Acesso em: 15 maio 2023.

PINTO NETO, Moysés. **Suzano: a educação na mira dos massacres lumpenradicais**. Dialogia, n. 33, p. 178-191, 2019. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/dialogia/article/view/13790/7840>. Acesso em: 24 abr. 2023.

PINHEIRO, Regina. **Crimes de ódio na internet tiveram aumento de quase 70% no primeiro semestre**. Rádio Senado. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/10/10/crimes-de-odio-na-internet-tiveram-aumento-de-quase-70-no-primeiro-semester>. Acesso em: 20 maio 2023.

REVISTA DIRETORIA DE ANÁLISE DE POLÍTICAS PÚBLICAS (DAPP). **Discurso de ódio em ambientes digitais: definições, especificidades e contexto da discriminação on-line no Brasil do Twitter e do Facebook**. FGV, Rio de Janeiro, 2021. Acesso em: 01 maio 2023.

RICHTER, Carla; LARRÉ, Julia; LIMA, Renata Valéria de Araujo. **Diálogos em verbetes: noções e concepções da teoria dialógica da linguagem**, 2022. Acesso em: 01 maio 2023.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; BECHARA, Gabriela Natacha; GRUBBA, Leilane Serratine. **Era digital e controle da informação**. Revista Em Tempo, [S.l.], v. 20, n. 1, 2020. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3268>. Acesso em: 20 maio 2023.

SILVA, Luiz Rogério Lopes; FRANCISCO, Rodrigo Eduardo Botelho; OLIVEIRA, Alisson Augusto; PONTES, Vinicius Ramos. **A gestão do discurso de ódio nas plataformas de redes sociais digitais: um comparativo entre Facebook, Twitter e Youtube**. Revista Ibero-Americana de Ciência da Informação, Brasília, v. 12, n. 12, p.470-492, 2019. Acesso em: 10 maio 2023

WEILER, Ana Luísa Dessoy. **O papel dos media na expansão do medo nos casos de school shootings no brasil**. Dissertação de Mestrado. APA 6. ed. p. 1-81, jul. 2020. Acesso em: 05 maio 2023.

CAPÍTULO 2

A FORMAÇÃO DO COGUMELO DE ESPUMA EM VÍTIMA DE LESÕES PERFUROCORTANTES: RELATO DE CASO QUE EVIDÊNCIA A IMPORTÂNCIA DO EXAME DE LOCAL DE MORTE NA INVESTIGAÇÃO FORENSE

THE FORMATION OF FOAM MUSHROOM IN VICTIMS OF PERFORATING INJURIES: A CASE REPORT HIGHLIGHTING THE IMPORTANCE OF DEATH SCENE EXAMINATION IN FORENSIC INVESTIGATION

ALEX DIOGO MATTE¹
MARIA EDUARDA CARDOZO DOS SANTOS²
MICHAEL HIROMI ZAMPRONIO MIYAZAKI³

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo relatar um caso de homicídio onde foi manifestado o fenômeno físico-químico do cogumelo de espuma, oriundo de ferimentos perfuro cortantes gerando hemorragia torácica. Através de um estudo de caso e pesquisa bibliográfica, constatou-se que essa forma de manifestação está frequentemente associada ao afogamento, no entanto, este caso em particular sugere que outras formas de asfixia também podem levar à formação do cogumelo de espuma. O fenômeno se manifesta como uma espuma de cor branca a rósea e, por ser instável e facilmente dissipável, só pôde ser identificado por meio do laudo de exame realizado no local da morte. Portanto, o resultado deste estudo enfatiza a importância do exame minucioso do local

1 Estudante de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Toledo-PR. E-mail: Ad_matte@hotmail.com

2 Estudante de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Toledo-PR. E-mail: mahh1214@gmail.com

3 Graduado em Direito pela UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí – SC. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela FURB – Fundação Universidade Regional de Blumenau – SC. Mestre em Ciências Ambientais pela UNIOESTE – Campus Toledo. Advogado Criminalista em Cascavel. Professor de Direito Processual Penal e Estágio Jurídico da PUCPR Campus Toledo – PR.

do óbito e do acesso apropriado a esse exame por parte do médico legista durante a autópsia, uma vez que a preservação integral dos fenômenos cadavéricos não é permanente na cena do crime. Assim, a observância de todos os fenômenos cadavéricos na sua integralidade é crucial para garantir uma investigação adequada e uma recompensa ideal ao autor da ilicitude.

Palavras-chave: Cogumelo de espuma; Lesões pérforo-contusa; Laudo de constatação de local de morte.

ABSTRACT: The purpose of this article is to report a homicide case in which the physicochemical phenomenon known as “foam mushroom” was observed, resulting from puncture wounds causing thoracic hemorrhage. Through a case study and bibliographic research, it was found that this form of manifestation is often associated with drowning; however, this particular case suggests that other forms of asphyxiation can also lead to the formation of the foam mushroom. The phenomenon appears as a white to pink foam and, due to its instability and easy dissipation, could only be identified through the examination report conducted at the scene of death. Therefore, the findings of this study emphasize the importance of a thorough examination of the death scene and appropriate access to this examination by the forensic pathologist during the autopsy, as the complete preservation of cadaveric phenomena is not permanent at the crime scene. Thus, the comprehensive observation of all cadaveric phenomena is crucial to ensure a proper investigation and just retribution for the perpetrator of the crime.

Keywords: Foam mushroom; Perforating-contused injuries; Death scene findings report.

1 INTRODUÇÃO

A ocorrência de crimes violentos é uma realidade diária no Brasil, segundo dados do IPEA, no ano de 2019 ocorreram 45.503 homicídios no país, uma média de 21,7 mortes por 100 mil habitantes. A solução destes homicídios requer extensa investigação policial, envolvendo perícias, necropsias e, com extrema importância, o laudo de local de morte.

Todas as etapas de produção, coleta e armazenamento de provas são estritamente regradas pelos artigos 158 e seguintes do Código de Processo Penal, no que se chama de cadeia de custódia. A não observância dos passos exigidos em lei implicam em sua quebra, podendo resultar na ilicitude da prova, assim, impossibilita seu uso como evidência em argumentação judicial. De mesmo modo, a não realização de diligências, tanto iniciais, quanto incidentais no inquérito policial, em especial as realizações de perícias e entrega de seus respectivos laudos, resulta na perda de provas e perda da possibilidade de produção de provas.

De antemão, já no início das investigações policiais, é de responsabilidade da autoridade policial determinar a realização de diligências, a fim de salvaguardar a prova, dentre eles a determinação de diligências como por exemplo ao exame de local de crime e outras perícias (art. 6º, inciso I e VII, Código de Processo Penal).

O exame de local de morte deve ser realizado por peritos oficiais, portadores de diploma de curso superior (art. 159, caput, do Código de Processo Penal). Para a realização do exame, o perito deverá providenciar imediatamente o laudo, instruindo-os com fotografias, desenhos ou esquemas elucidativos, essa urgência justifica-se pela volatilidade dos elementos constantes na cena do crime (art. 169, caput, do Código de Processo Penal).

Diante de tais determinações legais, o presente artigo relata um caso que enfatiza a importância da existência e observância adequada do laudo de exame de local de morte, em especial para averiguar o fenômeno “cogumelo de espuma” observado no caso relatado no presente artigo. Tal caso envolve uma vítima de lesão perfurocortante na região do tórax, o que resultou na formação do fenômeno cogumelo de espuma. Esse fenômeno é caracterizado pela penetração de líquidos na árvore respiratória, resultando no surgimento de bolhas que se estendem do trato respiratório inferior até o exterior das cavidades nasal e bucal, gerando assim, a formação da espuma.

2 DO FENÔMENO COGUMELO DE ESPUMA

Segundo os estudos de Ludes (1999) o termo “cogumelo de espuma” refere-se a uma formação de espuma que pode ser observada na boca e nas narinas de uma vítima de afogamento após a morte. É uma manifestação clínica que ocorre devido ao edema pulmonar resultante do acúmulo de líquido nos pulmões.

O estudo sobre o cogumelo de espuma está relacionado à medicina legal e à investigação de mortes por afogamento. Os pesquisadores e peritos forenses observam essa característica durante autópsias e estudos de casos de afogamento. A análise do cogumelo de espuma pode ajudar a confirmar a causa da morte por afogamento, embora não seja considerada um indicador característico exclusivo dessa condição, uma vez que também pode ocorrer em outros tipos de asfixia mecânica, como o edema pulmonar agudo.

O estudo sobre o cogumelo de espuma é parte integrante da pesquisa em medicina forense e tem como objetivo a compreensão

das alterações fisiopatológicas que ocorrem durante o afogamento e sua relevância na determinação da causa da morte.

Antes de adentrar na explicação médica da formação do cogumelo de espuma, é relevante compreender o sistema respiratório. Nas lições Silverthorn de (2017) a respiração envolve o fluxo de ar de dentro para fora dos pulmões. Quando o ar alcança os alvéolos, ocorre a difusão dos gases, como oxigênio e dióxido de carbono, do espaço alveolar para a corrente sanguínea. A difusão é descrita como o processo pelo qual as moléculas se deslocam de regiões de maior concentração para regiões de menor concentração. Nesse contexto, os gases se deslocam das áreas com pressão parcial mais elevada para as áreas com pressão parcial mais baixa

Em continuidade, Silverthorn afirma que:

Muitas variáveis influenciam a eficiência da troca gasosa alveolar e determinam se os gases do sangue arterial estarão dentro de uma faixa de normalidade. Em primeiro lugar, uma quantidade adequada de oxigênio deve chegar aos alvéolos. Uma diminuição da CO_2 na alveolar significa que menos oxigênio estará disponível para chegar ao sangue. Além disso, podem ocorrer problemas com a transferência dos gases entre os alvéolos e os capilares pulmonares. Por fim, o fluxo sanguíneo, ou perfusão, dos alvéolos deve ser adequado. Se algum fator prejudicar o fluxo sanguíneo para o pulmão, o corpo será incapaz de obter o oxigênio que necessita. Existem duas possíveis causas para a baixa alveolar: 1) O ar inspirado tem baixo conteúdo de oxigênio ou 2) a ventilação alveolar é inadequada. (SILVERTHORN, 2017, p. 566).

Desse modo, o autor conclui o seguinte:

Se a difusão dos gases entre os alvéolos e o sangue é significativamente prejudicada, ou se o transporte de oxigênio no sangue é inadequado, o sujeito entra em hipóxia (estado de muito pouco oxigênio nos

tecidos). A hipóxia é frequentemente (mas não sempre) acompanhada de hipercapnia, isto é, uma concentração elevada de dióxido de carbono. Essas duas condições são sinais clínicos, não doenças, e os médicos precisam de informações adicionais para definir a sua causa (SILVERTHORN, 2017, p. 565).

Dolinak (2005) explica que a morte por sufocação é causada pela imersão em líquido, também conhecida como afogamento, ocorrendo-se quando as vias respiratórias e as áreas responsáveis pela absorção de oxigênio nos pulmões são obstruídas devido ao preenchimento dos brônquios pulmonares por um líquido, que pode ser água ou qualquer outra substância. Esse líquido interfere nas trocas gasosas entre o ar inalado e os pulmões, resultando em falta de oxigênio (anóxia) e acúmulo anormal de água no sangue (hidremia), devido à sua passagem para os espaços intersticiais pulmonares e para a circulação sanguínea.

Entre os sinais clínicos observados, a formação de uma espuma em forma de cogumelo é relevante, embora não seja considerada um indicador específico dessa condição. Esse cogumelo de espuma pode ser observado em outros tipos de asfixia mecânica, como em casos de edema pulmonar agudo e em mortes precedidas por convulsões graves.

A origem do cogumelo de espuma está nos brônquios respiratórios. Sua parte externa é expelida para o ambiente através das fossas nasais e da cavidade bucal, apresentando-se como uma bola espumosa de cor branca a rosada. Essa expulsão ocorre logo após a morte, devido ao relaxamento dos músculos respiratórios que estavam contraídos durante a luta da vítima para evitar a submersão, como ocorre nos casos de afogamento. Esse fenômeno é causado pelo edema pulmonar resultante da quantidade de líquido aspirado,

o qual impede o funcionamento normal dos pulmões, destruindo os alvéolos pulmonares. A diferença na osmolaridade do líquido encharca e torna os pulmões pesados, dificultando sua expansão e contração nos padrões normais. Isso leva a um desequilíbrio eletrolítico e hemodinâmico, resultando em insuficiência respiratória e fadiga cardiorrespiratória, geralmente resultando em óbito.

A fisiopatologia do cogumelo de espuma é complexa e está relacionado ao preenchimento de substância no espaço intersticial entre os alvéolos, geralmente associado a afogamento, contudo, tal fenômeno pode ocasionar com substâncias além da água. Ela pode ser observada em outros tipos de asfixias, como nos casos de edema pulmonar agudo (podendo ser consequência de lesões perfurocortantes ou PAF na região torácica) e nas mortes antecedidas por grandes crises convulsivas.

3 DA CASUÍSTICA DOS AUTOS Nº 0001862-91.2022.8.16.0170 – COMARCA DE TOLEDO - PR

Para colher os dados do presente trabalho foi acessado pela plataforma virtual PROJUDI - Processo Eletrônico do Judiciário do Paraná – por meio do sítio: <https://projudi.tjpr.jus.br/projudi/>, sendo possibilitada a coleta de dados ressaltando-se que, mesmo sem cadastro, é possível realizar a consulta pública dos processos, exceto aos processos com “sigilo público”.

No caso, sendo de sigilo mínimo, o advogado pesquisador utilizou-se da assinatura digital do advogado, com senha própria de entrada. Com tal acesso é possível visualizar a íntegra dos autos, exportá-los e verificar cada movimentação e recurso, ainda que não habilitado como defensor de alguma das partes.

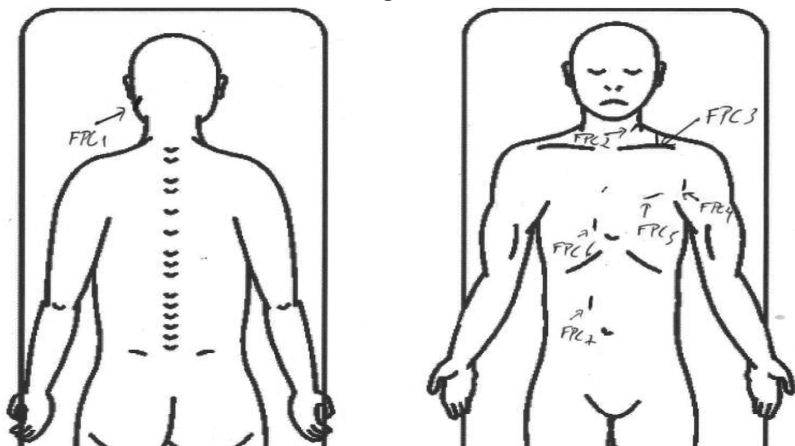
Para efeitos de proteção e sigilo de dados, será omitido o nome e informações pessoais da vítima, se mantendo fiel apenas aos dados do laudo de necropsia apresentado aos autos.

O presente caso trata-se de um homicídio que está sendo processado nos autos 0001862-91.2022.8.16.0170, na Comarca de Toledo-PR, com sigilo mínimo. A vítima do fato corresponde a um homem, com aproximadamente 173 cm, pesando aproximadamente 100 kg, foi encontrado e posteriormente periciado pela perita criminal, membra da polícia científica, que confeccionou o Laudo de Exame de local de morte no dia 18 de fevereiro de 2021, iniciando às duas horas e seis minutos.

De acordo com laudo de exame de local de morte (PROJUDI, 000186291.2022.8.16.0170, mov. 18.2), o cadáver encontrava-se estendido sobre o leito asfáltico e sobre a calçada em decúbito dorsal, apresentando os membros superiores estendido e posicionadas afastados do eixo longitudinal do corpo, o membro inferior direito estendido e o membro inferior fletido, ambos afastados entre si.

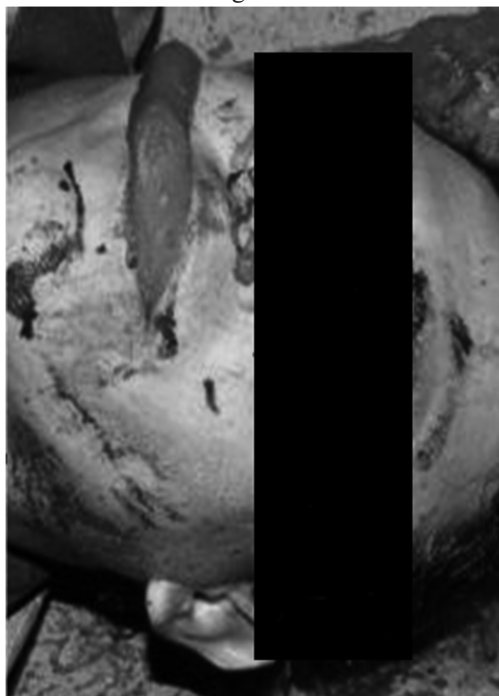
Ao exame externo do cadáver observaram-se sete feridas perfurocortantes, sendo duas na região lateral esquerda do pescoço, uma na região infraclavicular, duas na região mamária esquerda, uma na região próxima ao osso esterno e uma na região umbilical, todas com características daquelas produzidas por instrumento perfurocortantes (Fig. 1)

Figura 1



Além das feridas perfurocortantes foram observados também a presença de cogumelo de espuma sobre a boca e narinas (Fig. 2), fase inicial de rigidez cadavérica, presença de resfriamento cadavérico e fase inicial de estabelecimento de hipóstases na região dorsal.

Figura 2



No laudo de necropsia (PROJUDI, 0001862-91.2022.8.16.0170, mov. 10.1) constatou as seguintes lesões: Ferimento perfurocortante em região de hemitórax esquerdo medindo 3 cm; Ferimento perfurocortante em região de linha axilar anterior de hemitórax esquerdo medindo 2 cm; Ferimento perfurocortante em região de linha média do tórax medindo 3 cm; Ferimento perfurocortante em região de transição toracoabdominal à direita medindo 3 cm.

No exame interno foi feita uma incisão mentopubiana, afastando os retalhos, retirando o plastrão condrosternal e abertas as cavidades torácica e abdominal, constatou-se volumosa coleção de sangue em cavidade torácica esquerda; extenso ferimento cortante em parede cardíaca medindo cerca de 5 cm; laceração de cólon transversal medindo cerca de 2 cm.

O laudo de exame de necropsia foi realizado no dia 18 de fevereiro de 2021, iniciado às oito horas e trinta minutos no necrotório da Unidade da Polícia Científica de Toledo-PR. A conclusão do médico legista foi de que a morte do indivíduo foi produzida por hemorragia torácica.

4 DA IMPORTÂNCIA DA REALIZAÇÃO DO EXAME DE LOCAL DE CRIME

No presente relato observa-se que houve a formação do cogumelo de espuma, ocorrendo como resultado das últimas tentativas que o indivíduo fez para conseguir respirar, mesmo quando ele já estava inconsciente. No caso específico, as lesões produzidas por instrumentos perfurocortantes na região torácica, resultou em comprometimento dos pulmões e coração, o que levou à infiltração de sangue na árvore respiratória da vítima. Tal condição dificultou

tou as trocas gasosas diretas entre o meio ambiente e o sistema respiratório.

Conforme apontado por França (2011), de maneira análoga ao que se observa no contexto de afogamento, nos eventos de lesões na região torácica, ocorre o preenchimento do espaço intersticial entre os alvéolos pulmonares por meio da presença sanguínea. A lesão cardíaca desempenha um papel fundamental na ocorrência do choque hipovolêmico devido à significativa perda sanguínea para a cavidade torácica, resultando na formação de um hemotórax. À medida que o quadro clínico progride, esse processo culmina em insuficiência respiratória, desencadeando um estado de insuficiência aguda respiratória devido à obstrução da expansão pulmonar e à consequente restrição da interação funcional entre o órgão pulmonar e a caixa torácica.

Quando a concentração de oxigênio nos alvéolos pulmonares reduz-se abaixo dos níveis normais, os vasos sanguíneos pulmonares manifestam uma constrição gradual que pode durar de 3 a 10 minutos, resultando em um aumento significativo da pressão vascular, podendo chegar até cinco vezes o valor basal. Guyton (2011), descreve que a reduzida concentração de oxigênio desencadeia a liberação de substâncias constritoras pelas células epiteliais alveolares no tecido pulmonar, o que ocasiona o extravasamento de secreções proteicas intersticiais e pleurais para o espaço interno da árvore respiratória, o lúmen. Em conjunto com os movimentos respiratórios, mesmo que ineficazes e superficiais, durante o relaxamento, essas secreções, ao passarem pelos líquidos presentes nos brônquios - nesse caso, no hemotórax - formam bolhas conhecidas como “cogumelo de espuma”.

Nesse contexto, é possível observar que no presente relato do caso em análise, a vítima apresentou o aspecto físico do fenô-

meno conhecido como “cogumelo de espuma”. No entanto, tal fenômeno foi apenas relatado no Laudo de exame de local de morte, e em relação ao exame de necropsia não há nenhuma menção sobre esse fenômeno em particular.

Importante ressaltar que houve um lapso temporal de seis horas e vinte e quatro minutos entre a confecção do laudo de exame de local de morte e do laudo de exame de necrópsia. Quando a perita chegou ao local, encontrou o corpo recente e com todos os vestígios do fenômeno. No entanto, quando o corpo foi encaminhado ao instituto médico legal, a espuma já havia se dissipado completamente. Isso ocorre porque a espuma é extremamente instável e facilmente dissipável.

Assim, destaca-se que embora o fenômeno tenha sido observado inicialmente, sua ausência no exame de necrópsia pode ser atribuída ao tempo decorrido entre a realização dos exames e a instabilidade da espuma em questão. Por isso, é de suma importância o Laudo de exame de Local de Morte, Exame de local do fato ou perinecropsia, devendo este ser realizado em todas as situações em que não ocorrerem dúvidas ou não existir a possibilidade de que o crime tenha ocorrido de forma não violenta.

Segundo o entendimento de Hélio Gomes (1997), até que seja comprovado o contrário, presume-se que as mortes violentas são resultadas de crime de homicídio. Nesse mesmo sentido, concorda Zarzuela (1996), que aponta a definição do local de fato como sendo “toda área onde se tenha verificado um evento, de interesse ou não da Justiça que, por presumir a configuração de infração penal, exige a presença e providências da polícia”.

O laudo do local do crime pode ser dividido em algumas etapas. Inicia-se com a demarcação do local do crime que, segundo expõe Eraldo Rabelo (1977), abrangeria desde o ponto de ori-

gem em que se constata o fato, englobando todos os lugares em que houve, de forma necessária, aparente ou presumida, em que ocorreram atos materiais anteriores ou posteriores à consumação do delito, e que estejam diretamente correlacionados com este. Logo em seguida realizar-se-á o Isolamento do local, ocorrendo após a conclusão da demarcação, sendo de responsabilidade das autoridades policiais que ali primeiro chegaram a garantir o devido isolamento, interditando o lugar.

A doutrina elenca uma diferença entre isolamento e interdição. Luiz Dórea (1995) expõe que, a interdição possui a finalidade de preservar o local do crime, de modo a possibilitar que o lugar permaneça inalterado até a primeira análise ser concluída. Por outro lado, o isolamento remeteria ao resguardo do local após o primeiro exame, de modo que novos poderão ser feitos posteriormente.

O isolamento é, portanto, essencial para que não ocorra a perda ou desgaste de elementos constituintes do delito, para fins de esclarecimento sobre detalhes que, no primeiro momento, não foram verificados.

Procede-se então para a análise dos aspectos materiais presentes na cena do crime, realizando-se exame preliminar no cadáver, anotando quaisquer sinais presentes, tendo em vista a volatilidade de alguns dos fenômenos que podem se fazer presentes. Portanto, é imperativo realizar uma avaliação preliminar do cadáver, com o intuito de registrar os sinais cadavéricos presentes no momento, tendo em vista que estes podem estar modificados no momento da autópsia. Deve-se inferir a temperatura retal nesse instante, a fim de elucidar hora do óbito, atentar-se às vestes, ferimentos, objetos próximos etc.

A estrutura brasileira é, em realidade, deveras deficiente na utilização de tecnologias e novos métodos para a realização

de testes e perícias, além da severa falta de mão de obra, gerando insegurança quanto à credibilidade da perícia realizada no local de morte. Portanto, é de crucial importância a padronização dos procedimentos utilizados no local do crime.

Esforços nesse sentido ocorreram nos Estados do Mato Grosso e São Paulo, que criaram procedimentos de padronização, conforme expõe Espíndula:

No Brasil, agora é que se está construindo uma cultura de preocupação sistemática com o local de crime(...) somente nos últimos anos é que começaram a aparecer iniciativas governamentais, como cursos e treinamentos com um maior rigor técnico - operacional, voltados aos policiais da segurança pública e outros envolvidos na investigação criminal (ESPÍNDULA, 2009, p.19).

Além da confecção do Laudo de Exame de Local de morte é de extrema importância que o médico legista tenha acesso ao laudo de Exame de Local de Morte, visto que, como enfatizado, os sinais cadavéricos podem sofrer alterações durante a realização da autópsia, devido a diversos fatores, tais como condições climáticas, particularidades dos fenômenos e tempo decorrido desde o óbito.

No caso em análise, constata-se que não houve acesso por parte do médico legista ao Laudo de Exame de Local de Morte, assim, o médico não teve acesso à informação de que o corpo apresentou a formação de cogumelo de espuma sobre suas narinas e boca, sendo este, indicativo forte de que a vítima entrou em choque hipovolêmico, devido à grande perda de sangue para o interior da caixa torácica, resultando em um hemotórax. A evolução desse quadro levou insuficiência respiratória, desencadeando em um quadro de SAR, devido à obstrução que provocou a baixa

oxigenação sanguínea (hipóxia) e o aumento de dióxido de carbono no sangue (hipercapnia).

O laudo de Exame de Necropsia apresenta indicativo certo de que essa vítima apresentou o quadro SAR momentos antes de entrar em colapso, pois quando o legista realiza o exame interno no cadáver, relata que encontrou-se presente volumosa coleção de sangue em cavidade torácica esquerda, ou seja, houve o preenchimento de sangue na árvore respiratória. Porém, não traz a conclusão de tal quadro, visto que o preenchimento de sangue na cavidade torácica não está diretamente relacionado ao quadro de SAR, mas quando se tem a presença do fenômeno do cogumelo de espuma, este sim é indicativo de insuficiência respiratória. Infelizmente, como não teve esse acesso pelo legista, a necrópsia se torna inconclusiva.

Desse modo, ao relatar o caso e destacar as observações realizadas, notadamente a formação do cogumelo de espuma, chega-se na importância de se ter o Laudo de Exame de Local de Morte e o acesso dele pelo Médico Legista, pois o fenômeno de cogumelo de espuma em vítimas de lesões perfurocortantes na região do tórax é um sinal clínico importante e que indica a presença do quadro de insuficiência aguda respiratória (SAR).

A identificação precoce desse fenômeno e a elaboração do laudo completo são cruciais para a análise e a investigação de crimes de homicídios, além de serem importantes para a determinação dos estados que antecederam a morte e a sua causa. Isso possibilita a aplicação de agravantes previstos na legislação, especialmente nesse caso, o agravante da asfixia previsto no artigo 121, §2º, inciso III, do Código Penal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desse modo, a utilização do procedimento correto de isolamento do local, aliado à devida coleta de provas e a preservação do lugar do crime possibilitam, de forma muito mais consistente, a elucidação de casos simples e complexos, de modo a melhor garantir o cumprimento dos dispositivos legais do Código de Processo Penal, em especial seus artigos 158-B, 158-C e 158-D, que versam sobre a coleta de provas, perícia e a cadeia de custódia.

Não tão somente, a realização da perinecropsia possibilita a identificação de fenômenos temporários e voláteis, que se dissipam rapidamente após a ocorrência do fato, e que se mostrariam de crucial valor para a solução do feito. Elementos que influenciam na condenação, absolvição, incidência de qualificadoras, cálculo de pena e demais desdobramentos legais.

Apenas recentemente a realização do Exame de local do fato tornou-se uma preocupação comum para os casos de mortes violentas, mas, apesar de sua atual obrigação, muitas vezes é feito de forma incompleta ou até amadora, resultando em um laudo que não expressa eficácia prática e em nada contribui, apesar de amplamente demonstrada a absoluta importância deste documento nos casos reais que ocorrem de forma rotineira.

Com o relato de caso, evidencia-se que o fenômeno cogumelo de espuma é indicativo de asfixia, aspecto extremamente relevante para a elucidação das causas da morte. Entretanto, em virtude do lapso temporal entre o óbito e a realização da necropsia, tal fenômeno o já havia dissipado, o que impossibilitou sua observação. Dessa forma, o Laudo de necropsia não foi conclusivo, pois os vestígios iniciais não foram tomados em conhecimento.

Portanto, afirma-se que a importância da realização de laudo de constatação de local de morte e o acesso pelo médico legista, devendo ser um procedimento legal e fundamental para a elucidação de casos de mortes violentes, permitindo que sejam tomadas as medidas cabíveis para responsabilização dos envolvidos e garantia da lúdima justiça.

REFERÊNCIAS

- DOLINAK, David.; MATSHES, Evan.; LEW, Emma O. **Forensic Pathology: principles and practice**. 2. ed. Elsevier/Academic Press, 2005.
- DOREA, Luiz Eduardo. **Local de Crime**. 2. ed. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto, 1995.
- ESPÍNDULA, Alberi. **Curso Preservação de Local de Crime**. [S.l.]: Fábrica de Cursos. MJ - SENASP, 2009.
- FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan Ed. 2011.
- GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. 32. ed. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos S., 1997.
- GUYTON, A.C. **Tratado Fisiologia Médica**. 8. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Homicídios**. [s.l.], [s.d.]. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/dados-series/328>. Acesso em: 17 jun. 2023.
- RABELO, Eraldo. **Apostila: “Local de Crime”**. Acadepol – Curso de formação, 1976/1977.
- SILVERTHORN, Dee Unglaub. **Fisiologia humana: uma abordagem integrada**. Artmed editora, 2017.
- ZARZUELA, José Lopes. **Temas fundamentais de Criminalística**. Sagra-DC Luzzato, 1996.

CAPÍTULO 3

A (IM) POSSIBILIDADE DE DESERDAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

THE (IM) POSSIBILITY OF DISINHERIT DUE TO AFFECTIVE ABANDONMENT

MURIANA CARRILHO BERNARDINELI¹

TAIANE GOMES DA SILVA²

MARIA EDUARDA BRAGUETTO KELM³

RESUMO: O presente trabalho tem como premissa o questionamento a respeito de uma possível deserdação por abandono afetivo, em específico dos descendentes para com os ascendentes. O intuito é examinar a possibilidade de inclusão do abandono afetivo como hipóteses de exclusão da sucessão no Código Civil. Para isso, faz-se necessário, em um primeiro momento, tecer comentários a respeito da entidade familiar, bem como os princípios que a circundam, especialmente o princípio da solidariedade, personalidade, dignidade da pessoa humana e a violação do dever de cuidado. Em seguida, todos esses desdobramentos serão analisados sob a perspectiva do princípio da afetividade, como sua ausência influencia a quebra do vínculo familiar e as limitações do Código Civil nas hipóteses de deserdação. Por fim, será abordado a proposta de alteração do capítulo X do Livro V do Título I do Código Civil, para a hipótese de deserdação por abandono afetivo, analisando-se os Projetos de Lei nº 118/2010 e 867/2011 tramitando no Senado. Por fim, destaca-se que serão utilizados os métodos dedutivo e bibliográfico.

1 Doutora em Direito pela Fadisp. Mestre em Direito pela Unicesumar. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo IDCC em parceria com UENP. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Docente do curso de Direito na PUCPR - Câmpus Toledo. E-mail: muriana.carrilho@pucpr.br

2 Acadêmica do 4º ano do Curso de Direito Pontifícia Universidade Católica do Paraná- Câmpus Toledo, e-mail: taianegomes7@gmail.com

3 Acadêmica do 4º ano do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná- Câmpus Toledo, e-mail: mariaeduardab_kelm@hotmail.com

Palavras-chave: Abandono afetivo. Deserdação. Rol taxativo. Projeto de Lei nº. 118/2010. Projeto de Lei nº 867/2011.

ABSTRACT: The premise of this work is to question the possibility of disinheritance due to affective abandonment, specifically of descendants towards ascendants. The aim is to examine the possibility of including affective abandonment as a possibility of exclusion from succession in the Civil Code. To do this, it is first necessary to comment on the family entity, as well as the principles that surround it, especially the principle of solidarity, personality, dignity of the human person and the violation of the duty of care. Next, all these developments will be analyzed from the perspective of the principle of affection, how its absence influences the breaking of the family bond and the limitations of the Civil Code in the event of disinheritance. Finally, the proposal to amend Chapter X of Book V of Title I of the Civil Code will be addressed, in order to address the possibility of disinheritance due to affective abandonment, analyzing Bills No. 118/2010 and 867/2011 currently before the Senate. Finally, the deductive and bibliographic methods will be used.

Keywords: Abandonment of affection. Disinheritance. Exhaustive list. Bill of Law nº. 118/2010. Bill of Law nº Lei 867/2011.

1 INTRODUÇÃO

O Direito das Famílias é um ramo dinâmico e muito volátil no ordenamento brasileiro. A partir das inúmeras evoluções, em específico na área de filiação, rompeu-se alguns paradigmas passando a considerar o afeto na formação familiar, de modo que hoje os laços afetivos são um dos elementos primordiais no que diz respeito à formação de família no Brasil.

Por esta razão, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Código Civil de 2002 trazem em seus textos legais, ainda que implicitamente, o princípio da afetividade com a

valorização do núcleo familiar e, consequentemente ocasionando transformações tímidas no Direito Sucessório.

Dentro dessa temática, o presente trabalho possui como objetivo verificar a possibilidade de acréscimo do abandono afetivo como hipótese de deserdação no âmbito jurídico brasileiro, visto que para a deserdação dos ascendentes pelos descendentes é imprescindível a presença de uma das causas do rol taxativo do artigo 1.963, do Código Civil vigente.

Desta feita, tendo em vista que no artigo supracitado ainda não está previsto o abandono afetivo como uma hipótese de deserdação, considerando que as necessidades da sociedade são mutantes e o direito não deve ficar inerte diante dessas modificações, o problema que se pretende responder neste artigo é o seguinte: considerando a relevância do afeto e o princípio da afetividade no contexto das famílias brasileiras, é possível a inclusão do abandono afetivo, como uma hipótese de deserdação do ascendente pelo descendente no ordenamento jurídico brasileiro?

Assim, com o intuito de responder tal celeuma, o trabalho foi dividido em quatro itens principais: em um primeiro momento será realizado um estudo acerca do dever de cuidado no seio familiar, seguido de uma análise entre o princípio da afetividade e abandono afetivo como consequência de violações dos direitos constitucionais na convivência familiar. Por fim, serão abordadas as limitações do Código Civil em relação às possibilidades previstas de exclusão de herdeiros no ordenamento, por meio da deserdação, apontando suas peculiaridades, concluindo-se o trabalho com uma análise acerca do projeto de Lei nº 118/2010.

Neste ínterim, a pesquisa possui natureza bibliográfica, baseando-se em obras doutrinárias, legislação e artigos científi-

cos atinentes à matéria em questão. O método de abordagem é dedutivo, utilizando-se o método de procedimento monográfico.

2 DEVER DE CUIDADO NO ÂMBITO FAMILIAR

A Constituição Federal de 1988, visando a proteção mútua entre os entes que compõem a unidade familiar, inseriu em sua essência princípios e regras basilares a serem seguidas, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Referida necessidade se deu em razão das situações de negligências familiares, pois apesar do pressuposto de amor entre os descendentes e ascendentes, há casos de abandono material e moral entre os indivíduos que compõem o núcleo familiar, de forma que o Estado necessitou intervir, para impor obrigações compatíveis com a dignidade da pessoa humana no âmbito familiar.

Assim, visando a aplicação prática desse dever de cuidado, foi incorporado ao texto constitucional o artigo 229, o qual impõe um compromisso aos pais para com os filhos na menoridade civil e aos filhos para com os seus pais quando na velhice desses, de forma que a função familiar de “cuidar dos seus” tornou-se mais do que uma opção, sendo uma obrigação jurídica com deveres recíprocos que abrange todos os membros.

Além disso, dois princípios básicos foram estabelecidos para regular as relações familiares: o afeto e a solidariedade.

O princípio da solidariedade diz respeito ao dever de cuidado mútuo entre os membros de uma família, podendo também ser compreendido como sinônimo de “afeto, cooperação, respeito, assistência, amparo, ajuda e cuidado entre os familiares” (LOBO, 2007, p. 5).

Tem-se, portanto, que a solidariedade familiar se concretiza com a prestação de auxílio moral e material entre os familiares. O auxílio moral refere-se ao apoio emocional, cuidado amoroso, enquanto o apoio material se refere a uma obrigação de fornecer recursos financeiros, para o subsídio do familiar necessitado.

Por sua vez, a afetividade diz respeito à capacidade do ser humano de se relacionar com o seu próximo por meio da emoção, amor e carinho. A afetividade representa o amor no seio familiar, de forma que sua falta, necessariamente, importará na negativa do dever solidário de auxílio moral.

A solidariedade familiar e afetividade são a base da família contemporânea, uma vez que as relações familiares são envoltas do amor e não mais da consanguinidade, de forma que atualmente a família pode ser composta unicamente pelo vínculo afetivo.

Referida afirmativa pode ser corroborada com decisões dos tribunais, em que há a aplicação prática desses princípios. Cita-se à título exemplificativo a decisão proferida em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal que reconheceu a multiparentalidade (RE 898.060/SC, Tema 622 da Repercussão Geral), oportunidade em que se firmou a tese de que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica com efeitos jurídicos próprios (BRASIL, 2019).

Percebe-se, portanto, que o vínculo afetivo possui igual ou mais relevância para as relações familiares, eis que o amor é a base estrutural da família moderna, não bastando aos pais apenas alimentar seus filhos, é necessário também educá-los, orientá-los, amá-los, bem como cuidar de sua saúde física e mental.

Compreende-se, portanto, que o cuidado se manifesta nos poderes-deveres de assistência de um indivíduo para com o outro,

através de ações baseadas em uma consciência de responsabilidade. Logo, consiste no poder e interesse, como da sociedade e Estado, não incluindo somente o dever do pai e da mãe ao sustento financeiro, mas também conceder amor, carinho e segurança.

3 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE VERSUS ABANDONO AFETIVO

Atualmente o estudo do afeto tem uma enorme relevância, pois representa um resgate da importância da subjetividade e valorização do ser humano. A família teve diversas concepções durante toda a mudança histórica, porém nem sempre foi adotada a afetividade como um elemento constituinte da relação entre os indivíduos.

O afeto é o ponto que convalida as relações familiares. É o elemento axiológico contido no ambiente familiar. O afeto constitui a classe restrita de emoções que acompanham as relações interpessoais (entre pai, mãe e filhos, entre amigos, entre parentes), limitando-se à tonalidade indicada pelo adjetivo afetivo. Essa relação predominante no ambiente familiar é atualmente considerada pela doutrina um direito fundamental, visto que se encontra intrinsecamente ligada com o princípio da dignidade da pessoa humana e solidariedade, assim como pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente disposto no artigo 227 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Não há outro meio que justifique a existência de uma família senão a afetividade entre seus membros. São dos laços de afeto e solidariedade que deriva a convivência familiar, não somente dos laços de sangue, dado que o afeto não é unicamente um laço

que envolve o seio familiar, e sim relações de sentimentos entre seus membros.

Não obstante, a afetividade dos pais para com os filhos não pode ser juridicamente imposta, pelo simples fato de não ser um dever jurídico, mas um sentimento e emoção ligado à subjetividade de cada indivíduo, sendo impossível obrigar alguém a amar.

Como estampado na Carta Magna, mais precisamente em seus artigos 226, § 4º, 227 caput, § 5º, § 6º e 229 § 6º, está disposto que a entidade familiar é formada por qualquer um dos pais e seus descendentes; sobre o dever da família e do Estado na proteção da criança e adolescente; e que os pais têm o dever de assistir, cuidar e educar seus filhos menores. Consequentemente, não devem os pais apenas prestar assistência material ou jurídica, mas também psicológica e moral, compreendendo o desenvolvimento psíquico do indivíduo, uma vez que tal responsabilidade não é transferível e delegável, à vista que o afeto, o amor, o carinho, a atenção de pai ou de mãe são irrenunciáveis.

A Ilustre Ministra Nancy Andriighi no Recurso Especial nº 1.159.242-SP, em seu relatório e voto, menciona a importância do cumprimento dos deveres legais e afetivos dos pais em relação aos seus filhos:

[...] indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos [...], destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2012).

Nessa perspectiva, o princípio da afetividade se tornou um verdadeiro direito fundamental, não podendo negá-lo pelo simples

fato de não constar a palavra afeto no texto constitucional, visto que é a base do respeito à dignidade humana e da solidariedade recíproca, merecendo este ser protegido nas relações familiares.

De outro modo, no âmbito jurídico, o abandono se dá quando alguém, investido do dever de cuidado, age de forma negligente, deixando de prestar o devido cuidado a alguém, ou a alguma coisa. Assim, pode ser compreendido como abandono afetivo a omissão dos pais no seu dever de cuidado, não apenas material, mas também moral. O abandono afetivo, pode ter diversas causas, contudo as mais corriqueiras são: separação conjugal dos pais, pouco convívio entre pais e filhos e comportamento violento, seja parental ou filial ou filhos resultantes de relacionamentos extraconjugais.

Assim, devido os impactos do abandono efetivo nos filhos, o qual é caracterizado pela indiferença, negligência, omissão ou ausência de assistência afetiva e amorosa durante o desenvolvimento do indivíduo, espera-se a implementação deste no ordenamento jurídico.

4 LIMITAÇÃO DAS HIPÓTESES DE DESERDAÇÃO PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Atualmente na legislação brasileira, há duas formas de afastar herdeiros necessários, quais sejam: indignidade e deserdação.

É necessário esclarecer que, embora tenham a mesma finalidade, qual seja a de penalizar o herdeiro por práticas reprováveis cometidas em face do autor da herança ou dos demais sucessores, excluindo-o da sucessão, cada instituto possui características próprias. Enquanto na indignidade qualquer sucessor pode ser declarado indigno, em caso de herdeiros e legatários, na deserdação a

exclusão se limita aos herdeiros necessários, aqueles dispostos no art. 1.845 do Código Civil vigente.

O termo “deserdação” deriva de o verbo *deserdar*, ou seja, exclusão ou privação de herança. Juridicamente, a palavra tem um sentido restrito designado ao instituto da sucessão testamentária, que é um ato personalíssimo, pelo qual a vontade manifesta do *de cujus*, em testamento, exclui apenas os herdeiros necessários de sua legítima.

Nas lições de Carlos Roberto Gonçalves:

Deserdação é o ato unilateral pelo qual o testador exclui da sucessão herdeiro necessário, mediante disposição testamentária motivada em uma das coisas previstas em lei. Não se confunde com indignidade [...] embora ambas tenham a mesma finalidade, qual seja, excluir da sucessão quem praticou atos condenáveis contra o *de cujus* (GONÇALVES, 2019, p.131).

Entretanto, como os herdeiros necessários possuem garantia de sua legítima herança, somente nos casos previstos em lei, poderá o testador se basear para afastar descendentes, ascendentes e cônjuges da herança, sendo a deserdação uma exceção a essa garantia, procedimento o qual subordina-se a atos substanciais, visto que a herança é garantia fundamental prevista constitucionalmente e, assim o é para que o autor da herança não prive o herdeiro necessário do recebimento patrimonial, apenas por vingança ou motivo injustificável.

O rol taxativo em caso de deserdação de ascendente por seu descendente está previsto no artigo 1.962 do Código Civil:

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:
I Ofensa física;

- II Injúria grave;
- III Relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;
- IV Desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade (grifo nosso) (BRASIL, 2002).

Para que se determine a deserdação, é imprescindível que o motivo que deu causa a exclusão do herdeiro necessário esteja expresso no testamento e de acordo com o artigo supracitado, tendo em vista que tal instituto prevê uma pena civil (deserdação) para aquele que adotou um comportamento incompatível com a qualidade de herdeiro, sendo apenas permitido a deserdação através de expressa declaração de causa em testamento, de acordo com o artigo 1.964 do Código Civil de 2002.

Embora a deserdação seja um instituto polêmico, visto que a tendência da doutrina brasileira seja aboli-lo, com a justificativa de que poderá ser substituído pelo instituto da indignidade, que possui a mesma finalidade e abrangerá além dos herdeiros necessários, incluindo o legatário, Gonçalves expõe seu posicionamento:

Não se deve, pois, retirar a possibilidade de uma pessoa deserdar herdeiro seu. Pode haver necessidade e ser de inteira justiça que essa providência extrema tenha de ser tomada. Não se olvide que a privação da legítima só é possível se o acusado praticou algum ato ignóbil, previsto na lei como ensejador da medida. Jamais ocorre por puro arbítrio do testador (GONÇALVES, 2011, p. 243).

O jurista entende que o autor da herança deve ter o poder de deserdar seus herdeiros necessários que contra ele, ou a outrem da família, tenha praticado atos indignos e ofensivos, uma vez que todo seu patrimônio fora constituído mediante esforço e trabalho próprio, sem o auxílio dos pais.

É inadmissível para uma legislação que inovou ao elevar os patamares da afetividade equiparando a união estável ao casamento e reconhecendo a união homoafetiva, não demonstrar preocupação que um indivíduo seja beneficiado com a herança, justamente, daquele a quem desprezou.

Contudo, os efeitos da deserdação são pessoais, isto é, não passam da pessoa que praticou do ato reprovado em lei, consagrando o caráter personalíssimo da pena, visto o basilar postulado da personalidade da pena no artigo 5º, inciso XXX, da CF/88 que aduz que nenhuma pena passará da pessoa culpada.

A inserção do abandono afetivo no Código Civil como causa de deserdação de ascendentes por descendentes é um clamor social daqueles que foram abandonados afetivamente por seus genitores. Todavia, a importante e necessária alteração encontra óbices em razão do artigo 1.963 do Código Civil possuir um rol taxativo indiscutível e inalterável atualmente.

Há imposições normativas que não contemplam a vontade do autor da herança, tampouco é justa. Muitas vezes a dignidade é mitigada, quando em vida pelo agente do abandono e após a morte, pelo silêncio do ordenamento jurídico brasileiro frente aos casos de abandono afetivo.

Assim, intrinsecamente, a discussão se baseia em observação do princípio da segurança jurídica e o princípio da dignidade da pessoa humana. Em caso de colisão dos princípios, o caso deve ser resolvido pelo critério da ponderação, tendo esse resultado considerável reflexo sobre manter a taxatividade ou permitir que o abandono afetivo seja incluído no rol taxativo.

5 PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA PARA ACRÉSCIMO DO ABANDONO AFETIVO NO ROL TAXATIVO DA DESERDAÇÃO

O rol do artigo 1.963 do Código Civil vigente, por ser taxativo, não abrange os descendentes que foram abandonados afetivamente por seus pais. As normas vigentes reconhecem que o afeto é um elemento essencial na formação de uma família, mas não permitem ao testador que foi abandonado afetivamente deserdar herdeiro necessário, sendo obrigado a deixar o seu patrimônio para ele após a morte.

Assim, considerando que atualmente o afeto é o ponto que convalida as relações familiares, pelo legislador não possibilitar o abandono afetivo como hipótese de deserdação forçoso, concluir que o direito das sucessões não evoluiu como a sociedade, pois não se adequa com a nova realidade em que o dever de cuidado, o princípio da solidariedade e afetividade são sublimes a parentalidade.

De outro modo, é importante considerar que a ausência de afetividade dos pais para com os filhos, poderá acarretar em desequilíbrio emocional e por consequência má formação de caráter da criança. A falta de amor, ocasiona prejuízos imensuráveis, não só ao abandonado, mas a toda sociedade, uma vez que uma criança abandonada afetivamente, cresce com a sensação de ter sido rejeitada e ignorada por uma pessoa que em tese tem o dever de amá-la, sentimentos que ocasionam o desvio do caráter, destruição da sua autoestima, e personalidade, crescendo e se tornando um adulto desestimulado, que apresenta dificuldades em expor o que sente (ALVES, 2013, p.3).

Denota-se, portanto, que abandono afetivo é tão grave quanto o rol taxativo do artigo 1.963 do Código Civil, de forma que

a não incorporação da possibilidade do abandono afetivo no ordenamento jurídico brasileiro viola a dignidade da pessoa humana, pois o reflexo do abandono atualmente frente ao princípio da afetividade nas relações familiares enseja no próprio reconhecimento de ausência da identificação de família entre o abandonado e o negligente moralmente.

Diante das consequências do abandono afetivo, visando adequar a legislação brasileira ao novo conceito de família baseado no reconhecimento afetivo, a senadora Maria do Carmo Alves propôs o Projeto de Lei nº 118/2010. Referido projeto de lei tem por objetivo dar novo tratamento aos institutos da exclusão da herança, relativamente à indignidade sucessória e à deserdação disposta no Capítulos V e X do Livro V do Título I do Código Civil, ampliando os impedimentos para recebimento da herança, por aqueles que deixaram de cumprir seus deveres de cuidado ao testador, coibindo a prática de abandono afetivo.

Dessa forma, o Projeto de Lei busca afastar a herança do herdeiro necessário que romper os laços afetivos com o testamento, dando harmonização às normas constitucionais, em especial efetividade do princípio da afetividade.

Nessa perspectiva, a redação vigente do artigo 1.963 do Código Civil dispõe:

Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta; IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade (BRASIL, 2002).

Percebe-se que em nenhuma das hipóteses acima consta o abandono moral, de forma que mesmo que o vínculo afetivo inexistia, por questões biológicas que estabelecem a parentalidade pela consanguinidade, o autor da herança é obrigado a deixar seu patrimônio para aquele que muitas das vezes não conheciam, prevalecendo o interesse patrimonial frente ao desejo do possuidor do patrimônio.

Por sua vez, propõe o Projeto de Lei nº 118/2010:

Art. 1.962. O autor da herança também pode, em testamento, com expressa declaração de causa, privar o herdeiro necessário da sua quota legitimária quando este:

I culposamente, em relação ao próprio testador ou à pessoa com este intimamente ligada, tenha se omitido no cumprimento dos deveres e das obrigações do direito de família que lhe incumbiam legalmente;

II tenha sido destituído do poder familiar;

III não tenha reconhecido voluntariamente a paternidade ou maternidade do filho durante a sua menoridade civil. Parágrafo único. A cláusula testamentária deve ser pura, não podendo subordinar-se à condição ou termo (BRASIL, 2010).

As modificações elencadas no artigo 1.962 pelo Projeto de Lei nº 118/2010, contemplam todas as formas de inadimplemento familiar, incluindo a destituição do poder familiar até o abandono moral, de forma que em casos de abandono afetivo, o ofendido poderia por meio de testamento privar o herdeiro necessário de sua quota parte da herança.

O Projeto substituiu a terminação “deserdação” por “privação da legítima”, já que em tal capítulo a legislação tem como escopo a privação da legítima especificamente aos herdeiros necessários, que serão impedidos de suceder. Ademais, unifica em um

único artigo (1.962) as hipóteses de privação da legítima na linha descendente e ascendente, bem como a nova redação abarca os cônjuges e companheiros, herdeiros necessários que não são previstos atualmente nas hipóteses de deserdação, a despeito de serem herdeiros necessários.

Em 01/12/2010, diante da relevância e necessidade de reforma do direito sucessório em conformidade com a realidade social brasileira o Senador Demóstenes Torres apresentou relatório conclusivo com o voto pela aprovação do projeto, incluindo, contudo, seis emendas de alterações ao texto original, tendo sido aprovado por unanimidade, em fevereiro de 2011, e encaminhado à Câmara dos Deputados, onde agora encontra-se sob o nº 867/2011 e aguarda prosseguimento.

Refletindo sobre o projeto de lei revisado, é indiscutível que a referida disposição não só reúne condições para ser aprovado, como em muito contribuirá para o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico pátrio em matéria de sucessões, pois o rol do artigo 1.963 do Código Civil de 2002, não condiz com a realidade vivenciada pelos brasileiros, muito menos estão de acordo com princípios rememorados de afetividade e solidariedade.

Conforme mencionado anteriormente, a consequência do abandono é devastadora, e enseja em um sofrimento psicológico que perdura desde a infância até a idade adulta, interferindo inclusive no comportamento e na personalidade do abandonado.

Ainda, visto que a afetividade é a base das relações familiares, quando há abandono afetivo, necessariamente há uma quebra do vínculo de amor, deixando assim o abandonado de reconhecer como familiar àquele que negligenciou os deveres de cuidado. Assim a alteração do capítulo X do Livro V do Título I do Código Civil para implementação do abandono afetivo, além de trazer

uma segurança jurídica, coibiria o abandono afetivo, bem como proporcionaria à testamentária justiça, pois lhe daria a possibilidade de deserdar o negligente, impedindo-o de obter o patrimônio que jamais colaborou para construir, de forma que na percepção do abandonado um estranho não ficaria com parte de bens que por esforço próprio adquiriu.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As evoluções no entendimento e na aplicação do direito de família provocaram disparidades em relação ao direito das sucessões. Enquanto o direito de família se esforçou para acompanhar as transformações sociais, estabelecendo princípios de afetividade e solidariedade para reconhecer a paternidade socioafetiva e o casamento homoafetivo, no âmbito da sucessão o testador é impedido de deserdar um herdeiro necessário que não tenha cumprido com seu dever de cuidado e solidariedade moral, ou seja, nega-se no direito de sucessões a afetividade como marco fundamental da passagem do indivíduo pelo mundo, obrigando-o a deixar bens para pessoas que compõem seu núcleo familiar, mas que este não possui afeto.

Indiscutivelmente, com o passar do tempo a família foi reconhecida como essencial no desenvolvimento humano e na sociedade em geral, sendo inclusive reconhecida como insubordinada ao vínculo biológico, uma vez que o afeto se tornou uma importante forma de construção familiar.

Nessa perspectiva, o afeto nas relações familiares atua como um vínculo fundamental entre os membros que compõem a família e embora a afetividade esteja diretamente ligada aos sentimentos, esse sentimento é o que há de mais importante quando

se trata das relações familiares, pois o vínculo afetivo pode se sobrepor ao vínculo meramente biológico.

A ausência de afetividade entre pais e filhos é algo grave, visto que está atrelada, necessariamente, a ausência da consciência da importância do cuidar do outro em suas necessidades. Importante ressaltar que o presente trabalho não tem o escopo de exigir amor de alguém, mas sim de exigir que haja o respeito aos preceitos constitucionais que afastam qualquer forma de negligência parental.

Ao ponderar referida impossibilidade de deserdação por abandono afetivo dos pais que abandonaram seus filhos, parece incoerente a obrigatoriedade de destinar bens a herdeiros que não foram moralmente solidários e não contribuíram emocionalmente para o desenvolvimento social e econômico do indivíduo. Pois, se não pode o ordenamento jurídico obrigar uma pessoa a amar a outra apenas em razão do vínculo consanguíneo, também não poderia obrigar a deixar sua herança para alguém que se omitiu no seu dever de cuidado.

O que caracteriza a entidade familiar é o campo sucessório, portanto, o princípio da afetividade deveria ter seus efeitos estendidos ao ramo do direito das sucessões.

Nesse sentido, encontra-se em desacordo com os princípios da solidariedade e afetividade a obrigação imposta ao testador de distribuir bens entre herdeiros com quem não possuía contato e vínculo afetivo, para privar pessoas que amava e considerava sua família, apenas por motivos biológicos.

Atualmente, os genitores que foram destituídos do poder familiar, caso não tenham praticado nenhuma das hipóteses previstas no rol taxativo, poderão herdar o patrimônio deixado pelo

filho que permaneceu aos cuidados de terceiros e até acolhido institucionalmente.

Diante do reconhecimento do vínculo afetivo como superior ao sanguíneo para formação de família, e a impossibilidade de deserdação por omissão ao dever de cuidado moral, o abandono afetivo passou a ser estudado, tornando-se Projeto de Lei nº 118/2010, o qual já deveria ter sido aprovado e incluído sua alteração no Capítulo X do Livro V do Título I do Código Civil.

Nesse contexto, percebe-se que a recente codificação civil brasileira de 2002, representa uma nova sistemática, ainda que seu trabalho não tenha sido completo. O legislador deu somente o primeiro passo, que deve ser complementado e aperfeiçoado.

Assim, é possível concluir que a deserdação do herdeiro necessário por abandono afetivo, em especial dos pais pelos filhos, se encontra motivada, seja pelo reconhecimento da afetividade como essencial para formação familiar, de forma que ausência deste sentimento rompe com o reconhecimento familiar, pelos efeitos negativos, duradouros e significativos que o abandono afetivo acarreta no agente ao longo de sua vida, de forma que é crucial respeitar a vontade do testador quando este externar o desejo de deserdar um familiar, visto que essa vontade é uma manifestação de inconformidade e sofrimento que o aquele abandono causou, bem como assegurar a autonomia de vontade do testador enquanto da disposição de seus bens.

REFERÊNCIAS

ALVES, Pereira Jessica Ana. O preço do amor: A indenização por abandono afetivo parental. **Revista Direito & Dialogicidade**, v.4, n. 1 jul. 2013 Universidade Regional do Cariri – URCA. Disponível em: <http://periodicos.urca.br/ojs/index.php/DirDialog/article/viewFile/588/466>. Acesso em: 23 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 16 maio 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 118 de 2010**. Altera os Capítulos V e X do Livro V do Título I do Código Civil, a fim de dar novo tratamento aos institutos da exclusão da herança, relativamente à indignidade sucessória e à deserdação. Autoria: Maria do Carmo Alves. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/96697>. Acesso em: 21 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial nº 898.060/SC. Tema 622 da Repercussão Geral**. Relator: Min. Luiz Fux. 2019. Julgamento. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/listar-DiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=898060&classe=RE>. Acesso em: 20 maio 2023.

BUENO, Francisco da Silveira. **Dicionário da língua portuguesa**. 6. ed. São Paulo: Lisa, 1992.

BULSING, Karine Machado. A destituição do poder familiar como fator de exclusão sucessória. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 8, n. 1, p. 159–183, 2013. DOI: 10.5902/198136948857. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/8857>. Acesso em: 23 maio. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, p. 144-159, 2007. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/78.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2023.

MORAIS, Heloisa Sabino. O direito de herança e o abandono afetivo inverso: uma análise sobre a possibilidade de deserdação prevista nos projetos de lei nº 118/2010 e 3.145/2015. **Repositório Universitário da Ânima**. 2022. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/29956>. Acesso em: 22 abr. 2023.

OLIVEIRA, Anna Paula Araújo Gonçalves de. Possibilidade de deserdação em hipóteses de abandono afetivo. 2020. Monografia (Bacharelado em Direito) - **Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/14151>. Acesso em: 22 abr. 2023.

OLIVEIRA, Karidja Bezerra de; SILVA, Heloisa Beatriz Nicacio da. Abandono afetivo: a quantificação do amor à luz da responsabilidade civil. **Repositório Universitário da Ânima (RUNA)**. Disponível em: 2022.<https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANI-MA/22623>. Acesso em: 16 maio 2023.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia. Maria. Nem só de pão vive o homem. **Sociedade e Estado**, v. 21, n. 3, p. 667–680, set. 2006. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/sociedade/article/view/5290/4812>. Acesso em: 21 maio 2023.

SOUSA, Claudiane Aparecida de; CARVALHO, Jô de; CRUZ, Izabela Batista da. Abandono afetivo realizado pelos genitores: dever de indenizar?. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**, v. 1, n. 1, 2014. Disponível em: <http://fadiipa.educacao.ws/ojs2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/view/107>. Acesso em: 20 maio 2023.

SPERIDIÃO, Lucimara Barreto; AGUIAR, Cláudia Fernanda de. Sucessão testamentária: o abandono afetivo como causa de deserdação. **Revista JurisFIB**, v. 4, n. 4, 2013. Disponível em: <https://revistas.fibbauru.br/jurisfib/article/view/160/146>. Acesso em: 22 abr. 2023.

REIS, Clayton; PINTO, Simone Xander. O abandono afetivo do filho, como violação aos direitos da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar-Mestrado**, v. 12, n. 2, 2012. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2539>. Acesso em: 20 maio 2023.

SILVA, Isabella Zamberlan Pacheco da. A importância da inclusão do abandono afetivo entre as hipóteses de exclusão da sucessão. 2020. **Uninter**. Disponível em: <https://repositorio.uninter.com/bitstream/handle/1/519/ISABELLA%20100.pdf?seque nce=1>. Acesso em: 23 maio 2023.

A (IN)EFICIÊNCIA DO AMICUS CURIAE COMO INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA

THE (IN)EFFICIENCY OF THE AMICUS CURIAE AS AN INSTRUMENT OF DEMOCRATIC PARTICIPATION

LEONARDO ALVES SAROLLI¹
MICHAEL MIYAZAKI²

RESUMO: O presente artigo aborda o conceito de democracia, destacando sua importância para o bom desenvolvimento e representatividade dos meios governamentais com destaque no amicus curiae como instrumento de participação democrática no poder judiciário brasileiro. O artigo também explora a origem histórica do amicus curiae, sua apresentação na legislação brasileira.

Palavras-Chave: Amicus curiae. Desigualdade. Aplicação.

ABSTRACT: The present article addresses the concept of democracy, highlighting its importance for the proper development and representativeness of government institutions, with a focus on amicus curiae as a tool for democratic participation in the Brazilian judiciary. The article also explores the historical origin of amicus curiae and its incorporation into Brazilian legislation.

Keywords: Amicus curiae. Inequality. Application.

1 Graduando do 4º ano do Curso de Direito da Instituição Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

2 Graduado em Direito pela UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí – SC. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela FURB – Fundação Universidade Regional de Blumenau – SC. Mestre em Ciências Ambientais pela UNIOESTE – Campus Toledo. Advogado Criminalista em Cascavel. Professor de Direito Processual Penal e Estágio Jurídico da PUCPR Campus Toledo – PR

1 INTRODUÇÃO

Buscando o conceito de Democracia, segundo a constituição, é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo (Brasil, 1988). Faz-se necessária para que se garanta o bom desenvolvimento e representatividade dos meios governamentais de diferentes sociedades, onde seus participantes realizam ações de meios puros ou diretos, por meio de atuações do próprio indivíduo e de seus representantes.

Em um conceito mais específico, Bonavides classifica a democracia como uma forma de exercício da função governativa, onde a vontade do povo é soberana, e que decide de formas diretas e indiretas todas as questões governamentais, sendo estes sempre os titulares do poder legítimo (BONAVIDES, 2004).

No Brasil, o exercício da democracia aparece no aspecto legislativo, não somente na escolha de seus representantes, mas também no processo de criação de normas que regulamentam a própria convivência, com os atos de plebiscito, referendo e a iniciativa popular, permitindo ainda o controle externo das mesmas, podendo denunciar qualquer irregularidade ou ilegalidade encontradas na formação das mesmas através de métodos específicos, encontrados em nossa Carta Magna em seus Artigos 14³ e 74⁴.

3 Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.

4 Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...]

§ 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União. (Brasil, 1988)

Através da figura do *amicus curiae*, é possível ampliar o espectro de participação democrática no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Essa importante ferramenta permite que organizações da sociedade civil, especialistas e demais interessados possam contribuir com conhecimentos técnicos e diferentes perspectivas em casos de relevância pública. Dessa forma, fortalece-se a transparência, pluralidade e legitimidade do processo decisório, promovendo uma democracia mais participativa e inclusiva. O reconhecimento do *amicus curiae* como um mecanismo eficaz de participação democrática reforça o compromisso do Brasil com a garantia dos direitos fundamentais e o aprimoramento do sistema de justiça.

A eficácia do *amicus curiae* como instrumento de participação democrática tem sido objeto de discussão e análise por parte de estudiosos e juristas. O *amicus curiae* é uma figura jurídica que permite que terceiros, que não são partes diretamente envolvidas em um processo judicial, possam apresentar informações, argumentos e pareceres para auxiliar o tribunal na tomada de decisão.

Vide o ensejo Constitucional da participação de inúmeros profissionais em questões de debate, priorizando a garantia da aplicação da dita democracia instaurada no âmbito jurídico-político, no Estado de Direito, faz-se necessário a busca pelo auxílio enaltecido de peritos e profissionais das mais diversas áreas, a fim de esclarecer e elucidar questões postas em debate no levantamento de ideias e propostas para melhoria da jurisdição estatal.

A busca pela compreensão da origem e da aplicação do “*Amicus Curiae*” na legislação brasileira é fundamental para entender como essa figura atua nos processos nos tribunais e demais campos jurisdicionais. Além disso, é importante analisar a possibilidade de utilizar o “Amigo da Corte” em outros casos processuais,

como nas Comissões de Constitucionalidade, a fim de assegurar o devido andamento dos procedimentos legais, pautados pelos princípios éticos e morais estabelecidos pela sociedade no contexto democrático do Estado de Direito, conforme previsto na legislação vigente. Ao embasar a aplicabilidade do “*Amicus Curiae*” nesses diferentes cenários, promove-se a participação de especialistas e organizações da sociedade civil, enriquecendo o debate jurídico e fortalecendo os fundamentos democráticos e legais do sistema de justiça.

A participação do *amicus curiae* busca garantir uma maior pluralidade de vozes e perspectivas no processo judicial, permitindo que grupos ou entidades com conhecimentos específicos ou interesses relevantes possam contribuir para a formação de uma decisão mais informada e equilibrada

Desta forma, será tratado neste trabalho, a (in)eficiência, da pessoa do *Amicus Curiae*, além de buscar sua origem e diversos lugares onde este pode ser encontrado, fazendo com que se ‘facilitem’ a decorrência dos processos judiciais, vindo a ser uma ferramenta de auxílio para que se façam justas as decisões proferidas nas diversas lides que se encontram em nosso meio jurídico.

2 HISTÓRIA

2.1 DO INÍCIO

Conforme Criscuoli (1997), o *amicus curiae* teria suas raízes no *consiliarius* romano, uma figura que auxiliava os juízes em diversos assuntos, desde questões legais até financeiras ou religiosas. Além disso, Criscuoli afirma que a figura do *consiliarius* não

se limitou apenas ao período clássico, mas sobreviveu até o fim do Império Romano.

Porem tanto a doutrina estrangeira, especialmente a norte-americana, visto que os Estados Unidos são uma das referências no assunto, quanto a doutrina nacional não fornecem uma resposta definitiva à pergunta sobre a origem do *amicus curiae*. No entanto, a ausência de uma explicação clara não se deve à falta de pesquisa sobre o tema, mas sim à própria natureza flexível e evolutiva desse instituto.

De acordo com o jurista norte-americano Lowman (1992), a história do *amicus curiae* deve ser compreendida sob a perspectiva da flexibilidade. Durante séculos, os tribunais evitaram estabelecer uma definição rígida para o instituto, mantendo seus contornos nebulosos. Essa abordagem permitiu que os tribunais utilizassem o *amicus curiae* como uma ferramenta para superar as limitações impostas pelo “adversary system of justice” (sistema de justiça adversarial).

O professor Krislov (1963), da Universidade de Minnesota, destaca que, uma vez que a permissão para participar como *amicus curiae* sempre foi uma questão de discricionariedade em vez de um direito absoluto, os tribunais evitaram desde o início uma definição precisa dos limites e circunstâncias envolvendo o uso desse dispositivo. Isso aumentou a discricionariedade judicial e, ao mesmo tempo, maximizou a flexibilidade do *amicus curiae*.

A controvérsia sobre a origem do *amicus curiae* é ampliada com as observações de dois estudiosos italianos, Giovanni Criscuoli e Elisabeta Silvestri. Eles apontam o direito romano como fonte do instituto, que posteriormente passou por aperfeiçoamentos no direito inglês, solidificando suas bases e difundindo-o pelo mundo, principalmente nos Estados Unidos.

Já no Brasil A introdução do *amicus curiae* ocorreu por meio do Código de Processo Civil de 2015. Essa figura jurídica permite que terceiros, como entidades e associações, participem de processos judiciais oferecendo informações, argumentos e pareceres para auxiliar os tribunais na tomada de decisão. A participação do *amicus curiae* busca garantir uma maior pluralidade de vozes e perspectivas no processo judicial, fortalecendo a legitimidade e a qualidade das decisões. No Brasil, o *amicus curiae* desempenha um papel importante na promoção da participação democrática e no fortalecimento dos fundamentos democráticos e legais do sistema de justiça. Sua introdução no país representa um avanço no acesso à justiça e na garantia de um processo judicial mais justo e transparente.

2.2 LEGISLAÇÃO ATUAL

A figura do “*Amicus Curiae*”, vem ao encontro das questões judiciais para as mais diversas áreas de interesse, o qual irá, por fundamentações baseadas em conhecimento fático-profissional, dar sustentação e condições jurídicas na resolução das mais diversas lides nos Tribunais, com o intuito de aperfeiçoamento à celeridade dos processos e suas etapas.

O novo Código de Processo Civil criou, por vez, a imagem do “Amigo da Corte”, o que anteriormente apenas seria previsto em situações subscritas da legislação, sendo que a nova lei trás, expressamente, em seu artigo 138⁵, tal auxílio extrajudicial:

5 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua

Não se confunde, portanto, com o perito, considerado como auxiliar da justiça, uma vez que este é ouvido pelo juiz nos processos, o qual opina sobre questões que lhe são designadas, auxiliando o julgador a formar sua convicção. A previsão do perito encontra-se também no Código de Processo Civil, no Artigo 149:

Art. 149: São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias (BRASIL, 2015)

Além de ser considerado um meio da utilização das normas e direitos aplicados nos casos processuais, o amigo da corte também pode ser classificado como “amicus partis” (amigo das partes) e “amicus causae” (amigo da causa)⁶, uma vez que vêm ao socorro de todos os campos atrelados à lide.

Outra previsão que pode ser encontrada no ordenamento jurídico está no Artigo 5º da Lei nº 9.469 de 10 de Julho de 1997, o qual abre espaço para que a União intervenha nas causas que figurem seus órgãos compositores. Como visto, o “*Amicus Curiae*” vem em auxílio ao processo, em favor da União para que sejam

intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do Amicus Curiae.

§ 3º O Amicus Curiae pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

(BRASIL, 2015)

6 são expressões em latim usadas no contexto jurídico. Embora não haja uma determinação específica sobre a origem dessas expressões, elas têm sido utilizadas há muito tempo na prática do direito.

esclarecidas dúvidas quanto à questões especificadas deste. Como observa-se, o Artigo 5º que explica:

Art. 5º A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes (Brasil, 2015)

O “Amigo da Corte”, por ser terceiro interessado ao processo, pode ser invocado por requerimento das partes ou até mesmo pela provocação do órgão jurisdicional, o qual, por meio de ofício, pode solicitar o cunho social/profissional/político desta figura, a qual irá defender e sustentar seu ponto de vista frente ao assunto por meio de uma simples síntese de razões e convencimento com sua atuação nos processos.

3 ATUAÇÃO DO AMICUS CURIAE

3.1 GERAL

Com o ingresso do Amigo da Corte no processo, autorizado pelo relator ou juiz conforme visa o §2º do Artigo 138 do Código de Processo Civil - CPC, este não implicará na alteração de competência ou a interposição de recursos. A única exceção desta regra está contida no §3º do mesmo artigo, onde o “*Amicus Curiae*” poderá

apresentar embargos de declaração quanto da decisão proferida pelo Juiz ou Relator.

De acordo com o Regulamento Interno do Supremo Tribunal Federal – STF, em seu Artigo 131, § 3º, assim que admitido no processo, o amigo da corte terá sua oportunidade de proferir sua sustentação oral a fim de elucidar questões específicas de sua área de atuação, tendo seu prazo contado em dobro, assim como lhe permite o §2º do artigo 132 do Código de Processo Penal

Art. 131. Nos julgamentos, o Presidente do Plenário ou da Turma, feito o relatório, dará a palavra, sucessivamente, ao autor, recorrente, peticionário ou impetrante, e ao réu, recorrido ou impetrado, para sustentação oral.

[...]

§ 3º Admitida a intervenção de terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade, fica-lhes facultado produzir sustentação oral, aplicando-se, quando for o caso, a regra do § 2º do art. 132 deste Regimento”.

Art. 132. Cada uma das partes falará pelo tempo máximo de quinze minutos, excetuada a ação penal originária, na qual o prazo será de uma hora, prorrogável pelo Presidente.

[...]

§ 2º Se houver litisconsortes não representados pelo mesmo advogado, o prazo, que se contará em dobro, será dividido igualmente entre os do mesmo grupo, se diversamente entre eles não se convencionar (BRASIL, 1941).

Tal disposição começou a vigorar a partir da Emenda Regimental nº 15, de 30 de março de 2004, permitindo assim a maior abrangência de partes, interessadas ou não, nos processos.

3.2 COMISSÕES DE CONSTITUCIONALIDADE

A Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, prevista competência de julgamento na Constituição Federal de 1988, em seu Artigo 102, inciso I, garante o controle da observância de constitucionalidade nas normas e lei criadas. É utilizada para acusar quando há contrariedades na Constituição Federal, não admitindo a interferência de terceiros em seu processo de propositura.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originalmente:

a) Ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.(Brasil,1988)

Observado ao disposto pela Lei nº 9.868, de 10 de Novembro de 1999, a qual regula este processo de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, é tolhido, no ato processual de ação direta de inconstitucionalidade, a intervenção direta de terceiros, como se lê, “*ipsis litteris*”:

No entanto segundo o entendimento, do § 2º cria a figura do “*Amicus Curiae*”, permitindo ao relator do processo *in casu* permitir a participação do terceiro relevante ao processo, a fim de sanar dúvidas recorrentes da própria lide discutida.

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Também pode ser encontrada a figura do amigo da curia no Artigo 6º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.882/99, a qual versa sobre processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental⁷ onde pode ser classificado pelo relator como “pessoas com experiência e autoridade na matéria”, observando-se:

Art. 6º[...]

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processosque ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo. (BRASIL,1999)

Esse auxílio, segundo Adhemar Ferreira Maciel, nada mais é do que “um instituto de matiz democrático, uma vez que permite, tirando um ou outro caso de nítido interesse particular, que terceiros penetrem no mundo fechado e subjetivo do processo para discutir objetivamente teses jurídicas que vão afetar toda a sociedade” (MACIEL, 2002). Isso quer dizer que, excluindo-se exceções aonde o relator vá a entender que a participação do Amigo da Corte irá interferir em interesses pessoais ou que correm em segredo de justiça, é legalmente, permitido a intervenção deste para a melhoria e garantia da aplicação dos direitos constitucionais no devido processo legal.

7 O descumprimento de preceito fundamental refere-se a uma transgressão significativa aos direitos fundamentais previstos na Constituição, podendo desencadear medidas jurídicas para assegurar a sua efetivação e proteção.

3.2.1 *Amicus Curiae* Nas Comissões De Constitucionalidade

A participação desta figura nos processos legais vem sendo constantemente questionada pelo Supremo Tribunal Federal – STF. Conforme relata o Ministro Celso de Mello, sua presença no processo é contrária ao que dispõe o caput do Artigo 7º da Lei nº 9.868/99.

O pedido de intervenção assistencial, ordinariamente, não tem cabimento em sede de ação direta de inconstitucionalidade, eis que terceiros não dispõem, em nosso sistema de direito positivo, de legitimidade para intervir no processo de controle normativo abstrato (...) o processo de fiscalização normativa abstrata qualifica-se como processo de caráter objetivo (RDA 155/155,157/266 - ADI 575-PI (AgRg), Rel. Min. Celso de Mello, v.g.) (BRASIL, 2000).

A questão de prazos para intervenção do terceiro no processo ainda é controverso pelo Supremo Tribunal Federal- STF, onde este, em alguns casos, versa que a figura do “*Amicus Curiae*”, somente pode demandar sua intervenção a partir do momento que o Relator do processo libera o mesmo para ser pautado. Insta salientar, o julgado da Ação Direta de Constitucionalidade nº 4.071-5 DF, o qual se mostrou fulgente em sua ementa:

EMENTA: Agravo Regimental. Ação direta de Inconstitucionalidade manifestamente improcedente. Indeferimento de petição inicial pelo Relator. Art. 4º da Lei nº 9.968/99

1. É manifestamente improcedente a ação direta de inconstitucionalidade que verse sobre a norma (art. 56 da Lei nº 9.430/96), cuja constitucionalidade foi expressamente declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, mesmo que em recurso extraordinário.

2. Aplicação do art. 4º da Lei nº 9.868/99, segundo o qual “a petição inicial inepta, não fundamentada

e a manifestante improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator”.

3. A alteração da jurisprudência pressupõe a ocorrência de significativas modificações de ordem jurídica, social ou econômica, ou, quando muito, a superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles antes prevalecentes, o que não se verifica no caso.

4. O Amicus Curiae somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta (BRASIL, 2020).

O parágrafo primeiro do Artigo 7º desta referida lei, tratava de manifestação de juntada de documentos úteis para o exame da matéria, o qual foi vetado em razão da celeridade processual, princípio considerado fundamental pelo Supremo Tribunal Federal – STF, haja vista, a gigantesca quantidade de processos que tendem a ser apreciado por este órgão. Porém, mesmo com o veto, o prazo para a juntada de informações aproveita o que versa o Artigo 6º⁸, em seu parágrafo único, no que tange a deliberação de um prazo de 30 dias a contar do recebimento do pedido, para que sejam prestadas tais informações.

Quando se trata da questão de interposição de recursos pelo amigo da cúria, o atual entendimento do STF versa que este poderá ingressar com o agravo interno no prazo de 5 dias, previsto no novo Código de Processo Civil em seu Artigo 1.021º, em casos onde o pedido de intervenção de terceiro desinteressado é denegado pelo relator, tendo uma reanálise da necessidade de sua intervenção.

8 Art. 6º O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado. Parágrafo único. As informações serão prestadas no prazo de trinta dias, contado do recebimento do pedido.

9 Art. 1021: Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao procedimento, às regras do regimento interno do tribunal.(BRASIL, 2015)

Assim, novamente admitido no processo, o *Amicus Curiae* poderá exercer sua função de auxiliar na resolução dos processos, trazendo uma visão mais clara e melhor entendida pelo julgador, tornando o meio jurídico mais eficiente e democrático na resolução de conflitos.

4 DA DESIGUALDADE NO ACESSO

O acesso desigual ao instituto do *amicus curiae* no Brasil é uma questão relevante no contexto jurídico do país. Embora o *amicus curiae* seja um instrumento que visa ampliar a participação democrática e garantir a pluralidade de vozes nos processos judiciais, sua aplicação nem sempre ocorre de forma equitativa.

O *amicus curiae* é um terceiro, geralmente uma entidade ou especialista, que é autorizado a intervir em um processo judicial para fornecer informações, argumentos e perspectivas adicionais que possam auxiliar o tribunal na tomada de decisões. No entanto, o acesso a essa figura jurídica nem sempre é igualitário.

Um dos principais desafios relacionados ao acesso desigual ao *amicus curiae* é a questão da representatividade. Geralmente, as partes que possuem mais recursos financeiros e estrutura institucional têm maior facilidade para se fazer representar no processo como *amicus curiae*. Isso pode resultar em um desequilíbrio de oportunidades, já que entidades da sociedade civil, organizações não governamentais e outros grupos com recursos limitados podem ter dificuldade em obter a mesma participação.

Além disso, a seleção dos *amici curiae* também pode ser influenciada por critérios subjetivos, como a discricionariedade do tribunal em aceitar ou rejeitar solicitações de intervenção. Isso pode gerar um acesso desigual, uma vez que alguns grupos podem ser

privilegiados em detrimento de outros, comprometendo a diversidade e a pluralidade de perspectivas.

Outro fator que contribui para o acesso desigual ao *amicus curiae* é a falta de conhecimento e informação sobre o instituto. Muitas vezes, partes interessadas que poderiam contribuir de maneira significativa para a discussão de um caso não estão cientes do *amicus curiae* ou de como podem se envolver no processo como terceiros intervenientes.

Para combater o acesso desigual ao *amicus curiae*, é necessário promover a transparência e a divulgação de informações sobre o instituto, bem como estabelecer critérios claros e objetivos para a seleção das intervenções. Além disso, é importante fomentar a participação de diferentes grupos e ampliar os recursos disponíveis para que entidades e organizações com menos recursos possam se fazer representar de maneira mais equitativa.

Em resumo, embora o *amicus curiae* seja um importante mecanismo para a participação democrática no sistema judicial brasileiro, ainda há desafios a serem enfrentados para garantir um acesso igualitário e representativo a essa figura jurídica. É fundamental promover a igualdade de oportunidades e a diversidade de vozes para fortalecer o processo de tomada de decisões judiciais.

5 CONCLUSÃO

Em conclusão, a introdução do *amicus curiae* no Brasil representa um avanço significativo para a participação democrática no âmbito do Poder Judiciário. Essa figura jurídica permite que organizações da sociedade civil, especialistas e demais interessados contribuam com conhecimentos técnicos e diferentes perspectivas

em casos de relevância pública, fortalecendo a transparência, pluralidade e legitimidade do processo decisório.

A participação do *amicus curiae* no sistema de justiça brasileiro contribui para a garantia dos direitos fundamentais e o aprimoramento do sistema jurídico como um todo. Essa ferramenta auxilia na formação de decisões mais informadas e equilibradas, ao permitir a inclusão de vozes e perspectivas diversas no processo judicial.

A origem histórica do *amicus curiae* remonta ao direito romano, evoluindo ao longo dos séculos e consolidando-se como um mecanismo flexível e adaptável no contexto jurídico. No Brasil, sua inclusão no Código de Processo Civil de 2015 formalizou e regulamentou sua aplicação no sistema judiciário do país.

O *amicus curiae* desempenha um papel fundamental no fortalecimento da democracia, permitindo que especialistas e organizações da sociedade civil contribuam com suas expertise em questões jurídicas de interesse público. Sua participação enriquece o debate jurídico, promove a transparência e garante um sistema de justiça mais justo e inclusivo.

No entanto, a eficácia do *amicus curiae* como instrumento de participação democrática ainda é objeto de discussão e análise. É necessário continuar a aprimorar e explorar seu potencial, buscando formas de expandir sua aplicação em diferentes contextos processuais, como nas Comissões de Constitucionalidade, para assegurar o devido andamento dos procedimentos legais e promover a justiça em consonância com os princípios éticos e morais estabelecidos pela sociedade.

Em suma, o *amicus curiae* desempenha um papel crucial na promoção da participação democrática no sistema de justiça brasileiro. Sua introdução e reconhecimento como um mecanismo

eficaz de participação contribuem para fortalecer os fundamentos democráticos e legais do país, garantindo uma justiça mais inclusiva, transparente e responsiva às necessidades da sociedade.

REFERÊNCIAS

BATISTA DE ARAÚJO NETO, H. **O Amicus Curiae no stf: efetividade e novos rumos.** Revista Constituição e Garantia de Direitos, v. 4, n. 01, 16 out. 2013.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta:** Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm . Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm . Acesso em: 25 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 28 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.469, de 10 de Julho de 1997.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9469.htm . Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (STF). Regimento Interno, consolidado e atualizado até maio de 2002.** Brasília: STF 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em 02 set. 2021.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. Amicus curiae: A democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade. **Revista CEJ**, Brasília, n. 19, p. 85-89, out/dez. 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Possibilidade de Sustentação Oral do Amicus Curiae.

Revista Dialética de Direito Processual 8:2003.

LENZA, Pedro. **A figura do “amicus curiae”**. Direito Constitucional Esquemático. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 362-371.

PERETTI, Felipe Vasconcellos; RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago. **Histórico do amicus curiae no direito estrangeiro**. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/4984/4874>. Acesso 22 maio 2023.

CAPÍTULO 5

A MEDICALIZAÇÃO DA FAMÍLIA: BREVE ANÁLISE SOBRE A PONDERAÇÃO ENTRE O PLANEJAMENTO FAMILIAR E A DIGNIDADE DO BEBÊ-MEDICAMENTO

THE MEDICALIZATION OF THE FAMILY: A BRIEF ANALYSIS ON THE BALANCE BETWEEN FAMILY PLANNING AND BROTHER SALVADOR'S DIGNITY

RODRIGO RÓGER SALDANHA¹

VALTER FREITAS²

AMANDA REGINA PIVETTA³

GABRIELLI VITORIA RIBEIRO⁴

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo apresentar de brevemente sobre a ponderação entre o planejamento familiar e a dignidade do bebê-medicamento, buscando a proporcionalidade através dos princípios constitucionais de liberdade, dignidade da pessoa humana, paternidade responsável e função social da família. A metodologia caracteriza-se pela pesquisa bibliográfica a partir de uma análise geral acerca das legislações pertinentes, utilizando-se do método dedutivo. Visto que, embora o Brasil busque regulamentar e proteger o melhor interesse da criança, nota-se ainda uma lacuna legislativa sobre a proteção do bebê-medicamento.

Palavras-chave: Autonomia. Bebê-medicamento. Dignidade da pessoa humana. Planejamento familiar. Reprodução assistida.

1 Pós-doutorando Universidade de Coimbra - Portugal (2023). Doutor em Ciências Jurídicas pela Unicesumar (2019-2022). Rodrigo.roger@pucpr.br

2 Mestre Filosofia pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (2014). Graduado em Direito pela Universidade Paranaense (2011). Valter.freitas@pucpr.br

3 Graduanda do Curso de direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Amanda.pivetta@pucpr.edu.br

4 Graduanda do Curso de direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Gabrielli.ribeiro@pucpr.edu.br;

ABSTRACT: This article aims to briefly present the balance between family planning and the dignity of the savior brother, seeking to weigh it through the constitutional principles of freedom, human dignity, responsible parenthood, and the social function of the family. The methodology is characterized by bibliographical research based on the general analysis of the relevant legislation on the subject, using the deductive method. Although national legislation seeks the best interest of the child, there is also a legislative gap regarding the protection of the savior sibling.

Keywords: Autonomy. Savior sibling. Human dignity. Family planning. Assisted reproduction.

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, busca em todos os aspectos proteger a instituição familiar, de forma que garantir aos cidadãos autonomia e liberdade para sobre os números de filhos e a forma que será utilizada para concebê-los, ocorre que infelizmente, muitas famílias passam por problemas de infertilidade ao tentar aumentar sua prole, de forma que o Estado cuidou em regulamentar e proporcionar meios para todos que desejam, possuírem meios para realizar o desejo de ter filhos, através novos métodos de reprodução.

A infertilidade é considerada uma doença do sistema reprodutor (masculino ou feminino), que se consoma pela incapacidade de conceber uma gravidez após 12 meses de relações sexuais regulares desprotegidas. Com a evolução da ciência e da medicina, foram criadas técnicas que buscam solucionar esse problema, denominadas como Técnicas De Reprodução Assistida, que são variadas formas de intervenções clínicas possibilitam a reprodução humana medicamente assistida.

Através da técnica de Reprodução Assistida conhecida como fertilização *in vitro*, houve a possibilidade da criação do “bebê-medicamento”, que se conceitua como uma técnica utilizada pelo casal, que sofre com uma enfermidade de um filho, e decide gerar um bebê em uma tentativa de salvar o filho acometido pela doença mortal. O procedimento consiste em utilizar a técnica da fertilização *in vitro* e o diagnóstico genético pré-implantacional para gerar um embrião sem a doença, que seja compatível com o irmão, para poder doar células-tronco ou medula óssea na tentativa de salvar o irmão enfermo.

No entanto, o Brasil ainda não dispõe uma legislação específica sobre o bebê-medicamento, de forma que, existe uma direta discordância entre o princípio do planejamento familiar e da dignidade do bebê que não possui um fim em si.

Atentando-se a tais inquições, indaga-se: o, “bebê-medicamento” possui sua dignidade relativizada em decorria a autonomia familiar? E, de que forma poderia ser realizada uma legislação que pudesse ponderar sobre a liberdade ao planejamento familiar e a dignidade do bebê-medicamento?

Com o intuito de responder os questionamentos, foram elaborados quatro tópicos. Primordialmente, no primeiro tópico, serão abordados quanto a origem da família e o direito planejamento familiar, bem como, a evolução da proteção familiar.

Em momento posterior, especialmente no segundo tópico, será analisado, quais os métodos de reprodução medicamente assistida disponíveis no Brasil e como são regulamentadas pelo Conselho Federal de Medicina.

Ulteriormente, no terceiro tópico, será analisado como o instituto do bebê-medicamento é tratado no sistema brasileiro, bem como, quais países utilizam e regulamentam a técnica.

Finalmente, no último tópico, será averiguada a necessidade de ponderação entre o planejamento familiar e a dignidade do bebê, quais direitos da criança podem ser violados com a prática e de que forma poderia se proteger o bebê sem ferir os princípios constitucionais voltados a família. Por fim, será discursada a conclusão obtida com a presente pesquisa.

A elaboração do artigo se amparou no método de análise dedutiva, observando a literatura e as legislações que versam sobre o tema, utilizando os dadores de pesquisa Google Scholar, Scielo Brasil e PubMed, para a consulta de livros digitais e artigos científicos íntegros, também serão consultados alguns sítios eletrônicos confiáveis, mormente o Diário da República. Bem como a análise de casos concretos para levantar hipóteses e discussões acerca do tema em evidência.

2 DA FAMÍLIA E O PLANEJAMENTO FAMILIAR

A família constitui a base do desenvolvimento humano, é através dos laços afetivos que as pessoas constroem desde seu nascimento que permitem o desenvolvimento e a evolução da sociedade. Quando o indivíduo nasce, o primeiro ambiente socializador que participa é a família, que comumente serve como base para sua formação como um sujeito integrante da sociedade (BIET E SOARES, [s.d./]). Contudo, nem sempre o enfoque da família foi o afeto e zelo entre os pares, pois as relações eram baseadas exclusivamente na sobrevivência e no trabalho promovido pelo grupo.

Ocorre que, nem sempre o enfoque da família foi o afeto e zelo entre os pares, as relações eram baseadas exclusivamente na sobrevivência e no trabalho promovido pelo grupo, ocorre que com o decorrer dos tempos essa perspectiva evoluiu, especialmente com

o advento do cristianismo que “levou o casamento a sacramento. O homem e a mulher selariam a união sob as bênçãos do céu e se transformariam em um único ser físico, e espiritualmente, de maneira indissociável”. (BARRETO, 2012, v. 2, p. 205). De forma que o objetivo da constituição de uma família tornou-se expandir a prole.

A partir deste momento, o ordenamento jurídico brasileiro se preocupou em regulamentar sobre as relações familiares, o Código Civil de 1916 dispusera em seu artigo 233, que o marido seria o chefe da sociedade conjugal, competindo a ele diversos deveres, como representar e garantir o sustento da família (BRASIL, 1916). Posteriormente, o Código Civil de 2002, cuidou em regulamentar sobre a igualdade entre esposo e esposa, embasado na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Outrossim, a entidade família tem enorme relevância para o direito, visto que ela resguarda os direitos e garantias desde a concepção até o fim da vida de quem a integra e garante o direito da sucessão aos herdeiros (BRASIL, 1916).

Neste sentido, a história vem demonstrando o principal papel da família, procriar e aumentar sua descendência, conservar seus bens e deixar um legado. Este novo modelo de família iniciou-se a partir do século XIX, precedido pelas Revoluções Francesa e Industrial, quando, àquela época, o mundo vivia em constante processo de crise e renovação (BARRETO, 2012).

A partir deste momento, a família passou a trazer, além da garantia de segurança, afeto entre seus entes, sendo que atualmente, além da proteção familiar, o Estado busca garantir aos cidadãos autonomia para decidir como será constituída a estirpe. Assim, a Constituição da República, em seu artigo 226, § 7 assegura que:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 1988).

Bem como, esta premissa é reforçada no Código Civil de 2002, especialmente no artigo Art. 1.565 § 2º, que afirma que o Estado deve proporcionar recursos para garantir o direito ao planejamento familiar. Pereira (2021, p. 182) afirma que “A liberdade de constituição de família tem estreita consonância com o princípio da autonomia da vontade, pois diz respeito às relações mais íntimas do ser humano, cujo valor supremo é a busca da felicidade”. Desta forma, nota-se que o Estado, em respeito aos princípios constitucionais de Liberdade, Dignidade e função social da família, busca não interferir na forma que os indivíduos escolhem formar sua linhagem.

Deste modo, é possível averiguar que a instituição família está em constante mudança, de forma que o Estado busca acompanhar essa evolução, promovendo dignidade e liberdade aos seus tutelados. Contudo, o Estado possui dificuldades ao acompanhar todos os ciclos de evolução da sociedade, por essa razão, busca interferir minimamente no núcleo familiar, proporcionando recursos e deixando os indivíduos constituírem a sua família de modo que acreditam ser correto, com base nos princípios elencados em sua Carta Magna.

2.1 REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

Atualmente, a concepção de filhos para muitos ainda é um desejo intrínseco, mas que nem sempre pode ser realizado de maneira natural. Muitos são os motivos da infertilidade conjugal, atualmente ela “atinge aproximadamente 8 a 15% dos casais, independente dos fatores socioeconômicos ou culturais. Apesar de o fator masculino representar até 50% das causas de infertilidade” (PASQUALOTTO, 2007, p.104). em decorrência da impossibilidade de gestar de forma costumeira, os casais, para realizar seus objetivos, vem buscando novos meios de reprodução.

Conforme expõe a Organização Mundial da Saúde (2023, p.11) “a infertilidade é uma doença do sistema reprodutor masculino ou feminino, definida pela incapacidade de conceber uma gravidez após 12 meses ou mais de relações sexuais regulares desprotegidas”. Os pais tentantes, ou seja, aqueles que estão em busca de gerar um filho, se veem frustrados após inúmeras tentativas sem resultados, de forma que buscam soluções médicas na tentativa de sanar o problema. Outrossim, a OMS classifica a infertilidade como doença, estando descrita na Classificação Internacional de Doenças (CID-10).

Com a evolução da ciência e da medicina, foram criadas técnicas que buscam solucionar os problemas de infertilidade, denominadas como Técnicas De Reprodução Assistida, que são intervenções clínicas ou cirúrgicas que possibilitam a reprodução humana medicamente assistida, sendo que a atualmente essas técnicas podem ser realizadas de diversas formas distintas.

As TRAs podem ser classificadas em: a) intracorpóreas: a inseminação artificial, que é o método pelo qual se insere o gameta masculino no interior do aparelho genital feminino, possibilitando

a fecundação dentro do corpo da mulher (...). b) extracorpóreas: a fertilização in vitro (FIV), pela qual se recolhem o óvulo e o espermatozoide, faz-se a fecundação fora Revista da EMERJ, v. 13, nº 50, 2010 351 do corpo humano em um tubo de ensaio ou mídia de cultivo (daí a denominação bebê de proveta) sendo, posteriormente, o óvulo fecundado (embrião) transferido para o útero materno. c) homólogas: utilizam-se os gametas do próprio casal; d) heterólogas: utilizam-se gametas masculino ou feminino, ou ambos de doadores (SOUZA, 2010, p. 350).

Ocorre que as técnicas de reprodução assistida, indubitavelmente, trouxeram avanços na medicina e esperança aos casais que anteriormente não podiam ter filhos. Contudo, surgiram muitas dúvidas acerca das técnicas, especialmente quanto a limitação da manipulação genética. Neste sentido, argumentam Cardin, Cazelatto e Guimaraes:

Há ainda a cessão temporária de útero ou maternidade de substituição, técnica pela qual um casal vale-se da fertilização in vitro, seja ela homóloga ou heteróloga, para a concepção de um embrião a ser implantado no útero de outra mulher, (CARDIN et al., 2015, p. 79-93) o *assisted-hatching* (“eclosão assistida” – em tradução livre), por sua vez, consiste na técnica de micromanipulação para facilitar a saída do embrião e a sua adesão ao útero (MATERPRIME, 2017) e, por fim, o diagnóstico genético pré-implantatório, que é a micromanipulação genética com o fito de selecionar os embriões geneticamente saudáveis, ou seja, sem alterações cromossômicas ou com adulterações relativas a doenças hereditárias (CARDIN, CAZELATTO E GUIMARAES, 2018, p. 171).

Neste sentido, o Conselho Federal de Medicina, buscou sanar as dúvidas quanto ao uso dessas técnicas de reprodução, através da Resolução 2.168/2017 esclareceu sobre diversas dúvidas

quanto a técnica, como a idade máxima das tentantes, as limitações da técnica, como não poder ser utilizada para selecionar características biológicas do filho, e quanto ao número de embriões a serem transferidos a depender da idade das mulheres que se submeterem ao tratamento.

Em suma, a evolução da medicina possibilitou traçar novos caminhos para as pessoas que possuíam o desejo intrínseco de gerar seus filhos, mas que eram impossibilitados por conta da infertilidade, que acomete grande parte da população brasileira. Contudo, com as novas técnicas de reprodução humana assistida esse problema diminuiu, contudo com ele surgiram questionamentos acerca do limite que os procedimentos possuem, de forma a indagar a quantidade de embriões que podem ser produzidos, bem como a destinação correta deles, ou ainda, os limites da manipulação genética que os embriões podem vir a sofrer. São questionamentos que em grande parte ainda são um caminho desconhecido, de forma que a cada caso concreto vem se esclarecendo os limites e possibilidades da técnica.

2.2 DO INSTITUTO DO BEBÊ-MEDICAMENTO NO BRASIL

A técnica do “bebê-medicamento”, trouxe nossas possibilidades as famílias que possuíam um filho enfermo e sem perspectiva de cura. O procedimento trouxe uma possibilidade real, mas questionada por muitos juristas e estudiosos, de forma a averiguar as complexidade éticas e legais da técnica.

Conforme menciona Moraes (2019, p. 71) “cabe aos pais zelar pela formação moral, material, espiritual e intelectual dos filhos menores e/ou incapazes, e esse dever está vinculado à ‘pater-

nidade responsável’. Contudo, ao viés deste entendimento, muito veem sendo questionado a prática do bebê-medicamento no Brasil.

Em um breve conceito, o bebê-medicamento uma “técnica” utilizada quando um casal, em decorrência de uma enfermidade de um filho, decide gerar outro em uma tentativa de salvar o filho doente, ocorre que o procedimento consiste em utilizar a técnica da fertilização *in vitro* para gerar um “embrião histocompatível com um irmão portador de uma patologia grave e, que necessite de transplante de células-tronco hematopoiéticas obtidas do cordão umbilical ou da medula óssea” (CARDIN, CAZELATTO E GUIMARAES, 2018, v. 13, p. 172).

É através da técnica FIV (fertilização *in vitro*), que teve sua estreia com na Inglaterra, através do nascimento da bebê Louise Brown em 25 de julho de 1978, que houve a possibilidade da criação do “bebê-medicamento”, também conhecido como “bebê da dupla esperança”, “bebê-salvador”, “bebê-doutor” ou “bebê-útil”.

Através deste método, busca-se selecionar um embrião saudável, que seja um possível doador, ademais, é necessário, na maioria dos casos, realizar o diagnóstico genético pré-implantacional. Cardin, Cazelatto e Guimaraes, (2018, v.13, p. 173) mencionam que o método “também conhecido como biópsia embrionária ou hibridização genômica comparativa, com objetivo evitar que embriões com alterações genéticas causadoras de doenças sejam transferidos ao útero da mãe”. A resolução 2.168/2017 do CFM, menciona que somente é possível realizar a seleção de embriões para evitar doenças no possível bebê a ser gerado, não podendo utilizar a técnica para selecionar qualquer outra característica biológica do futuro descendente.

O primeiro caso de um bebê que nasceu com o intuito de salvar seu irmão foi em 2010, no Colorado, estado dos Estados

Unidos, futuramente conhecido como caso Molly e Adam Nash. Molly nasceu com uma condição chamada anemia de Fanconi, que resumidamente poderia levá-la a ter diversas incidências de câncer durante sua vida. Como forma de evitar a morte iminente de Molly, foram produzidos embriões em laboratório e após selecionados foi realizado o diagnóstico genético pré-implantacional, para garantir que o bebê não nascesse com a doença, uma vez que ambos os pais carregavam o gene responsável pela enfermidade. Desta forma, veio ao mundo, em 2001, Adam, que doou para sua irmã parte de sua medula óssea, salvando a vida da Molly.

Ao analisar a perspectiva do receptor, aparenta ser uma bela técnica para tentar salvá-lo, o problema se torna evidente quando analisado pela ótica do bebê-doador, que mesmo antes do seu nascimento não teve um fim em si mesmo. Neste viés, em 2023 surgiu uma grande polêmica sobre o Príncipe Harry ser um bebê-medicamento, ao relatar em seu livro que “nasceu para ser uma fazenda de órgãos para seu irmão”, o príncipe narrou ainda que sabia desde o início que nasceu com o intuito de salvaguardar seu irmão, caso algo acontecesse:

Dois anos mais velho que eu, Willy era o Herdeiro, enquanto eu era o Sobressalente. Não era apenas como a imprensa se referia a nós - embora fosse definitivamente isso. Essa era uma abreviação frequentemente usada por papai, mamãe e vovô. E até a vovó. O herdeiro e o sobressalente - não havia julgamento sobre isso, mas também nenhuma ambiguidade. Eu era a sombra, o apoio, o Plano B. Fui trazido ao mundo para o caso de algo acontecer com Willy. Fui convocado para dar apoio, distração, diversão e, se necessário, uma peça sobressalente. Rim, talvez. Transusão de sangue. Mancha de medula óssea. Tudo isso ficou explicitamente claro para mim desde o início da jornada da vida e regularmente reforçado a partir de então. Eu tinha vinte anos quando ouvi pela primeira vez a história

do que papai teria dito a mamãe no dia do meu nascimento: Maravilhoso! Agora você me deu um herdeiro e um sobressalente - meu trabalho está feito. Uma piada. (DAVID, 2023, p. 21).⁵ (tradução nossa)

Ocorre que, muitos países regulamentam apenas sobre a técnica da Fertilização *in vitro*. A exemplo, no Reino Unido é possível realizar o diagnóstico genético pré-implantacional mesmo em casos de doenças não hereditárias. A Lei do Reino Unido sobre Fertilização Humana e Embriologia esclarece que a licença para testes pode ser concedida apenas para propósitos limitados, neste sentido menciona uma das hipóteses no seu artigo primeiro:

A Parte 1 (incluindo os Anexos 1 a 5) faz uma série de emendas à Lei de 1990 para considerar os desenvolvimentos científicos, refletir as mudanças nas atitudes sociais e atualizar a capacidade do HFEA de regular de acordo com os princípios de uma melhor regulamentação. 13. Para auxiliar o leitor da Lei, o Departamento de Saúde produziu um texto consolidado ilustrativo da Lei de 1990 conforme alterada. Ele está disponível no site do Ministério da Saúde. Isso inclui alterações feitas pelos regulamentos de 2007 e mostra o efeito das alterações feitas pela lei (UK, 2008).⁶ (tradução nossa)

5 Two years older than me, Willy was the Heir, whereas I was the Spare. This wasn't merely how the press referred to us—though it was definitely that. This was shorthand often used by Pa and Mummy and Grandpa. And even Granny. The Heir and the Spare—there was no judgment about it, but also no ambiguity. I was the shadow, the support, the Plan B. I was brought into the world in case something happened to Willy. I was summoned to provide backup, distraction, diversion and, if necessary, a spare part. Kidney, perhaps. Blood transfusion. Speck of bone marrow. This was all made explicitly clear to me from the start of life's journey and regularly reinforced thereafter. I was twenty the first time I heard the story of what Pa allegedly said to Mummy the day of my birth: Wonderful! Now you've given me an Heir and a Spare—my work is done. A joke.

6 Part 1 (including Schedules 1 to 5) makes a range of amendments to the 1990 Act to take account of scientific developments, to reflect changes in social attitudes and to update the HFEA's ability to regulate according to principles of better regulation.13. To assist the reader of the Act, the Department of Health has produced an illustrative consolidated text of the 1990 Act as amended. This is available on the Department of

Na França, o uso do bebê-medicamento é permitido desde 2006, quando foi aprovada a Lei de Bioética de 2004. Seu primeiro caso efetivo foi o bebê Umut-Talha, que nasceu 26 de janeiro de 2011, em Clamart (CHAPOY, 2011)

Em Portugal, a lei que regulamenta a reprodução medicamente assistida, foi aderida no ordenamento português em 2006, sendo que a lei portuguesa permite à possibilidade dos “bebês-medicamento”, contudo, em casos extraordinários. Em sua redação a lei especifica que o Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida irá “Deliberar caso a caso sobre a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida para seleção de grupo antígeno leucocitário humano compatível para efeitos de tratamento de doença grave” e acrescenta que as técnicas de PMA só poderão ser utilizadas “mediante diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras” (PORTUGAL, 2006).

No Brasil, o tema ainda é novo, a legislação que regulariza a técnica é a Resolução CFM Nº 2.320/2022 do Conselho Federal De Medicina, que além de mencionar a FIV, regulamenta a técnica de seleção de embriões para técnica do bebê-medicamento.

2. As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do Antígeno Leucocitário Humano (HLA) do embrião, no intuito de selecionar embriões HLA-compatíveis com algum irmão já afetado pela doença e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco, de acordo com a legislação vigente. (BRASIL, 2022)

Health website. This includes amendments made by the 2007 Regulations and shows the effect of the amendments made by the Act.

Sendo que no Brasil, já nasceu o primeiro bebê-medicação do país. Em 2015, Mateus veio ao mundo para salvar a vida de sua irmã Giovanna, que nascera com o tipo mais grave de anemia falciforme, uma doença que afeta a circulação do sangue e pode levar à morte (ABRASTA, 2017). Através das técnicas de fertilização *in vitro* e seleção de embriões, o médico Nelson Hamerschlag, do Hospital Albert Einstein analisou a carga genética de cada embrião até encontrar o ideal, Mateus através de suas células troncos oriundos de seu cordão umbilical, pode realizar transfusões de sangue para a irmã e ajudá-la no seu processo de cura.

Contudo, obstáculo enfrentando é a imensa lacuna na legislação, não se sabe quais os limites que podem ser considerados ao realizar a técnica, em qual momento se evidenciam prejudicados os limites éticos e morais quando um indivíduo vem ao mundo com o peso de ser salvador, não possuindo fim em si mesmo.

É importante analisar a proteção jurídica que os seres humanos, desde a concepção, possuem no ordenamento jurídico brasileiro. Os direitos da personalidade, para Sá (2021, p.70), são “as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior”. A teoria acerca de onde inicia a proteção do direito a personalidade se divide em três grupos, a Natalista, condicional e a concepcionista, sendo a última respaldada pelo código civil brasileiro, que menciona no seu artigo 2º que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002). Neste viés, Sá e Naves expõem as três principais teorias sobre onde inicia a proteção da personalidade do indivíduo:

Os natalistas (a) fazem surgir a personalidade do nascimento. Logo, nascituro não é pessoa, ainda que receba alguma proteção legal. Fundamentam, inclusive, que sua realidade biológica é distinta dos seres nascidos. Mas, para nós, esse argumento não passa de uma ontologização, uma vez que trazem os natalistas uma essência única para o ser humano, diferenciando-o daquele em formação. (...)A doutrina da personalidade condicional (b) defende o início da personalidade a partir da concepção, desde que a criança nasça com vida. Dessa forma, afirma-se que os efeitos da personalidade já existem, juridicamente, mas tais efeitos cessariam caso o nascituro nasça sem vida. Logo, os direitos já existiriam, mas o término de sua eficácia está subordinado ao nascimento sem vida, isto é, uma condição resolutiva de “nascer sem vida”. (...) Finalmente, pela doutrina concepcionista (c), a personalidade se inicia desde a concepção. O nascituro é pessoa, pois gerado, embora não nascido. Mais adiante, neste mesmo capítulo, voltaremos a tratar dessa doutrina por razões metodológicas (SÁ; NAVES, 2021, p. 115).

Com relação à proteção do embrião, em momento de vida extrauterina, Diniz argumenta que:

Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intrauterina tem o nascituro e na vida extrauterina tem o embrião, concebido in vitro, personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela in vivo ou in vitro (PL n. 699/2011, art. 2a. Recomendação n. 1.046/89, n. 7, do Conselho da Europa; Pacto de São José da Costa Rica, art. 4a, I; Resolução do CFM n. 1.957/2010, Seções IV, n. 3, V, VI), passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais (RT, 593:258) e obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida (CC, art. 1.800, § 3a) (DINIZ, 2012, p. 222).

Ademais, é cristalino a proteção que o ordenamento jurídico respalda sobre as crianças e adolescentes, não contrassenso, visto que são o futuro da humanidade. Dentre os mais importantes princípios voltados as crianças está o princípio da dignidade da pessoa humana, que protege a ideia de autonomia, valor, igualdade e liberdade do sujeito. Outrossim, não menos importante, tem se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, trazendo um olhar de que são sujeitos em desenvolvimento, e conforme Pereira (2021, p. 176) “merecem proteção integral, tem absoluta prioridade sobre os outros sujeitos de direitos”.

Neste sentido, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, em seu segundo princípio, menciona que:

A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança. (ONU, 1959)

Contudo, a proteção integral a criança é disposta em diversos outros princípios, como o princípio da afetividade, que aduz sobre a necessidade de cuidado, proteção e a assistência para com a criança, ademais, outro princípio de relevante acerca do tema é o princípio da paternidade responsável.

Em resumo, é possível analisar os dois lados do procedimento, de forma que se vislumbra a perspectiva do receptor, que em muitos casos obtém êxito e consegue sua cura, e do outro o indivíduo que nasce para ser doador, como é o caso do Príncipe Harry, que desde sua infância sabe que caso seja necessário, pre-

cisará, por pressão familiar, doar parte de si em prol da vida do irmão. Outrossim, embora a técnica já seja realidade no Brasil, ainda existe a necessidade de regulamentá-la, o que poderia ser feito com base em países que já possuem legislação pertinente acerca da técnica, como na França, Portugal e Reino Unido

3 A NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO ENTRE A DIGNIDADE DO BEBÊ-MEDICAMENTO E O PLANEJAMENTO FAMILIAR

No Brasil ainda não se vislumbra uma legislação específica sobre o bebê-medicamento, de forma que, existe uma direta discorância entre o princípio do planejamento familiar e da dignidade da pessoa humana, quando se trata do bebê-medicamento, visto que, quando se trata do nascituro, não teve autonomia sobre o próprio corpo para decidir se queria ou não ser submetido a procedimentos em prol de uma vida aquém. Ademais, quem decidirá por ele serão seus pais, que possuem interesse direto nos procedimentos, em prol da sua prole.

A técnica de gerar um filho premeditadamente com o fim de salvar a vida do outro, evidencia uma possível violação da dignidade da pessoa humana, visto que o bebê não vem ao mundo com uma finalidade em si mesmo, colocando em risco sua integridade física e psíquica. Questionando se os pais, ao aderirem à técnica, estão exercendo de forma responsável a parentalidade, sem violar os direitos personalíssimos da criança, bem como o dever de cuidado.

Neste sentido, Moraes (2019, p. 227) compreende que a técnica do bebê-medicamento “acaba por coisificar a pessoa, por mais que a finalidade seja altruística por parte dos pais, e o amor um

pai ou de uma mãe (de verdade) é capaz de dar a própria vida para salvar um filho”. Por outro lado, Freddie e Batista (2017) argumentam que o bebê-medicamento “não é visto como uma cobaia para uma técnica medicinal e sim como um ser que proporciona a chance de cura de um ente familiar, podendo futuramente se orgulhar, ou não, tendo em vista que é algo extremamente subjetivo”, de forma contrária ao pensamento supracitado, LOUREIRO (2009, p. 31) menciona que:

A instrumentalização do ser humano e, precisamente do embrião, e seu uso como mero meio, é avesso ao que reza o principialismo personalista. Trata-se de uma visão antropológica considerar o homem um fim absoluto. Logo, o embrião, sob a visão antropológica, é um fim absoluto e não deve ser coisificado, não deve ser tratado como meio

Desta forma, é cristalino que o entendimento doutrinário brasileiro acerca do tema ainda é possui uma linha majoritária de entendimento, de forma que os juristas se mostram divididos acerca dos impasses éticos e legais da técnica.

Desta forma, seria proveitoso considerar a necessidade de intervenção direta do Estado, que através de uma regulamentação, poderia promover uma supervisão do procedimento, visando o melhor interesse do menor, evitando que este sofra em decorrência a procedimentos invasivos e garantindo que a criança possua assistência em todo seu desenvolvimento, ao mesmo tempo que proteja aos interesses e liberdade da família.

Para que a ingerência seja realizada de maneira eficiente com base nos princípios de liberdade familiar e melhor interesse do menor, seria válido utilizar como inspiração as medidas de países que já praticam a técnica, como nos Estados Unidos da América, em que, por falta de regulamentação sobre o tema, insti-

tiu um órgão responsável por fiscalizar a técnica, conhecido como “Departamento de Saúde e Serviços Humanos (OLIVEIRA, 2017). Outrossim, uma regulamentação acerca do assunto poderia facilitar nos casos concretos a ponderação entre o planejamento familiar e preservar o bebê-medicamento, em seus aspectos físicos e mentais, de forma que esse possa ajudar o irmão e ainda ter um fim em si mesmo, levando a ser protegido pelo Estado quando seus pais em momento de sofrimento não conseguem fazê-lo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Denota-se, que o Estado, em respeito aos princípios constitucionais de Liberdade, Dignidade e Função social da família, age de forma a não interferir nas escolhas familiares, cabendo aos indivíduos escolherem sobre os próprios meios de reprodução, como no caso das reproduções medicamente assistidas. Neste sentido, o Conselho Federal de Medicina, buscou sanar as dúvidas quanto ao uso dessas técnicas de reprodução, através da Resolução 2.168/2017 que esclareceu sobre diversas dúvidas do que poderia ou não ser permitido quanto ao uso do método.

De forma cristalina é possível observar que a proteção integral a criança é disposta em diversos princípios constitucionais, como o princípio da afetividade, proteção e a assistência para com a criança e o princípio da paternidade responsável.

Contudo, a técnica de gerar um filho premeditadamente como tentativa de salvar a vida do outro, demonstra uma possível violação da dignidade da criança, visto que o bebê não vem ao mundo com uma finalidade em si mesmo, colocando em risco sua integridade física e psíquica. Desta forma, questiona-se se o instituto do bebê-medicamento não coisifica o bebê e se os pais

que escolhem a técnica, estão exercendo de forma responsável a parentalidade, sem violar os direitos personalíssimos da criança, bem como o dever de cuidado.

Outrossim, poderia se considerar necessária a intervenção direta do Estado, através de uma regulamentação, para promover supervisão quanto aos procedimentos que possam colocar os direitos personalíssimos do bebê em risco, bem como, seus aspectos físicos e mentais, visando o melhor interesse do menor, evitando que este sofra em decorrência a procedimentos invasivos e garantindo que a criança possua assistência do Estado em todo seu desenvolvimento, especialmente quando seus pais em momento de sofrimento não conseguem fazê-lo, ao mesmo tempo que proteja aos interesses e liberdade da família.

REFERÊNCIAS

ABRASTA. **Irmão compatível salva a vida de menina com doença grave**. Associação Brasileira de Talassemia. Brasil. 2017. Disponível em: <https://abrasta.org.br/noticias/irmao-compativel-salva-a-vida-de-menina-com-doenca-grave/> Acesso em: 19 abr. 2023

BARRETO, Luciano Silva. Evolução Histórica e Legislativa Da Família. In: **Curso 10 Anos do Código Civil**: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. 2 v. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 13). Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_205.pdf. Acesso em: 19 abr. 2023.

BIET, Beatriz Pereira. SOARES, **Hellen Conceição Cardoso**. **A importância da família no processo de desenvolvimento da aprendizagem da criança**. [s.d.] Faculdade Atenas. Disponível em: http://www.atenas.edu.br/uniatenas/assets/files/magazines/15__A_IMPORTANCIA_DA_FAMILIA_NO_PROCESSO_DE_DESENVOLVIMENTO_DA_APRENDIZAGEM_DA_CRIANCA.pdf> Acesso em: 22 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 19 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 18 abr. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 abr. 2023.

BRASIL. Resolução CFM Nº 2.320/2022. **Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf. Acesso em: 18 abr. 2023.

BRASIL. Resolução CFM Nº 2.168/2017. **Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida**. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 01 maio 2023

CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; GUIMARÃES, Nádia Carolina Brencis. **Do bebê-medicamento sob o enfoque do biodireito e da bioética**. In: Revista Meritum. Universidade FUMEC. Belo Horizonte. v. 13. n. 1. p. 169-195. Jan/Jun. 2018. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/5878>. Acesso em: 19 abr. 2023.

CHAPOY, Annick. **The country ‘s first ‘saviour sibling’ is a ‘double-hope baby’**. Healthcare-in-europeia. France. 2011. Disponível em: <https://healthcare-in-europe.com/en/news/france-the-country-s-first-saviour-sibling-is-a-double-hope-baby.html>. Acesso em: 19 abr. 2023

DAVID, Henry Charles Albert. The Duke of Sussex. **SPARE**. Ebook isbn 9780593593813 . United , New York. 2023

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

FREIRE JÚNIOR, Aluer Baptista; BATISTA, Lorraine Andrade. **Bebê medicamento: Aspectos jurídicos e éticos**. IN: Revista Edu-

cação, Meio Ambiente e Saúde, vol. 7, n. 2, p. 21-22, abr./jun. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71586/aspectos-eticos-e-legais-em-face-do-bebemedicamento>. Acesso em: 12 maio 2023.

Human Fertilisation and Embryology. **ACT 2008**. Elizabeth II - Chapter 22. UK Stationery. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/notes>. Acesso em: 19 abr. 2023.

LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. **Introdução ao biodireito**. São Paulo. Saraiva 2009. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp011953.pdf>. Acesso em 01 maio 2023.

OLIVEIRA, Leonardo Vasconcelos Guarino de. **A eugenia Fraternal: uma releitura do instituto do bebê medicamento**. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Autónoma de Lisboa. Orientadora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas. Lisboa, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/3990/1/Dissertac%c-c%a7a%cc%83o%20-%20final.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2023.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. 1959. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm. Acesso em: 25 mar. 2023.

PASQUALOTTO, Fábio Firmbach. Investigação e reprodução assistida no tratamento da infertilidade masculina. **Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia**, v. 29, n. 2, p. 103–112, fev. 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0100-72032007000200008>. Acesso em: 18 abr. 2023.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2021.

PORTUGAL. Lei n.º 32/2006, de 26 de julho. **Procriação medicamente assistida**. Presidente da Assembleia da República. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/32-2006-539239>. Acesso em: 18 abr. 2023.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito** [recurso eletrônico]. 5. ed. Indaiatuba, São Paulo, Editora Foco, 2021.

SOUZA, Marise Cunha. **As Técnicas de Reprodução Assistida**. A Barriga de Aluguel. A Definição da Maternidade e da Paternidade. Bioética. Revista da EMERJ, v.13, n.50, 2010, p 350-351. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf. Acesso em: 19 abr. 2023.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. prefácio Edson Fachin. 2. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2021.

MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida**. 1. ed. Forense. São Paulo. Método. 2019.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Infertility prevalence estimates, 1990-2021**. Geneva. 2023. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/978920068315>. Acesso em 01 maio 2023.

CAPÍTULO 6

A REGULAMENTAÇÃO DAS MÍDIAS VS LIBERDADE DE EXPRESSÃO: A UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO CONTROLE MIDIÁTICO E OS RISCOS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

*MEDIA REGULATION VS FREEDOM OF SPEECH:
THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN MEDIA
CONTROL AND THE RISKS TO FREEDOM OF SPEECH*

ALYSSON VITOR DA SILVA¹
GIOVANNA VIEIRA²

RESUMO: Na contemporaneidade, a inteligência artificial influencia diretamente nos direitos fundamentais, como a liberdade de expressão. O objetivo deste artigo é de avaliar até onde vai o direito de liberdade de expressão, e como ele pode ser ferido pela regulamentação das mídias por meio da inteligência artificial. Por meio desta pesquisa foi concluído que para que haja uma harmonia entre a tecnologia e a garantia dos direitos, é preciso que a inteligência artificial seja programada de forma transparente e ética, sendo constantemente supervisionada por especialistas na área.

Palavras-chave: Regulamentação das Mídias. Inteligência Artificial. Liberdade de Expressão.

ABSTRACT: Currently, artificial intelligence directly influences fundamental rights, such as freedom of speech. The purpose of this article is to assess how far the right to freedom of speech goes, and how it can be harmed by the regulation of the media through artificial intelligence. Through this research, it was concluded

1 Mestre em Processo Civil pela Universidade Paranaense. Graduado pela Universidade Paranaense. Docente do curso de Direito da PUCPR – Câmpus Toledo, Procurador Jurídico do município de Toledo – PR. E-mail: Alysson.vitor@pucpr.br

2 Acadêmica do 3º período do curso de Direito pela PUCPR. E-mail: v.giovanna@pucpr.edu.br

that in order for there to be harmony between technology and the guarantee of rights, artificial intelligence must be programmed in a transparent and ethical way, being constantly supervised by specialists in the field.

Keywords: Media Regulation. Artificial intelligence. Freedom of speech.

1 INTRODUÇÃO

Com os avanços da tecnologia, a inteligência artificial (IA) tem sido amplamente utilizada para diversos fins, tais como artísticos, acadêmicos, no auxílio de pesquisas e até mesmo na gestão e controle de mídias ao redor do mundo. No Brasil, a IA já tem sido empregada para monitorar a disseminação de informações falsas e conteúdos na internet, com a finalidade de garantir a segurança nacional e a preservação da ordem pública. Todavia, o uso da referida no controle das mídias no país suscita questões importantes sobre a liberdade de expressão e a possibilidade de censura ou de um controle social.

Consequentemente, releva analisar a relação entre a inteligência artificial, o controle de mídias no Brasil e sua relação com a liberdade de expressão, investigando em que medida esse controle pode ser considerado censura e quais são os limites legais e constitucionais para a utilização da IA nesse contexto, além dos aspectos diversos jurídicos relacionados à liberdade de expressão, à privacidade e à proteção de dados, bem como a legislação específica que regula o uso da IA no país.

Em conclusão, é de suma importância analisar aspectos tanto técnicos e de algoritmos relacionados a inteligência artificial

quanto seus aspectos culturais, e como a tecnologia funciona na prática ou melhor, deveria funcionar.

2 A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A inteligência artificial (IA) tem exercido um papel progressivamente mais importante no controle de mídias no Brasil, trazendo benefícios significativos para a sociedade. Um dos centrais benefícios da tecnologia é a capacidade de processar grandes volumes de dados de maneira célere e precisa. Na área do controle de mídias, isso tem auxiliado na identificação e monitoramento de informações falsas, notícias tendenciosas e discursos de ódio. Algoritmos de IA podem ser treinados para analisar o conteúdo das notícias, identificar padrões e detectar manipulações, oferecendo uma abordagem mais eficaz para combater a desinformação.

Ronaldo Lemos (2023) enfatiza o potencial da IA para combater a desinformação, proporcionar a diversidade e fortalecer os mecanismos de regulação da mídia. Ele destaca como a análise de grandes volumes de dados e o uso de algoritmos podem ajudar a identificar notícias falsas e discursos de ódio, bem como a promover uma mídia mais inclusiva e representativa.

Contudo, Lemos (2023) além disso ressalta a importância de garantir a transparência e a responsabilização dos sistemas de IA assegurando que as decisões tomadas por essas tecnologias sejam descomplicadas e respeitem os direitos fundamentais, como a privacidade e a liberdade de expressão.

Estas problemáticas apresentadas tem despertado debates importantes sobre liberdade de expressão, controle social e até mesmo censura. De um lado, a IA é vista como uma ferramenta eficaz para a identificação de conteúdos ilegais ou perigosos na

internet, como discursos de ódio, desinformações e *fake news*. Porém, até que ponto este sistema de identificação e controle pode ser considerado constitucional?

O primeiro aspecto a ser abordado são os conceitos envolvidos. O escritor George Orwell (1949) descreve a censura como uma ferramenta de controle e opressão utilizada por regimes autoritários para manipular a verdade, silenciar vozes dissidentes e manter a população sob constante vigilância. Para Orwell, a censura é um instrumento que mina a liberdade de expressão, impede o acesso à informação verdadeira e restringe o pensamento crítico, resultando em uma sociedade manipulada e subjugada. Sua obra mais emblemática, “1984”, retrata esse cenário distópico no qual a censura é uma das principais ferramentas do poder opressivo.

Para Berlin, teórico social, filósofo e historiador, a liberdade de expressão é uma liberdade fundamental que garante a autonomia individual e protege o indivíduo contra a opressão. Ele defende a ideia de “liberdade negativa”, que se refere à ausência de coerção e restrições externas. A liberdade de expressão é vista como uma componente essencial dessa liberdade negativa, permitindo que as pessoas expressem suas opiniões, ideias e perspectivas sem medo de censura ou repressão. Berlin presumia a liberdade de expressão como um direito inalienável, fundamental para o funcionamento de uma sociedade livre e pluralista, onde as pessoas podem se engajar em debates abertos e troca de ideias sem restrições arbitrárias.

3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A Constituição Federal de 1988 estabelece a liberdade de expressão como um direito fundamental do cidadão brasileiro. No Artigo 5º, inciso IV, é garantido o direito a livre manifestação do

pensamento, entretanto, proibindo o anonimato. Ainda no Artigo 5º, no inciso V, é afirmado o direito de resposta proporcional a qualquer agravo, além de indenização por danos materiais, morais ou à imagem. Já no Artigo 5º, inciso VI, é protegida a inviolabilidade da liberdade de consciência, crença e o livre exercício dos cultos religiosos, com a devida proteção aos locais de culto e suas práticas religiosas. O Artigo 5º, inciso IX, assegura a expressão irrestrita da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, sem necessidade de censura ou licença prévia. E por fim, o Artigo 220 reafirma que a manifestação do pensamento, criação, expressão e informação, em qualquer maneira, processo ou meio, não serão restringidos, desde que observadas as disposições constitucionais.

É, contudo, importante destacar que esses direitos constitucionais não são absolutos e podem sofrer limitações legais, exatamente para a proteção dos direitos fundamentais de terceiros, a segurança nacional e a ordem pública. O desafio reside em equilibrar a proteção dos direitos individuais e coletivos com a garantia de um ambiente de liberdade de expressão robusto.

Robert Post (2013), renomado jurista e professor de direito constitucional na Universidade de Yale, oferece uma perspectiva importante no debate sobre o binômio liberdade de expressão x responsabilidade. Ele destaca a liberdade de expressão como um direito fundamental, mas também reconhece a necessidade de considerar a responsabilidade social ao exercê-lo.

Post (2013) argumenta que a liberdade de expressão não é absoluta e que deve haver limites quando o discurso causa danos graves ou apresenta riscos significativos para terceiros. Ele defende que a sociedade precisa encontrar um equilíbrio entre proteger a liberdade de expressão e evitar a disseminação de conteúdos prejudiciais.

Para Post (2013), o reconhecimento da responsabilidade social não implica em uma censura prévia ou no silenciamento de diferentes pontos de vista. Pelo contrário, ele enfatiza que é fundamental permitir um debate robusto e uma variedade de opiniões divergentes para promover uma democracia saudável. No entanto, ele argumenta que quando a expressão cruza a linha e causa danos graves, é legítimo impor restrições.

Uma das preocupações centrais de Post é a proteção dos direitos individuais, especialmente quando confrontados com discursos que incitam violência, discriminam grupos marginalizados ou violam a privacidade. Ele acredita que a responsabilidade social deve levar em consideração a proteção desses direitos, encontrando mecanismos adequados para responsabilizar aqueles que causam danos através da expressão.

É importante ressaltar que a abordagem de Post busca um equilíbrio delicado entre liberdade e responsabilidade. Ele reconhece a importância da liberdade de expressão como um pilar da democracia, mas também destaca a necessidade de garantir a proteção dos indivíduos e a promoção do bem-estar social. Sua perspectiva contribui para o enriquecimento do debate sobre como conciliar esses princípios em um contexto complexo e em constante evolução.

Em jurisprudência, o STJ já deixou claro sua posição de que a liberdade de expressão não é um direito absoluto e que há sim limites e restrições que devem ser seguidos.

Conforme a jurisprudência desta Corte, “a liberdade de expressão, compreendendo a informação, opinião e crítica jornalística, por não ser absoluta, encontra algumas limitações ao seu exercício, compatíveis com o regime democrático, quais sejam: (I) o compromisso ético com a informação verossímil; (II) a preservação dos chamados direitos da

personalidade, entre os quais incluem-se os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade; e (III) a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (animus injuriandi vel diffamandi)” (REsp n. 801.109/DF, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 12/6/2012, DJe de 12/3/2013). (AgInt no AREsp n. 2.222.065/GO, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 8/5/2023, DJe de 12/5/2023.)

Visto que, a liberdade de expressão pode ter sim restrições, um dos perigos do controle de mídia ser realizado por um programa de inteligência é a possibilidade de censura e restrição indevida dessa liberdade. Junto com o surgimento da inteligência artificial inteligente surgem questões complexas sobre a responsabilidade por ações prejudiciais tomadas por esses sistemas.

O artigo “A Influência da Inteligência Artificial nos Direitos Humanos e nos Processos Jurídicos” de Mirian Francine Colares Costa Cezare e Thales de Társis Cezare, (2020) aborda o impacto da inteligência artificial (IA) no âmbito dos direitos humanos e no sistema jurídico. Essa temática é de extrema relevância, considerando o rápido avanço da IA e seu crescente papel na tomada de decisões jurídicas.

Os autores expõem sobre como a IA pode afetar os direitos humanos, tanto positivamente quanto negativamente. Por um lado, a IA pode ser utilizada para aprimorar o acesso à justiça, acelerar o processamento de casos e melhorar a eficiência dos tribunais. Ademais, algoritmos de IA podem auxiliar na identificação de possíveis vieses e desigualdades no sistema judiciário, promovendo uma maior equidade e imparcialidade.

Entretanto, Mirian e Thales (2020) também destacam os desafios e preocupações relacionados ao uso da IA nos processos

jurídicos. Por exemplo, a falta de transparência nos algoritmos de IA pode dificultar a compreensão e contestação das decisões tomadas. Além disso, existe o risco de discriminação algorítmica, em que os modelos de IA reproduzem preconceitos e desigualdades já presentes na sociedade.

Isso pode abranger a definição de padrões de transparência, responsabilidade e prestação de contas para os sistemas de IA utilizados nos processos jurídicos.

No geral, Mirian e Thales (2020) abordam uma visão crítica e reflexiva sobre a influência da IA nos direitos humanos e nos processos jurídicos. Ele destaca a importância de um equilíbrio entre a utilização da IA para aprimorar o sistema jurídico e garantir a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Outra questão importante é sobre como determinar quem é responsável por danos causados por esse IA ou ainda, quem seria responsável por programá-lo são desafios ainda em debate.

4 O CONTROLE DAS MÍDIAS

Em “The Liability of Internet Intermediaries” de Oren Bracha e Frank Pasquale (2018), discute a responsabilidade legal dos intermediários da Internet, como provedores de serviços online e plataformas de mídia social. No contexto da inteligência artificial (IA), a questão da responsabilização se torna ainda mais complexa, uma vez que a crescente presença da IA nessas plataformas as leva a tomar decisões e realizar ações que afetam os usuários. Essas ações podem incluir recomendações personalizadas, moderação de conteúdo e filtragem de informações.

No entanto, determinar quem é responsável por essas ações torna-se desafiador. Bracha e Pasquale (2018) exploram os dife-

rentes papéis e responsabilidades dos criadores, programadores e operadores de sistemas de IA. Eles destacam a necessidade de um quadro jurídico e ético que leve em consideração a interação complexa entre humanos e IA, a distribuição de responsabilidade e os impactos nas liberdades individuais.

A questão da responsabilização da IA também está relacionada à falta de transparência e compreensibilidade dos algoritmos e processos de tomada de decisão. Os autores ressaltam a importância de garantir que os sistemas de IA sejam projetados de forma ética e que as pessoas afetadas tenham acesso a mecanismos de recurso adequados.

Em suma, a complicada questão da responsabilização por ações realizadas por inteligência artificial, destaca a necessidade de um quadro legal e ético que leve em consideração as especificidades da IA e seus impactos na sociedade.

Ryan Calo (2015) ao tratar extensivamente sobre responsabilidade e ética na IA em seu artigo “Robotics and the Lessons of Cyberlaw” (2015), argumenta que a responsabilidade deve ser distribuída entre várias partes envolvidas, incluindo criadores, programadores e usuários. Calo explora as implicações legais e éticas da robótica, aplicando lições aprendidas no campo do direito cibernético e ainda examina como as questões legais e regulatórias que surgiram com o advento da Internet podem ser aplicadas ao campo da robótica. Ele destaca as semelhanças entre os dois domínios, incluindo a natureza distribuída dos sistemas tecnológicos, as preocupações com privacidade e segurança, e as questões de responsabilidade legal.

É importante destacar que a responsabilidade legal e ética da IA é um tópico em constante evolução e não há consenso definitivo sobre como lidar com essas questões complexas. Autores

como Virginia Dignum em seu livro “Responsible Artificial Intelligence: How to Develop and Use AI in a Responsible Way” (2019) e Mireille Hildebrandt autora de “Smart Technologies and the End(s) of Law: Novel Entanglements of Law and Technology” (2015), argumentam que é necessário um diálogo interdisciplinar entre filosofia, direito, ética e tecnologia para desenvolver soluções adequadas que garantam a responsabilização em casos de danos causados por IA.

Wendell Wallach e Colin Allen (2010) em “Moral Machines: Teaching Robots Right from Wrong” abordam as questões éticas e legais relacionadas à inteligência artificial e à tomada de decisões éticas por máquinas.

No contexto jurídico, os autores exploram como a crescente presença da inteligência artificial em diversas áreas, incluindo o controle das mídias, apresenta desafios éticos e legais significativos. A necessidade de estabelecer diretrizes e regulamentações claras para garantir que as decisões tomadas pelas máquinas sejam éticas e respeitem os direitos dos indivíduos.

No caso específico do controle das mídias no Brasil, onde a inteligência artificial é cada vez mais utilizada para moderação de conteúdo e combate à desinformação, Wallach e Allen (2010) destacam a importância de considerar os princípios de liberdade de expressão e o respeito aos direitos humanos ao implementar essas tecnologias. Os autores incentivam uma abordagem equilibrada, que leve em conta não apenas a detecção de conteúdo prejudicial, mas também a preservação da diversidade de opiniões e o respeito aos direitos fundamentais dos usuários.

“Moral Machines: Teaching Robots Right from Wrong” mostra uma visão abrangente dos desafios éticos e legais que a

inteligência artificial tem trazido para os dias atuais e como eles se relacionam com a situação atual de controle das mídias.

Outro ponto relevante a ser considerado, é a concentração de poder nas mãos de poucos atores, o que pode resultar em viés na cobertura de notícias e na limitação do acesso a diferentes perspectivas e informações. Isso pode prejudicar a pluralidade de vozes, a democracia e a capacidade dos cidadãos de formarem opiniões informadas.

Em resumo, o controle de mídia excessivo e o ferimento da liberdade de expressão representam riscos significativos para a democracia e os direitos fundamentais. E é necessário encontrar um equilíbrio adequado entre a proteção de outros direitos e a garantia de um ambiente de liberdade de expressão vibrante e plural. O arcabouço legal, incluindo a Constituição Federal e leis específicas, juntamente com as decisões jurisprudenciais, desempenham um papel fundamental na proteção desse direito no Brasil.

Em “The Role of Media Control in North Korea”, Andrei Lankov (2011), examina o papel do controle de mídia na Coreia do Norte e seu impacto na sociedade e política do país. O autor, especialista em Coreia do Norte, analisa o sistema de propaganda e censura implementado pelo governo norte-coreano, destacando como essas práticas são fundamentais para manter o controle sobre a população. Através desta obra, é possível mensurar o perigo que é uma ferramenta tão poderosa quanto a Inteligência Artificial, estar sob um único controle e administração. A Constituição Federal de 1988 divide claramente os três poderes (executivo, legislativo e judiciário) por uma razão, a não concentração do Poder sobre a nação. Na Coreia do Norte, em um sistema totalitário, o controle das mídias está todo nas mãos do ditador, e é exatamente isso que

o Brasil como nação deve evitar, para que se garanta os direitos de todos os cidadãos.

Lankov descreve o sistema de mídia norte-coreano como um veículo de propaganda e controle social sem precedentes. O governo exerce um controle total sobre todas as formas de mídia, incluindo rádio, televisão, jornais e internet. Todas as organizações de mídia são controladas e financiadas pelo Estado, e seu principal objetivo é promover a narrativa oficial do regime e suprimir qualquer informação que possa desafiar o governo ou questionar sua legitimidade. O sistema de propaganda norte-coreano promove a personalidade e a imagem do líder supremo, retratando-o como um salvador e garantidor do bem-estar do país. Além disso, a propaganda enfatiza a necessidade de lealdade absoluta ao regime e promove uma visão distorcida do mundo exterior, retratando-o como hostil e ameaçador. A censura rigorosa que impede o acesso a informações externas e controla a circulação de notícias dentro do país. O governo proíbe o acesso a sites estrangeiros, reprime a posse de materiais de informação não autorizados e até mesmo instala rádios e televisões sintonizadas apenas em canais estatais nas residências dos cidadãos. A disseminação de informações independentes ou críticas ao regime é severamente punida.

O autor destaca que esse sistema de controle de mídia tem um papel crucial na manutenção do regime autoritário na Coreia do Norte e que a sua capacidade de controlar a informação é essencial para suprimir qualquer dissidência e garantir a estabilidade do governo. Além disso, a propaganda incessante e a desinformação propagada pelo governo moldam a percepção da população, criando um ambiente de conformidade e lealdade inquestionáveis.

Em seu livro “It’s Complicated: The Social Lives of Networked Teens”, danah boyd (2014) explora as complexidades

da moderação de conteúdo nas plataformas de mídia social, argumentando que a noção de autenticidade é moldada pelas estruturas de poder subjacentes e pelos algoritmos usados nessas plataformas. boyd (2014) argumenta que as decisões de moderação de conteúdo tomadas pelas plataformas têm um impacto significativo na transparência e responsabilidade das mesmas. Ela destaca que essas plataformas têm uma grande influência na maneira como as pessoas se envolvem com informações e conteúdo online, e suas políticas de moderação podem moldar a percepção pública e a liberdade de expressão.

boyd (2014) enfatiza a importância de fornecer aos usuários mais informações sobre como a moderação é realizada, os critérios utilizados e como os algoritmos são desenvolvidos. Ela argumenta que essa transparência é fundamental para criar um ambiente mais justo e confiável nas mídias sociais, onde os usuários possam entender e questionar as práticas de controle de conteúdo.

5 O EQUILÍBRIO

Diante destas informações, é importante que o uso da IA para o controle de mídias seja regulado de forma transparente e democrática, respeitando os direitos fundamentais e promovendo a participação da sociedade civil no processo de tomada de decisões. Um exemplo recente de regulamentação da IA no Brasil é a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que entrou em vigor em 2020 e estabelece regras para a coleta, processamento e compartilhamento de dados pessoais no país. A LGPD pode ser aplicada ao uso da IA para o controle de mídias, já que muitas das técnicas utilizadas pela IA envolvem o processamento de dados pessoais dos usuários da internet. Além da LGPD, existem outras leis e normas

que podem ser aplicadas ao uso da IA para o controle de mídias, como o Marco Civil da Internet, a Lei de Acesso à Informação e a Constituição Federal. No entanto, é preciso avançar ainda mais na regulamentação desse tema, a fim de garantir a proteção dos direitos fundamentais e o equilíbrio entre a liberdade de expressão e a segurança da sociedade. O projeto de lei Nº 2338, DE 2023, de Rodrigo Pacheco é um exemplo muito bom do tipo de regulamentação necessária para que a sociedade viva em harmonia com a tecnologia da AI. O projeto tem dois objetivos centrais, entre estes, estabelecer garantias para a proteção dos indivíduos e desenvolver mecanismos de governança, supervisão e controle. Conforme mencionado por Pacheco, um arranjo institucional de supervisão e fiscalização pode trazer previsibilidade na interpretação da lei, fornecendo segurança jurídica para aqueles que estão envolvidos na inovação e no desenvolvimento de tecnologia. O texto proposto dedica um capítulo inteiro à salvaguarda dos direitos das pessoas afetadas por sistemas de inteligência artificial. Entre os direitos estipulados, todas as pessoas afetadas terão o direito de acessar informações sobre como as decisões desses sistemas são tomadas, além de poder contestar decisões automatizadas e solicitar intervenção humana. Também será garantido o direito de corrigir qualquer viés discriminatório.

Ele ainda estabelece direitos aplicáveis em qualquer contexto em que haja interação entre seres humanos e máquinas. Por exemplo, em ambientes com tecnologia de reconhecimento facial, as pessoas devem receber informações adequadas. A regulação será orientada pelos riscos inerentes a cada aplicação específica. Outra medida importante é que todas as tecnologias de IA devem ser submetidas a testes antes de serem disponibilizadas comercialmente e precisam ser registradas oficialmente para fins de responsabilidade.

A autoridade competente terá a capacidade de realizar análises algorítmicas para avaliar o nível de risco envolvido.

Em suma, o uso da IA para o controle de mídias no Brasil é uma prática ainda sob estudo e que envolve uma série de riscos e desafios éticos, legais e constitucionais. É preciso regulamentar essa prática de forma transparente, democrática e segura, a fim de garantir a proteção dos direitos fundamentais e o equilíbrio entre a liberdade de expressão e a segurança da sociedade. Para que não haja a possibilidade de censura e restrição à liberdade de expressão, o que afetaria negativamente a democracia e a transparência no país.

Sendo assim, é de suma importância a transparência no uso da IA para o controle de mídias. É preciso que as técnicas e algoritmos utilizados sejam claros e acessíveis aos usuários da internet, a fim de garantir a prestação de contas e a responsabilização dos responsáveis pelo controle.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde os primórdios, o ser humano teve que aprender a conviver com a constante mudança/avanço na forma de viver, e hoje não é diferente. A tecnologia nunca para de avançar, e a sociedade tem acompanhado esse ritmo de evolução. O essencial é sempre visar a transparência e a ética no desenvolvimento dessas tecnologias. No caso da inteligência artificial, se programada por pessoas com boas intenções somente para auxiliar a vida em sociedade, pode ser uma grande ajuda na questão do controle das mídias e da disseminação de informações. Mas isso, somente quando utilizada de forma responsável e transparente.

Destarte, é importante que pesquisadores, doutrinadores e autoridades no campo do direito e da tecnologia estejam envolvidos na discussão e regulamentação do uso da IA no controle de mídias. Essas medidas contribuirão para garantir a transparência, a responsabilidade e a ética no desenvolvimento e aplicação da inteligência artificial no contexto das mídias brasileiras.

Com base em todas as informações apresentadas, é possível concluir que as medidas e intervenções relacionadas à Inteligência Artificial ainda são bastante abstratas devido à natureza dessa tecnologia ser relativamente nova e em constante evolução. No entanto, espera-se que futuras regulamentações considerem aspectos essenciais, como o estabelecimento de um diálogo interdisciplinar entre filosofia, direito, ética e tecnologia; a transparência e a responsabilização dos sistemas de IA; e, acima de tudo, a necessidade de encontrar um equilíbrio adequado entre a proteção de outros direitos e a garantia de um ambiente de liberdade de expressão vibrante e plural.

REFERÊNCIAS

BOYD, Danah. “It’s Complicated: The Social Lives of Networked Teens”. **Yale University Press**, 2014.

BRACHA, Oren e PASQUALE, Frank. “The Liability of Internet Intermediaries.” **The George Washington Law Review**, vol. 86, no. 2, 2018, pp. 450-498. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 09 de maio de 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 09 de maio de 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 09 de maio de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento no Agravo em Recurso Especial n. 2.222.065/GO**, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 8/5/2023, publicado no diário da justiça eletrônico de 12/5/2023.

CALO, Ryan. “Robotics and the Lessons of Cyberlaw.” **California Law Review**, vol. 103, no. 3, 2015, pp. 513-563. 2015

CASARIN, Júlio César. Isaiah Berlin: **afirmação e limitação da liberdade**, 2008.

CEZARE, Mirian Francine Colares Costa e CEZARE, Thales de Társis. A Influência Da Inteligência Artificial Nos Direitos Humanos E Nos Processos Jurídicos. **Revista Prospectus**, v. 2, n. 1, p. 149-158, Fev/Ago, 2020

DIGNUM, Virginia. Responsible Artificial Intelligence: How to Develop and Use AI in a Responsible Way. **Springer**; 1ª edição, 2019.

HILDEBRANDT, Mireille. Smart Technologies and the End(s) of Law: **Novel Entanglements of Law and Technology**. Edward Elgar Pub, 2016.

LEITE, Fernando Gallo. Inteligência artificial, direito e regulação: reflexões preliminares. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, v. 76, n. 2, p. 35-63, 2020.

LEMONS, Ronaldo. Harari e o medo das Inteligências Artificiais. **Coluna da semana de para Folha de S.Paulo**, 2023.

MIRANDA, Fernando Galvão de. A inteligência artificial e a regulação jurídica da proteção de dados pessoais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 24, n. 5886, 12 maio 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73670/a-inteligencia-artificial-e-a-regulacao-juridica-da-protecao-de-dados-pessoais>. Acesso em: 09 de maio de 2023.

POST, Robert. Constitucionalismo Democrático. **Siglo XXI**, 2013.

RODRIGUES, Luan. Inteligência artificial e o controle de conteúdo na internet: entre a liberdade de expressão e a regulação. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 22, n. 121, p. 87-102, maio./jun. 2020.

SILVA, Carolina Monteiro. Inteligência artificial e a proteção de dados pessoais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 26, n. 6355, 16 ago. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/93323/inteligencia-artificial-e-a-protecao-de-dados-pessoais>. Acesso em: 09 de maio de 2023.

ORWELL, George. **1984**. 1. ed. brasileira. Avis Rara – Farol Editorial, 2021.

WALLACH, Wendell e ALLEN, Colin. *Moral Machines: Teaching Robots Right from Wrong*. **Oxford University Press**, 2010.

A RESPONSABILIDADE CIVIL ANTE O ABANDONO AFETIVO INVERSO

CIVIL RESPONSIBILITY FOR INVERSE AFFECTIVE ABANDONMENT

MAÍSA NODARI¹

EDUARDA ENGELSING LEUBET²

MARIA EDUARDA PORTUGAL DA SILVA³

POLIANA THALITA DE OLIVEIRA⁴

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo expor uma problemática social, qual seja, o Abandono Afetivo Inverso presente nas relações familiares. Incontestável é o dever de cuidado que pertence aos ascendentes para com os descendentes, do mesmo modo que os filhos e filhas perante os seus pais. Havendo a ausência de desamparo e assistência, resta evidente a presença do Abandono Afetivo, que aborda justamente sobre quando o indivíduo não cumpre essa responsabilidade de cuidado e zelo. A responsabilidade civil trata-se do dever de uma pessoa, indenizar os danos que está causou a alguém. Desta forma, através de pesquisas junto à legislação brasileira, doutrinas e jurisprudências, será abordado como o Abandono Afetivo pode se enquadrar na esfera da responsabilidade civil, cujo gera o dever de reparar ante a ausência de compromisso

1 Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (2016). Pós-graduada em Direito lato sensu pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná (2009). Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil desde 2009. Professora adjunta do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná desde 2012. Pós-graduanda em Advocacia Cível pela EBRADI – Escola Brasileira de Direito. Email: maisa.nodari@pucpr.br

2 Graduanda do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: engelsinduda@outlook.com

3 Graduanda do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: mariaeduardaportugal08@gmail.com

4 Graduanda do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: poli6621@gmail.com

dos filhos (as) de cuidar de seus pais idosos e o dever de cuidado, compensando os danos causados perante à ausência de afeto e amor.

Palavras-chave: Abandono Afetivo. Estatuto do Idoso. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: The present study aims to expose a social problem, namely, Inverse Affective Abandonment present in family relationships. The duty of care that belongs to ascendants towards their descendants is indisputable, in the same way as sons and daughters towards their parents. In the absence of helplessness and assistance, the presence of Affective Abandonment remains evident, which addresses precisely when the individual does not fulfill this responsibility of care and diligence. Civil liability is a person's duty to compensate for the damage caused to someone. In this way, through research into Brazilian legislation, doctrines and jurisprudence, it will be addressed how Affective Abandonment can fall within the scope of civil liability, which generates the duty to repair the lack of commitment on the part of sons and daughters to take care of their parents. elderly people and the duty of care, compensating for the damage caused due to the absence of affection and love.

Keywords: Affective Abandonment. Statute of the Elderly. Civil Responsibility.

1 INTRODUÇÃO

O respectivo trabalho, busca conceituar o termo “família”, além de demonstrar seu principal objetivo, qual seja, o de proporcionar afeto, proteção, segurança e identidade social, dos pais para com seus filhos, e dos filhos para com os seus pais, especialmente na velhice.

No entanto, havendo o desamparo, estamos diante do Abandono Afetivo Inverso, um tema relativamente recente e que se refere justamente ao abandono dos ascendentes para com seus

descendentes. Nesse contexto, surge-se a possibilidade de indenização, que enseja reparar o dano causado pelo descaso.

Este tipo de abandono pode ter diversas causas, como a falta de tempo, a distância geográfica, a sobrecarga de responsabilidades ou o desinteresse emocional. Por sua vez, ocasiona graves consequências aos pais em fases mais avançadas, como a depressão, a solidão, o isolamento social, a falta de cuidados médicos e a exposição à riscos de saúde e segurança. Além disso, pode gerar um forte sentimento de rejeição e abandono, que pode inclusive afetar negativamente a qualidade de vida e o bem-estar emocional desses lesionados.

Embora seja corriqueiro, o respectivo tema não detém de uma legislação específica que aborda acerca da possibilidade de responsabilização civil aos filhos que abandonam os pais. No entanto, por meio da Constituição Federal e do Estatuto do Idoso, se têm assegurado o direito dos pais à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, visto que, esses indivíduos carecem de auxílio e amparo.

2 DO DIREITO DE FAMÍLIA E O ENTORNO DO AFETO

Em decorrência da evolução da humanidade, o conceito de família passou por diversas alterações, com o escopo de regular as necessidades da época em que vigorava. Além disso, os costumes foram repassados por anos e tiveram mudanças significativas, de modo que essas modificações também contribuíram para a atual concepção de “família”.

Nesse viés, o núcleo familiar começou a modificar-se, após a formação das leis e do Estado, oportunidade que vieram códigos que descrevem acerca dos preceitos de uma sociedade, incluindo o

tema “família”. Bem como, foi estudado e descrito sobre religião e todos os aspectos pertinentes a serem discutidos e previstos na Constituição Federal, cuja segue sendo a maior lei que um Estado pode ter. Nesta conjuntura, discorre Nander:

Família é uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum (NANDER apud QUEIROZ, 2021, p.12).

Ou seja, “família” é o princípio de uma sociedade, e com ela vêm aspectos muito importantes a serem debatidos, como o afeto, enraizado no berço familiar e de que maneira ele pode interferir tão sutilmente nos interesses sociais. Apesar de não ser um conceito jurídico, entra em colapso ao ser tratado no meio judicial, por ser abstrato e ao mesmo tempo de extrema relevância, quando se trata do direito de família.

Além disso, a entidade familiar é aquela que quando entendida pelo Estado, deve ser resguardada e protegida por ele, independente da nomenclatura adotada. Há o que se falar das várias diferenças familiares atualmente, podendo ser compostas por indivíduos do mesmo sexo, por indivíduos que não possui o mesmo laço consanguíneo, indivíduos que obtiveram a responsabilidade a partir de fatores decisivos na vida, e a partir disto, deste cenário, forma-se uma família de avós e netos e afins.

Dito isto, é o momento primordial para tratar à afetividade, de qual maneira ela deve e está sendo tratada nestes referidos âmbitos. É com essa composição familiar, que os integrantes adquirem uma responsabilidade recíproca uns com os outros, pois, antes o conceito de família se tratava de pessoas com laços consanguí-

neos, no entanto, atualmente a validação para constituição familiar preza mais pelo afeto e a relação de carinho, independente do grau de parentesco. Em consonância, têm-se o julgado de 18 de maio de 2010, em que dispõe a 3ª Turma do STJ acerca do REsp no 1.157.273/RN:

Emprestar aos novos arranjos familiares, de uma forma linear, os efeitos jurídicos inerentes à união estável implicaria julgar contra o que dispõe a lei. Isso porque o art. 1.727 do CC/02 regulou, em sua esfera de abrangência, as relações afetivas não eventuais em que se fazem presentes impedimentos para casar, de forma que só podem constituir concubinato os relacionamentos paralelos a casamento ou união estável pré e coexistente. (REsp nº 1.157.273 - RN (2009/0189223-0). Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 18/05/2010, DJE 07/06/2010, p. 13-15).”

À vista disso, o núcleo familiar transcende os indivíduos, porém, é certo que eles terão a sua própria busca para seu bem-estar. Ressalta-se que, esses indivíduos não são obrigados a conviver em coletivo, considerando que o número de integrantes não afeta no que pode ser considerado família, bastando o princípio básico, o sentimento de afeto.

2.1 CARACTERÍSTICAS DO AFETO FAMILIAR

A demonstração de afeto é primordial para a edificação dos seres humanos em seus diversos estágios de desenvolvimentos, desde o mais novo que necessita de cuidados e ensinamentos, ao mais velho que precisa ser lembrado da sua importância. Ao idoso por exemplo, o fato de ser demonstrado o sentimento de afeto em sua fase mais solitária, faz com que este reconheça sua importân-

cia dentro do seu núcleo familiar, e entenda que apesar da idade avançada, não será menos valorizado ou reconhecido.

Seja o contato físico ou a maneira de tratamento, tais atitudes são de extrema importância para aqueles que já não têm a mesma disposição ou sofrem de algum óbice por conta da idade. O afeto vem justamente com o intuito de auxiliar perante essas situações, de maneira que ampara os idosos em certas dificuldades e contribui grandemente com a sua qualidade de vida e autoestima.

O reconhecimento familiar está nas diversas entranhas relacionadas ao idoso e uma vida saudável, psicologicamente e fisicamente, pois, estudos comprovados trazem justamente que o afeto familiar combate o stress, o isolamento emocional, a depressão e até mesmo o Alzheimer, como bem discorrido por Seima e Lenard:

Portanto há a necessidade de considerar que a doença de Alzheimer tem um impacto diferente, diante de cada família, em que cada familiar que presta os cuidados diretos ao idoso vivenciam dificuldades de forma com que não tenha muita interferência na percepção do idoso, é zelado o seu bem-estar e a boa condição do cuidado (SEIMA E LENARD apud LIMA, 2018, p.12).

Contudo, ao se falar em afeto, é importante traçar uma linha de acontecimentos e fatores até os dias atuais, de forma que não deve se atentar tão somente a realidade presente, uma vez que para a construção da vivência, a família, propriamente dita, precisou passar por várias desconstruções.

A figura dos idosos nesse âmbito, geralmente apresenta uma imagem subliminar, levando em consideração que ele passou por várias jornadas com outros papéis de representantes dentro do núcleo familiar, porém na fase mais crucial da vida, não lhe é dado o verdadeiro valor.

Diante disto, se tem a importância de comentar sobre o afeto familiar e inserir a imagem dos indivíduos mais necessitados ao centro, considerando que como expresso ditado popular “ao chegar na velhice aquela pessoa volta a ser criança”, tal apotegma explicita a necessidade de cuidados que um idoso carece e que por muitas vezes, essa condição é ignorada pelas famílias.

3 CORRELAÇÃO ENTRE O IDOSO E O ABANDONO AFETIVO INVERSO

Inicialmente, cabe frisar o conceito de idoso de acordo com o Estatuto do Idoso, a Lei propriamente dita, nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, dispõe: “idoso é toda pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos” (BRASIL, 2003). Por sua vez, a Organização Mundial da Saúde (OMS) apresenta entendimento divergente, de forma que considera pessoa idosa aquela com 60 (sessenta) anos ou mais em países em desenvolvimento como no Brasil, e com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais em países considerados desenvolvidos.

No entanto, infelizmente, o termo “idoso” é muito utilizado com conotação negativa perante a sociedade contemporânea, a qual é marcada pela influência da nova juventude, focada em beleza excessiva e estereótipos ‘anti envelhecimento’. O certo é que, embora apontado o conceito da expressão “idoso”, muito difícil é determinar ao certo se o indivíduo é idoso apenas em função da sua idade, visto que o envelhecer é uma característica muito individual de cada ser humano.

Nesse viés discorre Norberto Bobbio, citado por Braga:

O cronológico define como idoso a pessoa que tem mais idade do que um certo limite preestabelecido.

Por se tratar de um critério objetivo, de fácil verificação concreta, geralmente é adotado pelas legislações, como, por exemplo, a que trata da aposentadoria por idade... Pelo critério psicobiológico deve-se buscar uma avaliação individualizada da pessoa, ou seja, seu condicionamento psicológico e fisiológico, logo, importante não é a sua faixa etária, mas sim as condições físicas em que está o seu organismo e as condições psíquicas de sua mente... O critério econômico-social considera como fator prioritário e fundamental, uma visão abrangente do patamar social e econômico da pessoa, partindo-se sempre da ideia de que o hipossuficiente precisa de maior proteção se comparado ao auto suficiente (BRAGA, 2011, p. 3).

No Brasil, com a Lei Federal nº 10.741 de 1 de outubro de 2003, os idosos têm seus direitos garantidos, tal como as punições para quem os violar. Assim como, nos termos da respectiva lei em vigor, os filhos maiores de 18 (dezoito) anos são responsáveis pelo bem-estar e saúde dos seus pais, especialmente na velhice.

Contudo, no dispositivo legal, são elencados especialmente os aspectos gerais da pessoa considerada idosa, bem como todos os seus direitos sociais, afetivos e legais. *Ipsis litteris*:

1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. **Art. 2º** O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cul-

tura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 2003).

Em resumo, atribuir terminologias aos idosos gera a consequência de que a maioria das pessoas esquecem que estar com a idade mais avançada não significa estar incapaz, mas de certo modo, com mais experiência e conhecimento, as quais podem ser inclusive compartilhadas com os “mais jovens”. Apesar disso, resta evidente que, na fase da velhice, o corpo carece de maiores cuidados, carinhos e afeto, sendo de responsabilidade dos filhos oferecer tais sentimentos aos seus descendentes. Lembrando-se que ninguém está excluído de “ser idoso”, o tempo é inevitável e o idoso é a porta do passado que leva ao futuro.

3.1 DO ABANDONO AFETIVO INVERSO PROPRIAMENTE DITO

Como supramencionado, o Abandono Afetivo é a falta de cuidado e afeto por um dos genitores, ou por ambos para com os descendentes. Por sua vez, o Abandono Afetivo Inverso aborda acerca do fato de os filhos abandonarem seus pais quando estes se tornam idosos ou debilitados.

A partir disso, se reconhece a possibilidade de indenização, caracterizado como dano moral, sendo nele integrado, a ausência dos sentimentos que os idosos carecem. O afeto, por exemplo, é primordial para o crescimento e o desenvolvimento do ser humano, sem o vínculo afetivo, o ser humano por muitas vezes não compreende qual o verdadeiro significado de família. Sendo assim, quando se nasce e cresce em lugar sem afeto e sem atenção, é

provável que o indivíduo desenvolva traumas que podem ser irreversíveis pelo resto da vida.

O termo “inverso” adotado, advém do Abandono Afetivo e traz a analogia de inverter os papéis, basicamente expondo o fato dos filhos possuírem o dever de cuidar de seus genitores, assim como, foram cuidados por eles quando crianças.

Sobre o assunto, o desembargador Jonas Figueiredo Alves disserta:

Abandono afetivo inverso a inação de afeto, ou mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos, quando o cuidado tem o seu valor jurídico imaterial servindo de base fundante para o estabelecimento da solidariedade familiar e da segurança afetiva da família (ALVES, 2013, online).

À vista disso, nota-se a indispensabilidade de proteger os direitos e as garantias de modo amplo, de forma em que, a Constituição Federal, juntamente com o Estatuto do Idoso, como já referido, asseguram a garantia de proteção aos idosos no âmbito familiar, possibilitando ao idoso uma vida digna e humanizada, com amor, educação e respeito.

Nesse sentido, o Abandono Afetivo Inverso é muito mais do que omissão de assistência física ou financeira, o Abandono Afetivo do idoso reflete em uma negação de vida, pois esse ato tira do familiar mais velho, a perspectiva de viver o final da sua vida da forma em que merece.

Conclui-se, portanto que, de maneira garantida constitucionalmente, os pais devem cuidar e educar seus descendentes enquanto menores, e esses quando atingirem a maioridade, devem ajudar e dar suporte aos seus pais quando ficarem mais velhos, carentes ou enfermos.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL PERANTE O ABANDONO AFETIVO INVERSO

O ordenamento jurídico brasileiro possui normas a serem seguidas por toda sociedade, com a finalidade de um bom convívio de todos os grupos sociais, e estas regras e leis que controlam as ações dos indivíduos. Uma vez descumpridas, enseja no direito de indenização, que visa justamente reparar o dano civil.

Diante disto, estamos diante da responsabilidade civil, cujo conceito se refere à obrigação de reparar danos causados a terceiros, decorrentes de atos ilícitos praticados via de regra, por uma pessoa. Em outras palavras, é a obrigação de indenizar ou compensar os prejuízos materiais ou morais causados a outras pessoas em decorrência de ações ou omissões que violem seus direitos.

Em resumo, seu principal objetivo é proteger os direitos dos indivíduos de forma generalizada e evitar que estês sofram prejuízos decorrentes de ações ou omissões ilícitas.

Desta forma, reconhece-se os padrões comportamentais das pessoas, a história da sociedade, e como influenciou para que haja a necessidade de reparação de danos, a partir disso, tutela-se a responsabilidade civil por meio de legislações, onde a noção jurídica tem como base a boa convivência de uma sociedade a ser construída.

4.1 O DANO MORAL E O ABANDONO AFETIVO

A priori, faz-se necessário conceituar dano moral, na visão de Cardin (2012, p.17): “Hodiernamente, o dano não consiste apenas na diminuição ou subtração de um bem jurídico material, mas

também extrapatrimonial, como os direitos da personalidade e os direitos de família”.

Nesse sentido, tendo um dano, surge a reparação, que vem na tentativa de amenizar a dor daquele que foi lesionado, cabendo ao juiz que preside o processo quantificar essa indenização, sendo que a este também cabe a tarefa de dizer se existe ou não aquele direito pleiteado.

Ao se falar em reparação civil no Direito de Família, insta salientar que embora o judiciário ainda não tenha pacificado um entendimento quanto à indenização, alguns doutrinadores entendem por certo a compensação, partindo da premissa de que, se no Abandono Afetivo paterno filial já se admite, o Abandono Afetivo Inverso também é merecedor de ressarcimento.

Nessa perspectiva:

O ordenamento jurídico delineia uma rede de solidariedade e responsabilidade que constituem uma via de mão dupla, e não poderia ser diferente. O raciocínio é o mesmo: a omissão no dever de cuidado dos filhos em relação aos pais idosos também constitui ilícito civil, gerando o dever de indenizar (PEREIRA, 2016-2017, p. 619).

Deste modo, o Abandono Afetivo Inverso deve ir além da obtenção monetária ou sanção penal, o reconhecimento deste instituto vem para garantir aos idosos o mínimo de qualidade de vida que eles merecem.

Ademais, a importância da presença dos avós no crescimento e desenvolvimento de seus netos é inegável, considerando a vasta bagagem de vida que estes possuem, não seria plausível privar essa convivência, já que quando os filhos se afastam de seus pais idosos, os netos também sofrem com essa distância.

O Abandono Afetivo Inverso, ao se tornar admitido, a instituição família recebe seu devido valor, no âmbito jurídico:

Neste momento em que o Sistema Jurídico se propõe a valorizar a convivência familiar, a presença dos avós no âmbito da família deve representar para os filhos e netos um aprendizado contínuo quanto às rotinas diárias, alimentação etc., bem como, um efetivo exemplo de experiência e de hábitos de vida. A troca de conhecimentos e experiências propiciada entre gerações pode ser um referencial para aqueles que se encontram em fase peculiar de desenvolvimento, incentivando a construção de uma cultura solidária (PEREIRA, 2016-2017, p. 615)

Com o aumento da expectativa de vida, o que deveria ser razão para se comemorar tornou-se uma adversidade. A cada dia, a quantidade de idosos que não são cuidados pela família cresce cada vez mais, especialmente, nas famílias que possuem poder financeiro menor,

Diante disto, é necessário que ocorra o reconhecimento da realidade do Abandono Afetivo Inverso no dia a dia, e da importância no que tange ao amparo jurídico diante deste contexto.

4.2 A IMPORTÂNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como reiteradamente abordado, a Responsabilidade Civil surge através de um dano causado pela violação do dever legal, de forma que obriga o terceiro a reparar um dano causado a outrem através da indenização.

Em vista disso, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, conceituam responsabilidade como:

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 47).

A responsabilidade pressupõe uma violação de um direito preexistente descumprido. Só existe o dever de reparação onde houver dano oriundo do descumprimento obrigacional imposto pelo ordenamento jurídico.

A responsabilidade civil objetiva baseia-se na ocorrência de evento prejudicial para que seja imputado ao seu causador o dever de arcar com os prejuízos, sendo desnecessária a comprovação de culpa, a qual a mera existência de nexo causal entre o dano sofrido pela vítima e a conduta do agente, enseja o dever de indenizar.

Por sua vez, a responsabilidade civil subjetiva é aquela decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposos, causado por negligência, imperícia ou por imprudência efetuado pelo agente causador do dano.

Nesse viés, Pablo Stolze Gagliano, defende a responsabilidade civil, bem como a indenização:

Uma importante ponderação deve ser feita. Logicamente, dinheiro nenhum efetivamente compensará a ausência, a frieza, o desprezo de um pai ou de uma mãe por seu filho, ao longo de sua vida. Mas é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou a mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente a “perda do poder familiar”, pois, se assim o for, para o geni-

tor que o realiza, essa suposta sanção repercutiria como um verdadeiro favor (GAGLIANO, 2012, p. 747).

No que tange ao Abandono Afetivo, tal fato pode causar diversos traumas psicológicos, os quais refletem diretamente na saúde do indivíduo, considerando que há uma violência moral e sentimental que vai contra as garantias básicas de quem é lesionado.

Quando a pauta é o Abandono Afetivo Inverso, os pais são abandonados pelos seus descendentes, que foram criados, protegidos, educados e receberam ajuda até atingirem a maioridade e por vezes, se tornaram autossuficientes financeiramente. Neste viés, frisa-se que uma das causas pode ser em razão da inobservância tanto da parte dos filhos quanto dos pais, Oliveira discorre sobre este assunto:

Assim, é saliente que o abando afetivo inverso não possui o escopo de obrigar aos filhos a amarem seus pais idosos, mas possui como verdadeiro fim a proteção dos indivíduos acobertados por maior vulnerabilidade, como os menores e os próprios idosos (OLIVEIRA apud ANDRADE E LEITE, 2018, p.124).

Rememora-se que existe uma obrigatoriedade entre a relação dos pais com os filhos e dos filhos com os pais, tal relação não depende de uma ou da outra parte querer, ambas devem cumprir com afincos essa regra.

Afinal, a obrigatoriedade deveria ser, na verdade, algo natural, considerando que os pais cuidam de seus filhos desde seu nascimento, portanto, o correto seria os filhos cuidarem de seus genitores até na velhice, por ato de amor, cuidado e carinho. Este é o real sentido da vida, cuidar de quem se ama.

A ilustre Maria Helena Diniz, perante este tema, reforçou sobre a responsabilidade civil:

[...] a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal (DINIZ apud BERTOLIN E VIECILI, 2014, p. 347).

Por fim, o Abandono Afetivo Inverso é, de fato, algo que ocorre há muitos anos e cresce gradativamente, sendo uma matéria de extrema relevância, no entanto, é um assunto muito recente aos tribunais superiores para julgamento, sendo primordial uma maior cautela e atenção, em razão de sua grande grandiosidade e particularidades no meio social contemporâneo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é notável que o vínculo afetivo nas relações familiares tem sido mais priorizado, principalmente o que norteia a criança e o adolescente. O afeto passou a ter maior importância do que os laços consanguíneos, o que se torna elemento fundamental para a formação familiar.

Desta forma, compreende-se que todas as pessoas possuem a necessidade de dar e receber, reciprocamente, afeto, carinho e amor, não sendo ninguém merecedor da privatização destes sentimentos. Os pais têm a obrigação em relação aos cuidados, necessários e indispensáveis para uma boa formação do indivíduo. Da mesma maneira, os filhos têm a obrigação em relação aos pais, de prestar amparo e propor a ele o sentimento de afeto, de modo que havendo este auxílio, se evita um envelhecimento sem qualidade

de vida, completo de traumas e danos psicológicos emocionais e físicos.

É importante destacar que o objetivo de indenização da responsabilidade civil, diante do cenário de ausência de suporte, qual seja, o Abandono Afetivo Inverso, não é de obrigar os filhos a amarem seus pais, mas sim destes cuidarem e ampararem seus ascendentes, na medida de seus interesses e de suas necessidades.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jonas Figueiredo. Abandono afetivo inverso pode gerar indenização. **Revista IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família**, 16 jul. 2013

BRASIL. **[Constituição (1988)]**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 27 abr. 2023.

BRASIL. **Estatuto do idoso. Lei nº 10.741**, de 1 de outubro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 17 maio 2013.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de família**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CONRADO, Paulino da Rosa. **Teoria Geral do afeto**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. São Paulo: Saraiva 2017.

JUNIOR, Razaboni; BISPO, Ricardo. A responsabilidade civil por abandono afetivo paterno-filial. **Revista de Direito privado**. v. 21, n. 105, p. 171–189, São Paulo, jul./set., 2020.

MOREIRA, Lisandra Espíndula; TONELI, Maria Juracy Filgueiras. Abandono Afetivo: Afeto e Paternidade em Instâncias Jurídicas. **Psicologia: Ciência e Profissão**, v. 35, n. 4, p. 1257–1274, out. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1982-3703001442013>. Acesso em: 27 abr. 2023.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, v.5. 2016.

PEREIRA, Poliana Alves. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. 2018. Disponível em: <https://servicos.unitoledo.br/repositorio/handle/7574/40>. Acesso em: 27 abr. 2023.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAPÍTULO 8

A TRANSFERÊNCIA DA AUTONOMIA PRIVADA PARA O NÚCLEO FAMILIAR: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS DECISÕES DOS PACIENTES TERMINAIS

THE TRANSFER OF PRIVATE AUTONOMY TO THE FAMILY CORE: BRIEF CONSIDERATIONS ON DECISIONS OF TERMINAL PATIENTS

RODRIGO ROGER SALDANHA¹
EMANUELY CARDOSO ALVES²
MARINA ELISA BARBIAN³

RESUMO: A pesquisa busca compreender a transferência da autonomia pessoal ao núcleo familiar, destacando as complexidades existentes na legislação brasileira e compreensão sobre o indivíduo nos casos de terminalidade da vida. Percebe-se na pesquisa uma divisão entre as temáticas que envolvem a conceituação da bioética e biodireito, as diversas *tanásias*, sua classificação e conceituação sobre a autonomia. Utilizou-se o método hipotético-dedutivo com pesquisa bibliográfica e artigos científicos sobre a temática. Quanto à conclusão, percebe-se a necessidade de compreensão da importância do núcleo familiar nos casos decisórios sobre a terminalidade da vida, especialmente nos casos de transferência da autonomia bem como as problemáticas existentes entre os conflitos de interesse dentro do núcleo familiar.

1 Professor Universitário na Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Pós-doutorando em Democracia e Direitos Humanos Universidade de Coimbra - Portugal (2023-). Doutor em Ciências Jurídicas pela Unicesumar (2019-2022). Mestre em Ciências Jurídicas pela Unicesumar (2015-2017). Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade Metropolitana do Estado de São Paulo (2021-2022). Especialista em Educação Ambiental pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM (2014-2015). Especialista em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá - UEM (2012 - 2013), email: rodrigo.roger@pucpr.br.

2 Graduanda do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, email: manucardosoalves@gmail.com.

3 Graduanda do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, email: marina.barbian@hotmail.com.

Palavras-chave: Biodireito. Autonomia. Família. Eutanásia.

ABSTRACT: The research seeks to understand the transfer of personal autonomy to the family nucleus, highlighting the complexities existing in Brazilian legislation and understanding of the individual in cases of terminality of life. It is noticed in the research a division between the themes that involve the conceptualization of bioethics and bio law, the different “tanásias”, their classification and conceptualization of autonomy. The hypothetical-deductive method was used with bibliographical research and scientific articles on the subject. As for the conclusion, there is a need to understand the importance of the family nucleus in decision-making cases about the end of life, especially in cases of transfer of autonomy, as well as the existing problems between conflicts of interest within the family nucleus.

Keywords: Bio law. Autonomy. Family. Euthanasia.

1 INTRODUÇÃO

É possível vislumbrar a cada dia o avanço tecnológico da ciência, sobretudo na área medicinal, a fim de promover tratamentos mais eficazes, cura e prevenção de doenças. Entretanto, em contrapartida, o avanço tecnológico, associado ao desenvolvimento de medidas terapêuticas, fez com que muitas doenças mortais passassem a classificar-se como doenças crônicas, levando os pacientes diagnosticados com estas doenças à longevidade. Apesar dos esforços dos pesquisadores e do conhecimento acumulado, a morte continua sendo uma certeza, ameaçando o ideal de cura e a preservação da vida para que os profissionais da saúde são treinados (MATSUMOTO, 2012).

Assim, o tema Eutanásia faz aparecer uma variada e difícil gama de questões éticas, jurídicas e até religiosas. Ao tratar deste tema, procuramos desviar um caminho meramente raso, incabível nas apreciações.

Neste trabalho nos permitimos não apenas distinguir os conceitos de eutanásia e suas modalidades, mas compreender o encadeamento de normas do tema.

Abordamos um tema extremamente importante e bastante polêmico, que tem provocado calorosas discussões acadêmicas e midiáticas. Existem opiniões divergentes a respeito deste tema e não é objetivo deste trabalho posicionar-se contra ou a favor da questão.

Exporemos os aspectos teóricos definindo o estudo por meio de delimitações conceituais necessárias para nossa compreensão, definindo os conceitos de eutanásia, ortotanásia, distanásia e paciente terminal, bem como, analisaremos por meio deste trabalho a colisão de interesses entre a indisponibilidade do bem jurídico e a existência de um direito de morrer, juntamente com o contraste de obter o direito a morrer dignamente.

Nesta senda, o avanço vem no sentido de trazer conforto e cuidados paliativos mais eficazes aos pacientes diagnosticados com doenças que lhes causam intenso sofrimento.

Diante de tais moléstias, a situação, para muitos pacientes, torna-se insuportável e insustentável, levando estes a procurar “soluções” alternativas para cessar o sofrimento. Tais soluções necessitam ser reguladas a fim de proteger os direitos constitucionais dos seres humanos, neste enfoque, surgiu o ramo do Biodireito, que se baseia na antiga área da Bioética.

Sob este ponto, discorrer-se-á sobre a suspensão de medidas terapêuticas, autonomia do paciente e o poder familiar, sob a luz do biodireito.

2 ASPECTOS CONCEITUAIS DO BIODIREITO E TERMINALIDADE DA VIDA

Entende-se como Bioética “o estudo sistemático da conduta humana nas áreas das ciências da vida e dos cuidados da saúde, na medida em que esta conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais” (LEPARGNEUR, 1996). Deste modo, a Bioética relaciona-se com o Direito, ao que tange os valores de ambos.

Em consequência da relação entre o Direito e a Bioética, obtém-se o Biodireito, que estuda os avanços biotecnológicos e de que maneira tais avanços atingem o ordenamento jurídico. O Biodireito é “um ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da Biologia, da Biotecnologia e da Medicina” (BARBOZA, 2015).

Neste sentido, ao perceber a grande evidência que os avanços biotecnológicos se encontram atualmente, pode-se constatar que, por consequência, o Biodireito também vem ganhando espaço e tornando-se um ramo corriqueiro e presente no dia a dia. Diante disso, criou-se inclusive um termo para referir-se aos negócios jurídicos que surgem em detrimento aos tratamentos médicos atuais, o termo “negócio biojurídico” (MEIRELES, 2016), tal termo foi desenvolvido por Rose Melo Vencelau Meireles (2016), que explana que, tais negócios têm como enfoque a saúde e o corpo das pessoas que se submetem a quaisquer tipos de intervenção médica.

Faz-se necessário ressaltar que, a complexidade do tema em questão gera discussões em relação às mais diversas áreas, considerando tratar-se da decisão a respeito de findar uma vida de forma voluntária, seja através de diretivas de vontade do próprio paciente, quanto de seus familiares em caso de incapacidade de manifestação de vontade.

Muito se discute ser esta uma medida absurda, todavia, o filósofo alemão Immanuel Kant pontuou:

Se, para escapar a uma situação penosa, se destrói a si mesmo, serve-se ele de uma pessoa como de um simples meio para conservar até o fim da vida situação suportável. Mas o homem não é uma coisa; não é um objeto que pode ser utilizado simplesmente como um meio, mas pelo contrário deve ser considerado sempre e em todas as suas ações como um fim em si mesmo. Portanto não posso dispor do homem na minha pessoa para o mutilar, ou degradar ou o matar (KANT, 1994, p.230).

Nesta senda, o paciente gravemente enfermo vê esta, como uma solução, para sua doença incurável que lhe causa dor e sofrimento intensos.

Todavia, faz-se necessário ressaltar os meios para a tomada desta decisão. O ideal, seria o paciente, com autonomia de vontade e capacidade cognitiva plena, manifestar seu desejo, entretanto, não raras vezes, o paciente encontra-se incapaz, devido a enfermidade.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 trouxe à luz do ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, prevista tão logo no Art. 1º, inciso III do texto constitucional, visa tutelar o respeito a cada ser individual, sua honra e seus direitos como um todo (BRASIL, 1988). Neste sentido, a Carta Magna, sob o princípio em enfoque, conduziu a seu texto, em seu artigo 5º o direito à vida (BRASIL, 1988).

Todavia, tal direito é levado a supprassumo, não só quando oposto a outros indivíduos, mas também de um indivíduo contra si mesmo, onde nasce a discussão a respeito da possibilidade de eutanásia, como se o paciente que demonstra vontade de cessar o sofrimento em que se encontra, violasse o próprio direito à vida.

Entretanto, para garantir o livre arbítrio deste, há de se fundamentar tal decisão sob a égide da autonomia da vontade, conforme definido por Kant:

A autonomia é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, portanto, não escolher senão de modo que as máximas da escolha estejam incluídas, simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal (KANT, 1994, p. 85).

Desta maneira, se o indivíduo tem direito à vida digna, deve obter também, direito de escolher ter uma morte digna, sem o prolongamento de sofrimento. Considerando a coerção estatal para inibir tal escolha, ainda que não exista legislação específica a respeito, há, todavia, analogia da eutanásia aos crimes de auxílio ao suicídio, homicídio praticado por motivo piedoso ou omissão de socorro, elencados respectivamente nos artigos 122, 121 §1º e 135 do Código Penal Brasileiro (RIO DE JANEIRO, 1940).

Diante disso, dificilmente tal decisão pode ser de fato tomada, visto o temor que tais medidas coercitivas estatais causam, todavia, explana o filósofo Joaquim Carlos Salgado que o Direito “deve trazer em si o conceito de liberdade e de igualdade, que são elementos constitutivos da ideia de justiça” (SALGADO, 1986), neste sentido leciona Carlos Santiago Nino a respeito da autonomia, que está é “a liberdade de realizar qualquer conduta que não prejudique a terceiros” (NINO, 2007).

Desta maneira, vislumbra-se a clara inexistência de real impedimento e necessidade de sanção para quem, com autonomia de vontade, opta pela eutanásia, vez que, não incorre em qualquer tipo de prejuízo a outrem. Conforme colaciona o penalista Luís Greco:

Um comportamento só pertence à esfera de autonomia se a sua prática por um indivíduo não exclui que outros também o pratiquem. Ou seja, a autonomia de um indivíduo não pode colidir com a de outro, pois senão uma autonomia prevaleceria às custas da outra – a autonomia de um valeria mais que a do outro – e se teria um privilégio (GRECO, 2010, p. 96-97).

Para mais, em um contexto filosófico, Jean-Paul Sartre também elaborou conceitos morais, sendo um deles a autonomia. Sartre afirma que a liberdade é, intrinsecamente, ação e autonomia de escolha. O filósofo francês denomina como “projeto original” toda escolha que uma pessoa faz, a partir da autonomia individual, sobre ela mesma (SARTRE, 2001).

A autonomia de escolha do paciente concedida pelo direito à morte digna seria o último ato de humanismo existencialista que uma pessoa poderia ter. A possibilidade de nos seus últimos dias, meses ou anos de vida, poder exercer um projeto original, ou seja, fazer uma escolha sobre si própria (SARTRE, 2001).

Assim, apresentou-se de forma minuciosa, as questões básicas que norteiam a eutanásia, pontuando os ramos que a regulam, bem como os aspectos intrínsecos de motivação, e validação de tal vontade, aos olhos do biodireito.

Deste modo verifica-se que, apesar de amplamente discutido no ramo da bioética, tal questão deve ser trazida à tona e

tratada especificamente em legislação brasileira, de forma menos dogmática, vez que se encontra em evidência crescente.

2.1 DIFERENCIANDO AS *TANASÍAS*

Há diversos conceitos e formas para findar o sofrimento de um paciente, dos quais passaremos a discorrer.

A primeira, e mais conhecida, é a eutanásia. A palavra “Eutanásia” obtém origem grega, com significado de “morte doce, morte calma”, palavra a qual, foi utilizada pela primeira vez no século XVII, quando Francis Bacon cunhou-a com a designação da função do médico, quando esse possibilitava ao paciente morte indolor e calma (AMARAL, 2006).

Do grego *eu* (bom) e *thanatos* (morte), significa de forma simples, a “boa morte”, ou “morte sem dor”. A eutanásia obtém uma subclassificação, dividida em eutanásia ativa e eutanásia passiva.

A eutanásia ativa dá-se quando há a prática de ação que põe termo à vida do paciente (TORRES, 2011; 2012). Já a eutanásia passiva, ocorre a partir da omissão do agente, que assim como na eutanásia ativa o faz por piedade, neste caso, deixando de praticar ato que prolongaria a vida do enfermo (TORRES, 2011; 2012).

Maria Helena Diniz, respeitada doutrinadora, também transcorre sobre o sentido da Eutanásia, trazendo outro sinônimo:

(...) a eutanásia ativa, também designada bene-mortásia ou sanicídio, que, no nosso entender, não passa de um homicídio, em que, por piedade, há a deliberação de antecipar a morte de doente irreversível ou terminal a pedido seu ou de seus familiares, ante o fato da incurabilidade de sua moléstia (...). (DINIZ, 2006, p. 323).

Ainda com sobre a eutanásia passiva cita Sampaio que:

(...) mesmo assim não deixa de ser um ato passível de inúmeras implicações já que não há uma definição precisa do ponto sob o qual a enfermidade é considerada irreduzível e a partir daquele ponto o doente não sofreria benefícios de outras terapêuticas. Em nossos dias o termo faz referência ao ato de tirar a vida de outra pessoa por solicitação dela, com o propósito de acabar com o seu sofrimento. Daí advêm os outros termos aplicados a eutanásia: morte suave, morte piedosa, o direito de morrer (SAMPAIO, 2002, p. 95).

Por outro lado, tem-se a *distanásia*, que se trata do exato oposto da eutanásia, caracterizada pela tentativa excessiva de prolongamento da vida do paciente, usando-se de todas as medidas disponíveis para mantê-lo com vida, ainda que por consequência, prolongue também seu sofrimento. O termo significa, de forma simplória o “atraso da morte”, visto que o prefixo *dis* significa afastamento e *thanatos*, que advém do grego, como o já explanado alhures, significa morte (AMARAL, 2006).

Já a *ortotanásia* ocorre diante do aceleramento da morte do paciente diante de omissão, ou seja, encontrando-se face à morte iminente, suspende-se qualquer medida terapêutica que objetive o prolongamento da vida. Todavia, não se confunde a *ortotanásia* com a eutanásia passiva, visto que na eutanásia passiva não são tomadas quaisquer medidas de manutenção ou melhora da condição de saúde do paciente, já na *ortotanásia*, tais medidas são tomadas, entretanto, frente a ineficácia, são interrompidas (GOLDIM, 2005).

Discorremos a respeito das diversas formas de *tanásia* e suas especificidades, ocorre que, tal pluralidade traz ainda mais complexidade ao debate em questão, vez que, suas peculiaridades ensejam dúvidas quanto à sua execução e eficácia, sendo neces-

sário explicar a respeito de cada uma, para melhor compreender o objeto principal do presente trabalho.

2.2 ASPECTO JURÍDICO BRASILEIRO SOBRE A EUTANÁSIA

Sob a égide da legislação brasileira, toda e qualquer modo de Eutanásia, caracteriza-se como crime. Uma vez que aquele que pratica a Eutanásia, independente de quem for e se com a anuência do paciente ou não, estaria cometendo o crime de homicídio privilegiado, tendo, entretanto, sua pena atenuada, pois entende-se que o motivo do crime seria de relevante valor moral.

Em contrapartida, comete ato ilícito, também, aquele que auxilia o paciente praticar a Eutanásia, sendo penalizado pelo crime de auxílio ao suicídio (D'URSO, 2006).

Portanto, apenas não é penalizado aquele que sozinho realiza a prática da Eutanásia. Visto que, tão pouco poderia ser punida a tentativa, na medida que o próprio individuo tem como objetivo punir-se com a máxima pena, a morte, de modo que seria inútil a aplicação de uma penalidade visando a não repetição da conduta (D'URSO, 2006).

Diante da punibilidade da eutanásia e impunibilidade do suicídio, muito questiona-se sobre o “direito de morrer”, que para Débora Diniz há dois princípios éticos que, possivelmente, incidem sobre tal questão, sendo eles o Princípio da Autonomia e o Princípio da Dignidade (DINIZ, 2008), previsto no art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Em vista do Princípio da Dignidade, é necessária uma reflexão sobre o que se entende por viver, então, com dignidade. Quando questionamos se aquela que não possui consciência e,

tampouco é capaz de executar suas funções vitais estaria vivendo com dignidade, Herbert Praxedes diz que:

A vida não é propriedade do homem, que apenas dela desfruta como um dom gratuito. Ela é inalienável, isto é, não pode ser dada em garantia a outrem e é também irrenunciável. Ela é um direito, mas é também um dever (PRAXEDES, 2005, p. 591).

O Princípio da Autonomia, portanto, balizar-se-ia na possibilidade de recusa do paciente em receber tratamento, vez que não há previsão de punibilidade para este ato. Em vista disso, o paciente, desde que consciente e capaz e, certamente, informado sobre todas as condições de sua moléstia, teria o direito de se opor ao tratamento que, muitas vezes, tem apenas o intuito de prorrogação da vida, mas não, propriamente, a cura da doença que o acomete.

É nesse mesmo sentido que disserta Reis:

É ter autonomia para decidir sobre o seu tratamento e sobre a sua vida, é não ter a sua vontade ignorada mesmo quando a voz da sua consciência se tornou inaudível; significa não ser abandonado pelo médico quando este resolve que não há mais nada a fazer, não ter seu tratamento prolongado infinitamente. Uma “boa morte” conduz ao direito de amparo físico e espiritual nos momentos finais. Morrer com dignidade é dar ao paciente incurável a autorização para morrer com nobreza e integridade (REIS, 2009, p. 131).

Mas o desinteresse penal pelo tema não é absoluto em face da legislação brasileira, isso considerando o crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, previsto no artigo 122 do código penal (RIO DE JANEIRO, 1940). Freire de Sá esclarece em sua obra:

Na eutanásia, o médico age ou omite-se. Dessa ação ou omissão surge, diretamente, a morte. No suicídio assistido, a morte não depende diretamente da ação de terceiro. Ela é consequência de uma ação do próprio paciente, que pode ter sido orientado, auxiliado ou apenas observado por esse terceiro (FREIRE DE SA, 2001, p. 69).

O bem da vida não está previsto apenas na Carta Magna ou Código Penal Brasileiro, mas também no Código Civil de 2002 que, logo em seu art. 2º prevê a personalidade civil, que se inicia com o nascimento com vida e finda-se com a morte do sujeito (BRASIL, 2002).

Não obstante, pode se observar a aplicação da tutela civil sobre o agente que pratica a eutanásia, conforme prevê o art. 927 do Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002), entendendo-se como ato ilícito “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, ou seja, visto que caracteriza-se como crime a prática da eutanásia, seria responsabilizado, também, civilmente o agente que praticar tal ilícito.

O próprio ordenamento jurídico prevê que em determinadas situações tais quais o estado de necessidade, legítima defesa e o aborto legal é possível que o sujeito retire a vida de outrem sem sofrer penalidade, pois bem, veja-se que o bem da vida, em algumas situações é sim relativizada, e por qual motivo não poderia ser possível a realização da eutanásia?

Portanto, atualmente na legislação brasileira, a eutanásia não está ausente das legislações, ela é caracterizada, de qualquer modo como crime, a não ser quando um paciente comete suicídio, uma vez que não existe qualquer forma de puni-lo por tirar sua

própria vida. Além disso, o agente que praticar a eutanásia é responsabilizado penal e civilmente. Assim, verifica-se que muito se questiona quanto o direito constitucional da dignidade, visto que muitos doutrinadores entendem que a sobrevida, de um enfermo acamado e sem perspectiva nenhuma, tão pouco poderia ser considerado como uma vida digna.

3 FAMÍLIA NO CENTRO DA AUTONOMIA

A decisão acerca da aplicação ou não da eutanásia não cabe aos profissionais, uma vez que estes têm o dever buscar incansavelmente a cura do paciente, além de terem como obrigação de informar os pacientes e familiares.

Além do conflito nas áreas da filosofia, moral, ética, religiosa e jurídica, a eutanásia torna-se uma decisão ainda mais complexa face aos entes familiares do paciente.

A priori, é de suma importância que o paciente obtenha informação a respeito, quando portador de doença grave e incurável, para que possa, ainda em estado de consciência e capacidade cognitiva e civil, exercer de forma autônoma o direito de escolha, sobre seu próprio destino e interesses (AMARAL, 2006).

Todavia, não é incomum que o paciente adentre repentinamente no estado de coma, vegetativo irreversível ou qualquer outra enfermidade que lhe prive de plena consciência. Nestes casos, frente a incapacidade de manifestação de vontade do paciente, caso vislumbre-se a inexistência de Documento de Diretivas Antecipadas de Vontade, acompanhado de testamento vital que expresse a vontade do paciente quanto a cuidados específicos em relação à sua saúde, far-se-á necessário consultar a família, fazendo-se destes a voz ativa do paciente, considerando a proximidade e condição

de interpretar e aplicar os desejos anteriormente externados pelo enfermo, quando em estado de consciência.

A decisão sobre a aplicação da eutanásia é complexa e abrange diversos fatores, principalmente psicológicos, pois os entes familiares também sofrem com a moléstia que acomete o enfermo, diante disso, há quem entenda como necessário que se faça presente, junto aos familiares, a espécie de um “Comitê Interdisciplinar” capaz de auxiliar a rede de apoio do enfermo em sua decisão, é o que entende José Idelfonso Bizatto:

Nesse processo decisório devem participar ativamente o médico e uma junta médica que elaborará o laudo. Após o laudo médico, integrarão na decisão, ativamente, o paciente, o marido ou mulher, os filhos, os pais do paciente, o tutor ou curador e ou aquele cuja dependência legal estiver o paciente, o MP, um ministro religioso da religião do paciente (BIZATTO, 2000, p. 87).

Entretanto, apenas fala-se na decisão dos familiares sobre a vida do enfermo, quando este encontra-se incapaz de exprimir suas vontades, assim, não necessariamente um paciente terminal não poderá expressar suas vontades, como bem define Herbert Praxedes:

[...] paciente terminal lúcido, são tratados normalmente pois podem manifestar livremente sua vontade no que se refere a seu tratamento e cuidados; incapazes de manifestar sua vontade embora não comatosos, há pacientes que não conseguem expressar sua vontade. É o caso, por exemplo, daqueles que, em virtude de insuficiência respiratória, estão com intubação traqueal e sob a ação de aparelhos de respiração assistida; e, comatosos irreversíveis, aqueles que, em virtude do dano neurológico muito grave, entram em coma e deles não têm a possibilidade de sair (PRAXEDES, 2005, p. 591).

Como bem exposto acima, a decisão abrange diversos fatores, inclusive o psicológico, além que, normalmente, é tomada com base em suas crenças, experiências de vida, prismas éticos, aspectos esses que muitas vezes geram conflitos entre os familiares, amigos e conhecidos, sobre o que de fato deve ser feito com a vida ou, talvez, sobrevida do enfermo.

Muitas são as discussões do que seria o correto e/ou ético, para João Carlos Holland de Barcellos (2006) uma possível solução seria considerar e analisar a opinião de todos os indivíduos envolvidos, tal como parentes, médicos e amigos íntimos, verificando qual decisão causaria aos envolvidos e não apenas ao enfermo, menos sofrimento.

A visão exposta por João Carlos Holland de Barcellos é interessante e coaduna com o que ensina Abdon Murad (2004), que diz que “a morte de alguém não costuma atingir apenas a quem morre, mas também, aos que permanecem vivos e que, pelos mortos, tinham amor”. Assim, independe quem teria a decisão final, mas esta deveria ser baseada, sempre, na intenção dos solicitantes, mantendo o cuidado de não a tomar com base em motivo torpe, tal qual o egoísmo.

É de suma importância que o paciente tenha acesso a informações sobre seu caso de saúde, quando possível, de modo que este mesmo possa apresentar suas vontades, inclusive quanto a aplicação da eutanásia. Entretanto, nem sempre isso é possível, assim, outras pessoas passam ser detentoras dessa tomada de decisão, de modo que podem surgir várias divergências, uma vez que esta deliberação sofre influência de diversos fatores, tais como, mas não se limitando à religião, costumes, filosofias, entre outros.

Deste modo, muitas são as opiniões de como devem ocorrer essa tomada de decisão, tal como quem deve fazê-la. Portanto, o

que se entende é que não há definido, como e quem deve decidir sobre a aplicação da eutanásia, principalmente, pelo fato de não se ter uma legislação que regulamente esta situação quando o enfermo não puder definir, além de que muitos fatores pessoais influenciam esta decisão.

4 CONCLUSÃO

Cumprir destacar em primeiros delineares conclusivos, o que são diversos os avanços para promoção da saúde da vida humana, especialmente os cuidados paliativos, cada vez mais eficazes aos pacientes com quadro alógico acentuado.

Muitas das vezes o sofrimento e a ausência de meios para uma “solução” ao quadro do paciente, considerada irreversível, permite ao mesmo tamanho abalo e desespero para buscar a solução mais provável e rápida, ou seja, qualquer alternativa desde que cesse o sofrimento.

Assim, buscou-se compreender na presente pesquisa a importância dos estudos sobre a bioética e especialmente o biodireito, áreas tão importantes, pois a partir delas regula-se referidas “soluções”, as vezes consideradas do ponto de vista ético e moral problemáticas, porém, ao olhar do paciente em quadro de dor e irreversibilidade, é a única saída.

Neste sentido, a pesquisa abordou com propriedade sobre a suspensão de medidas terapêuticas, autonomia do paciente e o poder familiar, sob a luz do biodireito, fazendo reflexões do ponto de vista ético, bioético e do biodireito, sem qualquer parcialidade religiosa, de crença ou posições pessoais que pudessem prejudicar a presente pesquisa.

Vislumbra-se nesta pesquisa, conforme destacado de forma minuciosa, as questões básicas que norteiam a eutanásia, pontuando os ramos que a regulam, bem como os aspectos intrínsecos de motivação, e validação de tal vontade, aos olhos do biodireito, em especial, discutindo com base na doutrina e legislação vigente.

As diversas formas de tanaísas e suas especificidades, tornam de suma importância para o debate contemporâneo, até mesmo porque durante o desenvolvimento desta pesquisa, Portugal sancionou a lei da Eutanásia, assim como já ocorre em diversos países, o que demonstra a necessidade de debater profundamente esse tema na sociedade.

Ainda sobre essas tanaísas, ocorre que a pluralidade de variantes traz ainda mais complexidade ao debate em questão, vez que, suas peculiaridades ensejam dúvidas quanto à sua execução e eficácia, moral, ética e diversos outros fatores, o que justificou a explanação individualizada e de forma a conceituá-las.

Deste íterim, importante destacar que hodiernamente na legislação brasileira não tipifica especificamente a eutanásia no direito brasileiro, porém, não poderíamos estar diante de uma conduta de atipicidade, senão vejamos.

Nos eventuais casos de “morte piedosa”, seja por profissional da saúde, amigo ou familiar, a eutanásia não está ausente das legislações, ela é caracterizada como crime de homicídio, podendo em alguns casos, como já ocorreu em decisões do judiciário brasileiro, estabelecer relação com a crime ‘privilegiado’.

Deste modo, muitas são as opiniões de como devem ocorrer essa tomada de decisão, tal como quem deve fazê-la. Portanto, o que se entende é que não há definido, como e quem deve decidir sobre a aplicação da eutanásia, principalmente, pelo fato de não se ter uma legislação que regule esta situação quando o enfermo

não puder definir, além de que muitos fatores pessoais influenciam esta decisão.

Por fim, não menos importante, o Ministro Luís Roberto Barroso em sua obra *A Judicialização da Vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*, destaca que temáticas como esta que deveria ser debatida amplamente pelo Poder Legislativo, população como um todo, especialistas e entidade, é tema “tabu” para o legislativo, fazendo com que surja a necessidade de uma decisão iluminista do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Marina Sanches Lopes do. **Conflito de interesses entre familiares na condução da eutanásia**. Presidente Prudente, 2006. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/viewFile/483/477>. Acesso em: 21 abr. 2023.

AMARAL, Marina Sanches Lopes do; ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **Conflito de interesses entre familiares na condução da eutanásia**. v. 13, n. 13, 2007. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/viewFile/483/477>. Acesso em: 21 abr. 2023.

BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios da bioética e do biodireito. **Revista Bioética**, v. 8, n. 2, 2009. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/276/275. Acesso em: 02 maio 2023.

BARCELLOS, João Carlos Holland de. **Terry Schiavo e a M.E.C.** Disponível em <http://www.genismo.com/metatexto30.htm>. Acesso em: 22 maio 2023.

BIZATTO, José Idefonso. **Eutanásia e responsabilidade médica**. São Paulo: Direito, 2000.

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

D'URSO, Luiz Flávio. **A eutanásia no direito brasileiro.**

Disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2005;1000734855>. Acesso em: 22 maio 2023.

Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

DINIZ, Débora. **A Despenalização da Eutanásia Passiva: O Caso Colombiano.** Série Anis 13. Brasília: Letras Livres, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FEIJÃO, Themis Pinheiro. **Eutanásia e sua aplicação no direito brasileiro.** 2007. 58 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2007.

GOLDIM, José Roberto. Caso Terri Schiavo. **Retirada de tratamento.** Disponível em <https://www.ufrgs.br/bioetica/terri.htm>. Acesso em: 21 abr. 2023.

GRECO, Luís. **Posse de droga, privacidade, autonomia:** reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. 2010.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes
KANT, Immanuel. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013.

LEPARGNEUR, Hubert. **Força e fraqueza dos princípios da bioética.** Revista Bioética, v. 4, n. 2, 2009. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/revista_bioetica/article/view/407/370. Acesso em: 22 maio 2023.

MARTINS, Marcio Sampaio Mesquita. **Direito à morte digna:** Eutanásia e morte assistida. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 83, 2010. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8765. Acesso em: 22 maio 2023.

MATSUMOTO, Dalva Yukie. Cuidados paliativos: conceitos, fundamentos e princípios. **Manual de cuidados paliativos ANCP**, v. 2, n. 2, p. 23-24, 2012.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Negócios biojurídicos. **Negócio jurídico e liberdades individuais:** autonomia privada e situações jurídicas existenciais. PONA, Everton Willian; AMARAL, Ana

Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (coords.). Curitiba: Juruá, 2016.

MURAD, Abdon. **Eutanásia beneficia terceiro**. Abril de 2004. Disponível em http://www.amb.org.br/inst_artigos_template.php3?pagina=art_26. Acesso em: 16 abr. 2006.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos**: un ensayo de fundamentación. rev. aum. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, 2007.

PRAXEDES, Hebert; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito fundamental à vida**. Centro de Extensão Universitário. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

REIS, Jane Gonçalves Pereira. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Sá, Maria de Fátima Freire de. **Direito de Morrer**. Belo Horizonte: Del Rey, p.69, 2001.

SALDANHA, Rodrigo Róger; DAL'MOLIN, Rodriane Luzzi; MEIRELES, Bruna Fernandes da Silva. Da eutanásia social e a nova concepção da morte digna com a tipificação da eutanásia no novo código penal brasileiro. **Revista Científica SMG**, v. 1, ed. 1, p. 35-34, 2013.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant**: seu fundamento na liberdade e na igualdade. Belo Horizonte: UFMG, 1986.

SARTRE, Jean-Paul. **L'êtr e le néant: essai d'ontologie phénoménologique**. France: Gallimard, 2001.

SILVA, Manoela Souza. **A eutanásia sob a égide da autonomia da vontade e da perspectiva familiar**. Disponível em: <http://pdf.blucher.com.br/s3-sa-east-1.amazonaws.com/socialsciencesproceedings/ienbio/2019-ENBIO-GT-06.pdf>. Acesso em 22 maio 2023.

TORRE, José Henrique Rodrigues. Ortotanásia não é homicídio nem eutanásia. In: MORITZ, Rachel Duarte (coord.). **Conflitos bioéticos do viver e do morrer**. Brasília: CFM, p. 157-85, 2011.

TORRE, José Henrique Rodrigues. Ortotanásia não é homicídio, nem eutanásia. Quando deixar morrer não é matar. In: CARVALHO, Ricardo Tavares, PARSONS Henrique Afonseca, (Org.). **Manual de Cuidados Paliativos ANCP**. ampl. e atual. 2. ed. Academia Nacional de Cuidados Paliativos; 2012. p. 415-438.

CAPÍTULO 9

A VISÃO DO DIREITO DA FAMÍLIA MULTIESPÉCIE SOBRE AS FALTAS JUSTIFICÁVEIS DO DIREITO DO TRABALHO

*THE PERSPECTIVE OF MULTI-SPECIES FAMILY LAW
ON JUSTIFIABLE ABSENCES IN LABOR LAW.*

JOÃO VICTOR GUERRA¹
ALYSSON VITOR DA SILVA²

RESUMO: A possibilidade de estender o direito de faltas justificadas aos trabalhadores que possuem animais de estimação, reconhecendo e protegendo os vínculos familiares existentes na chamada família multiespécie. Essa forma de família refere-se ao arranjo familiar em que os seres humanos estabelecem laços afetivos profundos com seus animais de estimação, considerando-os como membros integrantes da unidade familiar. Brasil, a lei permite ao trabalhador ausentar-se do trabalho, em caso de morte de ente familiar próximo, como pais, cônjuges e filhos, e possibilita ao trabalhador levar seu filho ao médico, com algumas restrições de idade. Nada é comentado sobre àqueles que possuem um animal de estimação a possibilidade de sofrer após seu óbito, ou possibilitar um tempo mínimo para levar o pet no veterinário, como determina a lei para a “família tradicional”. É importante discutir a divergência existente em relação à identidade jurídica dos animais. Em uma perspectiva inicial, há quem os considere meramente como objetos, enquanto em outra vertente se argumenta que eles são seres dotados de sentiência. Essa última abordagem busca atribuir-lhes o status de pessoa, superando desafios jurídicos e requerendo a implementação de leis específicas sobre o assunto,

1 Acadêmico do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Campus Toledo.

2 Mestre em Processo Civil pela Universidade Paranaense. Graduado pela Universidade Paranaense. Docente do curso de Direito da PUCPR – Câmpus Toledo, Procurador Jurídico do município de Toledo – PR. E-mail: Alysson.vitor@pucpr.br

bem como a análise de experiências jurídicas em outros países.

Palavras-chave: Multiespécie. Família. Faltas Trabalhistas.

ABSTRACT: The possibility of extending the right to justified absences to workers who have pets, recognizing and protecting the family bonds within the so-called multi-species family. This form of family refers to the family arrangement in which humans establish deep emotional connections with their pets, considering them as integral members of the family unit. In Brazil, the law allows workers to be absent from work in the event of the death of close family members such as parents, spouses, and children. It also allows workers to take their child to the doctor, with some age restrictions. However, nothing is mentioned regarding the possibility for those who have a pet to take time off after their pet's death or to have a minimum amount of time to take the pet to the veterinarian, as the law stipulates for the "traditional family". It is important to discuss the divergence in the legal identity of animals. Initially, some consider them mere objects, while others argue that they are sentient beings. The latter approach seeks to attribute personhood status to animals, overcoming legal challenges and requiring the implementation of specific laws on the subject, as well as an analysis of legal experiences in other countries.

Keywords: Multi-species family. Absences. Labor law.

1 INTRODUÇÃO

Em análise, o Direito da Família Multiespécie tem se mostrado cada vez mais relevante na sociedade contemporânea, à medida que as relações entre humanos e animais se tornam mais complexas e as questões relacionadas ao bem-estar animal ganham destaque. No entanto, essa visão ainda é pouco explorada no âmbito do Direito do Trabalho, especialmente no que diz respeito às faltas justificáveis. As faltas justificadas são aquelas que não acarretam descontos remuneratórios ao empregado nem ao empregador e são previstas por lei ou contrato de trabalho. Exemplos comuns incluem o comparecimento a audiências judiciais, o casamento e o falecimento de parentes próximos. No entanto, também há situações em que o empregado precisa faltar ao trabalho por motivos relacionados aos seus animais de estimação ou de companhia, como cuidados veterinários ou emergências. Nesse sentido, a visão do Direito da Família Multiespécie pode ser útil para ampliar a compreensão sobre as faltas justificáveis no contexto do trabalho. Ao reconhecer que os animais de estimação são membros da família e têm necessidades específicas, essa abordagem pode ajudar a justificar faltas relacionadas a cuidados com animais e a conscientizar empregadores e colegas de trabalho sobre a importância dessas questões. No entanto, é importante destacar que essa visão ainda é pouco explorada no Direito do Trabalho e que há muitas questões a serem discutidas e regulamentadas para que os direitos dos animais e dos trabalhadores sejam adequadamente protegidos. Além disso, é preciso levar em conta que a relação entre humanos e animais varia de acordo com as culturas e os contextos sociais, o que pode tornar mais desafiadora a implementação de políticas e normas nesse sentido.

2 DIREITO DE FAMÍLIA MULTIESPÉCIE

2.1 CONCEITO E DEFINIÇÃO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O núcleo familiar é o primeiro contato humano, e é a unidade básica do relacionamento, sendo fortemente influenciada pela cultura de origem, além de contar com os comportamentos individuais adquiridos por cada ente. Cada família é única e possui características diferentes, peculiares e, ao mesmo tempo, mutagênese, pois passaram por diversas mudanças ao longo de seu desenvolvimento (MACEDO, 2008, p. 382).

O conceito de família vem sofrendo inúmeras atualizações nos últimos anos. Conforme a sociedade e suas relações se alteram, obrigatoriamente, o sistema jurídico precisa se adequar a realidade em que vive. Segundo Coutinho (2017), se entende família como um conceito plural, possuindo diversos sentidos, que tendem a sofrer variações, conforme as necessidades do tempo e lugar que se encontram.

A Constituição Federal de 1988 antes trazia a paridade entre o homem e a mulher, considerando essa a concepção jurídica de família, fazendo a proteção de seus componentes de forma semelhante (DIAS, 2021)

Ao longo do tempo, conceitos como casamento, família, maternidade, e paternidade se transformaram na sociedade contemporânea, sendo feito diversas alterações sobre em diversas legislações e doutrinas. (RIOS; GOMES, 2009, p. 313). Seguindo essa linha, o que antes era visto de uma forma, passou a ser vista de outro modo, tal qual atualmente, a tradição e o costume de um

casal, passou a ser uma escolha, como optar em ter ou não filhos, sob qual regime viver etc. (CANANI; FARACO, 2010, p. 365).

No presente, família se baseia principalmente em afetividade, possibilitando a ampliação de vários vínculos familiares, excluindo a ideia de que é apenas uma questão de grau de parentesco ou relações consanguíneas. Atualmente, o princípio do pluralismo das entidades pode ser sustentado, pois é reconhecido pelo Estado a existência da pluralidade de vários tipos de núcleos familiares (ALBUQUERQUE FILHO, 2002, p. 145).

Em relação a pluralidade familiar, Flávio Tartuce (2017) aponta alguns tipos de núcleos familiares: a) Matrimonial - decorrente do casamento; b) Informal - decorrente da união estável; c) Homoafetiva - decorre da união de duas pessoas do mesmo sexo; d) Monoparental - decorre pelo vínculo de um dos genitores com seu(s) filho(s); e) Anaparental: advêm da “convivência existente entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes”, mas com uma estrutura tendo uma identidade e um propósito; f) Eudemonista: Advêm do vínculo afetivo.

Portanto, conforme citado, existe uma vasta gama de núcleos familiares a serem abordados, e que principalmente, muitas delas permanecem os vínculos afetivos como base principal.

2.2 DA FAMÍLIA MULTIESPÉCIE

Como abordado anteriormente, o conceito de família passou por uma profunda mudança, excluindo a ideia de que família é basicamente matrimônio e relação consanguínea, e passou a ser classificada com relações afetivas. Dias (2016) aborda como um tipo de família a Eudemonista, a qual reconhece o afeto como única

característica necessária e eficaz para definir família, através de vínculos interpessoais.

Devido a essa alteração das relações e preferências humanas, muitos casais e famílias passaram a ter dificuldades em se relacionar com outras pessoas, e esse fator fez com que aparecesse um animal de estimação nas famílias contemporâneas no lugar de um filho nas famílias tradicionais. Um animal virou uma forma de proporcionar afetividade sem causar riscos ou prejuízos (SEGATA, 2012, p. 42).

A família multiespécie é um conceito recente que se refere às famílias que incluem seres humanos e animais de estimação, ou outros animais que vivem em proximidade e interação com as pessoas. Essa convivência pode incluir animais como cães, gatos, aves, roedores, entre outros, que muitas vezes são considerados membros da família e tratados como tal (BARCELLOS, 2016).

Essa ideia de núcleo familiar tem se tornado cada vez mais comum em todo o mundo, especialmente em países desenvolvidos, onde os animais de estimação são amplamente valorizados e tratados como membros da família. No entanto, essa concepção de família multiespécie também tem sido alvo de debates e discussões, especialmente no que diz respeito à sua relevância no campo jurídico (BARCELLOS, 2016).

Esse tipo de tema tem implicações importantes na legislação, uma vez que os animais são tratados de maneira diferente em diferentes países e em diferentes áreas do Direito. Por exemplo, no Brasil, a Constituição Federal reconhece a fauna como um patrimônio nacional a ser protegido, mas não concede aos animais direitos jurídicos específicos. Além disso, o Código Civil brasileiro trata os animais como objetos, sujeitos à propriedade de

seus donos, sem reconhecer seu valor intrínseco ou seu bem-estar (TRENTINI, 2019).

De modo geral, o termo família vem se alterando todo ano no cenário político, jurídico e legislativo. Ações de guarda começaram a versar também sobre os animais, além de que o preconceito com esse núcleo familiar vem sendo cada vez mais enfraquecido, o que sugere a necessidade de estudos aprofundados nessas relações, para favorecer sua aceitação em todos os cenários, e aperfeiçoar o conceito de núcleo familiar.

2.3 DOS DIREITOS E DEVERES DOS PROPRIETÁRIOS DE ANIMAIS

A relação entre os proprietários de animais e seus animais de estimação tem sido objeto de diversas discussões no âmbito jurídico, especialmente no que diz respeito aos direitos e deveres dos proprietários. A legislação sobre animais varia consideravelmente entre os países, e mesmo dentro de um mesmo país pode haver diferenças entre as leis de diferentes estados ou municípios.

No Brasil, o Código Civil trata os animais como objetos de propriedade, e por isso, os proprietários são responsáveis pelos danos causados por seus animais. A Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) prevê sanções penais para maus-tratos a animais e para a prática de abuso ou crueldade contra os mesmos. Além disso, o Código Penal (art. 32) prevê a punição para quem pratica maus-tratos contra animais, com pena de detenção de três meses a um ano, e multa.

No entanto, o Brasil até o presente momento carece de uma legislação mais abrangente e específica para os animais de estimação. Há, por exemplo, a falta de uma lei que regulamenta a

guarda compartilhada de animais de estimação em casos de divórcio, assim como a falta de uma legislação que trate especificamente das condições em que os animais devem ser mantidos em locais públicos, como praças e parques.

No entanto, há também iniciativas que buscam ampliar os direitos dos animais, tirando a vertente atual de considerá-los como “coisas” e reconhecê-los como seres sencientes, com direito ao bem-estar e à proteção legal, como é o caso do Projeto de Lei nº 6799/2013, apresentado pelo Sr. Ricardo Izar em 2013, na Câmara dos Deputados, o qual visa alterar o artigo 82 do Código Civil brasileiro, acrescentando o seguinte parágrafo único: “O disposto no caput não se aplica aos animais domésticos e silvestres”; tendo como caput o seguinte: “Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.”

Para Ricardo Izar (2013) essa proposta afastaria a classificação dos animais como meros bens móveis, tutelando os direitos dos animais, domésticos e silvestres, objetivando reconhecê-los como seres sencientes.

Outro exemplo que amplia os direitos dos animais ocorreu em 2020, através da Lei nº 14.064, a qual atribuiu o aumento de pena para aquele que cometer maus-tratos contra cães e gatos, considerando-os como animais de estimação (BRASIL, 2020)

A legislação estabelece o agravamento da pena de forma específica para maus tratos a cães e gatos, possivelmente porque o número de animais de estimação nos lares brasileiros ultrapassou o número de crianças em 2018, de acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). A maioria desses animais é composta por cachorros e gatos, representando mais da metade do total (EXAME, 2020).

A relação entre proprietário de animais de estimação e seus animais tem sido, como demonstrado, alvo de discussão no âmbito jurídico. Embora a legislação brasileira ainda trata os animais como “coisa” há uma crescente demanda por uma legislação que visa reconhecer os animais como seres sencientes, com direitos, e proteção legal. A iniciativa proposta por projetos de leis atuais demonstra a importância de tal reconhecimento, pois se mostrou expressivo numericamente, devendo a legislação acompanhar esse crescimento.

2.4 DIREITO COMPARADO

No Brasil, por muito tempo, o direito tratou os animais como meras coisas, bens ou propriedade, tendo como base o Ordenamento jurídico brasileiro como um todo.

Por outro lado, países como Portugal, já reconhecem os animais como seres sencientes, além da obrigatoriedade de assegurar seu bem-estar, e garantir suas necessidades básicas, de acordo com a Lei nº 8/2017. A lei e o país não consideram os animais dotados com personalidade jurídica, porém os consideram capazes de sentir sensações e sentimentos de forma consciente, e tratá-los como objetos fere a proteção de seus direitos básicos (CARMO, 2018, p.478).

O autor Paulo Lobo (2017, p.351) narra um pouco sobre a alteração do Código Civil francês, através do Artigo 515-14 do Código Civil francês, de 2015, estabelecendo que os animais são seres dotados de sensibilidade, e que são subordinados ao regime de bens. Essa alteração foi feita pelo fato de que antes, os animais eram definidos como meros bens de consumo, e após pressão de organizações não governamentais, a alteração foi feita.

Na Alemanha, no ano de 1990, foi introduzido no Código Civil Alemão a seguinte afirmação: “animais não são coisas, e são protegidos por leis especiais”, no

§90^a, seção 2, sendo ela o primeiro país da União Europeia a aderir a dignidade aos animais. (LOBO, 2017, p. 351).

A Suíça tem uma das leis mais avançadas de proteção animal, que reconhece os animais como seres sencientes e não como objetos de propriedade. A Lei Federal de Proteção dos Animais prevê medidas como a proibição do uso de animais em circos, a proibição de testes em animais para cosméticos e a exigência de treinamento para quem lida com animais de fazenda (SUIÇA, 2005).

No Reino Unido, existe a *Animal Welfare Act* 2006, a qual prevê que os animais de estimação são seres sencientes e que os proprietários devem fornecer cuidados básicos como alimentação, água, abrigo e tratamento veterinário. Além disso, há legislação específica para proteger animais de fazenda, animais selvagens e animais usados em laboratório, para desenvolvimento de cosméticos, medicamentos etc. (REINO UNIDO, 2006).

Observa-se que que em países estrangeiros que adotaram essas mudanças em seu Direito Civil, serviram de inspiração para o Brasil, que em 2018, criou o projeto de Lei 27/2018, que versa sobre o tratamento humano perante o animal, a fim de quebrar os paradigmas de que eles são meramente um objeto. Em suma, embora os direitos e deveres dos proprietários de animais varie bastante de acordo com o país e a legislação específica de cada lugar, a tendência geral tem sido de ampliar os direitos dos animais e reconhecê-los como seres sencientes que merecem proteção legal e bem-estar adequado.

3 DIREITO DO TRABALHO

3.1 HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

Apesar de alguns estudiosos afirmarem que a Lei Áurea não se encaixa no modelo atual do Direito do Trabalho, ela é considerada o marco inicial desse ramo jurídico no Brasil. Isso porque a escravidão é incompatível com qualquer característica do Direito do Trabalho que temos atualmente.

É importante ressaltar que o fato de ser o marco inicial não significa que antes dessa data não existiam relações de subordinação ou experiências industriais relacionadas à relação de emprego no Brasil. No entanto, a Lei Áurea foi um momento de suma importância para o país, pois permitiu o reconhecimento efetivo dos direitos dos trabalhadores e viabilizou as condições para o desenvolvimento do ramo trabalhista (MARTINS, 2010, p. 7).

Na relação de trabalho anterior à Lei Áurea, o trabalhador não tinha nenhum espaço ou poder de negociação. Na verdade, essa relação não poderia nem mesmo ser considerada uma relação de emprego, uma vez que apenas a subordinação e a onerosidade estavam presentes (MARTINS, 2010, p. 7).

De acordo com Maurício Godinho Delgado (2013, p. 102) a economia do Brasil era predominantemente rural e havia relações de produção escravistas, o que impedia a formação do ramo trabalhista. Os trabalhadores estavam subordinados aos seus empregadores de forma similar aos escravos, sem direitos ou garantias trabalhistas. Somente após a abolição da escravidão e a criação de leis trabalhistas que garantiram direitos aos trabalhadores foi possível o surgimento do ramo trabalhista no país.

Delgado ainda narra que, ao longo do tempo, o Brasil avançou na conquista de direitos trabalhistas, o que evidenciou a necessidade de maior atenção à valorização da classe trabalhadora, historicamente subvalorizada no país. O primeiro período marcante nesse sentido ocorreu entre 1888 e 1930, durante o qual surgiram diversas manifestações ainda incipientes ou esparsas.

Após a abolição da escravidão, leis e decretos trabalhistas foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase na questão social. Entre eles, destaca-se o Decreto 1.313 de 1891, que estabeleceu uma jornada de trabalho de 7 horas diárias, prorrogáveis para até 9 horas para menores de idade, mas proibindo o trabalho noturno para aqueles com menos de 15 anos (DELGADO, 2013, p. 103).

A regulamentação de sindicatos no Brasil teve início em 1903 com a Lei n. 979/03, que abordava o sindicato rural. Em 1907, o Decreto n. 1.637/07 regulamentou o sindicato urbano para todas as profissões e permitiu a criação de sindicatos e cooperativas. Em 1919, o Decreto-Lei n. 3724/19 abordou as obrigações em casos de acidentes de trabalho, seguindo o princípio do risco profissional. Este decreto foi substituído em 1934 pelo Decreto n. 24.637, que tratava de forma mais abrangente e protetiva a questão dos acidentes de trabalho (DELGADO, 2013, p. 104).

No ano de 1923, foi instituído o CNT (Conselho nacional do Trabalho) através do Decreto nº 16.027/23, sendo esse o órgão consultivo dos Poderes Públicos, quando o assunto é previdência social e a organização do trabalho. Após a Revolução de 1930, o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio foi criado pelo Decreto n. 19.443/30, este ministério foi um fator essencial para o desenvolvimento da legislação trabalhista no Brasil, segundo afirma Maurício Coutinha Delgado (2013, p. 105).

O segundo período da evolução histórica do direito do trabalho no Brasil teve início em 1930, quando o governo de Getúlio Vargas institucionalizou esse ramo do direito. Essa fase foi caracterizada pelo controle do Estado sobre os movimentos trabalhistas, com repressão a quaisquer protestos operários. O modelo justralhista, portanto, era altamente regulamentado e controlado pelo Estado (DELGADO, 2013, p. 105).

A influência do Estado na evolução do direito do trabalho foi intensa a partir da Constituição de 1937, conhecida como “Constituição Polonesa”, que instituiu o sindicato único com função delegada do poder público. (MARTINS, 2010, p.10). Essa constituição decorreu do Estado de Sítio aplicado em 1935, quando o governo federal retomou o controle das ações trabalhistas (DELGADO, 2013, p. 105).

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira a tratar especificamente do direito do trabalho, garantindo a liberdade sindical, isonomia salarial, salário-mínimo, jornada de oito horas de trabalho, proteção do trabalho das mulheres e menores, repouso semanal e férias anuais remuneradas (MARTINS, 2010, p.10). Após a Constituição de 1937, diversas normas esparsas foram criadas sobre temas trabalhistas, demonstrando a necessidade de sistematização dessas leis em um único diploma normativo. Assim, surgiu a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), através do Decreto-Lei n. 5.452 de 01 de maio de 1943, que ampliou e alterou a legislação trabalhista existente, assumindo a natureza própria de um código do trabalho (DELGADO, 2013, p. 107).

Por fim, é importante destacar a promulgação da Constituição Federal de 1988, atualmente em vigor, a qual trouxe importantes avanços para os direitos trabalhistas, reconhecendo-os como direitos sociais e incluindo-os no rol de direitos e garan-

tias fundamentais (Título II, Capítulo II da Carta Magna). Nas Constituições anteriores, os direitos trabalhistas eram abordados no capítulo da ordem econômica e social, evidenciando a mudança de perspectiva e valorização desses direitos na Constituição de 1988. (BRASIL, 1988)

Dessa forma, é importante destacar que o Direito do trabalho no Brasil está em constante mudança, principalmente sociais, em prol da classe trabalhadora. Vale frisar que, na época da escravidão, leis sociais não eram imagináveis em um futuro, coisa que é totalmente exigível nos dias de hoje. Portanto, como o inimaginável pode acontecer, é possível que outras leis e tradições ocupem as normas vigentes atuais, como será discutido ao longo deste artigo.

3.2 DO AMPARO JURÍDICO AO EMPREGADO POR FALTAR AO TRABALHO

No âmbito trabalhista, é amplamente reconhecido que o empregado tem o direito de se ausentar do trabalho sem prejuízo do salário quando se enquadra em um dos incisos do artigo 473 da CLT. Especificamente, este estudo se concentra no inciso I, que permite ao trabalhador ter dois dias consecutivos de falta em caso de falecimento de algum membro de sua família. E o inciso XI, que por sua vez, estabelece o direito do trabalhador de faltar um dia por ano para acompanhar o filho, menor de até seis anos, em consulta médica. Ressalta-se que essas situações são consideradas modalidades de interrupção do contrato de trabalho. (BRASIL, 1943)

Desse modo, é fundamental compreender as duas modalidades no Direito do Trabalho que impedem a extinção do contrato de trabalho: a interrupção e a suspensão. No caso da suspensão do contrato, o empregado deixa de receber salário durante o período

em que deixa de comparecer ao trabalho. Essa situação ocorre em casos de falta injustificada, greve e outras circunstâncias em que a ausência é considerada não justificada (MACIEL, 2020).

Por outro lado, na interrupção do contrato, o empregado continua a receber salário mesmo durante o período em que não comparece ao trabalho. Isso se aplica a situações como férias, repouso semanal remunerado, doença até o 15º dia e as faltas previstas no artigo 473 da CLT. Essas faltas previstas no artigo anteriormente citado são consideradas justificadas, o que implica na manutenção do pagamento de salário ao empregado durante o período de ausência (MACIEL, 2020).

Essas modalidades possuem amparo jurídico através do princípio da continuidade da relação de emprego, o qual estabelece a necessidade de manter a regularidade da prestação do serviço, permitindo interrupções ou suspensões apenas em situações específicas previstas na lei. Desse modo, essas modalidades não modificam ou revogam o contrato de trabalho, e sim sobre as obrigações atribuídas a cada uma das partes de uma relação de emprego (LEITE, 2017, p. 488).

No entanto, é importante ressaltar que o legislador não previu expressamente a possibilidade de o empregado ausentar-se do trabalho quando seu animal de estimação falece ou quando há a necessidade de levá-lo ao veterinário. Embora a CLT traga algumas situações específicas de falta justificada, conforme supramencionado, ela não contempla explicitamente essas circunstâncias relacionadas aos animais de estimação.

A sociedade contemporânea demanda evolução do Direito do Trabalho no sentido de não ignorar que o Direito de Família, que já reconheceu e se adaptou às novas modalidades de família, engloba os animais de estimação. É necessário aprofundar a abor-

dagem desse tema a fim de garantir ao trabalhador a oportunidade de vivenciar o luto pela perda de seu animal de estimação, que é considerado um membro da família devido à relação de dependência emocional existente entre todos os membros da família. É importante ressaltar que a relação multiespécie é baseada no amor e não há distinção entre as emoções do animal e do humano. A diferença está apenas na forma como cada um dos envolvidos vivencia essas emoções. No caso do humano, muitas vezes ele precisa enfrentar sua dor no ambiente de trabalho, sem a possibilidade de se ausentar para vivenciar o luto pela perda de seu animal de estimação.

3.3 O DIREITO DO TRABALHO E A RELAÇÃO HOMEM/ANIMAL

O direito do trabalho é tão antigo quanto o homem, sendo que este o acompanha desde os primórdios da história. A caça, pesca, coleta eram os métodos de trabalho no início dos tempos, sendo usado sua própria mão como instrumento de trabalho, e sendo o ponto inicial de toda a civilização, que a mão do sujeito foi substituída, com o passar de séculos para utensílios (TAVARES; CÊGA, 2012; P.2- 3). A necessidade humana de buscar novos métodos para facilitar a rotina diária fez com que a evolução fosse necessária. E a partir desse momento, o homem passa a se destacar no ecossistema, em que este fica à frente de todos os outros animais. Essa prática, possibilitou o avanço em diversas áreas, como na pesca, cultivo de alimentos e principalmente a domesticação e criação de animais, sendo esta, uma das maiores realizações da humanidade (MURPHEY; MIRANDA, 1998, p. 396)

Segundo Elaine Caetano (2010, p. 16), essa relação do animal com o homem se deu pois este utilizava os animais como ferramenta para proteger o território de uma tribo, além de auxiliar na caça de outros animais, e transportar carga e humanos. Logo, é evidente a necessidade do homem em interagir com outras espécies para sua sobrevivência, desde predação a domesticação, de acordo com Benjamin Hart (1985, apud GIUMELLI; SANTOS, 2016, p. 49).

Ao longo da História, é perceptível como a relação do Homem com o animal se fortalece, e como o afeto evoluiu, mesmo sendo de espécies diferentes (GIUMELLI; SANTOS, 2016, p.50). Entretanto, o trabalho de hoje, é pouco diferente quando comparado ao trabalho do século XVIII, em que se dava início a Revolução Industrial na Inglaterra, passou por diversas revoluções morais e sociais para moldar e formular leis mais justas e igualitárias, mas que ainda apresentam diversos paradigmas e aspectos considerados, pelo tempo moderno, antiquados (NASCIMENTO, 2018, p.50).

Atualmente, o uso de animais para o trabalho é praticamente nulo. A relação de trabalho do ser humano com o animal progrediu e virou uma relação afetiva entre ambos. A domesticação dos animais permitiu que diferentes espécies possam conviver no mesmo espaço, e ainda pertencer ao mesmo núcleo familiar, existindo uma relação afetiva e respeito.

4 REVISITANDO O ARTIGO 473 DA CLT À LUZ DA FAMÍLIA MULTIESPÉCIE

Considerando que os animais de estimação nas famílias multiespécies são tratados como membros integrantes e têm status semelhante ao de um filho, é crucial que os empregadores reconhe-

çam essa dinâmica nas relações de trabalho. É fundamental que o empregador busque constantemente garantir a qualidade de vida e as melhores condições laborais para seus funcionários.

Nesse sentido, é importante compreender que a qualidade do trabalho pode ser comprometida quando o empregado está emocionalmente afetado, como no caso do luto pela perda de seu animal de estimação. Quando o trabalhador está sobrecarregado com tais emoções, sua capacidade de concentração e desempenho pode ser prejudicada, impactando negativamente sua produtividade e bem-estar no ambiente de trabalho.

Portanto, é essencial que sejam criados mecanismos que reconheçam a importância e a influência emocional dos animais de estimação na vida dos trabalhadores. Isso pode incluir a implementação de políticas que permitam aos funcionários um tempo adequado para lidar com o luto pela perda de um animal de estimação, assim como é concedido em outras situações familiares. Dessa forma, o empregador promoverá um ambiente de trabalho mais saudável e respeitoso, levando em consideração as necessidades emocionais e afetivas de seus colaboradores.

A psicologia defende que durante a infância o ser humano constrói modelos do mundo, através das informações captadas e recebidas pelo seu corpo e sua mente, sendo na infância que o sistema comportamental de apego e afeto se estabelece e se fortifica, e a ausência desse “objeto” de apego, gera melancolia, insegurança e ansiedade (BOWLBY, 2002, p. 246).

Esse fenômeno de perda chama-se luto, e está associado com a morte de um ente querido. Esse processo tem como função “desligar dos mortos as lembranças e as esperanças dos sobreviventes”. Logo, é um rompimento de vínculos afetivos, gerados por

uma ação de perda involuntária da vontade do sujeito (BOWLBY, 2002, p. 250).

O luto é algo individual, sentido por aquele que perdeu alguém preciso em sua vida. Dimensionar sua extensão é impossível, pois cada um sabe a dor e o sofrimento que a morte proporciona aos sobreviventes.

É importante destacar que o direito ao luto pelos animais de estimação não se trata apenas de um direito emocional, mas também de um direito de proteção aos animais. Reconhecer o direito ao luto pelos animais de estimação é uma forma de garantir que esses animais sejam tratados com o respeito que merecem, considerando que fazem parte da família multiespécie. (FERREIRA, 2019)

Embora o direito ao luto seja um tema pouco explorado no contexto jurídico, alguns países já reconhecem o direito ao luto pelos animais de estimação. Nos Estados Unidos, por exemplo, alguns estados já aprovaram leis que reconhecem o direito ao luto pelos animais de estimação, permitindo que seus tutores tenham alguns dias de licença remunerada para lidar com a perda. (FERREIRA, 2019)

No Brasil, o Relator Luis Felipe Salomão proferiu o seguinte Acórdão:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. ARGUIÇÃO NA CONSTÂNCIA DO RELACIONAMENTO. INTENSO AFETO DOS COMPANHEIROS PELO ANIMAL. DIREITO DE VISITAS. POSSIBILIDADE, A DEPENDER DO CASO

CONCRETO. Por sua vez, a guarda propriamente dita – inerente ao poder familiar – instituto, por essência, de direito de família, não pode ser simples e fielmente subvertida para definir o direito do consorte, por meio do enquadramento de seus animais de estimação, notadamente, porque é um múnus

exercido no interesse tanto dos pais quanto do filho. Não se trata de uma faculdade, e sim de um direito, em que se impõe aos pais a observância dos deveres inerentes ao poder familiar. 5. **A ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais.** Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal. Portanto, a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mas precisamente, o âmago de sua dignidade. 6. Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser **senciente** – dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais, também devem ter o seu bem-estar considerado. 7. Assim, a dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao 14 animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender, sempre a depender do caso em concreto, aos fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal. 8. Na hipótese, o tribunal de origem reconheceu que a cadela fora adquirida na constância da união estável e que estaria demonstrada a relação de afeto entre o recorrente e o animal de estimação, **reconhecendo o seu direito de visitas ao animal**, o que deve ser mantido. 9. Recurso especial não provido. (STJ, 2018, ONLINE).

É possível observar que decisões modernas estão tratando o animal de estimação, nas palavras do relator, como seres sencientes, e reconhece que a ordem jurídica não pode desprezar essas relações homem/animal nos tempos modernos atuais, devendo ser considerado os fatores culturais e modernos, além de ter reconhecido o direito de visita, esse que é concedido no direito de família para filhos.

Para compreender essa demonstração de apego, Archer (CANANI; FARACO, 2010, p. 369) realizou um estudo, a fim de demonstrar o nível de apego entre os donos e seus animais de companhia, e o resultado apontou que existe um elevado nível de apego entre ambos. Os entrevistados deixaram claro que os animais são de extrema importância em suas vidas, pois estes os animais os deixavam em posição de conforto. O autor pode constatar ainda que a morte desses animais de estimação acarretaria uma sensação semelhante ao luto sentido na perda de um familiar. O processo de luto trará angústias, pensamentos e sentimentos e acompanhará a despedida de uma relação estabelecida e, finalizada de modo involuntário. (SANTOS, 2008, 25).

Dessa forma, o reconhecimento dessa relação familiar está cada vez mais possível de ser oficialmente reconhecida.

É relevante destacar o Projeto de Lei da Câmara nº 27, de 2018, que propõe a inclusão de um dispositivo na Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, com o objetivo de abordar a natureza jurídica dos animais não humanos. Esse projeto busca estabelecer uma natureza jurídica específica para os animais, bem como sujeitá-los a direitos despersonalizados, garantindo-lhes proteção legal em caso de violação. Essa iniciativa reflete a necessidade de reconhecer os animais como seres merecedores de tutela jurisdicional e evidencia a evolução do pensamento jurídico em relação aos direitos dos animais. (BRASIL, 2018)

Ainda, em 2017, o Deputado Federal Sr. Orlando Silva, apresentou um Projeto de Lei nº 9235/2017, que visa acrescentar o inciso XII, no artigo 473 da CLT, com a seguinte redação: “XII - para acompanhar animal doméstico em consulta veterinária de emergência.” (BRASIL)

No dia 02 de fevereiro de 2023, o Deputado Fred Costa, apresentou o Projeto de Lei nº 221/2023. Esse projeto também visa alterar o artigo 473 da CLT, que visa permitir a ausência ao serviço no caso de falecimento de cão ou gato de estimação, devidamente comprovado por estabelecimento responsável em atestar o óbito dos mesmos ou por médico veterinário registrado em Conselho Regional de Medicina Veterinária.

Outro meio de possibilitar esse tipo de direito é por convenção coletiva, sendo esta uma ferramenta para que os sindicatos e os trabalhadores tenham a expressividade necessária para estabelecer suas demandas, e “dar voz” aos trabalhadores, o qual pela Lei nº 13.467 de 2017 (BRASIL, 2017), ampliou as possibilidades de negociação entre a empresa e o sindicato, através do rol presente no artigo 611-A da CLT.

Essa valorização da negociação entre empregado e empregador permite que ambas as partes estabeleçam condições de trabalho mais adequadas às suas realidades e necessidades específicas, como também ampliar as condições de adequação com o direito de família multiespécie, fazendo adequações normativas quanto a possibilidade de ausentar-se no trabalho para levar o animal de estimação de sua posse ao veterinário, ou ter direito ao luto em caso de morte do mesmo (PIPEK; DUTRA; MAGNO, 2017 – p.56).

Contudo, o rol presente no artigo 611-A da CLT é omissivo no que diz respeito às faltas trabalhistas, sendo necessário uma alteração normativa para incluir uma menção sobre o assunto.

De modo geral, o direito e a sociedade estão evoluindo diariamente. A cada dia que se passa uma nova forma de união familiar é aceita, e o Direito, bem como as relações trabalhistas precisam acompanhar, e de certo modo respeitar que a perda de um filho para uns, é a mesma que perder um animal de estimação para outros.

Dessa forma, deve o direito evoluir e oportunizar ao trabalhador, um tempo justo para poder lidar com a perda do animal doméstico, bem como prover a possibilidade de levar ao veterinário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como demonstrado, a revisão do artigo 473 da CLT à luz da família multiespécie reflete a necessidade de reconhecer a importância dos animais de estimação na vida dos trabalhadores. Considerando o status semelhante ao de um filho que muitos atribuem aos seus animais de estimação, é essencial que os empregadores compreendam a influência emocional desses animais e garantam condições laborais adequadas para seus funcionários.

O luto pela perda de um animal de estimação pode afetar emocionalmente o trabalhador, comprometendo sua produtividade e bem-estar no ambiente de trabalho. Portanto, é crucial estabelecer mecanismos que reconheçam e respeitem a importância desses vínculos afetivos, incluindo a implementação de políticas que permitam aos funcionários um tempo adequado para lidar com o luto pela perda de um animal de estimação.

Além disso, é fundamental considerar o reconhecimento jurídico dos animais como seres sencientes e dignos de proteção legal. Decisões modernas têm tratado os animais de estimação como membros familiares, reconhecendo seus direitos e estabelecendo o direito de visita em casos de dissolução de união estável, por exemplo.

Desse modo, os projetos de lei que estão sendo propostos no Brasil (PL 6499/2013; PL 9235/2017; PL 221/2023), têm como objetivo ampliar os direitos dos animais, reconhecendo sua tutela jurídica, bem como possibilitar aos trabalhadores, que possuem fortes vínculos com seus animais de estimação, a possibilidade

jurídica de faltar ao trabalho de modo justificável em caso de morte de animal doméstico, ou pela necessidade de levá-lo ao veterinário.

O reconhecimento dos animais de estimação como seres sencientes, através de julgados tendo esse posicionamento, e fazendo comparações com a legislação de outros países, faz com que o Projeto de Lei nº 6799/2013, que pretende retirar do Código Civil a terminologia “coisas moveis” que é posto nos animais, possa ser aprovado. Esse projeto facilitaria a aprovação de projetos de lei como o Projeto de Lei nº 9235/2017 (possibilitar o tutor do animal em levá-lo ao veterinário sem que haja punição no trabalho) e o Projeto de Lei nº 221/2023 (possibilitar ao trabalhador se ausentar do trabalho no caso de morte de animal doméstico).

Portanto, reconhecer os animais de estimação como membros da família e garantir seus direitos e bem-estar, é uma preocupação importante e necessária atualmente e merece prosperar.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, A. P. **O Direito como regulador do espaço doméstico: as relações humanas e os animais**. 2016. Revista dos Tribunais, 996, 209-237. BOWLBY, J. **Apego: A natureza do vínculo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P. 245-260. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/501624980/J-Bowlby-Apego-a-natureza-do-vi-nculo>. Acesso em: 23 maio 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho**. Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. 7, 1943.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6799, de 2013**. (PL 6799/2013) BRASIL. **Projeto de Lei nº 9235, de 2017**. (PL 9235/2017) BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. 2017.

BRASIL, **Projeto de Lei da Câmara nº 27, de 2018** (PLC 27/2018).
BRASIL. **Projeto de Lei nº 221, de 2023** (PL 221/2023).

CAETANO, E. C. S. **As contribuições da TAA- Terapia Assistida por Animais à Psicologia (Trabalho de Conclusão de Curso de Psicologia)**. Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC, Criciúma. 2010, p. 14-19. Disponível em: <https://silo.tips/download/as-contribuiões-da-taa-terapia-assistida-por-animais-a- psicologia#>. Acesso em: 25 maio 2023.

CANANI, A. S. da; FARACO, C. B. **Apego entre casais sem filhos e seus animais de companhia**. Taquara: FACCAT, 2010. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Psicologia) Faculdades Integradas de Taquara, 2010, p. 364-369. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/>. Acesso em: 23 maio 2023.

CARMO, Isabel. **O animal não humano na Constituição da República Portuguesa**. 2018, p.394-518. Disponível em: <https://www.cidp.pt/f>. Acesso em: 28 maio 2023.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 2013. ed. 12. São Paulo.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

FERREIRA, Jéssica Caroline. **Direito ao luto pelo conceito de família multiespécie: uma análise a partir da perspectiva dos direitos animais e do direito comparado**. 2019. p. 24-25.

GIUMELLI, Raísa Duquia; SANTOS, Marciane Cleuri Pereira. **Convivência com animais de estimação: um estudo fenomenológico**. Rev. abordagem gestalt., Goiânia, v. 22, n. 1, p. 49-58, jun. 2016. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rag/v22n1/v22n1a07.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2023.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACEDO, R. M. S. **Terapia familiar no Brasil na última década**. São Paulo: Roca, 2008, p.375-390.

MACIEL, Kátia. **Estudo da alteração do artigo 473 da CLT à luz do conceito de família multiespécie**. 2020. Disponível em: <http://dspace.doctum.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/3476>. Acesso em: 28 maio 2023.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MURPHEY, R. M., RUIZ-MIRANDA, C. R. Domesticated ruminant behavior. In: Greenberg, G., Haraway, M.M. (eds). **Comparative Psychology: a handbook**, p. 393- 404, 1998.

PIPEK, Arnaldo. DUTRA, Alexandre Laura. MAGNO, Isabella Renwick. **Reforma Trabalhista**, Editora Edgard Blücher, São Paulo—2018. REINO UNIDO. **Animal Welfare Act**. 2006. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/45/contents>. Acesso em: 28 maio 2023.

RIOS, M. G.; GOMES, I. C. Estigmatização e conjugalidade em casais sem filhos por opção. **Psicologia em estudo**. Maringá: UEM, v. 14, Nº 2, p. 311-319, jun. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pe/a/V4wrG3cqH4zXw3LLqSnkbMH/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 15 maio 2023.

SANTOS, I. B. C. dos. Por que gostamos de nossos cachorros? **Psique ciência & vida**. São Paulo: Editora Escala, v.32, p.20-25, 2008.

SEGATA, J. **Nós e os outros humanos, os animais de estimação**. Florianópolis: UFSC, 2012. Tese (Doutorado em Antropologia Social) Centro de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Santa Catarina, 2012, p. 39-45 Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/96413/304062.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 maio 2023.

SUIÇA. **Federal Act on Animal Protection (Animal Welfare Act)**. 2005, Disponível em: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2008/414/en>. Acesso em: 18 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça STJ – **RECURSO ESPECIAL: REsp 1.713.167- SP (2017/0239804-9)**. Apelante: L M B. Apelada: V M A. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 19 de junho de 2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=88441759&tipo=5&nr_eg=201702398049&SeqCgrma=Sessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20181009&formato=P DF&salvar=false

TAVARES, Guilherme; CÊGA, Anderson. História Do Direito do Trabalho. **Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito**. Garça/ SP, Ano I, Número I, p. 1-7, janeiro, 2012. Disponível em: http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/hXZHIm0loh2Pr-nN_2_013-4-24-11-40-50.pdf

TRENTINI, F. Família multiespécie: considerações sobre o papel dos animais na família contemporânea. 2019. **Revista Direitos Animais e Sociedade**, 2(1), p. 97-110.

CAPÍTULO 10

BRINCANDO DE SER FAMÍLIA: A DESVALORIZAÇÃO DO INSTITUTO DA ADOÇÃO

PLAYING FAMILY: THE TRIVIALIZATION OF THE ADOPTION

MURIANA CARRILHO BERNARDINELI¹

MAÍSA NODARI²

ISABELLA RITT³

ISABELLE BERNO CECLUSKI⁴

RESUMO: A adoção é um instituto irrevogável e irrenunciável. Apesar disso, a devolução de menores adotados é recorrente no Brasil. O presente artigo tem como objetivo estudar a recorrência da desistência dos adotantes no processo de adoção, em especial após o período de convivência. Tal análise se faz a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse do menor, respaldados pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, busca-se apresentar as consequências psicológicas que podem ser causadas aos menores, bem como a importância da reparação dos danos morais sofridos, através da responsabilidade civil. Para isso, é analisado o contexto da adoção, como funciona e qual a importância do período de convivência, quais são os efeitos psicológicos decorrentes da desistência, além dos efeitos jurídicos, os quais estão relacionados com a responsabilidade civil. Se examinará o cabimento da indenização

1 Doutora em Direito pela Fadisp. Mestre em Direito pela Unicesumar. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo IDCC em parceria com UENP. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Docente do curso de Direito na PUCPR - Câmpus Toledo - e-mail: muriana.carrilho@pucpr.br.

2 Doutoranda em Direito. Docente do curso de Direito na PUCPR - Câmpus Toledo – e-mail: maisanodari@hotmail.com.

3 Acadêmica do Curso de Direito PUCPR Toledo, cursando o 4º ano noturno – e-mail: isabellaritt@gmail.com.

4 Acadêmica do Curso de Direito PUCPR Toledo, cursando o 4º ano noturno – e-mail: isabellebernoo@hotmail.com.

através da responsabilidade civil como uma maneira efetiva para suprir os danos psicológicos sofridos pelos menores abandonados. Para isso, a metodologia utilizada ao desenvolvimento desta análise se deu pelo método dedutivo, através de pesquisas em doutrinas, artigos científicos, legislações e jurisprudências.

Palavras-chave: Adoção. Desistência. Efeitos psicológicos. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: According to the Child and Adolescent Statute, adoption is an irrevocable and unrenounceable institute. Despite this, the return of adopted minors is recurrent in Brazil. The present article aims to study the recurrence of the abandonment of adopters in the adoption process, especially after the cohabitation period. This analysis is based on the principles of human dignity and the best interests of the minor, supported by the Federal Constitution of 1988 and the Statute of the Child and Adolescent. Thus, we seek to present the psychological consequences that can be caused to minors, as well as the importance of repairing the moral damage suffered, through civil liability. To this purpose, the context of adoption is analyzed, how it works and what is the importance of the cohabitation period, what are the psychological effects of giving up, and the legal effects, which are related to civil responsibility. The appropriateness of compensation through civil liability will be examined as an effective way to compensate for the psychological damage suffered by abandoned minors. To this end, the methodology used to develop this analysis was the deductive method, through research in doctrine, scientific articles, legislation, and jurisprudence.

Keywords: Adoption. Abandonment. Psychological effects. Civil Liability.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo versa acerca da desistência da adoção, os danos causados ao adotado durante esse processo, bem como a possibilidade de responsabilização dos desistentes perante a indenização por danos morais aos menores. Assim, analisa em especial as desistências após o período de convivência, uma vez que este é um passo à adoção e visa a adaptação do adotando ao futuro lar, assim como a troca de experiências e criação de laços e consolidação do desejo da adoção.

A adoção, torna-se irrevogável e se concretiza após o trânsito em julgado da sentença. Entretanto, ainda que não haja vedação legal, o período de convivência não pode ser uma justificativa para a desistência, em vista do prejuízo psicológico aos menores. Posto isto, se verifica a possibilidade de responsabilização civil dos desistentes, visando preservar a dignidade e melhor interesse dos adotados.

A finalidade deste estudo é encontrar uma maneira de desestimular esta prática, além de conscientizar que o instituto da adoção é um meio de garantir o direito das crianças e adolescentes em conviverem no seio familiar, ao invés de assegurar a idealização da família perfeita aos adotantes.

Este tema justifica-se mediante a sua importância, visando garantir que o ordenamento jurídico seja em favor do melhor interesse do menor. Isso porque, ao ir a um novo lar, os menores criam expectativas de convivência e esperança de ser amado em um núcleo familiar.

Assim sendo, para alcançar os objetivos desejados, utilizou-se o método dedutivo, partindo de pesquisas bibliográficas, científicas e jurisprudenciais. Para isso, estabeleceu-se cinco capítulos:

1) Contextualização acerca da adoção; 2) Análise sobre o período de convivência; 3) Efeitos psicológicos causados pela desistência da adoção; 4) Efeitos jurídicos da desistência da adoção; e 5) Considerações acerca da responsabilidade civil aplicada sobre o tema.

Este trabalho primeiramente busca apresentar o contexto da adoção e suas legislações, posteriormente é tratado acerca do período de convivência e sua importância para o desenvolvimento do processo adotivo, bem como os efeitos psicológicos e jurídicos gerados ao adotando em face a desistência. Em consequência disso, apresenta-se a possibilidade de responsabilização pelos danos psicológicos causados aos infantes.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO ACERCA DA ADOÇÃO

A adoção é um dos institutos mais antigos existentes relacionados às necessidades de adequações das famílias. Para grande parte dos doutrinadores, o conceito jurídico da adoção está relacionado a busca de assimilação com a filiação natural, tratando-se de um ato jurídico com efeitos limitados por lei e efetivados através de sentença judicial.

O fator indispensável para uma adoção é a manifestação de vontade, por esse motivo, as leis baseiam-se no vínculo afetivo, vez que, um filho necessita de amor, proteção e que suas necessidades básicas sejam supridas, independente de laços biológicos, de forma que assim é constituída uma família.

A adoção no Brasil é regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), pelo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), e, recentemente, pela Lei da Adoção (nº 13.509/2017). No entanto, o instituto da adoção ultrapassa os

entendimentos de códigos e leis, valendo, principalmente, o vínculo estabelecido entre adotantes e adotados, tendo como ponto principal o afeto e a criação de laços.

Dessa forma, todo o procedimento da adoção é extremamente cauteloso, para que siga os princípios que a norteiam, sendo eles: o melhor interesse do menor, a convivência familiar e a dignidade da pessoa humana.

O melhor interesse do menor foi a peça-chave para criação do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90), o qual normatizou o processo de adoção. Estabeleceu os direitos da criança e do adolescente, além do direito à filiação, que é inalienável a toda pessoa, conforme disposto no art. 41 e, em correspondência, o art. 3º do mesmo Estatuto:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de **todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana**, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

(...)

Art. 41. **A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.** (BRASIL, 1990).

Ainda, o direito à convivência familiar também tem o objetivo de garantir que crianças e adolescentes possam ser criados em uma instituição familiar, seja natural ou substituta, com o objetivo de garantir um melhor desenvolvimento social, moral, físico, mental e principalmente dar a oportunidade de ter vínculos afetivos, de acordo com o art. 19 da Lei 8.069/90:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral (BRASIL, 1990).

Nesse diapasão, o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos mais importantes, fundamentado pela Constituição Federal de 1988, em que fornece uma série de garantias relacionadas à pessoa humana, entre elas a saúde, a educação, moradia, assistência aos desamparados, proteção à maternidade e à infância. Este princípio consolidou as normas da Declaração dos Direitos Humanos e a Convenção dos Direitos da Criança, sendo estabelecido no art. 1º, III, da Constituição Federal vigente que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988).

Assim sendo, os direitos e garantias fundamentais não podem sofrer qualquer restrição que ultrapasse os limites interpostos pela dignidade humana, tendo em vista que atinge a todos os seres humanos. Portanto, observados os princípios, é necessário analisar os requisitos específicos para que ocorram a adoção, para compreender de forma adequada todos os efeitos, psicológicos e jurídicos decorrentes da desistência da adoção, e, em especial, após o período de convivência.

3 ANÁLISE SOBRE O PERÍODO DE CONVIVÊNCIA

Uma vez entendidos os princípios da adoção no procedimento judicial, é determinado o período de convivência. Esse

momento possui um prazo de duração mínima de 30 dias e visa a adaptação do adotando em seu futuro lar, possibilitando a concretização do vínculo entre as partes e o desejo da adoção, uma vez que a criança passa a conviver com os adotantes para se conhecerem melhor e criarem uma aproximação. Sendo esse período uma experiência positiva, o Juízo e a equipe multidisciplinar efetivam a adoção.

Nesse momento, já deve haver a demonstração de afeto, a convivência mútua e proteção (NUCCI, 2014, p. 118). Além disso, é neste pequeno período que o adotando ficará sob responsabilidade do adotante, devendo ele prestar assistência material, moral e educacional (art. 33, “caput”, do ECA).

Entretanto, alguns adotantes utilizam deste momento apenas para fazer um experimento, e, caso suas expectativas não sejam devidamente atendidas pelo menor, o devolvem para as instituições responsáveis. O que demonstra um descaso ao processo de adoção e aos sentimentos do adotando, uma vez que, lhe é gerado um sentimento de rejeição, abandono e insuficiência.

É importante ressaltar que, essas crianças e adolescentes já passaram pela privação de amor e vínculo familiar, e é justamente através da adoção que buscam uma nova oportunidade de criar laços afetivos e convivência no seio familiar, recebendo o verdadeiro valor da filiação.

Portanto, é visível a gravidade dessa situação e os diversos danos que ela acarreta, isso porque, diante dos inúmeros prejuízos psicológicos, é necessário debater sobre a lacuna legislativa acerca do cabimento de reparação de danos às crianças e adolescentes, decorrentes da desistência da adoção após o período de convivência. Assim, relaciona-se a possibilidade de responsabilização

dos adotantes, em detrimento dos danos causados aos menores vulneráveis.

4 EFEITOS PSICOLÓGICOS CAUSADOS PELA DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO

Uma vez analisado o estágio de convivência e sua importância perante a adoção, é necessário retratar acerca da desistência dos adotandos e a falta de seriedade dos adotantes para com os menores e ao ato de adotar.

É fundamental destacar todo o trajeto que os adotantes precisam levar até o final da adoção e o quão planejado é o processo de habilitação, para evitar ao máximo que os adotandos não passem por mais frustrações futuramente.

Assim, é possível considerar que as relações familiares deixaram de ter uma finalidade apenas hereditária e passaram a buscar as melhores condições para constituição do filho como um ser íntimo e afetivo, digno de ser feliz e possuir laços emocionais, gerando responsabilidades entre os familiares.

Dessa maneira, para compreender os efeitos da desistência da adoção - em especial após o período de convivência - é necessário relembrar que essa criança e/ou adolescente já vivenciou uma vez todo o sentimento de abandono, rejeição e a deficiência do Estado e da sociedade de garantir ao menor o direito de convivência em um lar, no seio de uma família. A situação que lhe fez ser retirada do ambiente em que vivia é traumática, uma vez que, o que comumente ocasiona a perda do poder familiar está relacionado à morte dos genitores, abandono, maus tratos, abusos e exposição da criança. Por isso, a cautela perante essa conjuntura deve ser totalmente voltada à proteção dos interesses do menor.

No ato da devolução, a criança ou o adolescente desenvolve um sentimento de culpa pela situação enfrentada, castigando-se, como se a situação que está enfrentando fosse culpa de sua conduta. Podendo, inclusive, não se recuperar deste segundo trauma que enfrenta, sendo difícil estabelecer os vínculos novamente.

Em casos de abandono, é evidente que a criança ou o adolescente são o polo mais vulnerável da situação, devendo ter o seu direito resguardado, vez que tem seu futuro ameaçado pela atuação de pessoas que, em tese, seriam seus maiores protetores, seus pais.

Segundo Bauman a exclusão e a rejeição são humilhantes e pretendem sê-lo, pois visam a que a vítima da rejeição comece a se ver como inferior e imperfeita socialmente (BAUMAN, 1999, p. 134-135). Ainda, segundo Cuneo a descontinuidade de laços afetivos emocionalmente relevantes para o menor leva a dificuldades na estruturação do *self* e dirigem à insegurança pessoal, medo e falta de confiança no outro (CUNEO, 2012, p. 422). Assim, conclui-se que a rejeição causa inúmeros prejuízos aos menores que a sofrem, podendo inclusive sofrerem distúrbios psiquiátricos e de personalidade.

Estudos apontam que uma adoção bem concretizada traz inúmeros efeitos positivos no desenvolvimento das crianças, ainda que estas tenham sofrido negligências e abusos no início de suas vidas, e que uma família adotiva pode ser um ambiente excelente para o processo de superação de traumas, tanto físicos quanto emocionais, podendo, inclusive, reverter implicações de desenvolvimento.

Assim, quando uma criança é abandonada duas vezes, o psicológico é abalado de formas inimagináveis, vez que, ao ser levada a um lar para enfim conviver com uma família, cria-se expectativas de ser adotada, e quando são devolvidas prevalece

o sentimento de ser um objeto sem valor, além da frustração e vergonha por voltar ao acolhimento institucional, em virtude de escolhas feitas por pessoas que deveriam protegê-los, pessoas nas quais depositaram sua confiança e acima de tudo, sua esperança.

Portanto, é de suma importância a existência de medidas jurídicas mais eficientes, voltadas ao psicológico do menor, para que se evite o maior número de devoluções e de crianças traumatizadas pelo segundo abandono.

5 EFEITOS JURÍDICOS DA DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO

Quando há a intenção de adoção, as partes interessadas devem garantir que foram esgotadas todas as alternativas de manutenção do convívio com a família biológica, uma vez que, é irrevogável a inserção de uma criança ou adolescente em família substituta. Isso porque, quando ocorre a inserção da criança na família adotiva, ocorre o desligamento de todos os vínculos existentes entre a criança ou o adolescente familiar e sua família biológica. O artigo 39, § 1º, do ECA, preceitua:

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei (BRASIL, 1990).

Dessa maneira, no momento em que a sentença concede a criança ou o adolescente aos pais adotivos, a adoção se torna definitiva, sendo inaceitável a devolução do menor à família biológica ou ao acolhimento institucional. Valendo esta medida, inclusive, em relação aos direitos sucessórios.

No entanto, é sabido que a adoção, em alguns casos, resta frustrada, inclusive após a conclusão do processo de adoção. Todavia, não há que se falar em desistência, visto que o instituto da adoção é irrevogável.

Apesar de a adoção ser um instituto definitivo, quando há a manifestação de interesse dos adotantes em não permanecer com os adotados, o princípio do melhor interesse da criança deve ser atendido. Assim, o Poder Judiciário é obrigado a acolher a criança novamente, a fim de evitar que o menor seja vítima, novamente, de maus tratos, humilhações, violências físicas e psicológicas, resguardando a integridade psíquica, moral e social da criança ou do adolescente. Nesses casos, a medida cabível é a destituição do poder familiar.

Muitos pais não estão preparados para lidar com os testes que os menores constantemente fazem pelo medo de serem rejeitados novamente (DIAS, 2017, p. 133).

No processo de adoção, os futuros pais delimitam características que gostariam que houvesse na criança ou do adolescente que pretendem adotar, mas está além do conhecimento destes como o menor vai ser, como vai se sentir, como vai agir e interagir. Nessa perspectiva, de acordo com Bauman, as alegrias da paternidade e da maternidade vêm, por assim dizer, num pacote que inclui as dores do auto sacrifício e os temores de perigos inexplorados (BAUMAN, 2004, p. 45).

Verifica-se que, muitas vezes, quando a criança ou o adolescente não condiz com o desejado, o casal desiste da adoção, sem pensar nas consequências que seus atos geram ao menor. Ocorre, ainda, a falta de desígnio por parte do casal a fim de que se esforcem para se reaproximarem da criança ou do adolescente.

A postura dos adultos envolvidos, culpando as crianças pelo fracasso na relação estabelecida, parece ser o ponto central dos casos de devolução (PINHO, 2014, p. 536). É de extrema importância a preparação dos adultos que pretendem adotar uma criança ou um adolescente a fim de que entendam que os menores que vão para uma instituição de acolhimento carregam consigo uma bagagem marcada por traumas e dores. Nesse caso, é mais dificultosa a criação de um novo vínculo familiar, vez que esse menor já passou por tantas situações traumáticas em tão pouco tempo de vida, como abandonos, abusos, negligências, maus tratos, perda dos pais, entre outros.

A adoção, nos termos do artigo 41 do ECA é irrevogável, atribuindo, a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive, sucessórios (BRASIL, 1990).

Quando a adoção não se concretiza, ocorre o que os doutrinadores denominam de “devolução”. O uso desse termo faz referência direta a uma relação de consumo, em que o consumidor insatisfeito com a qualidade do produto o devolve por não atender às suas expectativas (PINHO, 2014, p. 534).

Acontece, em muitos casos de devolução de crianças ou adolescentes, a transformação do menor em objeto, trazendo uma sensação de manipulação, rejeição e agressão em todas as áreas de sua vida.

Vale ressaltar que, qualquer criança ou adolescente, na maioria das vezes ainda bebês, podem vir a apresentar alguma deficiência ou doença ainda não aparente. Estamos tratando de crianças e adolescentes, seres humanos, que jamais devem ser tratados como um objeto passível de troca diante “defeito”. Agir dessa forma é negligente, vez que se se tratasse de uma criança “perfeita” a chance de devolução seria exorbitantemente menor.

De acordo com Martins os fracassos acontecem não porque não se é consanguíneo, mas pelo contexto em que esta adoção foi criada. Os pais, muitas vezes, pela fantasia do medo da não adoção pelo filho, submetem e aprisionam a relação às provas de amor, impedindo a construção de laços afetivos livres em laços afetivos por obrigação. É a troca da devoção pela obrigação: você tem que me amar, pois lhe demos algo. Ocorre, que muitas vezes a motivação do casal na busca pela adoção não é apropriada, devendo ser analisada minuciosamente antes da entrega do menor, a fim de evitar uma possível devolução posteriormente (MARTINS 2014, p. 711).

Nesse ponto de vista, Farias e Rosenvald afirmam que é incorreto compreender o instituto da adoção como simples possibilidade de dar um filho para quem não pode tê-lo biologicamente, uma vez que isso seria entendê-lo como um substituto à frustração da procriação pelo método sexual (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 908).

Não se deve culpar a criança ou o adolescente pelo fracasso da adoção, vez que, grande parte das vezes, os menores têm o desejo de continuar inserido no seio familiar adotivo, apesar de exibirem condutas que contrariam isso, no intuito de testarem seus novos pais.

Em relação aos pretendentes da adoção, verifica-se que estes tiveram escolha, optando pela adoção. Deste modo, ao passo em que decidiram ser pais adotivos, assumiram as consequências do compromisso, podendo muitas vezes serem negativas e diferentes das idealizadas.

6 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL APLICADA SOBRE O TEMA

Ante o exposto acima, quando nos deparamos com a devolução de crianças e adolescentes pelo simples fato destes não terem atendido às expectativas desejadas pelos adultos envolvidos, sabemos que os menores em questão sofrem danos incontáveis, muitas vezes irreparáveis, causando mais traumas e frustrações. Assim, verifica-se a possibilidade de responsabilidade civil das pessoas que desistiram da ação, devendo esta reparar os danos causados, podendo ser a título de indenização ou pagamento de pensão mensal, apesar de na grande maioria das vezes, o pagamento pecuniário não ser, nem de perto, suficiente para reparar o dano emocional causado ao menor.

É indiscutível que os danos psicológicos causados por um abandono, são irreparáveis. No caso em questão, tratamos de um segundo abandono, uma devolução, uma situação que causa outro trauma à criança ou ao adolescente. Assim, verifica-se que a reparação monetária não seria suficiente para suprir o dano causado, vez que tratamos do psicológico, e nada supre um trauma sofrido e a falta de uma família.

Os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil de 2002 tratam sobre a responsabilidade civil, tendo esta como objetivo a tentativa de suprir um dano causado por ato ilícito. Tendo esta, como característica, quatro elementos, sendo: a presença de uma conduta, culpa ou dolo do agente, dano e nexo de causalidade.

Em relação ao elemento culpa, mesmo que o agente não aja com intenção de causar um resultado danoso, este assume o risco quando atua com descuido, tendo a obrigação de arcar com as consequências geradas. Em caso de dolo, o agente conforta o

direito de outrem, vez que age de maneira intencional e assume o risco de produzir o resultado da ação praticada.

O dano é considerado o elemento essencial para que haja a responsabilização, pois sem ele não haveria consequências. Assim, leciona Cavalieri Filho, o dano é o grande vilão da responsabilidade civil, encontra-se no centro da obrigação de indenizar. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não fosse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. O dever de reparar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa danos a outrem (CAVALIERI FILHO, 2014).

Para Tartuce o nexo causal, se apresenta como elemento imaterial ou virtual que une causa e efeito, ou seja, é o elo entre “a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado a alguém” (TARTUCE, 2012, p. 356).

Após mudanças no Código Civil, conexões foram criadas entre a responsabilidade civil e o direito das famílias, passando a serem válidas as reparações por danos morais na esfera familiar. Assim, se uma criança ou adolescente adotado sofrer qualquer dano, causado por seus adotantes, cogita-se a responsabilidade civil.

Sobre o tema, Gagliano e Pamplona afirmam: logicamente, dinheiro nenhum efetivamente compensará a ausência, a frieza, o desprezo de um pai ou uma mãe por seu filho, ao longo da vida. Mas é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou a mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente, a “perda do poder familiar”, pois, se assim o for,

para o genitor que o realiza, essa suposta sanção repercutiria como um verdadeiro favor (GAGLIANO, PAMPLONA, 2014, p. 78).

Insta salientar, que decisão alguma visando a indenização pelo dano causado suprirá o abandono ou a ausência dos pais, vez que não é possível obrigar uma pessoa a amar ou criar laços com outro, porém, tende a diminuir a extensão do dano causado ao menor rejeitado.

Dessa maneira, visando normatizar e relacionar as normas aos fatos, os tribunais já tratam acerca dos prejuízos emocionais, valores afetivos e sentimentos da pessoa humana como danos passíveis de reparação.

A Constituição Federal de 88 prevê a possibilidade de indenização em casos de dano moral ou material, conforme dispõe o artigo 5º, X “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

Assim, considera-se que a adoção deve ser vista com seriedade e respeito pelos candidatos, vez que, decidem adotar uma criança ou adolescente por livre arbítrio. Estes candidatos devem ser conscientes e se portar como verdadeiros pais, vez que a adoção atribui a condição de filho ao adotado, tendo os mesmos direitos e deveres, incluídos os sucessórios, como previsto no artigo 41 do ECA, que preceitua que a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres dos demais biológicos.

Quando se adota uma criança ou um adolescente, é incontestável que estas são assumidas com seu passado, memórias e traumas, sendo papel dos adotantes assumirem a responsabilidade de serem pais, cuidando destas da forma devida. A rejeição e a devolução destes menores só implicam na formação de seu ser.

Alegações de devoluções baseados em motivos de “foro íntimo” ou a culpabilidade em cima do menor, são considerados conteúdos vazios e configuram desistência imotivada. Nesse sentido, os tribunais já entendem possível a reparação do dano causado pela devolução de filhos adotivos, conforme ementa extraída do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

ECA. SENTENÇA QUE CONDENA OS PAIS ADOTIVOS AO PAGAMENTO DE DANOS MORAIS POR “DEVOLUÇÃO” DA FILHA ADOLESCENTE. SITUAÇÃO DE REABANDONO. RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA. DANO MORAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 927, DO CÓDIGO CIVIL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

“Estas pessoas que ‘devolvem’ (...) terão que reconstruir suas vidas, mas são adultos. Se livram do ‘incômodo’ gerando problemas e confusões. O que será da criança?” (Hália Pauliv de. Adoção tardia: devolução ou desistência de um filho? A necessária preparação para adoção. Curitiba: Juruá, 2012., p. 27).

(TJPR - 12ª Câmara Cível - 0049386-38.2020.8.16.0014 - Londrina - Rel.: DESEMBARGADOR LUIS CESAR DE PAULA ESPINDOLA - J. 04.05.2022).

Nota-se, portanto, que o Poder Judiciário vem reconhecendo a recorrência do segundo abandono e a necessidade de indenização pelos danos morais sofridos.

No mesmo sentido, interpreta o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL. **DESISTÊNCIA DE ADOÇÃO** DEPOIS DE LONGO PERÍODO DE CONVIVÊNCIA. RUPTURA ABRUPTA DO

VÍNCULO AFETIVO. DANO MORAL CONFIGURADO. REVISÃO DO “QUANTUM” COMPENSATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. VALOR QUE NÃO É EXORBITANTE. SÚMULA 07/STJ.

1. Controvérsia acerca do cabimento da responsabilização civil de casal de adotantes que desistiram da adoção no curso do estágio de convivência pelo dano moral causado ao adotando.

[...]

7. Possibilidade de desistência da adoção durante o estágio de convivência, prevista no art. 46, da Lei n.º 8.069/90, que não exige os adotantes de agirem em conformidade com a finalidade social deste direito subjetivo, sob pena de restar configurado o abuso, uma vez que assumiram voluntariamente os riscos e as dificuldades inerentes à adoção.

8. Desistência tardia que causou ao adotando dor, angústia e sentimento de abandono, sobretudo porque já havia construído uma identidade em relação ao casal de adotantes e estava bem adaptado ao ambiente familiar, possuindo a legítima expectativa de que não haveria ruptura da convivência com estes, como reconhecido no acórdão recorrido.

9. Conduta dos adotantes que faz consubstanciado o dano moral indenizável, com respaldo na orientação jurisprudencial desta Corte Superior, que tem reconhecido o direito a indenização nos casos de abandono afetivo.

(STJ - TERCEIRA TURMA - REsp 1981131 / MS - Rel.: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO - DJe 16/11/2022).

A Constituição Federal enumera direitos fundamentais na dignidade da pessoa humana, tratando de forma específica os direitos relacionados à infância e juventude. Esses direitos estão previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, onde são reproduzidos os conceitos de proteção estabelecidos da Constituição Federal, alterando a situação jurídica em que crianças e adolescentes se encontravam, vez que, anteriormente, eram tratados como meros

objetos de proteção jurídica, passando a ser tratados como sujeitos de direito. Nessa linha, os artigos 5º e 15 do ECA preveem:

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

(...)

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis (BRASIL, 1990).

Posto isto, verifica-se que as ações de reparação possuem caráter pedagógico, visando a desestimulação da prática da devolução de filhos adotivos, bem como, visando minimizar os danos causados ao adotando. Ainda, ao retornar ao acolhimento institucional, o menor poderá ser prejudicado em futuras adoções. Desse modo, a reparação do dano moral se dá em decorrência de todo o abalo emocional e sofrimento causado ao adotando.

7 CONCLUSÃO

Enfim, conclui-se que o casal que pretende adotar uma criança ou um adolescente necessita estar ciente que a adoção não se trata de uma relação de consumo, e que não há a possibilidade de devolver o adotando caso este não “atinja suas expectativas”.

Isso porque, conforme demonstrado, trata-se de crianças e adolescentes que já foram abandonados, maltratados e negligenciados anteriormente. E, em caso de devolução ou uma segunda rejeição, podem vir a sofrer danos irreparáveis, tanto no presente quanto no futuro. Assim, em hipótese alguma deve se “coisificar”

o adotando e devolvê-lo sob justificativas fúteis. Ao candidatar-se para a adoção, os adotantes assumem o risco de o adotado não ser similar ao idealizado. Assim, em casos de devolução, devem sim ser responsabilizados, vez que estes, por livre e espontânea vontade, decidiram candidatar-se à adoção. Mesmo que a adoção seja um ato irrevogável e irrenunciável, é necessário, acima de tudo, que o Estado zele pelo bem-estar do infante.

Destarte, apesar de não haver legislação específica que prevê a devolução de crianças e adolescentes, os Tribunais vêm entendendo que cabe condenação por danos morais aos pais adotivos que devolveram seus filhos, visando reparar os danos psicológicos ocasionados. Apesar da indenização pecuniária pelo dano causado jamais suprir o abandono, a ausência de uma família e os danos psicológicos causados, poderá ser investido em benefício do adotando, podendo lhe garantir condições melhores.

Assim, o pagamento da indenização, ainda, pode desestimular a prática da devolução de crianças e adolescentes, vez que estes não são mercadorias e jamais devem ser tratados dessa forma, devendo ter seus sentimentos e sua integridade preservados.

REFERÊNCIAS

ALÉSSIO, Maicon Henrique. LUCIANO, Maria da Rosa. **Responsabilidade civil dos pais adotantes nos casos de devolução da criança e/ou adolescente adotado.** Disponível em: <https://periodicos.unesc.net/ojs/index.php/AnaisDirH/article/view/5863>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido:** sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BERTONCINI, Carla. CAMPIDELLI, Laísa Fernanda. **Análise sobre a devolução da criança e do adolescente no processo de adoção:** danos psicológicos e a possibilidade de responsabilidade civil. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/210567348.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 23 abr. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Institui o Cadastro Nacional de Adoção.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/>. Acesso em: 20 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Processo nº 0049386-38.2020.8.16.0014.** Londrina. 04 mai. 2022. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do;jsessionid=04cf5c00d3d8bae5e9f96e5d9eec?actionType=pesquisar>. Acesso em 20 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1981131.** Mato Grosso do Sul. 16 nov. 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200093990&dt_publicacao=16/11/2022. Acesso em: 20 abr. 2023.

CUNEO, Mônica Rodrigues. Abrigamento prolongado: os filhos do esquecimento. *In: A institucionalização prolongada de crianças e as marcas que ficam.* Censo da população infanto-juvenil abrigada no Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 2012. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmninnibpcapjpcglclefindmkaj/https://mca.mp.rj.gov.br/wp-content/uploads/2012/08/7_Abrigamento.pdf. Acesso em: 20 abr. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos do Afeto – Questões Jurídicas.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DIAS, Paola Consul. MARTINS, Fernanda Michele. GROSS, Jacson. A responsabilidade civil decorrente da desistência da adoção durante o transcurso do estágio de convivência. **XXIX Congresso Nacional do Conpedi.** Balneário Camboriú 2022. Disponível em <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/906terzx/f99mp5ck>. Acesso em 14 abr. 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**, v. 6: direito de família. São Paulo: Atlas, 2015.

FELIPE, Luiza. **A responsabilidade civil dos pretendentes à adoção nos casos de desistência da medida durante o estágio de convivência**. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2016. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/172867>. Acesso em 15 abr. 2023.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia Jurídica**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027990/>. Acesso em: 18 abr. 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. v. 3, Responsabilidade Civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINS, Silvana Garavello. Quando a adoção não acontece dos dois lados. In: LADVOCAT, Cynthia *et al.* **Guia de Adoção: no jurídico, no social, no psicológico e na família**. São Paulo: Roca, 2014. Cap. 58. p. 709-713.

PINHO, Patrícia Glycerio Rodrigues. Devolução: Quando as crianças não se tornam filhos. In: LADVOCAT, Cynthia *et al.* **Guia de Adoção: no jurídico, no social, no psicológico e na família**. São Paulo: Roca, 2014. Cap. 45. p. 533-540.

SILVA, Daiane Melo. **Desistência da adoção – O segundo abandono**. 2019. Disponível em: <https://repositorio.ivc.br/handle/123456789/50>. Acesso em: 16 abr. 2023.

TACIARA, Betti Pires; DIAS, Rodrigo Rodrigues. **Responsabilidade civil por desistência de adoção no estágio de convivência**. Disponível em: https://www.fasul.edu.br/projetos/app/webroot/files/controle_eventos/ce_producao/20161022-213838_arquivo.pdf. Acesso em: 18 abr. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil – Direito de Família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VACCARI, Karoline Quintanilha. **A perda de uma chance na adoção: uma análise da aplicabilidade do instituto após a desistência da adoção nas relações familiares constituídas além dos laços sanguíneos**. 2021. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário da Serra Gaúcha. Disponível em <https://repositorio.cruzeirodosul.edu.br/jspui/handle/123456789/3595>. Acesso em: 16 abr. 2023.

CAPÍTULO 11

COMENTÁRIOS À LEI 12.318/2010 E INTERLOCUÇÕES A RESPEITO DA CHAMADA “SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL”

*COMMENTS ON LAW 12.318/2010 AND
INTERLOCUTIONS REGARDING THESO-CALLED
“PARENTAL ALIENATION SYNDROME”*

MURIANA CARRILHO BERNARDINELI¹
GIOVANNA FONTOURA ROSSETTO²
HELOÍSA RAFAELA PANDOLFO³

RESUMO: O presente texto aborda a lei 12.318/2010, que dispõe sobre a Alienação Parental, um importante instrumento em matéria de proteção aos direitos da Criança e do Adolescente. O objetivo é fazer uma análise do texto legal, apontando seus pontos negativos e positivos, explicando cada artigo redigido, de forma sucinta. A partir de pesquisa bibliográfica, foram separados tópicos conceituando o instituto da Alienação Parental e as suas disposições na lei supracitada, destacando a importância de uma equipe multidisciplinar em processos judiciais envolvendo atos alienadores, comentando sobre a importância que deve ser dada ao sujeito alienador e um conteúdo a respeito da chamada “Síndrome de Alienação Parental”.

Palavras-chave: Alienação Parental. Criança. Lei 12.318/2010. Texto Legal.

1 Doutora em Direito pela FADISP. Mestre em Direito pela UNICESUMAR. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela IDCC em parceria com UENP. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Docente do Curso de Direito na PUCPR – Câmpus Toledo – e-mail: muriana_bernardineli@hotmail.com

2 Acadêmica do 2º ano do Curso de Direito Pontifícia Universidade Católica do Paraná- Câmpus Toledo, e-mail: giovannafrossetto@hotmail.com

3 Acadêmica do 2º ano do Curso de Direito Pontifícia Universidade Católica do Paraná- Câmpus Toledo, e-mail: heloisapandolfo@hotmail.com

ABSTRACT: The present text reports the law 12.318/2010, regarding parental alienation, an important instrument on the subject of protection of the rights of the Child and Adolescent. The main point is to make an analysis of the legal text, pointing its negatives and positives points, explaining each redacted article, in a summarized way. From bibliographical research, the topics were separated contextualizing the institute of Parental Alienation and its provisions of the law mentioned above, highlighting the importance of the multidisciplinary team in court lawsuits involving alienating acts, remarking about the importance that must be given to the alienating subject and a content regarding about the so called “The Parental Alienation Syndrome”.

Keywords: Parental Alienation. Child. Law 12.318/2010. Legal Text.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva uma análise do instituto da Alienação Parental, bem como dos mecanismos legais que visam regulá-lo dentro do ordenamento jurídico brasileiro. O tema referido, positivado através da Lei 12.318, publicada no dia 26 de agosto de 2010, é uma adequação jurídica ao contexto social perante um fenômeno que acontece há muito tempo e que já era discutido pela doutrina e pelas jurisprudências emitidas pelos tribunais superiores anteriormente à sua publicação.

O advento dessa lei tratou-se de mais um mecanismo de proteção aos Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente, estes que foram dispostos com certo ineditismo na Constituição Federal de 1988, em seus artigos 227 e 228. Também foi aprovado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) no dia 13 de julho de 1990, a Lei 8.069/90, adotando a Doutrina da Proteção Integral das Crianças e Adolescentes, que está sendo consagrada na produção

intelectual atual, inclusive seus princípios foram norteadores na elaboração da lei de alienação apresentada.

O objetivo deste texto é dispor sobre a Lei da Alienação Parental, seus pontos importantes, bem como suas falhas e melhorias a serem feitas pelo legislador. Também irá discorrer sobre a importância da atuação de profissionais da

área do Direito e da Psicologia em processos judiciais envolvendo atos de alienação e a atenção a ser entregue ao sujeito alienador, tratando a causa do problema.

Outro ponto a ser discutido posteriormente é a chamada “Síndrome da Alienação Parental”, definida como uma possível consequência desse processo de alienação. Todos esses tópicos elencados no artigo foram resultado de uma ampla pesquisa bibliográfica para reduzir o assunto a conceitos bem definidos e de fácil compreensão.

2 O CONCEITO DE ALIENAÇÃO PARENTAL E SUAS DISPOSIÇÕES NA LEI 12.318/2010

O texto legal considerou ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie um dos genitores ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este, conforme disposto no artigo 2º da Lei 12.318/2010.

O legislador brasileiro conceituou o ato de Alienação Parental destacando a atuação de um indivíduo, podendo ser um dos genitores, avós ou alguém que tenha a criança ou adolescente sob sua autoridade, em interferir na formação psicológica da criança e

do adolescente com uma “campanha difamatória” para que repudie ou prejudique a relação com seu genitor. Preocupando-se em abranger a figura do sujeito alienador, aquele que realiza a campanha, mas não abrangeu a figura do sujeito alienado, que pode se estender ao genitor.

O texto da lei, foi bem redigido quanto ao conceito, mas falhou em mencionar o sujeito passivo da alienação, sendo a vítima sempre a criança ou o adolescente. O sujeito alienado pode ser qualquer outro membro da família, como irmãos, tios, padrastos e avós (no último caso, chamada alienação avoenga), estes últimos não poderiam ficar de fora da redação, pois até são mencionados no inciso VII do parágrafo único deste mesmo artigo.

Mesmo com ressalvas, é adequada a consideração de Almeida Júnior sobre o texto, quando enuncia que: “[...] andou bem o legislador quando definiu a alienação parental, sobretudo porque não o fez de maneira exaustiva, valendo-se de noções meramente exemplificativas” (ALMEIDA JÚNIOR, 2010, on-line).

O parágrafo único do artigo 2º exemplifica as formas de alienação parental, trazendo as condutas práticas que facilitam o reconhecimento deste instituto. Seriam estas, dispostas entre sete incisos, a realização de campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade, o ato de dificultar o exercício da autoridade parental (termo que ganha espaço em substituição de “poder familiar”) e atuação em dificultar contato de criança ou adolescente com genitor.

Também entre as condutas de alienação, está estabelecido o ato de dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar, este que se atenta ao Direito Fundamental de mesmo nome, “convivência familiar”, descrito no caput do artigo 227 da CF/88 e no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente

(ECA). Ponto que é ratificado no artigo 3º da redação, considerando que a prática desse ato prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constituindo abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Assim como os exemplos citados acima, o artigo 2º dispõe que, omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; e mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a relação da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós; são formas de alienação. Além desses, existem atos declarados pelo juiz ou constatados por perícia que identificam o instituto.

Um ponto a se destacar neste rol taxativo é a apresentação de falsas denúncias ao sujeito alienado, podendo ser estas de maus tratos, abusos sexuais ou alguma outra espécie com conteúdo depreciativo, causando danos à criança ou adolescente, ao indivíduo passivo da alienação, que sofre uma denúncia caluniosa e até mesmo para toda a família. Configurando-se, também, como crime contra a Administração da Justiça, previsto no artigo 339 do Código Penal e o tipo penal previsto no artigo 138 do código referido, “caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime”.

Diante disso, é importante lembrar que essa campanha do sujeito alienador deve ser injusta e depreciativa, uma vez que as acusações feitas podem ser verdadeiras, e o sujeito alienado pode

estar colaborando com este processo ou causando-o sozinho, a chamada autoalienação. E mesmo que estas queixas sejam verdadeiras, não deve a criança ou adolescente tomar conhecimento dos fatos alegados.

Diante disso, é interessante citar as palavras da professora Annie Rehbein de Acevedo (2007), os pais não devem usar seus filhos como mensageiros, psicólogos ou confessores, devendo evitar de todas as formas referir-se a outra pessoa com grosseria. Os filhos necessitam de imagens positivas dos genitores para a construção de sua personalidade, vendo os pontos positivos tanto do pai quanto da mãe.

Uma possível ocorrência de alienação parental, a chamada de “Alienação Parental Recíproca” ou “Múltipla”, foi deixada de lado pelo legislador na redação ao conceituar o instituto, significando que a conduta alienadora pode ser adotada por membros das duas famílias, paterna e materna, em casos de família natural, extensa ou substituta, uns contra os outros promovendo essa “campanha difamatória”. É preciso lembrar que a alienação pode acontecer até mesmo entre parentes de mesma linha.

O artigo 4º da lei dispõe que o ato de alienação parental pode iniciar de forma autônoma ou incidental, perante outro processo em curso, como dissolução de união estável, divórcio, guarda, visitas, anulação de casamento e outros. A partir de qualquer indício de sua ocorrência o litígio deve tramitar de forma prioritária.

A preferência é de que a ação seja julgada o mais breve possível, com o Magistrado obtendo todos os documentos que o ajude a ter a plena convicção de sua decisão perante a situação, visando tomar as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive

para assegurar sua convivência com o sujeito passível da alienação ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos.

No mesmo artigo em discussão, em seu parágrafo único, a redação assegura a garantia mínima de visitação assistida entre a criança ou adolescente e o genitor, falhando o legislador em não indicar todas as figuras passíveis de alienação novamente. Sendo essa visita no fórum onde tramita a ação ou em entidades conveniadas com a Justiça, ressaltando a sua ocorrência em casos em que há iminente risco à integridade física ou psicológica da vítima, atestado por profissional que acompanhou esses momentos.

Após o início do processo, caso necessário, o juiz determinará perícia psicológica ou biopsicossocial, conforme disposto no artigo 5º da lei de alienação parental e em seus incisos. Essa perícia será feita por um profissional especializado e enaltece a importância da ação conjunta de profissionais de diferentes áreas que será abordada em outro tópico de forma mais abrangente posteriormente no presente texto.

Diante da caracterização de atos típicos de alienação parental, o juiz poderá tomar algumas medidas que estão expostas no artigo 6º e os incisos subsequentes da lei em discussão: “Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso” (BRASIL, 2010).

Entre elas, enquanto a alienação estiver em sua fase inicial e ainda não tomou a proporção de afastar a criança ou o adolescente do sujeito alienado, o juiz poderá apenas declarar a ocorrência do

instituto e advertir o sujeito alienador, preferencialmente durante audiência e não por mero documento escrito, utilizando-se de sua influência para alcançar êxito nas suas advertências.

O juiz também pode ampliar o regime de convivência familiar em favor do parente alienado, objetivando diminuir os efeitos da alienação com o restabelecimento do convívio entre este e o menor.

Entre algumas outras medidas a serem adotadas é a estipulação de multa ao sujeito alienador, passível de grande discussão por conta da ausência de um parâmetro de fixação na legislação, que deve ser significativo para cumprir a sua função. Também pode ser determinado o acompanhamento psicológico ou biopsicossocial do sujeito alienador como solução, ponto a ser analisado de modo acentuado subsequentemente, e nada impede que o Magistrado determine o acompanhamento do menor em casos que este já tenha sido afetado significativamente diante das práticas alienantes.

Além destas, a alteração da guarda unilateral para guarda compartilhada é um bom caminho para a reaproximação entre a criança ou adolescente e o sujeito alienado, medida que também poderia ser tomada com base no artigo 1.586 do Código Civil vigente desde o ano de 2002 e, em casos mais graves, a guarda pode sofrer inversão.

Pode haver também a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente, visto que a mudança injustificada ou repentina do endereço pode dificultar a convivência destes com o sujeito passível da alienação, é importante também a escolha do juízo competente para que o processo tramite de forma célere. Por fim, o juiz pode declarar a suspensão da autoridade parental, conforme artigo 1.637 do Código Civil, visto que a alienação é uma forma de abuso de autoridade, ou também poderá impor sua

perda definitiva em casos de reiteração da conduta, como exposto no caput do artigo 1.638 e inciso IV do dispositivo supracitado.

Sobre a questão do abuso de poder parental, é válido citar a seguinte explanação de Lenita Duarte, em uma de suas obras:

Ao abusar do poder parental, o genitor busca persuadir os filhos a acreditar em suas crenças e opiniões. Ao conseguir impressioná-los, eles sentem-se amedrontados na presença do outro. Ao não verem mais o genitor, sem compreender a razão do seu afastamento, os filhos sentem-se rejeitados, não querendo mais vê-lo. Como consequência, sentem-se desamparados e podem apresentar diversos sintomas. Assim, aos poucos se convencem da versão que lhes foi implantada, gerando a nítida sensação de que essas lembranças de fato aconteceram. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo paterno-filial. Restando órfão do genitor alienado, acaba o filho se identificando com o genitor patológico, aceitando como verdadeiro tudo que lhe foi informado (DUARTE, 2012, p. 270).

O artigo 7º da lei de alienação parental debruça-se em elencar a atribuição ou alteração da guarda, de preferência para o genitor que viabilize o contato do menor com o outro genitor, em casos de impossibilidade da guarda compartilhada. Mais uma vez o legislador é reducionista ao utilizar-se da palavra genitor, já que tanto os sujeitos alienados e sujeitos alienadores representados por diferentes indivíduos que possuem familiaridade com a criança ou adolescente, estendendo-se até mesmo a pessoas de vínculo socioafetivo.

Para finalizar os comentários ao texto legal analisado, é importante salientar o que está redigido no caput do seu artigo 8º, mesmo que o juiz determine a fixação do domicílio da criança ou adolescente este “[...] é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência

familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial” (BRASIL, 2010), mas a regra evita prejuízos à parte alienada com a escolha do juízo competente.

Diante dos pontos apontados e da descrição da Lei 12.318/2010, é perceptível a sua importância ao definir em bases jurídicas o que é o instituto da Alienação Parental e constatar que o seu advento foi uma adequação às mudanças e fenômenos da sociedade brasileira.

3 A IMPORTÂNCIA DE UMA EQUIPE MULTIDISCIPLINAR EM PROCESSOS JUDICIAIS ENVOLVENDO ATOS ALIENADORES

É cada vez mais notável a importância e a necessidade do trabalho conjunto entre profissionais da área do Direito e da Psicologia em litígios familiares. Dentro do processo judicial, o psicólogo pode atuar como perito e como assistente técnico, sendo fundamental a sua diferenciação.

A atuação do perito é determinada pelo juiz e regulada na lei de alienação parental em seu artigo 5º. Em síntese, o Perito é um profissional que por sua experiência e conhecimento científico e técnico, fornece informações ao juízo. Existem os peritos funcionários dos Tribunais de Justiça e aqueles particulares que atuam por indicação do Judiciário.

Para Freitas e Pellizzaro o perito: “É o profissional com conhecimento técnico, científico, solicitado pelo juiz, nos casos em que a prova depender de algum esclarecimento especializado” (FREITAS; PELLIZZARO, 2011, p. 49).

Sucintamente, a perícia é um meio de prova prevista na legislação brasileira, que visa uma avaliação ou exame minucioso

de fatos ou causa, percebidos por um profissional que detém conhecimentos específicos para seu reconhecimento.

Quanto ao trabalho do Assistente Técnico, a Resolução 08/2010 do Conselho Federal de Psicologia (CFP) expõe que: “São de confiança da parte para assessorá-la e garantir o direito ao contraditório, não sujeitos a impedimento ou suspeição legais” (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2010, p. 01).

Ou seja, não atua como perito, mas é contratado por uma das partes para auxiliá-la durante o processo judicial, principalmente na elaboração de defesas, podendo este também formular alguns quesitos a serem seguidos pelo psicólogo perito ao longo do litígio.

Conforme a Resolução supracitada, a relação entre os profissionais deve ser de colaboração, com cada um exercendo suas competências, sendo o último, facultativo. Pode-se citar também a atuação de profissionais da área da assistência social em estudos psicossociais. Assim, conclui-se a importância da atuação multidisciplinar dentro de processos que discutem atos de alienação parental, tanto para a formação de laudos, constatações técnicas e acompanhamento psicológico.

4 A IMPORTÂNCIA A SER DADA AO SUJEITO ALIENADOR

Primordialmente, antes de tratar da figura problemática do sujeito alienador, é imprescindível identificar esse termo e delimitá-lo. É de suma importância salientar que o “alienador” ou também chamado sujeito ativo da alienação é o praticante do exercício alienador, o indivíduo que exerce influência negativa sobre a criança, com o objetivo de antagonizá-lo em relação ao sujeito passivo da alienação. Este termo está relacionado ao comportamento e as

ações efetivadas por um indivíduo e não está relacionada a uma identidade fixa.

Outro ponto a ser tratado é “quem pode ser o sujeito alienador?”. O número de pessoas que compõem essa lista é bem maior do que se costuma imaginar e do que é mencionado na maioria os livros. Boa parte dos autores utiliza o termo “genitor alienador”, porém este é um termo um tanto quanto errôneo. Atualmente tem-se o entendimento de que tanto o sujeito ativo da alienação quanto o passivo, podem ser o pai bem como a mãe da criança, ou até mesmo outras figuras próximas, como avós, padrastos ou madrastas, questão discutida anteriormente.

Apesar de na atualidade o sujeito passivo da alienação e o infante serem os principais focos tanto da psicologia quanto do ordenamento jurídico, deve-se também pôr em ponto de estudo e trabalho o sujeito alienador, para que este possa ser assistido. Uma vez compreendida a motivação para a prática da alienação parental, a causa do problema pode ser tratada e não apenas a sua consequência.

Sendo assim, é importante salientar que, em muitos casos, o alienador não está consciente do dano psicológico e emocional que está causando na criança ou adolescente. O comportamento do alienador está tão apoiado em mágoas e ressentimentos pessoais, que seu foco faz-se lesar o sujeito passivo da alienação e a criança nada mais é do que um mecanismo para o sucesso desse anseio. É perceptível que enquanto não for abordada a causa do problema, continuará sendo tratada apenas as suas consequências, por isso é importante dar enfoque a figura do alienador.

Contemplando neste contexto o discurso de Trindade, “a Alienação Parental exige uma abordagem terapêutica específica para cada uma das pessoas envolvidas, havendo a necessidade de

atendimento da criança, do alienador e do alienado” (TRINDADE, 2008, p. 105).

Destarte, salienta-se que o tratamento deve ser equiparado a todos os sujeitos do espectro alienador, direcionando individualmente a abordagem terapêutica adequada para cada um, para alcançar resultados eficazes.

5 A CHAMADA “SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL”

A Síndrome da Alienação Parental (SAP) é um fenômeno muito complexo, identificado e descrito pela primeira vez em 1985, pelo médico psiquiatra norte-americano Richard Alan Gardner (1931-2003), definindo-o como um distúrbio que acomete crianças e adolescentes que, geralmente, se encontram em situações em que os genitores estão em disputas judiciais por sua custódia. Gardner classificou a SAP como um conjunto de sintomas que surgem no infante ao decorrer da alienação.

Para Gardner (2002), os principais sintomas presentes no infante em uma relação onde a Alienação Parental se manifesta são: campanha voltada a desonrar e depreciar o sujeito alienado, a falta de caráter e valores familiares, apoio automático ao sujeito alienador, presença de cenas “encomendadas” pelo sujeito alienador e também a propagação para familiares e amigos da repulsão pelo sujeito passivo da alienação.

Dado um contexto inicial sobre a Síndrome da Alienação Parental, é fundamental salientar que não se deve confundir com situações legítimas de proteção à criança em casos de abuso ou negligência comprovados. Esta síndrome se refere especificamente a um processo de alienação e manipulação emocional sem fundamento real. Deve-se também observar que para que seja carac-

terizada a SAP, é fundamental que a intenção do sujeito ativo da alienação seja somada a colaboração do próprio infante, que deve estabelecer uma contribuição ativa na difamação do sujeito passivo da alienação.

Outro ponto a se esclarecer, é que atualmente a Síndrome da Alienação Parental não consta no Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders ou Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, de maneira específica, porém a 5ª Edição conta com um comentário breve que faz alusão e pode ser usado como analogia a Alienação Parental:

Criança Afetada por Sofrimento na Relação dos Pais - Esta categoria deve ser usada quando o foco da atenção clínica inclui os efeitos negativos de discórdia na relação dos pais (p. ex., altos níveis de conflito, sofrimento ou menosprezo) em um filho da família, inclusive os efeitos no transtorno mental ou em outra condição médica da criança (MANUAL DIAGNÓSTICO E ESTATÍSTICO DE TRANSTORNOS MENTAIS, 2014, p. 716).

A SAP é produto da aplicação de diferentes estratégias para adulterar a percepção da criança em relação ao sujeito alienado e, é um fenômeno que ocorre e surge principal e majoritariamente em contextos de divórcio ou separação. Quando ocorre tal dissolução, momento no qual as brigas e discussões se afloram, os filhos ficam fragilizados e com o sentimento de orfandade mental, tornando-se um momento muito propício para plantar a ideia de que houve um abandono, sendo fácil convencer a criança, um indivíduo influenciável, e que nesse momento é muito suscetível a manipulações emocionais, de que um dos genitores não o ama e o preteriu.

É nesse período, que as chamadas “falsas memórias” são implantadas, e inicia-se a campanha de difamação deste alvo, e

partindo disso acontece uma reprogramação e doutrinação dos sentimentos da criança em relação ao sujeito passivo da alienação. Nesse contexto, os filhos se tornam verdadeiros instrumentos de vingança, sendo programados para odiar e rejeitar, sem qualquer justificativa, quem causou sofrimento e, muitas vezes, o suposto fim do relacionamento.

Tais estratégias supramencionadas podem incluir difamar o alvo, denegrir sua imagem, criar falsas acusações de abuso, restringir contato, desqualificar, minar a autoridade desse sujeito alienado. Todos esses atos da alienação visam destruir qualquer vínculo afetivo entre o alienado e a vítima das falsas acusações do alienador.

Essas maneiras de manipulação sobre o intelecto do infante são tratadas também como uma forma de “lavagem cerebral”, embora este termo tenha sido descartado por Richard Gardner, ainda é usado e relacionado ao tema por outros autores.

Os efeitos da SAP podem ser extremamente prejudiciais tanto para a criança quanto sujeito a ser alienado. A criança pode desenvolver uma forte lealdade ao alienador e passar a rejeitar o alvo, mesmo que esse relacionamento tenha sido positivo no passado. O infante passa a apresentar sentimentos de raiva, ressentimento, culpa e confusão em relação ao alvo da alienação.

Já o sujeito passivo da alienação pode sentir-se impotente, frustrado e emocionalmente angustiado ao ver seu relacionamento com o filho deteriorar-se e ao ser alvo de acusações injustas. Tais obstruções no relacionamento podem resultar em uma diminuição da qualidade do relacionamento pai-filho e em casos de uma alienação completa, o resultado pode ser irreparável.

Juridicamente, a Síndrome da alienação parental é reconhecida em alguns países e pode ter implicações nos processos de guarda e visitação. No entanto, a identificação e o tratamento da

SAP continuam sendo desafios complexos, tanto do ponto de vista legal quanto psicológico.

Outrossim, é importante destacar que no texto da lei brasileira não há menção ao termo síndrome e sim do ato da alienação, utilizando as palavras de Elizio Luiz Perez: “a lei não trata do processo de Alienação Parental necessariamente como patologia, mas como conduta que merece intervenção judicial, sem cristalizar única solução para o controvertido debate acerca de sua natureza” (PEREZ, 2013, p. 46).

Para lidar com esta Síndrome, é fundamental um trabalho multidisciplinar envolvendo profissionais da área jurídica, da psicologia e do serviço social. É importante promover a conscientização sobre a SAP entre os profissionais que atuam com famílias, e prepará-los para fornecer a estas recursos e suporte adequados.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da redação apresentada, é possível concluir que a Lei 12.318/2010, dispondo sobre a Alienação Parental, preencheu mais uma lacuna na legislação brasileira no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais da Criança e do Adolescente, compondo um leque de direitos determinados também na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Por fim, constatou-se alguns pontos de melhoria a serem feitos, elencados subjetivamente no presente texto, assim como os pontos positivos da lei. Também foi feita uma observação quanto à importância da atuação de diversos profissionais, a atenção a ser dada ao sujeito alienador como solução do problema e da consequência resultante desse processo prejudicial à criança ou adolescente, a chamada “Síndrome da Alienação Parental”.

REFERÊNCIAS

ACEVEDO, Annie Rehbein. **Separação saudável, filhos estáveis**. São Paulo, Editora Paulinas, 2007.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo. Comentários à Lei da Alienação Parental – Lei 12.318/10. **IBDFAM**. 2010. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/679/Coment%C3%A1rios+%C3%A0+Lei+da+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental+%26mdash%3B+LEI+12.318%2C+-de+26+de+Agosto+de+2010>. Acesso em: 20 maio 2023.

BACCARA, Sandra; FETTER, Cristian; MACHADO, Thalita; MENEZES, Rafaella de. **Alienação Parental** - interlocuções entre o direito e a psicologia. Curitiba: Maresfield Garden, 2014.

BRASIL. **Lei nº 12.318 de 27 de agosto de 2010**. Lei de Alienação Parental. Brasília, DF, Senado Federal, 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2012.318%2C%20DE%2026%20DE%20AGOSTO%20DE%202010.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20aliena%C3%A7%C3%A3o%20parental,disp%C3%B5e%20sobre%20a%20aliena%C3%A7%C3%A3o%20parental. Acesso em: 22 maio 2023.

BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. **Alienação parental: uma interface do direito e da psicologia**. 22. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA DO DF. **Resolução CFP, nº 008, de 30 de junho de 2010**. Disponível em: <https://transparencia.cfp.org.br/crp01/legislacao/resolucao=-cfp-n0082010-/#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20atua%C3%A7%C3%A3o%20do,assistente%20t%C3%A9cnico%20no%20Poder%20Judici%C3%A1rio>. Acesso em: 25 maio 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017.

FREITAS, Douglas Phillips; PELLIZZARO, Graciela. **Alienação parental – Comentários à Lei 12.318/2010**. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2011.

GARDNER, Richard Alan. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?** Tradução para o português por Rita Rafael. Disponível em: <https://sites.google.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>. Acesso em: 22 maio 2023.

MANUAL DIAGNÓSTICO E ESTATÍSTICO DE TRANSTORNOS MENTAIS. **DSM-5 [American Psychiatric Association]**. Tradução: Maria Inês Corrêa Nascimento et al; Revisão técnica: Aristides Volpato Cordioli et al. 5. ed. Dados eletrônicos. Porto Alegre: Artmed, 2014.

PEREZ, Elizio Luiz. Breves comentários acerca da lei da alienação parental (Lei 12.318/2010). *In*: DIAS, Maria Berenice. (coord.). **Incesto e alienação parental de acordo com a Lei 12.318/2010 (Lei de Alienação Parental)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PIZÁ, Graça; AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A criança vítima de violência sexual intrafamiliar: como operacionalizar as visitas?. *In*: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Incesto e alienação parental: Realidades que a justiça insiste em não ver**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 187-207.

SOUSA, Analicia Martins de. **Síndrome da alienação parental: um novo tema nos juízos de família**. São Paulo: Cortez Editora, 2010.

TRINDADE, Jorge. **Síndrome da alienação parental**. *In*: DIAS, Maria Berenice (coord.). **Incesto e alienação parental: Realidades que a justiça insiste em não ver**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 101-111.

CAPÍTULO 12

DANO MORAL DECORRENTE DA VIOLÊNCIA NAS REDES SOCIAIS – ANÁLISE DA CONDUTA DO CYBERBULLYING E STALKING

MORAL DAMAGE RESULTING FROM VIOLENCE ON SOCIAL MEDIA – ANALYSIS OF CYBERBULLYING AND STALKING CONDUCT

THIAGO MANTUAN COVALSKI¹
JAQUELINE DA SILVA PAULICHI²

RESUMO: as redes sociais são espaço para a prática de violências, como o *cyberbullying* e o *stalking*. Neste sentido, as redes sociais que surgiram na internet tornaram-se o meio mais prático de comunicação, tanto interpessoal quanto para ampla divulgação, porém a violência também ganhou espaço. Neste sentido, o presente estudo busca analisar as condutas violentas nas redes sociais e se estas geram dano aos direitos da personalidade, que são íntimos a pessoa. Neste trabalho utilizou-se o método hipotético dedutivo, partindo da premissa de que as redes sociais propiciam a violência digital, utilizando como método a pesquisa bibliográfica, como os artigos científicos e livros que tratam do tema proposto.

Palavras-Chave: violência, redes sociais, cyberbullying, stalking, direitos da personalidade.

ABSTRACT: Social media platforms are spaces for the practice of violence, such as cyberbullying and stalking. In this sense, the social media networks that emerged on the internet have become the most practical means of communication, both interpersonal

1 Acadêmico do 5º ano do curso de Direito da Unicampo. E-mail: thiagomcovalski@gmail.com

2 Doutora em Ciências Jurídicas. Mestre em Direito. Professora do Curso de Direito da Unicampo. E-mail: j.paulichi@hotmail.com

and for wide dissemination, but violence has also gained ground. Therefore, this study aims to analyze violent behaviors on social media and whether they cause harm to the rights of personality, which are intimately related to the individual. The hypothetical-deductive method was used in this work, starting from the premise that social media enables digital violence. The research employed bibliographic research as the method, including scientific articles and books that address the proposed topic.

Keywords: violence, social networks, cyberbullying, stalking, personality rights.

1 INTRODUÇÃO

A inovação tecnológica trouxe incontáveis benefícios e facilidades na comunicação. O alcance e a velocidade da internet universalizaram a comunicação, conferindo a todos a possibilidade de comunicar-se internacionalmente com um baixo custo. Neste sentido, a internet oferece mais uma possibilidade de manifestação do pensamento, seja através de escritos pessoais, ou através do compartilhamento de mensagens, vídeos e outros conteúdos por meio das plataformas digitais.

Porém, algumas pessoas abusam da liberdade e tem condutas incompatíveis com a ordem jurídica, acreditando que não haverá responsabilização da ação cometida no ambiente virtual. As mesmas condutas ilícitas que sempre geraram dever de reparação, ainda que não cometidas pessoalmente, são abrangidas pela lei, antes pela analogia aplicada nas decisões, hoje devidamente regulamentadas.

Neste sentido, o presente estudo tem como objetivo as condutas de violência praticadas na rede social e o dano que causam. Tais condutas ferem os direitos da personalidade, como a honra,

à imagem, à privacidade e ao sigilo, ao livre desenvolvimento da personalidade, à livre manifestação do pensamento, dentre outros protegidos constitucionalmente.

Não pode ser considerado livre de responsabilidade aquele que, em redes sociais difama, ofende, ameaça outrem, como se estivesse protegido pelo anonimato. A sanção criminal faz parte da responsabilização, mas tratando-se de crimes de menor potencial ofensivo, cabe as vítimas buscar também a responsabilização civil, pois o dano moral tem tanto valor quanto o material no ordenamento jurídico brasileiro.

O estudo inicia com uma abordagem sobre duas importantes formas de violência nas redes sociais existentes na internet, o *cyberbulling* e o *stalking*, indo para o dano que tais condutas causam, e pôr fim a visão da proteção dos direitos da personalidade que são violados na quando ocorre a violência nas redes sociais.

Neste contexto, a denominação “rede social” remete principalmente a aplicativos de troca instantânea de mensagens, que além de permitirem a comunicação entre dois interlocutores, permitem a criação de grupos em que vários interlocutores com alguma característica em comum, como membros de clubes, funcionários de empresas ou mesmo grupo de familiares, se relacionam e interagem. Também, aplica-se a *websites* de divulgação de conteúdo, como vídeos, imagens, textos, artigos e notícias, que possuem amplo acesso da comunidade.

Hans Kelsen afirmou que o direito, é dinâmico, enquanto a moral é estática. A afirmação é confirmada no presente estudo, onde as condutas ora analisadas sempre foram tidas como reprováveis, porém, como a prática ganhou uma nova forma, o direito no seu movimento se aperfeiçoou, regulando o que gerava discussões no ambiente jurídico. Ainda assim, o tema deve continuar no debate

acadêmico para suporte ao sistema judiciário, que enfrenta inúmeros casos diariamente.

2 VIOLÊNCIA NAS REDES SOCIAIS: ANÁLISE DO *CYBER-BULLYING* E DO *STALKING*.

As redes sociais na internet tornaram-se um local para a prática de crimes que atingem tanto o patrimônio, quanto a honra das vítimas. Hoje são denominados *cyberbullying* e *stalking* os crimes de injúria, difamação e ameaça e perseguição cometidos no ambiente virtual, que além da pena cominada, geram danos e direito de reparação para as vítimas. São estes então, duas das principais formas de violência cometidas nas redes sociais, que caracterizam também uma violação aos direitos da personalidade das vítimas.

Decorrente do *bullying*, o *cyberbullying* ocorre quando se observa os crimes contra a honra propagado nas redes sociais, no caso, a injúria e difamação. A questão foi regulamentada com a inclusão do §2º do art. 141 no Código Penal em 2019, *in verbis*: “Se o crime é cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores, aplica-se em triplo a pena” (BRASIL, 2019).

Em contraste com outras formas de *bullying*, o *cyberbullying*, apoiado nas tecnologias da informação, transcende as fronteiras do tempo (na medida em que a ofensa se pode manter infinitamente presente no espaço virtual), mas também as fronteiras do espaço pessoal e físico (SILVA; MASCARENHAS, 2010).

A rápida e ampla difusão das ofensas é o agravante do *cyberbullying* em relação ao *bullying*, como observa Gonçalves e Oliveira (2020), ao pontuar que com o *cyberbullying* há a rápida

propagação das ofensas, e o sofrimento emocional na vítima é maior, uma vez que ele alcança milhares de pessoas e é difícil controlar sua propagação. André Stefam (2022, p. 668) confirma que facilidade de difusão da calúnia, difamação ou injúria por meio dessas mídias tem o condão de vulnerar de maneira muito mais profunda o bem juridicamente protegido, seja a honra subjetiva ou a objetiva.

A manifestação de opiniões nas redes sociais deve ser observada, pois mesmo a Constituição Brasileira garantindo expressamente em seu art. 5º a livre manifestação do pensamento, há limites a serem considerados. Gissele B. Leal Bertagnolli, Denise Regina Quaresma da Silva, Leonidas Roberto Taschetto e Ronalisa Torman, alertam sobre o tema:

Assim, são diversos os aspectos negativos e também positivos da comunicação virtual. Entre os positivos estão a oportunidade de pensar antes de reagir; o contato visual, mesmo que virtual, minimiza a sensação de separação física; as pessoas se “fazem presentes” por meio da interação; há uma facilidade de expressar os sentimentos; entre outros, porém, o uso excessivo ou indiscriminado da internet, juntamente com as redes sociais, pode trazer resultados prejudiciais às relações pessoais. (BERTAGNOLLI et al, 2020, *online*)

A prática do *cyberbullying* ainda encontra a misoginia, discursos de ódio, ofensas originadas de relações afetivas, entre outras condutas que podem ensejar abalo a honra de outrem. Conclui deste modo Bertagnolli et al (2020), que as redes sociais e os diferentes aplicativos de compartilhamento de mensagens têm se tornado um terreno bastante fértil para a disseminação de crimes virtuais.

Propaga-se, então, conteúdos misóginos, como ocorre na pornografia de vingança, onde ocorre a exposição, sem autorização, de conteúdos íntimos ou sexuais de mulheres, com intenção difamatória, mesmo percebendo-se que, frente à construção das relações de gênero, as mulheres têm sido as principais vítimas.

Neste sentido, conclui-se que estamos diante de uma conduta reprovável diante de todos que tem acesso a redes on-line de troca de mensagens e informações, onde muitos autores acreditam estar protegidos da responsabilidade, entendendo a internet como um ambiente “sem lei”.

Inovação recente na legislação penal, a inclusão do art. 147-A no CP deu mais um passo na regulamentação das condutas praticadas nas redes sociais. O *caput* deixa claro que a conduta do agente que persegue reiteradamente e por qualquer meio (eis então o cabimento dos meios eletrônicos), a vítima, ameaçando-lhe e restringindo sua liberdade, física ou psicológica, ou até perturbando sua esfera de liberdade e privacidade, comete o crime de Perseguição.

Complementando o conceito, o *stalking* se observa também como difamação, aplicando a majorante do §2º do art. 141 do CP. Neste sentido o “O stalker, às vezes, espalha boatos sobre a conduta profissional ou moral da vítima, divulga que é portadora de um mal grave, que foi demitida do emprego, que fugiu, [...]”, o que denota a intenção manifesta de prejudicar a pessoa. Ainda, no que diz respeito à conduta do agente, o stalker também pode divulgar que o sujeito “está vendendo sua residência, que perdeu dinheiro no jogo, que é procurada pela Polícia etc” (ESTEFAM, 2022, p. 726).

Do mesmo modo, o art. 5º da Lei 11.340/06, a Lei Maria da Penha, esclarece que não só a violência física será considerada crime. “Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica

e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” (BRASIL, 2006).

Qualquer pessoa pode ser o sujeito passivo neste crime, porém, se observa a maior ocorrência no contexto familiar, principalmente sendo a mulher vítima do seu ex ou atual companheiro. Deste modo, a pena pode ser aumentada da metade se é cometido “contra mulher por razões da condição de sexo feminino...”, conforme inc. II do §1º do art. 147-A.

A conduta pode trazer as vítimas muitas consequências, que não afetam somente a liberdade da vítima, e tal crime já tem sido tipificado em muitos países. A questão foi analisada pela psicóloga Eliana Catarina da Silva Rocha (2020, p. 9), trazida em sua dissertação de mestrado pela Universidade do Porto:

De acordo com a experiência de cada vítima e perante os estudos nesta área, quando aparece a questão de, “a que nível é que sentiu maior impacto”, a resposta é unânime: saúde mental. Podemos estar perante vários sintomas, e.g., a desconfiança, o medo, hipervigilância, desânimo, falta de controlo, ansiedade... Esta sintomatologia pode evoluir para perturbações psicopatológicas (e.g., depressão major, perturbações de stress pós-traumático - PTSD - e outras perturbações de ansiedade) (ROCHA, 2020, p. 9)

A questão ainda carece de estudo e aprofundamento, porém, desde 2021 com o advento da Lei 14.132, o crime pode ser tipificado, e majorado quando praticado no contexto da violência doméstica, e pode significar uma prisão preventiva contra o autor.

3 DANO MORAL DECORRENTE DA VIOLÊNCIA NAS REDES SOCIAIS

Em razão do cometimento dos crimes de *stalking* e do *cyberbullying*, percebe-se a possibilidade de indenização por danos morais. A conduta ilícita gera o dever de reparar o dano causado, conforme prevê os arts. 186 e 927 do Código Civil (BRASIL, 2002), mesmo quando exclusivamente moral, no qual o valor será presumido, a ser avaliado pelo julgador diante do caso concreto.

Concebido assim, de modo objetivo, o dano é *in re ipsa*, ou seja, decorre do fato lesivo em si, sem necessidade de comprovação de seus efeitos ou do prejuízo causado (LÔBO, 2021, p.857).

O art. 5º, inciso V da Constituição Federal assegura o direito de resposta, bem como a indenização pelo dano material, moral ou a imagem. Na mesma linha, o art. 186 do CC estabelece: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” Sendo crimes que violam a honra e a liberdade, é possível concluir que há o dano moral nas condutas e o agente tem responsabilidade objetiva, onde a gravidade será analisada conforme a gravidade do caso.

A reparação, em tais casos, reside no pagamento de uma soma pecuniária, arbitrada judicialmente, com o objetivo de proporcionar ao lesado uma satisfação *compensatória* pelo dano sofrido, atenuando, em parte, as consequências da lesão. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 120).

Nas redes sociais, o dano moral configura-se quando a conduta atinge os direitos da personalidade. Conforme Trentin e Trentin (2012), os direitos da personalidade são aqueles direitos que a pessoa tem para defender o que é seu, como: a vida, a

integridade, a liberdade, a sociabilidade, a honra, a privacidade, a autoria, a imagem, entre outros.

O dano moral resulta da violação de direitos da personalidade. Não se caracteriza pela perda ou redução patrimonial. O dano moral é o dano imaterial ou não patrimonial (LÔBO, 2021, p. 857). Desse modo, o dano moral pode ser concebido como o direito à honra de uma pessoa que foi violado, gerando o dever de indenizar. A honra, como direito psíquico da personalidade, é a violação tanto de aspectos íntimos do ser, como a honra subjetiva, e aquilo que a sociedade acredita sobre o sujeito, que é a honra objetiva. Ressalte-se que apenas as pessoas físicas possuem direito a indenização decorrente de violação da honra objetiva e subjetiva, e que as pessoas jurídicas possuem apenas a honra objetiva.

É necessário compreender que a moral em questão não é a conhecida por ser o conjunto de regras, comportamentos e condutas éticas consideradas desejáveis em um determinado grupo ou sociedade. Aqui, trata-se do sentimento pessoal e da imagem que o indivíduo tem em relação ao grupo que pertence.

Assim sendo, ao praticar a conduta: perseguição reiterada por qualquer meio, o “stalker” ofende diretamente a intimidade, a privacidade, da vítima, bens jurídicos erigidos como diretos fundamentais na Constituição Federal. [...] Se há o crime, isto é, o atuar delituoso, este atuar é ilícito, e o atuar ilícito é base legal para a indenização de danos morais e materiais, conforme previsão legal da lei civil. (GIONÉDIS e MENDES, 2021)

Então, o dano moral é o sofrimento íntimo, a imagem prejudicada, a restrição da liberdade, que geralmente não é perceptível externamente, porém lesiona tanto quanto o dano material. Qualquer conduta que viole tais direitos de outrem, gera o dano e o

dever de reparação, e a mensuração do dano caberá ao julgador em uma análise subjetiva do caso, pois trata-se de um dano incorpóreo.

4 RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES

Importante pontuar a responsabilidade que tem os provedores de aplicações na internet, hoje conhecidas como “big techs”, tem com o conteúdo que é inserido em suas plataformas. Tais provedores possuem hoje as principais redes sociais, que recebem diariamente uma infinidade de conteúdos dos seus usuários. Ressalte-se que tais empresas captam os dados dos usuários a partir do uso das plataformas digitais, do download realizado de aplicativos e programas, bem como do próprio cadastro realizado pelas pessoas.

A Lei 12.965/14, denominada Marco Civil da Internet, determinou a questão sempre debatida sobre a responsabilidade dos provedores. Determinou que após decisão judicial, o provedor deve imediatamente promover a retirada do conteúdo objeto de questionamento. Assim dispõe o art. 19 da referida Lei:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário (BRASIL, 2014, *online*).

Percebe-se que a lei determinou que o provedor de aplicações somente será responsável no caso de, após a determinação de

remoção judicial do conteúdo violador de direitos. Ou seja, neste caso, é necessário que a pessoa que sofreu o cyberbullying ou o stalking, e que tenha provas suficientes, faça um requerimento em juízo solicitando a remoção do conteúdo. Tal disposição é importante para que não haja abusos nos pedidos de remoção de conteúdo disseminado nas redes. O legislador, ao determinar o respeito a liberdade de expressão e o impedimento à censura, assegura o direito tanto das partes quanto dos provedores de aplicações.

E da mesma maneira, o art. 21 veio tratar da questão do conteúdo publicado de cunho sexual, que no caso a sua retirada independe de decisão judicial, podendo ser requerida por qualquer usuário ou representante legal.

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo. (BRASIL, 2014, *online*)

Isso soluciona, pelo menos em parte, a divergência entre as decisões judiciais que ora condenavam, ora não, os provedores pelo conteúdo de páginas ofensivas em seus sites e redes sociais. No art. 21 do MCI em comento, é possível perceber que a notificação poderá ser extrajudicial quando se tratar de divulgação de conteúdo íntimo, que é o caso do “pornô da vingança”. Tal determinação é necessária para que haja maior celeridade na resolução desses casos, pois após a inserção de conteúdo íntimo e violador da

honra nas plataformas digitais, é difícil a sua remoção pela ampla possibilidade de divulgação. Entretanto, vale expressar que o STJ, mesmo antes da vigência do Marco Civil da Internet, já vinha firmando jurisprudência no mesmo sentido do que prevê a referida lei. (TEIXEIRA, 2020, p.210)

O ordenamento jurídico regulamentou o que já vinha sido considerado nas decisões judiciais, pois um filtro prévio completo do conteúdo inserido é praticamente impossível. Porém, certas expressões e conteúdos, como termos ofensivos e relativos a condutas racistas, já constam com uma limitação e bloqueio no momento da inserção. Tal espécie de bloqueio é realizado diretamente pela plataforma digital, seja por meio de denúncias realizadas por outros usuários, seja pelo uso de algoritmos que conseguem encontrar os termos proibidos.

A questão também envolve uma relação de consumo, sendo todo usuário um consumidor do serviço prestado pelas provedoras de aplicações na internet com suas redes sociais. Conforme art. 2º do CDC “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

O CDC não dispõe da obrigatoriedade de cobrança pelos serviços, e ao utilizar os serviços de internet, os usuários são bombardeados com propagandas, das quais provem os ganhos dos provedores, e que estão lá justamente pelo grande número de usuários que a rede possui.

No caso do uso da Internet, vê-se que o provedor é uma empresa que coloca à disposição de um usuário o acesso à rede mundial de computadores. Então, tem-se numa ponta um prestador de serviços e na outra, alguém, pessoa física ou jurídica, que se vale desses serviços.

Uma vez diante de uma relação de consumo, no que couber, é aplicável o Código de Defesa do Consumidor nas relações firmadas no campo da internet, como o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, inc. I), a inversão do ônus da prova em favor do consumidor (art. 6º, inc. VIII) etc. (TEIXEIRA, 2020, p.662)

Cabendo a relação de consumo entre o usuário e o provedor, terá direito, como esclarece a doutrina, a concessão da inversão do ônus da prova, além do benefício da competência, podendo propor a ação em seu domicílio. É evidente a relação consumerista e desproporcional entre usuário e provedor, fazendo jus a aplicação da legislação e entendimento sempre mais favoráveis a parte vulnerável, no caso, o usuário consumidor.

5 PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade gozam de especial proteção, sendo inerentes ao ser humano, são inalienáveis e intransmissíveis. Destaque-se para o presente estudo a proteção que recebe o direito a intimidade, a imagem, a honra e a liberdade.

André Ramos Tavares (2021) traz o conceito do direito a intimidade, sendo tudo quanto diga respeito única e exclusivamente à pessoa em si mesma, a seu modo de ser e de agir em contextos mais reservados ou de total exclusão de terceiros.

O direito a intimidade, quanto a invasão por meios tecnológicos, pode ser compreendido na explicação de Gonçalves (2021), como o direito que se vê hoje, muitas vezes, ameaçado pelo avanço tecnológico, pelas fotografias obtidas com teleobjetivas de longo alcance, pelas minicâmeras, pelos grampeamentos telefônicos,

pelos abusos cometidos na Internet e por outros expedientes que se prestam a esse fim.

A violência nas redes sociais traz um profundo transtorno a pessoa, pois por vezes invade e divulga conteúdo que esta gostaria que não saísse da sua intimidade, que é possível observar com facilidade no *cyberbullying*. As condutas violentas nas redes também podem violar a imagem da pessoa, com uma divulgação não autorizada de uma imagem a qual a vítima não quer que seja exposta.

O direito à imagem diz respeito a toda forma de reprodução da figura humana, em sua totalidade ou em parte. Não se confunde com a honra, reputação ou consideração social de alguém, como se difundiu na linguagem comum. Relaciona-se ao retrato, à efigie, cuja a exposição não autorizada é repelida. (LÔBO, 2019, p. 165)

Deste modo, Silva e Martinez (2018) em seu estudo sobre o tema, complementam que depois de divulgado o material nos meios virtuais, é muito provável que o conteúdo chegue ao conhecimento de um número indeterminado de pessoas, num curto espaço de tempo e fique disponível no meio virtual por indeterminado tempo e de maneira difusa.

Também protegido constitucionalmente, o direito a honra, pode ser facilmente violado nas situações de violência nas redes sociais. Sobre a honra, pode ser entendida como “...direito à integridade moral ou à reputação, o direito a honra tutela o respeito, a consideração, a boa fama e a estima que a pessoa desfruta nas relações sociais.” (LÔBO, 2019, p. 175)

Poderá manifestar-se sob duas formas: a) objetiva: correspondente à reputação da pessoa, compreendendo o seu bom nome e a fama de que desfruta no seio da sociedade; b) subjetiva:

correspondente ao sentimento pessoal de estima ou à consciência da própria dignidade. (GAGLIANO, 2021, p.404)

A honra é gravemente ferida quando se verifica violência nas redes sociais, pois por mais que não haja lesão, o sentimento pessoal se vê gravemente ferido

Por fim, a liberdade é o direito que, principalmente no crime de *stalking* se verifica prejudicado, pois a vítima começa a ter receio de se locomover e estar sendo perseguida pelo *stalker*.

Mesmo constitucionalmente garantido o direito de locomoção, destacando o valoroso art. 5º da Carta Magna, o qual explicita que “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz...”, este pode ser facilmente cerceado, não somente pela atuação do poder de polícia, mas pela ameaça que a pessoa sofre e o medo impede que tenha sua liberdade de locomoção.

O texto do art. 147-A do Código Penal, inserido pela Lei 14.132/21, deixa claro que o legislador procurou proteger a integridade psicológica, a privacidade e a liberdade da pessoa: “Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.”

O direito geral à liberdade é o direito de ser livre, desde o nascimento até à morte, o direito de não estar subjugado a outrem, o direito de ir e vir, salvo a restrição em virtude do cometimento de crime. A privação ou a restrição indevida da liberdade dá ensejo à reparação compensatória por danos morais. (LÔBO, 2019, p.156)

Privar o outro de se locomover, é uma violação clara do direito à liberdade, o que garante a pessoa que se vê privada da sua livre locomoção de o direito de reparação. Não só a vítima de um *stalker*, mas a restrição pode ocorrer com alguém que sofre uma

difamação tão grave, que sequer poderá aparecer em público sem que isso represente um risco a sua integridade física.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As redes sociais, ao contrário do que boa parte da sociedade acredita, não é uma “terra sem lei”, e as condutas que ocorrem nelas são passíveis de responsabilização, como visto, com agravamento da pena cominada em relação a mesma conduta ocorrida em outro ambiente.

O poder de difusão da internet, em especial nas redes sociais, levou os profissionais do direito a estudar e compreender o impacto que condutas violentas causam no ambiente virtual. Diante disso, novas normas e decisões são tomadas regulando e responsabilizando os autores, pois antes do surgimento da internet, os direitos da personalidade que são violados nas redes, já gozavam de proteção no direito.

Deste modo, analisando a violência nas redes sociais, como as condutas do *cyberbullying* e *stalking*, juntamente com a doutrina e outros estudos correlatos, constata-se que há real violação dos direitos da personalidade e consequentemente o dever de reparação à vítima. Também é importante pontuar que a responsabilidade vai além de quem pratica as condutas descritas, tendo também responsabilidade o provedor quem não toma providências quando provocado.

Direitos inalienáveis e intransmissíveis, os direitos da personalidade fazem parte da pessoa e os danos a eles causados tem muitas vezes maior impacto na vida da pessoa do que um dano material. Mesmo tendo uma mensuração complexa, por se tratar de

danos subjetivos, não se pode deixar de buscar a responsabilização dos autores e de quem podendo evitar ou cessar a lesão, se omitiu.

Por fim, ressalta-se a importância de o tema continuar a ser estudado no âmbito acadêmico jurídico, divulgando cada vez mais sua relevância e também, auxiliando causídicos, magistrados e outros profissionais do direito quando se deparam com casos de violência nas redes sociais.

REFERÊNCIAS

BERTAGNOLLI, Gissele B. Leal; e col. **Misoginia em redes sociais:** uma forma de violência contra mulheres. Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, 2020. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7760478>. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 maio 2023.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 22 maio 2023.

BRASIL. Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 22 maio 2023.

BRASIL. Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. **Marco Civil da Internet**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 16 maio 2023.

BRASIL. Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm1. Acesso em: 15 maio 2023.

CASTRO FILHO, Sebastião de Oliveira. **Da responsabilidade do provedor de internet nas relações de consumo**. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina: Edição 25 Comemorativa – 15 anos. Brasília: Brasília Jurídica, STJ, 2005. p. 157-174. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79060168.pdf>. Acesso em: 22 maio 2023.

ESTEFAM, André. **Direito Penal 2** - Parte Especial. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. Acesso em: 21 maio 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil** - Parte Geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. Acesso em: 15 maio 2023.

_____. **Novo Curso de Direito Civil** - Responsabilidade Civil. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GIODÉLIS, Louise Rainer Pereira; MENDES, Stephaine. **Stalking: criminalização e direito à indenização**. Revista Migalhas. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/347242/stalking-criminalizacao-e-direito-a-indenizacao>. Acesso em: 22 maio 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. Acesso em: 10 maio 2023.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo; OLIVEIRA, Livia Rebeca Gramajo. **A ineficácia da punibilidade do cyberbullying no Brasil**. Revista Educar Mais, Vol. 4, nº 2, 2020, págs. 308-319. Disponível em: <https://periodicos.ifsul.edu.br/index.php/educarmais/article/view/1819>. Acesso em: 15 maio 2023.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: parte geral**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. **Direito Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. Acesso em: 10 maio 2023.

ROCHA, Eliana Catarina da Silva. **Stalking sob o olhar das vítimas: concepções e percepções sobre o crime**. Dissertação de Mestrado. Universidade do Porto, 2020. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10216/130972>. Acesso em: 16 maio 2023.

SILVA, Letícia Neves; MARTINEZ, Sérgio Rodrigues. **Sexting, direito fundamental à imagem e suas consequências jurídicas**. Revista Direito Sem Fronteiras, 2018. Disponível em: <https://e-revista.unioeste.br/index.php/direitosemfronteiras/article/view/21394>. Acesso em: 22 maio 2023.

SILVA, Juliana Lima; MASCARENHAS, Suely Aparecida do Nascimento. **Gestão do Bulling e Cyberbulling na Universidade – Desafios para a orientação educativa e convivência social e ética no ensino superior – Estudo com estudantes da UFAM/Brasil**. Revista AMAzônica, v. 5, nº. 2, 2010, págs. 46-55. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4028699>. Acesso em: 22 maio 2023.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. Acesso em: 15 maio 2023.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito Digital e Processo Eletrônico**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book. Acesso em: 16 maio 2023.

TRENTIN, Taíse Rabelo Dutra; TRENTIN, Sandro Seixas. **Internet:** publicações ofensivas em redes sociais e o direito à indenização por danos morais. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*. v. 1, n. 1, 2012.

CAPÍTULO 13

DESAFIOS E OPORTUNIDADES DA TECNOLOGIA BLOCKCHAIN NO SISTEMA TRIBUTÁRIO: UMA ANÁLISE DA SITUAÇÃO ATUAL E PERSPECTIVAS FUTURAS

CHALLENGES AND OPPORTUNITIES OF BLOCKCHAIN TECHNOLOGY IN THE TAX SYSTEM: AN ANALYSIS OF THE CURRENT SITUATION AND FUTURE PERSPECTIVES

JULIA DE OLIVEIRA SANCHES¹
THARYN ANDRESSA FAUSTINO GARRETT²
JOSSIANI AUGUSTA HONÓRIO DIAS³

RESUMO: O objetivo do estudo é analisar a importância do uso da tecnologia blockchain no sistema tributário, identificando os desafios enfrentados e as oportunidades oferecidas, além de explorar as perspectivas futuras de implementação. A importância desse tema reside na necessidade de modernização e melhoria do sistema tributário por meio da tecnologia blockchain, que apresenta vantagens como transparência, segurança e eficiência na coleta de impostos. No entanto, sua implementação requer uma revisão abrangente da legislação tributária para se adequar a essa nova realidade, e é fundamental entender os desafios e riscos

1 Discente do curso de direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Câmpus Toledo. E-mail: julia_osanches@hotmail.com.

2 Discente do curso de direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Câmpus Toledo. E-mail: tharyn.garrett@icloud.com.

3 Pós doutoranda em Direitos Humanos, pela Universidade de Coimbra-Portugal. Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Direito pela FADISP - Faculdade Autônoma de São Paulo. Mestre em Ciências Jurídicas com ênfase em Direitos da Personalidade pelo Centro Universitário de Maringá(2017). Possui Graduação em Direito (2007). Pós Graduada em Direito Público Material, pela UNIVERSIDADE GAMA FILHO-RJ. Pós Graduada em Direito Aplicado Lato Sensu, pela ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ, (2008). Atualmente é Professora de Direito da PUC-Paraná, e da Faculdade Santa Maria da Glória de Maringá-PR. Membro fundador da BY HONOR Cursos em Desenvolvimento Humano. E-mail: josyhonorio@hotmail.com.

associados, como vazamento de informações e ataques cibernéticos. A metodologia de pesquisa adotada para este estudo é baseada em revisão bibliográfica, análise de casos de sucesso e avanços governamentais na adoção do blockchain no sistema tributário, além de examinar a regulamentação das criptomoedas e propostas de unificação de impostos, como o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS). Ao explorar os desafios, oportunidades e perspectivas futuras do uso da tecnologia blockchain no sistema tributário, este estudo contribui para um melhor entendimento dos benefícios e limitações dessa tecnologia, bem como para orientar ações futuras na implementação e regulamentação adequada, promovendo a modernização e eficiência do sistema tributário.

Palavras-chave: Criptoativos. Sistema Tributário. Tecnologia Blockchain.

ABSTRACT: The objective of the study is to analyze the importance of using blockchain technology in the tax system, identifying the challenges faced and the opportunities offered, in addition to exploring future perspectives for implementation. The importance of this topic lies in the need to modernize and improve the tax system through blockchain technology, which offers advantages such as transparency, security and efficiency in tax collection. However, its implementation requires a comprehensive review of tax legislation to adapt to this new reality, and it is critical to understand the challenges and associated risks, such as information leakage and cyberattacks. The research methodology adopted for this study is based on a bibliographical review, analysis of success stories and government advances in the adoption of blockchain in the tax system, in addition to examining the regulation of cryptocurrencies and proposals for the unification of taxes, such as the Tax on Goods and Services (IBS). By exploring the challenges, opportunities and future perspectives of the use of blockchain technology in the tax system, this study contributes to a better understanding of the benefits and limitations of this technology, as well as to guide future actions in the implementation and proper regulation, promoting the modernization and efficiency of the tax system.

Key-words: Crypto Assets. Blockchain Technology. Tax Sistem.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo aborda os desafios e oportunidades da tecnologia blockchain no sistema tributário, analisando a situação atual e as perspectivas futuras. A implementação da tecnologia blockchain no sistema tributário requer uma revisão abrangente da legislação tributária para se adequar a essa nova realidade. Embora haja diversas vantagens em utilizar o blockchain, como transparência e segurança, também existem riscos, como vazamento de informações fiscais e bancárias em caso de ataques cibernéticos. Portanto, é fundamental que o fisco esteja preparado para diminuir esses riscos.

O artigo destaca exemplos de avanços governamentais na adoção do blockchain, como a possibilidade de pagamento de tributos com criptomoedas em parceria com o Banco do Brasil e a startup Bifty. Essa iniciativa permite que os correntistas escolham a criptomoeda desejada e realizem pagamentos de guias de tributos, taxas e obrigações de forma instantânea e segura.

Além disso, é mencionada a criação da Plataforma de Integração de Informações das Entidades Reguladoras (Pier) pelo Banco Central, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e a Superintendência de Seguros Privados (Susep). Essa plataforma possibilita o compartilhamento em tempo real de informações entre órgãos do governo, agilizando processos de autorização no sistema financeiro e contribuindo para o controle legal e a transparência.

O artigo também discute a regulamentação das criptomoedas no Brasil por meio da Lei nº 14.478, que define ativos virtuais como representação digital de valor e estabelece regras para prestadoras de serviços e crimes relacionados a criptoativos.

No contexto tributário, destaca-se a proposta do Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), semelhante ao Imposto sobre Valor Agregado (IVA), que busca simplificar o sistema tributário unificando tributos como PIS, Cofins, IPI, ICMS e ISS. A aplicação

da tecnologia blockchain no IBS poderia melhorar a eficiência da coleta e reduzir fraudes fiscais, garantindo transparência e rastreamento de operações.

Apesar dos desafios e obstáculos, como a exclusão digital e a complexidade da tecnologia, a utilização da blockchain no sistema tributário mostra resultados promissores e pode servir como estrutura efetiva de arrecadação tributária. No entanto, é necessário um aprofundamento tecnológico por parte do Estado, juntamente com a capacitação e colaboração dos contribuintes.

Neste esteio, a tecnologia blockchain apresenta oportunidades significativas para o sistema tributário, mas sua implementação bem-sucedida requer uma abordagem cuidadosa, envolvendo revisão legislativa, preparação para mitigação de riscos e adoção gradual com a colaboração de todos os envolvidos.

2 SISTEMA TRIBUTÁRIO

O Sistema Tributário brasileiro é o conjunto de normas destinadas à regulação da instituição, cobrança, arrecadação e partilha de tributos. É tudo aquilo que diz respeito às exigências fiscais em nosso ordenamento jurídico. Desse modo, entende-se que, para cobrar os tributos da população, se faz necessária a observância das normas previamente regulamentadas, ordenadas principalmente pela Constituição Federal, em seu Capítulo I e Título VI (BRASIL, 1988).

Outrossim, para além da Constituição, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe do Código Tributário Nacional (CTN) e outras leis complementares, aplicáveis a todo o território nacional, em todos os níveis da federação, resoluções do Senado Federal do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), além

de leis específicas que instituem e regulamentam cada tributo nos distintos entes federativos.

Por conseguinte, para melhor compreensão do Sistema Tributário Nacional, é preciso consignar o que se entende por tributo.

O Código Tributário Nacional (BRASIL,1966), em seu artigo 3º, conceitua tributo como toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

De acordo com o doutrinador Ruy Barbosa Nogueira (1995, p. 155) “os tributos [...] são as receitas derivadas que o Estado recolhe do patrimônio individual, baseado no seu poder fiscal [...], mas disciplinado por normas de direito público que constituem o Direito Tributário”. Neste aspecto, “o tributo é uma prestação que deve ser exigida nos termos previamente definidos pela lei, contribuindo dessa forma com os indivíduos para o custeio das despesas coletivas” (AMARO, 2008, p.16).

Outra parcela vital para o entendimento do Sistema Tributário brasileiro é a competência. Entende Eduardo Sabbag (2023), que a competência tributária é a outorga atribuída, privativa e constitucionalmente, ao ente político para que, se baseando nas normas, institua a exação tributária.

Nesse sentido, competência tributária é a aptidão para criar tributos. “[...] O poder de criar tributo é repartido entre os vários entes políticos, de modo que cada um tem competência para impor prestações tributárias, dentro da esfera que lhe é assinalada pela constituição” (AMARO, 2008, p.93).

Esta atribuição da competência tributária às pessoas jurídicas de Direito Público está prevista na Constituição Federal,

em seus artigos 153 a 156 (BRASIL,1988), obrigando assim cada entidade impositora a atuar dentro dos limites daquilo que lhe foi outorgado.

2.1 DESAFIOS ENFRENTADOS PELO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO NA ATUALIDADE

A tecnologia digital vem transformando intensa e rapidamente a economia, de modo a concentrar a riqueza e levantar questões sobre proteção social e desigualdade. Com o capital e as corporações cada vez mais voláteis, operam, portanto, de forma transnacional, sem limites territoriais, por todo o mundo. Isso se deve pelo fato da dificuldade de tributação e baixo custo das transações.

Nesse cenário, ganham cada vez mais importância os ativos inatingíveis, a informação e o capital intelectual. Com isso, o custo de empresas digitais pode reduzir-se de forma exponencial, em razão dos preços irrisórios dos “bens de informação”, no que tange à armazenagem, transporte e replicação (SCHWAB,2016).

Os reflexos econômicos da revolução digital interferem diretamente na tributação. Os sistemas tributários vigentes não parecem capazes de suportar os desafios experimentados pela nova economia digital. As bases impostas anteriormente caminham rapidamente para caírem em desuso, em função de sua inaplicabilidade prática nos novos modelos comerciais e suas novas práticas negociais.

Os impactos podem ser observados na política tributária, assim como na administração fazendária. Por um lado, as novas tecnologias de informação, inteligência e comunicação expandem as oportunidades de cobrança, arrecadação e fiscalização do fisco,

com agilidade e maior eficiência. Por outro, esses determinantes técnico-tecnológicos tornam inadequados, inoportunos e até obsoletos os impostos criados para uma economia não-digital.

Desse modo, enquanto perdurar a desproporcionalidade entre a economia e os tributos, especialmente favorecidas serão as empresas de tecnologia e comércio eletrônico em face de suas concorrentes. O panorama fiscal é sobretudo atrativo para o desenvolvimento desse segmento econômico. Muito se aproveita das lacunas legislativas existentes no ordenamento jurídico vigente visando ampliar suas margens de lucro em detrimento do patamar alcançado pelos negócios tradicionais, tendo o fisco como principal aliado.

Dessa maneira, a inovação do cenário econômico mundial tem gerado aos reformadores do sistema tributário novos desafios e fazem com que propostas criadas a pouco tempo percam seu objeto e finalidade. Se faz presente a reconstrução de um sistema frente à nova realidade econômica e do mercado de trabalho, cujas transformações ocorrem numa intensa frequência.

No Brasil, alguns entraves se fazem presentes no que se refere à inovação legislativa dos tributos, tendo como três principais exemplos a rigidez constitucional, a autonomia financeira dos entes federativos e seus conflitos. Todas estão intimamente relacionada e se interceptam no desenho constitucional pouco flexível.

3 TECNOLOGIA BLOCKCHAIN

Em um mundo globalizado cada vez mais digital, a forma como ocorre a regulação dos dados digitais, bem como o controle das relações econômicas e contratuais deve acompanhar essas mudanças. Nesse sentido, atuando como o coração da bitcoin e de

outras moedas virtuais, a tecnologia *blockchain* promete resolver problemas como eficiência e segurança nas transações entre partes.

A título de contextualização, observa-se que no ano de 2008 houve uma grave crise financeira, que teve início nos Estados Unidos e se tornou global, causando perdas bilionárias aos bancos, o que prejudicou a confiança das pessoas nas instituições e governos. Nesse contexto, Satoshi Nakamoto, pseudônimo de um indivíduo não identificado, desenvolveu um sistema de dinheiro digital inovador baseado em criptografia, que exclui a necessidade de haver um governo regulador e uma instituição intermediadora nas transações financeiras (CAMPOS, 2023).

O conceito revolucionário de descentralização *peer-to-peer* (P2P), ou seja, de pessoa para pessoa, presente nessa tecnologia, gerou a bitcoin que é a primeira criptomoeda descentralizada, tornando-se cada vez mais popular ao longo desses quinze anos desde a sua criação, ainda que sua cotação apresente uma alta volatilidade (HARVARD, 2019). Satoshi Nakamoto, conforme consta no *white paper*, arquivo em que descreve as bases da bitcoin, denominou como *blockchain* a rede distribuidora de livro-razão, pois os grupos de transações são considerados blocos conectados entre si, onde todas as transações são registradas e criptografadas, gerando um *hash*, código de identificação, sendo a cadeia de blocos pública e imutável (AQUINO, 2019).

A tecnologia *blockchain* pode ser entendida de forma simplificada, como:

[...] livro-razão imutável e compartilhado que facilita o processo de registro de transações e de controle de ativos em uma rede de negócios. Cada transação é registrada como um “bloco” de dados, essas transações mostram a movimentação de um ativo que pode ser tangível (um produto) ou intan-

gível (propriedade intelectual) (International Business Machines Corporation, 2023).

Neste contexto, a tecnologia *blockchain* surgiu oferecendo atributos como segurança, transparência e resistência ao controle, se tornando uma solução para o problema de confiabilidade na computação distribuída, chamado de “Problema dos Generais Bizantinos”, ao realizar troca de informações na rede utilizando o método de prova de trabalho (*proof of work*), indo além do fator puramente econômico, pois a tecnologia blockchain pode ser aplicada em outros processos além da transação de valores como registro de bens e até mesmo apuração de eleições.

Atualmente, diversas outras criptomoedas descentralizadas foram criadas, como por exemplo a Namecoin e a Litecoin, assim como surgiram redes mais avançadas de *blockchain*, como é o caso do Ethereum, plataforma que permite a programação de contratos inteligentes, sendo estes conhecidos também como propriedades inteligentes, que são definidos como códigos construídos dentro de um *blockchain*, como forma de registrar o histórico das transações bem como do saldo dos criptoativos (CAMPOS, 2023).

3.1 UTILIZAÇÃO DA TECNOLOGIA BLOCKCHAIN NO SISTEMA TRIBUTÁRIO

Considerando o aumento do número de transações com criptoativos e conseqüentemente, a relevância dessas operações no mercado financeiro, o Brasil, assim como diversos países, vem implementando projetos de regulamentação dessas transações, com o intuito principal de viabilizar a tributação de operações

com criptomoedas, podendo inclusive, criar um regime tributário específico para moedas virtuais à luz da legislação brasileira.

Diante disso, a tecnologia *blockchain* tem sido vista como um meio para o sistema tributário de simplificar o processo de recolhimento de tributos e de redução dos custos deste processo, além dos pontos positivos como a transparência, uma vez que os dados são disponibilizados para a sociedade e a confiança na impossibilidade de alteração desses dados, trazendo benefícios não só para o fisco como para os contribuintes.

Ademais, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (2022), expõe que a maneira como os países compreendem a tecnologia *blockchain* evoluiu consideravelmente nos últimos anos. Atualmente, os governos possuem um entendimento mais profundo quanto aos impactos e no que implica o uso de uma tecnologia que tem como fator principal a sua automação, descentralização e distribuição. Além disso, o setor financeiro serviu como base de testes do *blockchain*, e as atividades nesse espaço estritamente regulamentado elucidaram alguns dos principais desafios regulatórios e políticos de diversos países como a Alemanha, França e Austrália, que demonstraram interesse significativo em utilizar o *blockchain* como ferramenta de inovação tecnológica na era da economia digital.

Na prática, o uso da tecnologia *blockchain* pelas autoridades fazendárias traria relevantes mudanças no modo de automatizar, racionalizar e simplificar o processo de troca de dados entre os contribuintes e o fisco em diversos impostos, como por exemplo, o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR), Imposto sobre Serviços (ISS), Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Programa de Integração social (PIS) e Contribuição para o

Financiamento da Seguridade Social (COFINS). Além de uniformizar o cruzamento de informações fiscais contidas nas diversas obrigações acessórias existentes, bem como a possibilidade de utilização de *smart contracts* para gerenciar os impostos, tendo em vista que “[...] exigem para sua execução a especificação tanto da prestação como também da contraprestação impõe um dever de transparência a Administração Pública e respeito à segurança jurídica” (CHAMAS;FERREIRA, 2018, p.22), pois os contribuintes teriam acesso de forma detalhada quanto à destinação dos tributos que foram recolhidos.

Podendo ainda, utilizar a tecnologia *blockchain* para realizar em tempo real os cálculos referentes à tributação sobre prestação de serviços e vendas de mercadorias facilitando o cumprimento das obrigações acessórias dos vendedores e adquirentes, como por exemplo, o ato de informar as operações de venda e transporte de mercadorias no Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), para fins de incidência de impostos como o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), pois com os dados contidos na nota fiscal seriam lançados através do sistema de cadeia da blockchain (CHAMAS;FERREIRA, 2018).

Dessarte, considerando o fator segurança da tecnologia *blockchain*, sua implementação no sistema tributário nacional auxiliaria na mitigação da sonegação de impostos, “pois, utilizando-se do livro-razão, sistema de armazenamento de todos os lançamentos realizados - de compra, venda, doação, etc. – as operações ficariam armazenadas em cadeias de blocos” (REIS, 2022 p.9), e seriam codificadas através de um *hash-code*.

Outrossim, a adoção global da tecnologia blockchain no setor tributário pode ajudar a melhorar a cooperação entre as nações, bem como o combate à fraude e evasão fiscal, permitindo

o acesso das autoridades fazendárias às operações feitas pelos contribuintes tanto internas quanto externas de suas fronteiras, algo que é limitado pelos sistemas fiscais atuais, uma vez que estão limitados apenas para as operações fiscais internas de cada país, desconsiderando o fator globalização econômica e os desdobramentos que essa interdependência implica (REIS, 2022).

3.2 AVANÇOS E DESAFIOS DO USO DA TECNOLOGIA BLOCKCHAIN NO SISTEMA TRIBUTÁRIO

Considerando o cenário atual, para que a implementação da tecnologia *blockchain* no sistema tributário seja bem sucedida, toda a legislação tributária precisará ser revisitada de modo que se adeque a esta nova realidade. Além disso, embora existam diversas vantagens com o uso da tecnologia *blockchain* no sistema tributário, conforme já elencados a longo desse trabalho, pelo fato de ser transparente em sua essência, ocorre o risco de acontecer vazamentos de informações fiscais e bancárias dos contribuintes para aqueles que não possuem autorização de acesso à esses dados, como o caso de ataques cibernéticos, sendo fundamental que o fisco esteja preparado para diminuir esse risco (CONJUR, 2022).

Um exemplo dos avanços do governo para se adequar às novidades tecnológicas ligadas ao *blockchain* e aos criptoativos, principalmente no que se refere à seara tributária, é a possibilidade de pagamentos de tributos com criptomoedas. De acordo com a Agência Brasil (2023), quem possuir conta no Banco do Brasil, poderá utilizar criptomoedas para a realização de pagamentos de tributos, a iniciativa que se encontra em fase de testes, conta com a parceria da *startup* Bifty, empresa de investimentos especializada em tecnologia *blockchain*, que por meio do aplicativo da *startup*, os

correntistas poderão escolher a criptomoeda que pretendem utilizar e realizar o pagamento de guias de tributos, taxas e obrigações por meio de convênios firmados pelo Banco do Brasil com a União, governos locais e concessionárias de serviços públicos. Com o uso dessa tecnologia, a operação é convertida em reais e liquidada de forma instantânea, sendo que após a confirmação do pagamento todas as informações do tributo serão registradas e validadas, sendo uma operação segura tanto para quem realiza o pagamento quanto para quem irá recebê-lo.

Outra iniciativa relevante do Sistema Financeiro Nacional envolvendo a tecnologia *blockchain*, foi a criação da Plataforma de Integração de Informações das Entidades Reguladoras (Pier), em uma parceria do Banco Central (BC), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e a Superintendência de Seguros Privados (Susep), pela qual proporciona a possibilidade da integração e compartilhamento em tempo real da base de dados de órgãos do Governo, como forma de diminuir o tempo de espera em processos de autorização do sistema financeiro (BANCO CENTRAL, 2022).

Dessa forma, Departamento de Organização do Sistema Financeiro do Banco Central terá a possibilidade, em tempo ágil, de averiguar a idoneidade de empresas verificando a possível existência de processos e restrições, bem como acessar todo o histórico de atuação da empresa no sistema financeiro, assim como participações de sócios, sejam elas pessoas físicas ou jurídicas, para fins de controle legal. Além disso, com a utilização da tecnologia *blockchain*, a Pier permite:

[...] usar uma tecnologia descentralizada, testada, cujas funcionalidades nativas fazem com que não haja a necessidade de construir o sistema do zero.
[...] Entre as funcionalidades agregadas, estão: Garantia, por assinatura digital, da autenticidade

das mensagens trocadas; Imutabilidade e integridade dos dados gravados por encadeamento criptográfico; Atualizações de status baseado em sistema de consenso, sem uma entidade central que possa fraudar dados de forma individual; Resiliência na solução pela replicação dos dados em diversos nós, eliminando o ponto único de falha (BANCO CENTRAL, 2022).

No que se refere à regulamentação das inovações tecnológicas no Brasil, o Poder Legislativo tem caminhado a passos lentos. Contudo, em dezembro de 2022, foi sancionada a Lei nº 14.478, trazendo a regulamentação das criptomoedas no país, definindo os ativos virtuais como a representação digital de valor, podendo ser objeto de negociação e transferência através de meios eletrônicos, como investimento ou como forma de pagamento. Além disso, a Lei nº 14.478 trouxe a regulamentação das prestadoras de serviços (exchanges) e criou tipos penais que envolvem os criptoativos como a fraude com a utilização de ativos virtuais, valores mobiliários ou ativos financeiros (CONJUR, 2022).

Duas propostas tratadas no Congresso Nacional dão grande destaque ao futuro Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), um tributo único nos moldes do Imposto sobre Valor Agregado (IVA), vigente hoje em boa parte dos países de economia desenvolvida. Estas relacionadas à PEC 45/2019, tramitando pela Câmara, e PEC 110/2019, pelo Senado.

De acordo com o JOTA (2022), o IBS trata-se de um imposto generalista e indireto sobre o consumo, que tem como finalidade tributar toda a cadeia econômica de produção e distribuição de bens e serviços, permitindo a dedução do imposto pago a cada etapa. Ao final, o imposto pretende também incidir sobre o final da cadeia de produção e consumo, recaindo assim sobre o

consumidor final dos bens e serviços. Tal proposta simplificaria o sistema tributário, condensando cinco tributos (PIS, Cofins, IPI, ICMS e ISS) no Imposto sobre Bens e Serviços (IBS).

O IVA seria uma opção para substituir, de forma simples, os numerosos impostos que incidem sobre a categoria de bens e serviços. É fundamental que o governo não apenas atualize-se, mas também abarque as necessidades sociais para aplicar a tecnologia que melhor se encaixa ao cotidiano. Desse modo, a utilização da tecnologia *blockchain* para a cobrança do IVA traria múltiplos avanços na eficiência da coleta e, sobretudo, reduziria as perdas decorrentes da fraude fiscal, uma vez que tal tecnologia tem como finalidade a unificação e potencialização do sistema, contribuindo para a transparência e rastreamento de operações realizadas por pessoas físicas e jurídicas, abastecendo de informações corretas às autoridades fiscais e promovendo a cooperação entre foros (REIS,2022).

Outrossim, segundo Soares (2021), no que tange à aplicabilidade das criptomoedas no imposto sobre o consumo, o mais experimentado e empregado mundialmente em mais de 150 (cento e cinquenta) jurisdições é o imposto sobre o valor agregado. Esse tributo é extensamente observado na Europa, uma vez que seu surgimento se deu na França, em meados da década de 30, objetivando evitar a cobrança de impostos nas diversas etapas do processo de produção e de comercialização de produtos, de modo a impedir o efeito cascata.

Majoritariamente, os países caminham gradativamente para encontrar soluções jurídicas na seara tributária para a regulação das operações relacionadas às criptomoedas, objetivando a obtenção do controle, da fiscalização, e especialmente, da arrecadação de tributos.

Nesse contexto, ainda que existam entraves e obstáculos a serem sobrepujados, em especial, a possibilidade da marginalização daqueles que não possuem acesso ao mundo digital e a complexidade da tecnologia em si são fatores que demonstram resultados palpáveis e proeminentes (SANTOS, 2023).

De modo que, mesmo que consista em um sistema simples de base de dados, não contemplando todas as funcionalidades e possibilidades da tecnologia *blockchain*, já desponta um caminho promissor na junção entre as novas tecnologias e o fisco, servindo como estrutura efetiva de arrecadação tributária.

Ante o apresentado, é passível de compreender a existência de um caminho repleto de possibilidades de aplicação da tecnologia *blockchain* no âmbito fiscal, ainda que requeira um intenso aprofundamento tecnológico por parte do Estado, alinhado com a instrução e fornecimento de meios para a atuação conjunta com o contribuinte.

4 CONCLUSÕES FINAIS

A tecnologia blockchain apresenta desafios e oportunidades significativas para o sistema tributário, como evidenciado pela análise da situação atual e perspectivas futuras. A implementação bem-sucedida do blockchain no sistema tributário requer uma abordagem cuidadosa e abrangente, envolvendo revisão legislativa, preparação para mitigação de riscos e adoção gradual com a colaboração de todos os envolvidos. A utilização do blockchain oferece benefícios notáveis, como transparência, segurança e eficiência na coleta de impostos. Exemplos promissores de avanços governamentais na adoção do blockchain, como a possibilidade de pagamento de tributos com criptomoedas e a criação de plata-

formas de integração de informações, demonstram o potencial da tecnologia para melhorar a eficiência, controle e transparência no sistema tributário.

No entanto, existem desafios a serem superados. A revisão legislativa é essencial para adequar a legislação tributária à realidade do blockchain, assegurando a conformidade e a proteção dos direitos dos contribuintes. Além disso, a segurança cibernética é uma preocupação fundamental, pois a tecnologia blockchain também apresenta riscos de vazamento de informações e ataques cibernéticos. É fundamental que o fisco esteja preparado para enfrentar esses riscos e adote medidas eficazes de proteção.

As perspectivas futuras indicam um potencial promissor para o uso do blockchain no sistema tributário. A aplicação da tecnologia em propostas de unificação de impostos, como o IBS, poderia trazer melhorias significativas na eficiência da coleta e redução de fraudes fiscais, além de proporcionar transparência e rastreamento de operações.

Para alcançar essas perspectivas futuras, é necessário um aprofundamento tecnológico por parte do Estado, juntamente com a capacitação e colaboração dos contribuintes. Além disso, a regulamentação adequada das criptomoedas e a modernização da legislação tributária são fundamentais para aproveitar ao máximo o potencial do blockchain no sistema tributário.

Em suma, a tecnologia blockchain oferece desafios e oportunidades notáveis para o sistema tributário. Sua implementação requer uma abordagem estratégica e colaborativa, levando em consideração os riscos, benefícios e perspectivas futuras. Com uma abordagem adequada, a tecnologia blockchain pode desempenhar um papel fundamental na modernização e eficiência do sistema

tributário, proporcionando transparência, segurança e melhoria na coleta de impostos.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Pontos do marco regulatório dos ativos virtuais para atenção das exchanges Banco do Brasil permite pagamento de tributos com criptomoedas.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2023-02/banco-do-brasil-permite-pagamento-de-tributos-com-criptomoedas>. Acesso em: 4 maio 2023.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro.** 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

AQUINO, Magali. **Adoção de blockchain na gestão de cadeias de suprimentos do Brasil.** Dissertação (mestrado profissional MPGC) - Fundação Getúlio Vargas, Escola de Administração de Empresas de São Paulo. 2019.

BANCO CENTRAL. **Plataforma que usa blockchain para autorizações no sistema financeiro entra em funcionamento.** Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/431/noticia>. Acesso em: 6 maio 2023.

BRASIL. **Código Tributário Nacional.** Lei Nº 5.172 de 25 de outubro de 1966. Brasília: Senado Federal, 1966

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

CAMPOS, Emília Malgueliro. **Criptoativos e blockchain: tecnologia e regulamentação.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

CHAMAS, Henrique Nimer; FERREIRA, Felipe Paulino. Blockchain e inovações sobre o sistema tributário nacional. **Anais do I Seminário Internacional de Concorrência e Inovação.** São Paulo, v.1 p.22-41, 2018.

CONJUR. **Blockchain pode fazer parte do futuro tributário do Brasil.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-04/fernando-moura-blockchain-futuro-tributario>. Acesso em: 7 maio 2023.

HARVARD BUSINESS REVIEW. **Blockchain**. 1ª ed. Boston, Massachusetts: Harvard Business Review Press, 2019. IBM. O que é a tecnologia blockchain. Disponível em: <https://www.ibm.com/br-pt/topics/what-is-blockchain>. Acesso em: 2 maio 2023.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário**, 14, ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

OCDE. **Blockchain knows no borders: how can global governance meet the challenge?** Disponível em: <https://oecdonthellevel.com/2022/06/04/blockchain-knows-no-borders-how-can-global-governance-meet-the-challenge/>. Acesso em: 5 maio 2023.

REIS, Caroline Bastiani. **Sistema Tributário Brasileiro e a blockchain**: a utilização de novas tecnologias no sistema de cobrança de tributos. Orientadora: Prof. Dra. Betina Triger Grupenmacher. 2022. 33 f. TCC (Graduação) Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2022. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/77041/CAROLINE%20BASTIANI%20REIS.pdf?sequence=1&isAllowed=y#page54>. Acesso em: 5 maio 2023.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 15 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

SANTOS, Rafael Langer. Blockchain como mecanismo para diminuir a perda arrecadatória. 9 ed. Portugal: **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, 2023. p. 1225-1245.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SOARES, Luciana de Paula. **Regime jurídico das criptomoedas e blockchain**. 1 ed. Uberlândia: LAECC, 2021. p. 65-76.

CAPÍTULO 14

DESAFIOS E PERSPECTIVAS NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS VÍTIMAS DE CRIME: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

CHALLENGES AND PERSPECTIVES IN PROTECTING THE HUMAN RIGHTS OF CRIME VICTIMS: A CRITICAL ANALYSIS OF THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM

JOSSIANI AUGUSTA HONÓRIO DIAS¹
AMANDA GUIDETTI MALAGUTTI²
HELOÍSA HANNEMANN DA COSTA PINTO³
MARIA LETÍCIA FIGUEIRA BRANCO⁴

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo pesquisar o tema da proteção dos direitos humanos das vítimas de crimes: uma análise crítica do sistema de justiça criminal. Hodiernamente, a vítima possui um papel importante no Processo Penal, tendo em vista que é assegurado a ela uma série de direitos, como por exemplo o direito à informação quanto ao andamento do inquérito e da ação penal, detalhes no que tange ao acusado, formas de intervenção, bem como à participação, dentre outros fatores. Destarte, há referência da Lei n°. 9.807, diz respeito a um programa de proteção de vítimas no Brasil, devido a elas se sentirem ameaças ou que possuem dificuldade para denunciar. Considera-se a reparação do

1 Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Direito pela FADISP - Faculdade Autônoma de São Paulo. Mestre em Ciências Jurídicas com ênfase em Direitos da Personalidade pelo Centro Universitário de Maringá (2017). Possui Graduação em Direito (2007). Pós-Graduada em Direito Público Material, pela UNIVERSIDADE GAMA FILHO-RJ. Pós-Graduada em Direito Aplicado Lato Sensu, pela ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ, (2008). Membro do Órgão Colegiado da Faculdade Santa Maria da Glória na cidade de Maringá - PR (2017- atualmente) - Atualmente é Professora de Direito Constitucional da Faculdade Santa Maria da Glória de Maringá-PR. Advogada - Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito de Família e Tributário.

2 Graduanda do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná

3 Graduanda do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná

4 Graduanda do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná

dano causado pelo crime um elemento palpável, tendo em vista que é imprescindível a vítima se sentir amenizada pelo sofrimento causado. Nesse sentido, quando o sujeito é vítima de um crime, há uma enorme ofensa a integridade moral e física, bem como a liberdade e a dignidade da pessoa humana, considerado direitos indispensáveis aos indivíduos. Para elaborar a presente pesquisa foi-se necessário a leitura de artigos, legislações e sites explicativos.

Palavras-chave: Direitos humanos. Direito das vítimas. Processo Penal.

ABSTRACT: This article aims to research the subject of protecting the human rights of crime victims: a critical analysis of the criminal justice system. Nowadays, the victim plays an important role in the Criminal Procedure, considering that he is assured a series of rights, such as the right to information regarding the progress of the investigation and criminal action, details regarding the accused, forms of intervention, as well as participation, among other factors. Thus, there is a reference to Law n. 9,807, concerns a program to protect victims in Brazil, due to them feeling threatened or having difficulty denouncing. Repairing the damage caused by the crime is considered a tangible element, given that it is essential for the victim to feel relieved by the suffering caused. In this sense, when the subject is the victim of a crime, there is a huge offense to moral and physical integrity, as well as the freedom and dignity of the human person, considered indispensable rights to individuals. To elaborate this research it was necessary to read articles, laws and explanatory sites.

Key-words: Criminal Proceedings. Human Rights. Victims rights.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho, tem como temática a proteção dos direitos humanos das vítimas de crimes, tendo em vista que a discussão sobre tal tema tem aumentado muito nos foros internacionais.

Os direitos humanos não emergiram todos ao mesmo tempo, uma vez que são decorrentes de conquistas históricas, em síntese, foram estruturando-se ao longo da história, para que se assegure a dignidade da pessoa humana.

Desse modo, uma análise sobre a perspectiva da vítima de crimes, que deve ser respeitada e ter um amparo social e estatal. A proteção da vítima deve fazer parte de um Estado Democrático de Direito, garantindo a todos de uma sociedade direitos inerentes de cada ser humano.

No capítulo dois, busca discorrer sobre os conceitos de vítimas, que podem se dividir em duas denominações: vítima no sentido jurídico-penal-restrito e por último em sentido jurídico-penal-amplo. Ainda, por fim, explica os aspectos conceituais dos direitos humanos e sua importância para vítimas de crimes e explana a relevância da Lei n 9.807/99, no qual tutela vítimas e testemunhas.

O capítulo terceiro irá abordar como o Código Penal dá pouca importância as vítimas e a ineficácia da Lei n 9.807/99, tratando também dos obstáculos da efetivação de tal normativa.

2 ASPECTOS CONCEITUAIS DE DIREITOS HUMANOS E DAS VÍTIMAS DE CRIMES

Para que se possa aprofundar na temática do presente artigo, sobre direitos humanos e vítimas de crimes, faz indispensável a compreensão da terminologia vítima de forma clara e objetiva.

Entretanto, o sentido de vítima se subdivide em dois: um que considera o sujeito que sofreu diretamente os reflexos da agressão ao bem tutelado, e o outro em que conceitua a pessoa e a sociedade que sofrem diretamente com os reflexos do crime. Este primeiro refere-se a vítima ao sentido jurídico-penal-restrito e por fim a vítima em sentido jurídico-penal-amplo.

A denominação de vítima vai além do sujeito afetado em linha direta, pois, é possível entender que os indiretamente também serão afetados com as consequências da violência. Em suma, quando ocorre um crime contra a vida e se fala sobre vítima a mesma é o indivíduo que teve sua vida cerceada como também sua família vem a sofrer consequências indiretas do crime.

Acerca sobre os Direitos Humanos, é compreendido como um direito fundamental de todo ser humano. Também sendo considerado um conjunto de normas, vantagens e prerrogativas que devem ser reconhecidas como essência pura pelo ser humano para que esse venha a ter uma vida digna, em outros termos, este instituto é de extrema importância para a conservação da paz.

Nesse sentido:

Os Direitos Humanos externam os valores fundamentais do Ser Humano, compõem o núcleo básico do direito internacional vinculativo de todos os ordenamentos jurídicos, são os direitos ligados diretamente à natureza, à essência humana; são os Direitos Fundamentais conectados imediatamente com a Dignidade Humana. Assim, falar em Direito Humano é ter em mente algo essencial ao Ser Humano, isto é, que integra a sua natureza existencial e dessa é indissociável, de forma que, uma vez infringido, a consequência imediata será a cessação da existência do Ser Humano ou a sua descaracterização como tal, daí se concluir que os Direitos Humanos são o núcleo essencial dos Direitos Fundamentais, representam aqueles direitos que

se confundem com a própria Dignidade Humana (FREITAS, 2015, p. 20).

Por fim, o estudioso continua denominando os direitos humanos, como direitos universais, necessário de todo e qualquer ser humano, independente de lei. Sendo assim exemplificando o direito à liberdade, vida e igualdade.

2.1 A IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS VÍTIMAS DE CRIMES

Em um determinado período, a proteção das vítimas passou a ser o foco da vitimologia, o zelo e o respeito com o indivíduo afetado pelo crime e a reparação dos danos causados adquiriu-se uma relevância maior. Desse modo, foi estruturado o conceito de vitimização primária e secundária, com o intuito de dar enfoque as várias espécies de vitimização com propósito de reduzi-las (FREITAS, 2015).

A vitimização primária é compreendida como os danos morais, físicos e psíquicos ocasionados a vítima quando o delito é causado, ligado à prática de infração penal. Já a vitimização secundária é conceituada como danos causados a vítima posteriormente a ocorrência do fato criminoso, por consequência deste.

Alguns se apropriam da denominação de vitimização terciária para tratar-se da falta de amparo tanto social, como familiar, a exposição dos meios de comunicação e a negligência do serviço Público a esses indivíduos.

Em todo caso, junta-se a vitimização secundária a burocratização do sistema e como consequência os profissionais responsáveis pelo atendimento dessas vítimas, que raramente são

instruídos e com isso ignorando o sofrimento da vítima, e não dando tanta atenção as necessidades desta. Em síntese, todo esse conjunto citado anteriormente causa novos danos sociais, psicológicos e econômicos, além da lesão causada pelo delito criminoso.

Por conseguinte, houve a necessidade de elaboração de mecanismos de proteção as vítimas que respeitasse também os direitos do acusado. Os movimentos mundiais de visibilidade da vítima obtiveram a honra de uniformizar internacionalmente a tutela do indivíduo afetado diretamente pelo fato criminoso, se faz notar pela Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder publicada pela resolução 40/34 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 11 de dezembro de 1985.

Tal resolução foi aderida por países membros da ONU, apesar da resolução não ter força de lei, foi ratificado pelo Brasil, sendo um documento indispensável de direitos humanos.

Nos artigos 4º ao 7º da Resolução 40/34 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 11 de dezembro de 1985, se tem a garantia dos direitos a dignidade, acesso à justiça e ao tratamento justo. É assegurado também o direito ao acesso a instâncias judiciárias e a uma rápida reparação do dano causado a vítima.

Com o passar dos tempos, ficou visível que as vítimas são lesadas pelo crime em si, mas ainda ao decorrer do processo de justiça criminal, se deparando com situações humilhante e degradantes que dão força a vitimização secundária.

No Brasil, as Leis 11.340/2006, 11.690/2008, 12.845/2013 e 13.431/2017 destacam a importância do devido respeito à dignidade da pessoa humana.

2.2 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS VÍTIMAS DE CRIMES NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

Preliminarmente, é notável discorrer acerca da Lei nº 9.807/99, esta refere-se a um programa de proteção de vítimas e testemunhas no Brasil. A motivação para a criação de legislação própria, se dá pela conduta das vítimas que dificultosamente se sentem preparados de denunciar os suspeitos e relatar informações sobre os fatos ilícitos que ocorreram, e, na maioria dos casos, a depender da gravidade dos constrangimentos sofridos pelas vítimas, deixam de ser auxiliadas de uma forma segura, reivindicando assim, maneiras especiais de proteção (BRASIL, 1999).

Antes da publicação da lei descrita, foram elaboradas inúmeras formas em busca da garantia de proteção a vítimas e testemunhas, bem como projetos de lei, entretanto, foram inexitosas.

O art. 1º a Lei nº 9.807 dispõe:

“As medidas de proteção requeridas por vítimas ou por testemunhas de crimes que estejam coagidas ou expostas a grave ameaça em razão de colaborar com a investigação ou processo criminal [...]” (BRASIL, 1999).

No que concerne às medidas de segurança e escolta policial, vê-se a possibilidade de locação dos policiais almejando a segurança do domicílio da parte tutelada, havendo possibilidade de a Lei 9.807/99 proceder o manuseio de suas comunicações telefônicas e outros monitoramentos possíveis. Os agentes também são autorizados a servir escolta policial até a área de trabalho e assistência nos relatos em juízo, ou delegacias, conforme está disposto no artigo 7º, inciso I e II da lei mencionada (BRASIL,

1999). Em referência as medidas de recebimento de assistência social e psicológica, aborda Paulo Martini:

[...] já que a mudança de rotina e gravidade da ameaça ou coação poderão vir a interferir diretamente na sua sanidade física e psicológica, bem como de sua família, a qual certamente poderá vir a receber apoio governamental. A lei ficou-se silente no que tange à assistência jurídica, a qual, muitas vezes, será de fundamental importância para o protegido e sua família, não havendo como lhe negar esse tipo de auxílio (MARTINI, 2000, p. 19).

Diante do expostos fica-se evidente o quão significativo é a proteção das vítimas, onde a legislação, essa, vem com a finalidade de responder as dificuldades que são enfrentadas por esses indivíduos, já que se relutam para denunciar os suspeitos relatando informações sobre o crime ocorrido, devido ao constrangimento e retaliações que possa a vir sofrer, portanto a legislação ela promove uma confiança no sistema judicial, se incentivando a participação ativa dessas pessoas a denunciar e a testemunha.

3 O DIREITO À INFORMAÇÃO E À PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO PENAL

Destaca-se que a vítima, no decorrer de uma ação penal ou de um inquérito policial, dispõe de alguns direitos que têm de ser resguardados, as quais sejam, por exemplo: direito à informação e a participação no processo penal. É prescindível a necessidade da parte vulnerável durante o curso de um processo, ser informada quanto a seus direitos, maneiras de participação, tal qual o reconhecimento da vítima como sujeito de direitos pelos agentes públicos.

O direito à informação, inclui o direito de saber como e em que lugar se manifestar acerca da queixa ou denunciar um crime, como nas sedes do Ministério Público, Poder Judiciário e da Defensoria Pública, direito de ter conhecimento do rumo das investigações policiais, se porventura o responsável do fato criminoso seja incriminado, sobre os detalhes básicos da infração ou contravenção, notadamente o dia do fato, a hora, tal qual os danos decorrentes da situação. Ainda, a vítima possui o direito a pesquisa aos autos da investigação policial, em ocasiões sem prejuízos ao prosseguimento das investigações e não ter demanda de sigilo.

Além do mais, abrange o direito à vítima de ser informada no que diz respeito a prisão ou soltura do autor presumido do fato, assim como também a designação de data para audiência e à sentença e acórdãos que mantenham ou modifiquem a decisão, em conformidade com o artigo 201, §2º da Lei nº. 11.690/2008 (BRASIL, 2008). Menciona-se também que, a vítima possui direito de ter conhecimento acerca da finalização do inquérito policial e a apresentação da denúncia, do arquivamento do inquérito, tal como a condenação ou absolvição do investigado.

No que concerne a participação da vítima no processo penal, é assegurado à vítima integrar-se no processo investigatório e no criminal, tendo o direito de ser ouvida pelas autoridades, considerando que, é a parte vulnerável na ocorrência, sendo este quem sofreu os danos físicos, psicológicos e morais decorrente do ato ilícito.

Outrossim, é resguardado a vítima a apresentação de provas, de acordo com a Lei nº. 11.690/2008, em seu artigo 201, é assentido ao ofendido a indicação de provas, além do mais, ser ouvido no que tange o cenário da infração. Há probabilidade do prejudicado ou o seu representante legal propor ações que poderão

ser efetuadas a juízo da autoridade policial, conforme alude o artigo 14 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2008).

Do mesmo modo, é assegurado a vítima adquirir cópias de peças do inquérito policial e da ação penal, exceto quando é preciso manter-se em sigilo, o PLS 156/2009 (Projeto de Reforma do Código de Processo Penal), alude a respeito em seu artigo 91: “São direitos assegurados à vítima, entre outros: [...] VI- obter cópias de peças do inquérito policial e do processo penal, salvo quando, justificadamente, devam permanecer em estrito sigilo” (BRASIL, 2009).

Imperioso ressaltar que, o Código de Processo Penal, em seu artigo 268 instituiu, nos termos de ação pública, há probabilidade de o ofendido, ou seu representante legal, intervir como assistente do Ministério Público, ou, na falta, poderá ser o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (BRASIL, 1941). De acordo com Aury Lopes Jr, o papel da assistência é secundário, tendo em vista que: “É a parte, mas não principal, pois sua atividade processual é acessória em relação àquela desenvolvida pela parte principal, que é o Ministério Público” (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 38).

Além do mais, é possível o assistente de acusação, indicar meios de prova, postular perguntas às testemunhas, participar do debate oral e argumentar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, §1º, e 598, consoante o artigo 271, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

3.1 A REPARAÇÃO DO DANO CAUSADO PELO CRIME

Em que pese a reparação do dano decorrente da infração, o artigo 387, inciso IV do Código de Processo Penal, dispõe que

o juiz, ao emitir a sentença condenatória “fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido” (BRASIL, 1941, online).

É notório ressaltar que, tal reparação não diz respeito a restituição de bens, tendo em vista a reparação pelo dano psicológico e moral, amenizando o sofrimento da vítima.

É perceptível que, acerca da reparação no direito penal, é importante destacar a conciliação entre o ofendido e o acusado, desenvolvendo a satisfação da sociedade, bem como da vítima, dessa maneira, resolvendo os conflitos sociais integralmente.

O Código Penal Brasileiro em seu artigo 16 prevê a redução da pena de 1 (um) a 2 (terços) caso o acusado tenha reparado o dano ou restituída a coisa antes do recebimento da denúncia, porém, se o crime for cometido com violência ou grave ameaça, não há possibilidade. (BRASIL, 1940)

A reparação do dano intervém na suspensão condicional da pena, atenuando as determinações impostas no *sursis especial*, consoante o artigo 78, §2º do Código Penal (BRASIL, 1940).

É possível, em casos expressos em legislação extravagante e na parte especial do Código Penal, como por exemplo, crime de peculato culposos, determina que se houver a reparação do dano anterior a sentença, extingue a punibilidade, e, caso suceder-se posteriormente, há previsão de diminuição da pena pela metade.

A influência do elemento subjetivo sobre a pena, no peculato culposos, se exerce diferentemente, conforme as circunstâncias. Num caso é total, noutro é parcial. Livra-se totalmente da pena o negligente, se ressarcir o dano antes que sobrevenha sentença condenatória irrecorrível. Portanto, a lei dá muito tempo para reparar o dano. Se a indenização é efetuada pelo funcionário quando já está definitivamente condenado, a pena se reduz à metade (GARCIA, 1947, p. 138).

Entretanto, há outras hipóteses, tal como na parte geral, legislação extravagante e especial a abordarem a respeito da reparação do dano e as consequências no processo penal, tendo importância no que concerne a punição.

No que tange a ação civil *ex delicto*, pode-se afirmar que há o reparo de danos morais e materiais em consequência de uma infração penal, valendo-se da sentença penal que já transitou em julgado, acrescentado o título executivo judicial, propositando a reparação do dano pelo responsável do ato ilícito, conforme dispõe o artigo 63 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

3.2 O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS VÍTIMAS

Neste tópico será apresentado em quais momentos se tem obstáculos a efetiva proteção da vítima dos direitos de crimes das vítimas de crimes e quando o estado é omissor nesta proteção de direitos e quais medidas poderiam ser colocadas para que os tais direitos fossem aplicados.

A vítima de um crime tem pouco destaque no Código Penal, onde as leis do Direito Penal tem como direito proteger os relevantes bens jurídicos que se exigem uma proteção do Estado, onde as consequências que terão caso se infrinjam essas leis, mas não fornecem uma proteção dos direitos das vítimas, onde sendo no processo penal que a vítima terá uma indenização seguinte de uma sentença condenatória, e é onde a vítima terá a possibilidade de participar do procedimento criminal, lhe concedendo direitos, porém se tendo uma convergência onde o estado não reconhece os direitos os tratando-os com desprezo (DIAS, 2022).

Ainda Diaz comenta sobre a Lei 9.807/99 (Lei de Proteção Especial a Vítimas e as Testemunhas) que esta lei tem finalidade de proteção e assistência somente das vítimas que foram ameaçadas, sendo assim, as vítimas que não se sentem ameaçadas não usufruem dos direitos da lei havendo uma restrição (BRASIL, 1999).

A autora acima ainda cita o artigo 30 do Sistema Nacional de Proteção a Vítima e Testemunhas Ameaçadas, e o Decreto 3.518/2000, analisa-se:

Sistema Nacional de Proteção a Vítima e Testemunhas Ameaçadas: Art. 30 – são requisitos a serem condicionados para a inclusão de usuário no Programa de Proteção a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas: II – Estar coagido ou exposto a grave ameaça ou coação à integridade física ou psicológica para impedir ou dificultar o seu testemunho, ou ainda com o objetivo de falsear a verdade acerca de fato criminoso de que tenha conhecimento, em razão de sua colaboração com a investigação ou processo judicial. Decreto nº 3.518/2000: Art. 3º Podem ser admitidas no Programa as pessoas que, sendo vítimas ou testemunhas de crime, sofram ameaça ou coação, em virtude de colaborarem com a produção da prova, desde que aceitem e cumpram as normas de conduta estabelecidas em termo de compromisso firmado no momento de sua inclusão (BRASIL, 2000).

Lei nº 9.807/99: Art. 1º As medidas de proteção requeridas por vítimas ou por testemunhas de crime que estejam coagidas ou expostas a grave ameaça em razão de colaborarem com a investigação ou processo criminal serão prestadas pela União, pelos Estados e pelo Distrito Federal, no âmbito das respectivas competências, na forma de programas especiais com base nas disposições desta Lei (BRASIL, 1999).

Desse modo, será importante as provas produzidas pela vítima sendo interessante ao processo e não sendo, não terá a

devida proteção direito a vítima, sendo o interesse somente na produção das provas, ainda cita a dificuldade de ser testemunha no processo criminal, pois a sociedade não acredita no sistema penal Brasileiro, onde ela correrá perigo de vida se estiver colaborando com o poder judiciário, ainda mais, sendo complicado constatar uma política eficiente para a tutela dos direitos da vítima, onde o país é violento tendo milhares de vítimas de todos os tipos como podemos citar alguns, sendo patrimoniais, dolosos contra a vida e sexuais, diariamente.

A autora conclui que apesar de ter projetos de lei em tramitação, enquanto não forem transformadas em lei, essas vítimas vão passar anos a procura de uma indenização adequada para o dano sofrido, e essa violência e impunidade gera sentimento de indignação com essa violação de direitos (DIAS, 2022).

4 CONCLUSÃO

O presente artigo buscou abordar a proteção dos direitos humanos das vítimas de crimes, que no primeiro momento busca-se explorar a conceituação do direitos humanos e da vítima de crimes, onde o sentido de vítima tem-se subdividido em dois sendo o primeiro se referindo a vítima no sentido jurídico-penal-restrito e o outro em sentido jurídico-penal-amplo, e que a sua dominação de vítima tem um sentido mais amplo vai além do sujeito afetado, sua família também vir a sofrer as consequências do crime, e que os direitos humanos é um direito fundamental de todo ser humano, onde dentro desses direitos tem-se um conjunto de normas, prerrogativas e vantagens para que um ser humano possa ter uma vida digna.

No segundo momento aborda-se a proteção física e psicológica das vítimas, onde se esta regulamentada pela Lei n 9.807/99, que se refere a um programa de proteção de vítimas e testemunhas no Brasil, que tem-se as medidas de assistência que visam ter uma diminuição sobre o impacto psicológico, as medidas de segurança que se protege a integridade física tanto da vítima quanto a da família, onde essas medidas só tem efetividade se a vítima estiver correndo grande perigo, ainda no mesmo tópico temos que a vítima tem direito a informação, para saber como e o lugar para se manifestar-se de uma queixa e denunciar um crime e participação no processo penal, integrando-se tanto processo investigatório quanto no criminal, para ser ouvida pelas autoridades e assim tendo a reparação pelo dano causado, mas que essa tal reparação esta elencada no art. 387 Inciso IV do Código de Processo Penal que fala sobre a restituição dos bens mas não dos danos psicológicos e moral.

Já no terceiro momento se apresenta os momentos em que se tem um obstáculo na efetivação dessa proteção e quando o estado é omissor, ao relatar que a vítima tem pouco destaque no Código Penal, e o estado ainda o trata com desprezo, ainda comentando a ineficácia da Lei n 9.807/99, que a vítima não terá uma devida proteção, onde o interesse será somente na produção de provas, e que apesar de ter projetos de lei, enquanto não forem leis as vítimas passarão anos indignada com essa violação de direitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.518/2000. 20 jun. 2000.** Programa Federal de Assistência às Vítimas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3518.htm. Acesso em: 09 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.690/2008. 09 de junho de 2008.** Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm. Acesso em: 11 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 2.848/1940, 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm. Acesso em: 19 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 3.689/1941. 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 11 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.807/1999. 13 de julho de 1999.** Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência às Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19807.htm. Acesso em: 09 maio 2023.

CORDEIRO, Euller Xavier. **A participação da vítima no processo penal.** Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, 2014. 196 f. jun/2014. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/131852/000850668.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 maio 2023.

DIAS, Laura Pereira. A omissão do estado brasileiro na proteção dos direitos das vítimas de crime. **UniCEUB, educação superior,** 2022. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/16194>. Acesso em: 09 maio 2023.

FERRAREZI, Ellim Fernanda Silva. **Reparação do dano causado pelo crime:** valorização da vítima na sistemática processual penal. Dissertação. Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha – Centro Universitário de Marília – Univem. Marília, 2016. Disponível em: <https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1692/Disserta%20c3%a7%20-%20ELLIM%20FERNANDA%20SILVA%20FERRAREZI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 16 maio 2023.

FREITAS, André Guilherme Tavares de. **Tutela penal dos Direitos Humanos: a proteção da vida e da integridade física**. Curitiba: Juruá, 2015.

GARCIA, Basileu. Dos crimes contra a administração pública. **Revista de Direito Administrativo**. Repositório FGV de Periódicos e Revistas, v. 8, 1947. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/9874/8889>. Acesso em: 19 maio 2023.

KRAPF, Ariane Heineck. As medidas especiais de proteção às vítimas e testemunhas no processo penal. **Direito e Humanidades**, v. 27, p. 54-63, 2014. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/ariane_krapf.pdf. Acesso em: 16 maio 2023.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2. p. 38. Acesso em: 19 maio 2023.

MARTINI, Paulo. **Proteção especial a vítimas, testemunhas e aos réus colaboradores**. Porto Alegre: Síntese, 2000.

MORAIS, Mariana Teodoro de. Assistente de acusação: a participação da vítima na ação penal de iniciativa pública. **Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena**, n. 1, v. XIX, p. 91 a 109, Belo Horizonte, 2013. Disponível em: <https://revistadocaap.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/download/337/324>. Acesso em: 19 maio 2023.

PIAUÍ. Ministério Público do Estado do Piauí. **Cartilha sobre direitos das vítimas**. Rádio MPPI. Ago/2021. Disponível em <https://www.mppi.mp.br/internet/2021/08/mppi-disponibiliza-cartilha-sobre-direitos-das-vitimas/>. Acesso em: 17 maio 2023.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. A proteção da vítima de crimes violentos e a reparação do dano no sistema criminal brasileiro na perspectiva dos direitos humanos. **Google acadêmico**. 2020. Disponível em: <https://www.bdt.d.uerj.br:8443/bitstream/1/17449/2/Tese%20-%20Patricia%20Pimentel%20de%20Oliveira%20Chambers%20Ramos%20-%202020%20-%20Completa.pdf>. Acesso em: 20 maio 2023.

SANTOS, Thatiane Oliveira Pita dos. Os direitos Humanos e as vítimas de crimes contra a vida. **Google acadêmico**. 2019. Disponível em: <https://www.repositorio.ufal.br/bitstream/riufal/5321/1/Os%20direitos%20humanos%20e%20as%20v%C3%ADtimas%20de%20crimes%20contra%20a%20vida%3A%20a%20atua%C3%A7%C3%A3o%20seletiva%20das%20organiza%C3%A7%C3%B5es%20defensoras%20dos%20direitos%20humanos%20de%20Alagoas%20>

diante%20dos%20crimes%20contra%20a%20vida%20e%20a%20
aus%20c3%aancia%20de%20pol%20c3%adticas%20p%20c3%ablicas%20
de%20assist%20c3%aancia%20c3%a0s%20v%20c3%adtimas.pdf. Aces-
so em: 20 maio 2023.

SOUZA, Rocicler Galdino De. Direitos humanos: soft law e os di-
reitos humanos da vítima. **Google acadêmico** .2019. Disponível em:
[https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/5261/1/Rocicler%20Galdi-
no%20de%20Sousa.pdf](https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/5261/1/Rocicler%20Galdi-
no%20de%20Sousa.pdf). Acesso em: 20 maio 2023.

FAMÍLIA PERFEITA? A PERMANÊNCIA DAS MULHERES VÍTIMAS NO CICLO DA VIOLÊNCIA

PERFECT FAMILY? THE PERMANENCE OF WOMEN VICTIMS IN THE CYCLE OF VIOLENCE

MURIANA CARRILHO BERNARDINELI¹

MAÍSA K. NODARI²

ANA CLARA SOETHE SASSI³

NADINE THAIS KUHN⁴

RESUMO: A presente pesquisa analisa os padrões sociais, que por milênios, moldou o utópico planejamento familiar, como tradução de estabilidade e realização, pautada na relação de gênero e poder, por um viés machista, patriarcal e misógino. A figura feminina, sob a lente da sociedade, lhe é imposta, como a dona de casa, recatada e do lar, que deve estar inserida na instituição família, por regra, para manter a aparência e a harmonia. Sendo assim, quando as mulheres se deparam com um ambiente violento e repressivo, que resultam em crimes tipificados pelo Código Penal com dispositivos inseridos na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), raramente conseguem se desvincular da construção familiar, tendendo a aceitar e continuar no ciclo da violência doméstica por fatores morais, psicológicos, patrimoniais e submissos. O objetivo também é identificar os motivos pelos quais essas mulheres vítimas permanecem

1 Doutora em Função Social do Direito pela FADISP – Faculdade Autônoma de São Paulo, Mestre em Ciências Jurídicas com ênfase em Direito da Personalidade pela Unicesumar – Centro Universitário de Maringá, Professora da graduação do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. E-mail: muriana.carrilho@pucpr.br

2 Doutoranda em Direito, Docente do Curso de Direito PUCPR campus Toledo e Advogada - e-mail: maisanodari@hotmail.com.

3 Acadêmica do Curso de Direito PUCPR, Toledo, cursando o 4º ano noturno – e-mail: anaclarasoethesassi@gmail.com

4 Acadêmica do Curso de Direito PUCPR, Toledo, cursando o 4º ano noturno - e-mail: nana_kuhn@hotmail.com

em um relacionamento violento e abusivo, submetendo-se ao ciclo da violência, que possui três fases distintas, sendo: a fase da tensão, da violência e da lua de mel. Sendo assim, é notório que essa permanência no ciclo é multifacetada, suportando muitas vezes para manter a família estruturada emocionalmente e evitar pré-conceitos estabelecidos pela sociedade.

Palavras-chave: Gênero e Poder. Violência Doméstica Contra às Mulheres. Ciclo da Violência.

ABSTRACT: The present research aims to analyze the social patterns that, for millennia, have shaped the utopian family planning concept as a translation of stability and fulfillment, based on gender and power relations from a sexist, patriarchal, and misogynistic perspective. The female figure, under the lens of society, is imposed upon her as the homemaker, modest and confined to the home, expected to be part of the institution of the family, as a rule, to maintain appearances and harmony. Consequently, when women find themselves in a violent and repressive environment, resulting in crimes defined by the Penal Code with provisions inserted in the Maria da Penha Law (Law no. 11,340/06), they rarely manage to break free from the family structure, tending to accept and continue in the cycle of domestic violence due to moral, psychological, financial, and submissive factors. Lastly, the objective is also to identify the reasons why these women victims remain in a violent and abusive relationship, subjecting themselves to the cycle of violence, which consists of three distinct phases: tension, violence, and the honeymoon phase. Thus, it is evident that this staying in the cycle is multifaceted, often endured to keep the family emotionally structured and avoid preconceptions established by society.

Keywords: Gender and Power. Domestic Violence Against Women. Cycle of Violence. Families. 11.340/06 law (Maria da Penha).

1 INTRODUÇÃO

As relações de gênero e poder, estão diretamente ligadas ao historicismo que resulta em diversas problemáticas sociais atuais, principalmente entre as relações familiares, no tocante a objetificação e submissão das mulheres, tanto na esfera social quanto no seio familiar.

O papel das mulheres, na instituição família, sempre fora de grande importância e valoração, em que pese, é biologicamente capacitada para gerar e nutrir seus filhos, bem como, ensinada a ser “recatada e do lar”. Sendo então, o principal pilar do seio familiar, contribuindo para a construção e idealização social de família.

Quando, por diversos motivos, as mulheres não satisfazem os interesses da família e do seu cônjuge, e de alguma forma o mesmo entende ser o possuidor e o único dotado de poder no seio familiar, iniciam-se as divergências e os motivos violentos, que, tendem a resultar na violência doméstica e familiar.

A violência doméstica é composta por fases, sendo definidas pelo ciclo da violência, que, se caso a mulher vítima, não aceita sair do ambiente familiar violento, os comportamentos e insultos, voltam a se repetir, enfatizando a relação de poder e objetificação da figura feminina perante a instituição familiar.

Mesmo com a Lei Maria da Penha (L11.340/2006), o apoio estatal, políticas públicas e atendimentos especializados às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, a questão pautada é: qual o motivo que as mulheres não conseguem sair do ciclo da violência?

2 AS RELAÇÕES DE GÊNERO E PODER

As relações de gênero e poder, se dão por reflexo à sociedade, que, objetifica e dispõe das mulheres, sendo referidas como submissas ou até invisíveis, comparados aos exemplares masculinos, analisando historicamente.

A historiadora Joan Scott, em seu texto sobre gênero, dispõe que:

As teóricas do patriarcado concentraram sua atenção na subordinação das mulheres e encontraram a explicação na “necessidade” do macho dominar as mulheres. Na adaptação engenhosa de Hegel, Mary O’Brien, define a dominação masculina como um efeito do desejo dos homens de transcender a sua privação dos meios de reprodução da espécie (SCOTT, 1995, p. 09).

Quando abordado sobre gênero, é possível notar o posicionamento da historiadora: “Gênero é sinônimo de mulheres. Livros e artigos de todo o tipo, que tinham como tema a história das mulheres, substituíram durante os últimos anos nos seus títulos o termo de mulheres pelo termo de gênero”. Para Joan Scott, “o motivo pelo qual, o uso do termo gênero visa indicar a erudição e a seriedade de um trabalho porque gênero tem uma conotação mais objetiva e neutra do que mulheres” (SCOTT, 1995, p. 75). Para Joan Scott, “o motivo pelo qual, o uso do termo gênero visa indicar a erudição e a seriedade de um trabalho porque gênero tem uma conotação mais objetiva e neutra do que mulheres” (SCOTT, 1995).

Ao tocante às relações de poder, percebe-se que está, também, diretamente relacionada com o gênero, enfatizando, que o detentor do poder, é o parceiro masculino da relação ou instituição familiar “[...] gênero é um elemento constitutivo das relações

sociais baseadas nas diferenças percebidas entre os sexos e é também um modo de significar relações de poder” (SCOTT, 1995).

Todavia, as relações de poder tendem a resultar em violência de gênero, principalmente contra as mulheres. Por questões de honra, apreço, dignidade, força e respeito, intituladas pela sociedade, a respeito do gênero masculino. O que evidencia o desequilíbrio da autonomia, liberdade e direito íntimo de decidir sobre a própria vida.

Faz-se necessária a percepção da relação de poder e gênero, como uma problemática social e histórica, para notar-se que, dentro do seio familiar há uma hierarquia masculina, que, detém poder, principalmente sob as mulheres, objetificando-as, podendo utilizar-se dos meios de violência para manter a ordem familiar.

3 A IMPOSIÇÃO SOCIAL DO PAPEL DAS MULHERES NO SEIO FAMILIAR

O papel da mulher dentro das famílias sempre foi de extrema importância. As mulheres, de modo geral, assumem a posição de estabilidade emocional e afetiva, sendo responsável por gerar um ambiente confortável e acolhedor para sua família.

Além do mais, outra posição importante que a mulher sempre deteve foi a de mediadora, haja vista que, por muitas vezes, a responsabilidade de resolver conflitos e manter a harmonia dentro de casa, é destinada a elas. Ademais, é de encargo dela por muitas vezes, estabelecer princípios e valores para seus descendentes, com a intenção de que eles se tornem indivíduos que condizem com a sociedade.

Em um breve contexto histórico sobre o papel que a mulher desempenhou e desempenha atualmente, é notório que para a socie-

dade em geral, ela sempre foi o apoio principal da família, seja emocionalmente ou fisicamente. A evolução da figura feminina ainda é um processo que está em mudança, visto que depende do período histórico e da cultura da sociedade.

No passado, as mulheres tinham como responsabilidade principal as tarefas domésticas, além dos cuidados com os filhos, enquanto a figura masculina era responsável pelo sustento financeiro da família. No geral, a mulher era submissa ao homem, sendo que suas obrigações se limitavam a essas atividades.

Com o passar dos anos, houve grandes evoluções nos direitos das mulheres, os quais consequentemente influenciaram o progresso da sociedade e a formação do núcleo familiar. As mulheres começaram a ter mais liberdade e independência, como por exemplo, trabalhar fora de casa e consequentemente ter autonomia financeira.

Observa-se que, como desde o princípio a figura masculina era o provedor financeiro e a figura feminina a base estrutural, as mudanças com as inclusões no papel familiar incidiram em grande parte na mulher.

Atualmente, o papel da mulher já está mais ativo e visível no âmbito profissional e financeiro, visto que era totalmente dependente de seu companheiro a alguns anos passados. No entanto, os desafios enfrentados mediante desigualdade de gênero na família ainda persiste, pois há falta de suporte para conciliar a vida profissional e familiar.

É possível notar que o contexto da figura materna na família, por mais que houve evoluções, ainda se submete a certas situações indelicadas por motivos de gênero e dominação, assim como exposto:

As distinções de gênero refletem uma história, uma relação secular de dominação do homem sobre a mulher. Por que a mulher fica em uma relação violenta? Nossa cultura de gênero é para preservar o casamento, criar os filhos. A mulher tem vergonha, medo, insegurança interior de abandonar tais papéis. O mais cruel nesses episódios é que a culpa acaba recaindo sobre a figura feminina.

A mulher não é somente ela nessa relação. Ela é uma unidade familiar, pois nunca avalia a situação só a partir dela, inclui sempre os filhos. Ela pensa onde irá morar com os filhos, onde os filhos irão estudar em caso de separação. A violência de gênero é um fenômeno muito complexo. Não depende apenas de medidas punitivas. Demanda medidas mais amplas de mudança de comportamento e mentalidades, embora a Lei Maria da Penha seja fundamental (MELO, [s.d.],online).

A violência de gênero introduzida na nossa sociedade é complexa, sua história vem de anos, sendo enraizada completamente. A figura feminina na família acaba por muitas vezes cedendo para agradar o outro, ou até mesmo, preferem ser machucadas para não machucar seus dependentes.

Além do mais, é possível correlacionar com o posicionamento de Mary Beard (2018), no tocante ao posicionamento da figura feminina, tanto nos dias atuais, como na Grécia Antiga, há quase três mil anos. Notoriamente, em ambas as épocas, a prática de um posicionamento que seja respeitado, por vezes, está relacionado ao masculino. Na Grécia era em discursos políticos, por exemplo, situação em que somente o homem representava, e atualmente, em contextos em que a mulher expõe sua opinião em rede social, que corriqueiramente é insultada ou até ameaçada. Ou seja, mesmo com evoluções, ainda é possível presenciar semelhanças nos atos e nas intenções: impedir a intrusão feminina no território discursivo tradicionalmente masculino (BEARD, 2018).

Sendo assim, infelizmente, nos dias atuais ainda pode-se comparar como a figura feminina, tanto no seio familiar como na sociedade, é exposta e submetida a certas situações de submissão e inferioridade.

4 A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A LEI MARIA DA PENHA

A violência doméstica é conceituada, pela Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, adotada pela OEA em 1994), sendo como um ato ou conduta baseada no gênero, podendo causar, dano, morte ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.

Existem vários tipos de violência doméstica contra a mulher, conforme disposto no artigo 7º da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), sendo, a violência física, psicológica, sexual, moral e patrimonial.

Insta esclarecer, que a Lei Maria da Penha, em seu artigo 5º, configura a violência doméstica e familiar contra a mulher, qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

A violência física (art. 5º, inciso I da Lei nº 11.340/06), pode ser conceituada como qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher, como por exemplo, as vias de fato (art. 21 da LCP), lesões corporais (art. 129, §9º ou §13º do CP) ou tentativa de homicídio (art. 121, §2º, inciso VI c/c art. 14, inciso II ambos do CP).

Ao que tange a violência psicológica (art. 5º, inciso II da Lei nº 11.340/06), é qualquer conduta que cause dano emocional e diminuição de autoestima ou que prejudique e perturbe a mulher

no seu pleno desenvolvimento, ou ainda, que controle as ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação, como por exemplo, perseguição (art. 147-A do CP) ou violência psicológica contra a mulher (art. 147-B do CP).

A respeito da violência sexual (art. 5º, inciso III da Lei nº 11.340/06), esta entendida como, qualquer conduta que constranja a mulher, a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força, mediante a mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos, podendo ser exemplificado pelos crimes de estupro (art. 213 do CP), violação sexual mediante fraude (art. 214 do CP) e importunação sexual (art. 215-A do CP).

No tocante da violência patrimonial (art. 5º, inciso IV da Lei nº 11.340/06), é conceituada como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades, como por exemplo, apropriação indébita (art. 168 do CP) ou supressão de documentos (art. 305 do CP).

Por fim, a violência moral (art. 5º, inciso V da Lei nº 11.340/06), que é disposta como qualquer conduta que configure calúnia (art. 138 do CP), difamação (art. 139 do CP) ou injúria (art. 140 do CP).

A Lei Maria da Penha (11.340/2006), além de tipificar os crimes de violência doméstica, prevê, um amplo processo garan-

tista às mulheres vítimas, de modo que visa combater a violência na sociedade machista, patriarcal e misógina, principalmente no seio familiar.

5 CICLO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A violência doméstica infringida, não se manifesta de maneira certa e/ou pontual. A partir do momento em que começam a ocorrer os tipos penais de violência, estes tendem a ser mais frequentes e comuns, no seio familiar, tornando-se uma repetição de episódios cíclicos de violência.

Logicamente, não há de se confirmar que existe uma fórmula referente ao ciclo da violência, pois para cada mulher se resulta de formas distintas. Todavia, há de se ressaltar que existe um denominador comum, que ocorre pré e pós violência, sendo conceituado como o ciclo da violência.

Ciclos existem porque é doloroso acabar com eles. Interromper um padrão familiar é algo que requer uma quantidade astronômica de sofrimento e de coragem. Às vezes, parece mais fácil simplesmente continuar nos mesmos círculos familiares em vez de enfrentar o medo de saltar e talvez não fazer uma boa aterrissagem (COLLEEN HOOVER, 2018, p. 352).

O ciclo da violência doméstica, é dividido em três fases, sendo a primeira fase conceituada como atos tensão, a segunda fase, atos de violência, e por fim, a terceira, como atos de arrependimentos ou lua de mel.

Nessa primeira fase do ciclo da violência, é concretizada com atos de tensão, momento em que o agressor mostra-se estressado, exaltado e irritado, por motivos fúteis, então profere insultos, xingamentos e ameaças contra a mulher. Tais condutas desper-

tam medos, angústias e ansiedade na vítima, fazendo com que ela duvide de seu comportamento, acreditando que fora a culpada pela situação.

Nesse primeiro momento, há o aumento da raiva do agressor, bem como o acúmulo do sentimento de posse e ciúmes sobre a parceira, a qual tenta acalmar seu companheiro, bem como justificar as atitudes do mesmo com as ações dela, assumindo a culpa dos atos do parceiro e pensando que é apenas uma fase e que tudo ficará bem novamente. (NOGUEIRA, 2018, p. 18).

Por conseguinte, é na segunda fase que acontecem as agressões, momento em que o ofensor está fora de controle e desconta em toda tensão acumulada da primeira fase, podendo resultar em violência física e/ou psicológica, verbal, material ou patrimonial.

Por fim, a última e terceira fase do ciclo, é o arrependimento, ou ainda, a fase da “lua de mel”. Nesse momento é quando o agressor se mostra arrependido e tenta a reconciliação para com a vítima. A todo momento afirma que mudará, pedindo então uma segunda chance. A vítima, por estar em situação de vulnerabilidade, sente-se pressionada e na obrigação de manter a sua família, priorizando os filhos e o casamento, por isso, perdoa o seu agressor e permanece no ciclo da violência. Conforme contextualiza, Maria Berenice Dias:

Facilmente a vítima encontra explicações e justificativas para o comportamento do parceiro. Acredita que é uma fase que vai passar que ele anda estressado, trabalhando muito ou com pouco dinheiro. Procura agradá-lo, ser mais compreensiva, boa parceira. Para evitar problemas, afasta-se dos seus amigos, submete-se à vontade do agressor: só usa as roupas que ele gosta, deixa de se maquiar para não desagradá-lo etc. Está constantemente assustada, pois não sabe quando será a próxima

explosão, e tenta não fazer nada errado. Torna-se insegura e, para não incomodar o companheiro, começa a perguntar a ele o quê e como fazer, tornando-se sua dependente. Anula a si própria, a seus desejos, seus sonhos de realização pessoal e seus objetivos de vida. Nesse momento, a mulher vira um alvo fácil. A angústia do fracasso passa a ser seu cotidiano. Questiona o que fez errado, sem se dar conta de que para o agressor não existe nada certo. Não há como satisfazer o que nada mais é do que desejo de dominação, de mando, fruto de um comportamento controlador (DIAS, 2015, p. 27).

Diante do exposto, insta salientar que a violência doméstica pode ser considerada como um crime que “avisa” que vai acontecer, devido o contexto fatídico presenciado pelas mulheres vítimas.

6 POR QUE MUITAS MULHERES PERMANECEM NO CICLO DA VIOLÊNCIA?

A submissão das mulheres na violência doméstica para manter sua família é uma problemática complexa, visto que envolve controle, poder e desigualdade de gênero. A maior cobrança às mulheres, exclusivamente, mães, é que obrigadas, a qualquer custo, manter sua família estável, mesmo que isso signifique tolerar violência e abuso.

É importante ressaltar que a violência doméstica por muitas vezes é multifacetada e não envolve uma única razão para que a vítima permaneça nesse ciclo abusivo. Observando a sociedade, é notório que há uma cultura machista enraizada, tal qual o gênero feminino, nesse caso, dentro das famílias são apontadas como inferior a figura masculina.

Há vários motivos relacionados ao porquê de muitas mulheres não denunciarem seus agressores. Entre eles, estão a dependên-

cia econômica e emocional, os pré-julgamentos pelos familiares, a preocupação com os filhos etc (MIZUNO, FRAID, CASSAB, 2010).

Um dos motivos para manter as mulheres em situação de violência, é no momento em que ocorre a fase três do ciclo da violência, sendo o momento em que a vítima de fato acredita que seu agressor tenha mudado e fatos como este, não se repetirão.

Outro motivo a ser respaldado é a dependência econômica, que conforme Mizuno, Fraid, Cassab “quanto mais frágil, mais desprotegida e sem recursos é a mulher, mais dependente se apresenta do marido” (2010, p. 18). Diante do exposto, é notório que, a falta de recursos financeiros desencadeia diversas hipóteses, principalmente, quando se trata do sustento dos filhos. Sendo a maior motivação para a mulher vítima, se manter em um lar violento.

Nota-se também, a presença de crenças pré-estabelecidas, em que de certo modo, é influenciado em sua grande maioria, por valores culturais e religiosos, assim como, medo de julgamentos e estigmas sociais.

Outra tipificação que mantém a vítima, em um ambiente abusivo, é a dependência emocional, para com seu agressor “a dependência emocional é a extrema necessidade afetiva que uma pessoa sente em relação à outra ao longo de seus diferentes relacionamentos” (CASTELLÓ, 2005, p. 3).

Fato socialmente aceito é de que as mulheres são bem vistas e respeitadas apenas quando estão ao lado de uma figura masculina, sendo por esses motivos de aceitação na sociedade que há persistência no relacionamento abusivo, mesmo que após diversos tipos de violência.

Muitas vezes o retorno para esses relacionamentos agressivos resultam em episódios mais avançados do que agressão verbal

ou a violência psicológica, podendo resultar em crimes mais graves, como em feminicídios, que é o homicídio contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, conforme artigo 121, inciso VI do Código Penal brasileiro. De acordo com o estudo realizado pelo site Poder360, o Brasil em 2022, teve ao menos 01 (um) caso de feminicídio por dia.

Além de que, outro fator determinante para a permanência das mulheres no ciclo da violência, é a falta de suporte emocional, tanto da sua família, que seria sua rede de apoio, quanto pela sociedade, que tende a julgar e vitimizar, a acolher essa mulher em situação de vulnerabilidade.

A pressão psicológica e moral sofrida pela mulher vítima para manter a família e os bons costumes, é de grande viés, visto que a mulher tem necessidade de manter a relação, nem que para isso tenha de assumir a responsabilidade de tudo que ocorre no relacionamento. Isso está associado à socialização feminina tradicional, a qual coloca que, para a mulher ser considerada completa, deve ter um companheiro permanente. Insistir num relacionamento após sucessivos episódios de violência ou retornar à relação após a separação é constante na vida de mulheres que sofrem violência conjugal. Quando, no entanto, a mulher consegue enfrentar o medo e separa-se do marido, inicia-se um jogo emocional, no qual ocorre uma suposta mudança de comportamento do companheiro, o que a faz sentir-se mais confiante e dedicar-se mais, reiniciando o ciclo da violência (CARDOSO, 1997).

Sendo assim, é notório que a própria vítima por muitas vezes insiste em ficar em um relacionamento violento pelo fato de ser a base do núcleo familiar, para não afetar o crescimento pessoal de seus dependentes, ou até para não receber críticas e não se enquadrar na sociedade em que convive. Conforme destaca

Ana Paula Schneider, oportunidade a qual afirma que a mulher “confinada ao papel maternal e doméstico, a naturalização de sua inferioridade internaliza-se, passando a incorporar sua própria subordinação” (SCHNEIDER, 2007, p. 135-136).

6 CONCLUSÃO

O papel das mulheres dentro do núcleo familiar em todos os contextos sempre fora de suma importância. De modo geral, a figura da genitora refere-se à base estrutural da família, sendo o suporte necessário para a manter amparada. É historicamente evidenciado que dentro da estrutura familiar, há uma relação de poder e gênero. Sendo o exemplar masculino, dotado de força e poder, superior a figura feminina, que fora criada para suportar a instituição familiar, sendo submissa ao seu cônjuge e às necessidades do lar.

Quando analisada a referida submissão, no sentido de que é incumbido a ela, surge a necessidade de suportar as diversas situações familiares, que por vezes são desagradáveis, por motivos de conservar a família perfeita. Ou seja, a ela recai a obrigação de arcar com dificuldades e lidar com circunstâncias indelicadas e violentas, pois, de acordo com a sociedade, o papel das mulheres também está envolto no suportar e permanecer.

Diante dessa situação de poder, há diversos cônjuges que se utilizam de formas violentas e excedentes para com suas companheiras, condutas as quais permeiam nos tipos de violência, sendo elas: violência física, psicológica, sexual, moral e patrimonial.

Comumente, essas mulheres, que, imotivadamente, sofreram algum tipo de violência, sentem-se culpadas, principalmente em relação a sua conduta (inexistente), bem como, perante a socie-

dade, por isso, se mantém no ciclo da violência, para manter sua família e moral perante a sociedade.

Os diversos motivos pelos quais as mulheres aceitam e continuam no ciclo da violência, são: submissão, pena, dependência psicológica e econômica, medo, vergonha, filhos, família, e por fim, preza a sua credibilidade perante a sociedade.

Por fim, conclui-se que, as mulheres não saem do ciclo da violência pelo simples fato de não quererem, mas existe, por trás, a pressão psicológica e emocional, principalmente, quando se refere à estruturação e modelo familiar a ser seguido.

REFERÊNCIAS

ALBARRAN, Patrícia Andréa Osandón. **ONGS feministas: conquistas e resultados no âmbito da Lei Maria da Penha**. 2013. Tese (Doutorado) - Curso de Psicologia, O Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/300/235>. Acesso em: 25 mar. 2023.

BARSTED, Leila Linhares. **Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de advocacy feminista**. Disponível em: https://assets-compromissoeatitudeipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2014/02/1_2_advocacy-feminista.pdf. Acesso em: 04 abr. 2023.

BEARD, Mary. **Mujeres y poder: um manifesto**. Buenos Aires: Crítica, 2018.

CARDOSO, Nara Maria Batista. Psicologia e relações de gênero: a socialização do gênero feminino e suas implicações na violência conjugal em relação às mulheres. In ZANELLA, AV., et al., org. **Psicologia e práticas sociais** [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelson de Pesquisas Sociais, 2008. pp. 260-272. Acesso em: 23 abr. de 2023.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**: Convenção de Belém do Pará. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso em: 03 maio 2023.

COSTA, ALEX JUNIO DUARTE. O contexto histórico da violência contra mulher e a atuação do psicólogo. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**. Ano 06, Ed. 07, Vol. 04, pp. 21-37. Julho de 2021. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/psicologia/historico-da-violencia>. Acesso em: 27 abr. 2023.

DAY, Vivian Peres; *et. al.* **Violência doméstica e suas diferentes manifestações**. 2003. 13 f. TCC (Graduação) - Curso de Medicina, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rprs/a/5SdJkYSszKYN-dzcfbRTL/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 20 abr. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. Disponível em: http://berenicedias.com.br/uploads/17a_lei_maria_da_penha_na_justi%7a.pdf. Acesso em: 21 abr. 2023.

HOOVER, Colleen. **É assim que acaba**. Tradução: Priscila Catão. 1. ed. Rio de Janeiro: Galera Record, 2018.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. **Resumo da Lei**. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/lei-11340/resumo-da-lei-maria-da-penha.html>. Acesso em: 28 abr. de 2023.

LINHARES BASTED, L. **Quem ama não mata - é preciso voltar às ruas**. Revista Trabalho Necessário, v. 19, n. 38, p. 396-407, 16 jun. 2021. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/trabalhonecessario/article/view/47625/28424>. Acesso em: 14 abr. 2023.

LUZ, Jessica Paloma Neckel. **Mulher e história: A luta contra a violência doméstica**. [S. l.], 2016. Disponível em: <https://jessicapaloma-neckelluz.jusbrasil.com.br/artigos/217241864/mulher-e-historia-a-luta-contra-a-violencia-domestica>. Acesso em: 13 abr. 2023.

MELO, Jacir Vieira de. **Violência doméstica e familiar: Dinâmica da violência doméstica**. [S. l.]. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriagalvao.org.br/ violencia/ violencias/ violencia-domestica-e-familiar-contra-as-mulheres/>. Acesso em: 12 abr. 2023.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**: Ligue 180 e tudo o que você precisa saber. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/denuncie-violencia-contra-a-mulher/ violencia-contra-a-mulher>. Acesso em: 11 abr. de 2023.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS E DA CIDADANIA (Brasil). **Brasil tem mais de 31 mil denúncias de violência doméstica ou familiar contra as mulheres até julho de 2022**, Brasil, 8 ago. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2022/eleicoes-2022-periodo-eleitoral/brasil-tem-mais-de-31-mil-denuncias-violencia-contras-mulheres-no-contexto-de-violencia-domestica-ou-familiar>. Acesso em: 22 maio 2023.

NODARI, Maisa Kelly. **“Até que a morte nos separe”**: estudo de casos de homicídios contra mulheres e a aplicação da Lei Maria da Penha (comarca de Toledo/PR, 2009 - 2013). 2016. Dissertação (Pós-graduação em ciências sociais, linha de pesquisa cultura, fronteiras e identidades) - Universidade Estadual do Oeste de Paraná, Toledo, 2016. Disponível em: <https://tede.unioeste.br/bitstream/tede/2032/1/Maisa%20Kelly%20Nodari.pdf>. Acesso em: 2 maio 2023.

NOGUEIRA, Jéssica Bock. **A violência doméstica e familiar contra a mulher e a ineficácia de medidas protetivas de urgência previstas na lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha)**. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/174792>. Acesso em: 20 maio 2023.

PEREIRA, Daniely Cristina de Souza; CAMARGO, Vanessa Silva; AOYAMA, Patricia Cristina Novaki. Análise funcional da permanência das mulheres nos relacionamentos abusivos: um estudo prático. **Revista Brasileira de Terapia Comportamental e Cognitiva**, [S. l.], v. XX, n. 2, p. 9-25, 30 jun. 2018. Disponível em: <https://rbtcc.com.br/RBTCC/article/view/1026/588>. Acesso em: 30 abr. 2023.

PODER360. **Brasil teve ao menos 1 caso de feminicídio por dia em 2022**. São Paulo, 6 mar. 2023. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/brasil/brasil-teve-ao-menos-1-caso-de-feminicidio-por-dia-em-2022/#:~:t%20ext=Em%202022%2C%20o%20Brasil%20registrou,2023.%20Acesso%20em:%202022%20maio%202023>. Acesso em: 22 maio 2023.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação e realidade**, [S. l.], v. 20, n. 2, p. 71-99, jul./dez. 1995. Acesso em: 28 abr. 2023.

SENADO FEDERAL. **Rede de enfrentamento à violência contra as mulheres**. Brasília, DF: Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg>. Acesso em: 17 abr. 2023.

CAPÍTULO 16

ILUSTRES TORTURADORES: A LEI DA ANISTIA E AS HOMENAGENS AOS MILITARES ENVOLVIDOS NA PRÁTICA DE TORTURA

*ILLUSTRIOUS TORTURERS: THE AMNESTY LAW AND
TRIBUTES TO MILITARY PERSONNEL INVOLVED IN
THE PRACTICE OF TORTURE*

AMANDA CASTELANO DIAS¹

ANA BEATRIZ WEBBER²

GABRIELLI VIEIRA LOPES³

VALTER FREITAS⁴

RESUMO: O presente trabalho objetiva discorrer acerca dos reflexos da Lei da Anistia (Lei nº 6.683/1979) na contemporaneidade brasileira, em especial, no que atine às homenagens direcionadas a líderes militares acusados de participar em sessões de tortura ou de serem coniventes com a sua prática na ditadura militar de 1964. Buscou-se demonstrar que a falta de investigação e punição dos torturadores ligados ao poder público no período da ditadura, contribui para a sensação de nostalgia e gratidão, por setores da sociedade, de um período tão pernicioso da história brasileira, como se constata pelas homenagens aos militares protagonistas desse período. Com efeito, para a confecção do artigo foram utilizadas fontes bibliográficas e documentais, precipuamente artigos acadêmicos, livros e as decisões judiciais emanadas do Supremo Tribunal Federal, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

Palavras-chave: Memória. Ditadura militar. Justiça de transição.

1 Graduada em Direito pela PUCPR. E-mail: a.dias2@pucpr.edu.br

2 Graduada em Direito pela PUCPR. E-mail: anabwebber@gmail.com

3 Graduada em Direito pela PUCPR. E-mail: gabriellivieiralopes7@gmail.com

4 Mestre em Filosofia pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE). E-mail: valter.freitas@pucpr.br

Anistia.

ABSTRACT: The present work aims to discuss the consequences of the Amnesty Law (Law No. 6,683/1979) in contemporary Brazil, especially with regard to tributes directed to military leaders accused of participating in torture sessions or of being complicit in their torture. practice during the military dictatorship of 1964. We sought to demonstrate that the lack of investigation and punishment of torturers linked to the State apparatus in this historical period, contributes to the feeling of nostalgia, by sectors of society, for such a pernicious period in Brazilian history, as can be seen from the tributes to the military protagonists of that period. In fact, to prepare the article, bibliographic and documentary sources were used, mainly academic articles, books and judicial decisions issued by the Federal Supreme Court, the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) and the Inter-American Court of Human Rights (IDH Court).

Keywords: Transitional justice. Amnesty. Military dictatorship. Memory.

1 INTRODUÇÃO

Este estudo visa apresentar o contexto histórico que permeia o fim da ditadura militar implementada em 1964, e como a Lei de Anistia contribuiu para a sedimentação de uma memória positiva dos militares que protagonizaram (de forma direta ou por omissão) ações de violência na ditadura, inclusive em sessões de tortura física e psicológica contra opositores presos.

Recentemente, causou perplexidade as manifestações populares no Brasil em que faixas e cartazes pediam o retorno dos militares ao poder e uma “intervenção militar” para pôr fim, mais uma vez, ao período democrático. Destaca-se como é recente a reabertura democrática no Brasil, considerando que o último governo

militar esteve no poder até o ano de 1985, quando foram permitidas eleições indiretas – via Congresso Nacional, sendo que eleições diretas para presidente somente ocorreram em 1989.

Institucionalmente, com a decisão do Supremo Tribunal Federal, que confirmou a recepção da Lei de Anistia de 1979 no atual ordenamento jurídico, definiu-se como constitucional não apenas a anistia dos presos políticos, como também a dos oficiais responsáveis pelo regime militar. Esta decisão jurídica contribui para a perpetuação do esquecimento das constantes violações dos direitos fundamentais que deveriam ser considerados imprescritíveis e invioláveis.

Na atualidade, não há expectativa que a citada decisão seja alterada, de modo que muitos militares, envolvidos direta ou indiretamente com o regime militar e seus horrores, são hoje figuras prestigiadas, compondo nomes de ruas e cidades. Isto promove uma memória distorcida do que realmente significou um período em que dezenas de opositores políticos foram torturados e mortos dentro de instituições públicas ligadas ao aparelho de Estado.

Essas homenagens desconsideram e principalmente, inativizam, aspectos históricos relacionados à institucionalização da tortura, da privação de pluralismo político acrescido de perseguições e homicídios. Estas violações conduzidas pelo Estado brasileiro entre 1964 e 1985, durante a ditadura cívico-militar, mesmo sendo cessadas pela instauração de um Estado de Direito em 1988 com previsão constitucional, pautado na democracia e soberania popular, não foram investigadas e seus autores punidos. O que prevaleceu foi uma suposta justiça de transição que equiparou torturadores e vítimas, obliterando a clara diferença que os separa.

2 O FIM DA DITADURA E A ANISTIA DO STF

José Paulo Netto (2014) arrazoa que, finda a Segunda Guerra Mundial, Estados Unidos e União Soviética emergiram vitoriosos do conflito como potências com ideologias diametralmente opostas. Iniciava-se, assim, a Guerra-Fria e as tensões do mundo bipolar:

A derrota do nazifascismo em 1945 abriu uma conjuntura política que parecia garantir uma continuidade do entendimento das potências vitoriosas (especialmente os Estados Unidos e a União Soviética) que, durante a Segunda Guerra Mundial articularam a resistência ao horror e ao genocídio próprios do ‘Eixo’ Berlim-Roma-Tóquio (...). (PAULO NETTO, 2014, p. 29)

Entretanto, Netto adverte que a convivência harmônica entre EUA e URSS não perdurou por muito tempo no período pós-guerra. Com efeito, as tensões se escalaram após o discurso proferido pelo primeiro-ministro Winston Churchill em março de 1946, em que o premiê britânico empregou o termo “cortina de ferro” pela primeira vez para classificar a divisória entre os países do bloco socialista e capitalista. Nessa mesma linha de pensamento, a política externa estadunidense foi orientada por medidas intervencionistas, consubstanciada na Doutrina Truman, que objetivavam assegurar a manutenção do modelo capitalista nos países de capitalismo periférico e impedir a propagação dos ideais socialistas.

Nesse contexto histórico conhecido como período da “Guerra-Fria”, na segunda metade do século XX, a América do Sul foi flagelada por golpes de Estado patrocinados pelos Estados Unidos a pretexto de conter o avanço do socialismo na região. O primeiro a sucumbir foi o Paraguai, em 1954, em um golpe militar orquestrado por Alfredo Stroessner. Na sequência o Brasil, em

1964, seguido de Chile, em 1973 e Argentina, em 1976. Com o fito de combater o fantasma do comunismo, o Estado brasileiro (em sintonia com o que ocorreu nos outros países mencionados) recorreu à perseguição, tortura, estupro e homicídio de dissidentes políticos, o que resultava em risco para qualquer pessoa que discordasse publicamente dos governos militares, com consequências sobre famílias inteiras, inclusive crianças, idosos e gestantes. Lembrando que esse contexto era acompanhado por um ferrenho controle das instituições de Estado, incluindo o Judiciário, e da censura imposta à imprensa.

Com o enfraquecimento das ditaduras militares no Cone Sul, a partir da década de 1980, a população civil clamava pela redemocratização e justiça pelas vítimas dos regimes de exceção que acometeram o continente. Na Argentina o presidente Raúl Afonsín (governo de dez. 1983 a jul. 1989) assinou os decretos 157 e 158 somente três dias após assumir o comando da Casa Rosada. Os referidos atos normativos autorizavam a responsabilização penal dos membros da alta cúpula militar que aterrorizou o país com recursos outorgados pelo Estado argentino. Na sequência foi instaurada a Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), e o relatório preliminar confeccionado pela Comissão serviu de alicerce para a persecução penal dos responsáveis.

No Brasil, contudo, o processo de redemocratização não foi tão célere. O último presidente militar, João Figueiredo, deixou o Palácio do Planalto em 1985, sendo sucedido pelo governo civil, eleito de forma indireta. Todavia, o período de abertura política brasileira fora iniciado muito antes disso, ainda em março de 1974 o então presidente da República Ernesto Geisel anunciou a infame “lenta, gradual e segura” transição democrática. Importa-se,

porém, lembrar que esta transição anunciada distancia-se de um ideal de suavização do regime ditatorial, fato exemplificado pela ocorrência do “massacre da Lapa”, onde o exército brasileiro prendeu, torturou e assassinou integrantes do PCdoB, partido que se destacava pela resistência e oposição política.

O Brasil, que tem sua história enquanto país independente marcada por conflitos e intervenções responsáveis por excluir a população de direcionamento das ações governamentais, tem uma tradição de não lidar diretamente com todas as consequências dos traumas causados por violações aos direitos humanos. Essa experiência não é diferente com o tratamento do legado autoritário decorrente da ditadura civil-militar de 1964- 1985 (OLIVEIRA; REIS, 2021, online).

Para Isabella Ottoni (2017, p.83), a morosidade da justiça de transição brasileira pode ser atribuída à influência exercida pelos militares sobre ela. Com isso, afere-se que o processo de redemocratização brasileiro não foi protagonizado pelas massas, e não se trata de negar a importância ímpar dos movimentos sociais na corrosão do regime civil-militar, mas sim em uma política deliberada de exclusão da sociedade civil do processo de transição. Em outras palavras, os governos militares pretendiam ter controle total do processo de transição, inclusive para obter garantias de não responsabilização por diversos crimes ou omissões que marcaram o longo período que estiveram no comando do País.

Huntington (1991) destaca a existência de 02 (dois) modelos de transição democrática: por transação e ruptura. A transição por transação caracteriza-se pela harmônica conciliação entre segmentos democráticos e opressores. Adversamente, a transição por ruptura consiste no confronto direto das arbitrariedades empregadas por regimes opressores.

Em face do exposto, depreende-se que Brasil e Argentina adotaram modelos de justiça de transição antagônicos, com o primeiro consagrando a justiça de transição por transação, enquanto a Argentina adotou a justiça de transição por ruptura.

A respeito desta transição pacificada, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), em sede de julgamento do Caso Lund vs Brasil, asseverou que o ato normativo que acarretou a extinção da punibilidade é contrário à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), tratado internacional ratificado pelo Brasil. Em 07 de agosto 1995 o Centro Pela Justiça e Direito Internacional, juntamente com a Human Rights Watch, protocolou petição perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) denunciando a sistemática e generalizada violação de direitos fundamentais perpetrada pelo Estado brasileiro contra os integrantes da Guerrilha do Araguaia durante a ditadura militar (Corte IDH, Caso Lund vs Brasil, 2010).

A Guerrilha do Araguaia consistia em um contingente de opositores do regime formado majoritariamente por militantes do Partido Comunista do Brasil (PCdoB), que se instalaram nas proximidades do Rio Araguaia, localizado no estado correspondente ao Tocantins na atualidade. O objetivo do grupo armado era derrotar a ditadura militar por meio da arrematação de um exército popular composto por trabalhadores rurais entre o final da década de 1960 e início dos anos 1970. Nesse ínterim, entretanto, o regime militar logrou deter e torturar dois integrantes da guerrilha e obteve informações acerca das ações do grupo. Após isso, em 1972, o Exército Brasileiro promoveu campanhas de tortura, desaparecimento forçado e execução contra os guerrilheiros. Transcorridos quase seis anos da data de protocolamento da petição, a CIDH finalmente produziu relatório de admissibilidade da exordial em 2001.

Todavia, somente em 2008 a Comissão concluiu o relatório de mérito, considerando o Brasil responsável pela violação sistêmica dos direitos fundamentais despendidas pelo Exército Brasileiro contra os guerrilheiros do Araguaia (Relatório de Mérito 91/08).

Nesse sentido, aduziu a CIDH que entre as medidas de reparação no âmbito interno estão: “assegurar que a Lei de Anistia não continue a ser um obstáculo para a persecução penal das graves violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade” (Relatório de Mérito 91/08). Foi concedido ao Brasil o prazo de dois meses para que adotasse as medidas cabíveis. Diante da inércia do Estado brasileiro, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu o caso à apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 26 de março de 2009.

A sentença exarada pelo organismo internacional condenou o Brasil a efetivar a reparação por danos morais às vítimas e aos seus familiares, oferecimento de tratamento médico e psicológico, conjunção de esforços para averiguar o paradeiro dos desaparecidos políticos, tipificação da conduta de desaparecimento forçado, bem como a responsabilização penal dos agentes. Com isto, somada a uma análise de sua jurisprudência, é cristalina a posição da corte em rechaçar a autoanistia, primariamente não admitindo a anistia de crimes contra a humanidade. O Brasil cumpriu parcialmente as obrigações impostas no decreto condenatório, precipuamente, a indenização decorrente de danos morais. No entanto, a Lei da Anistia continuou a ser utilizada como subterfúgio para denegar a abertura de inquérito policial e oferecimento de denúncia. Destaca-se que o descumprimento de sentença pelos Estados signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos é fundamento apto a ensejar a aplicação de sanções. Atualmente, ainda pende de julgamento a ADPF nº 320 que tenta excluir a anistia de

graves violações de direitos humanos perpetradas no contexto da ditadura de 64 e determinar o cumprimento da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Como consectário da sentença internacional, o Brasil instaurou a Comissão Nacional da Verdade para apurar as violações de direitos fundamentais perpetradas por agentes de Estado no período compreendido entre 18 de setembro de 1946 e 05 de outubro de 1988. Tal episódio fora acompanhado de reações virulentas de setores mais conservadores da sociedade brasileira, sobretudo dos militares, que não apenas exteriorizavam seu descontento com a medida, como exaltavam os feitos da ditadura militar. Irromperam manifestações pelo retorno do Ato Institucional Nº 5, decreto que suspendia o *habeas corpus* para crimes políticos, contra a segurança nacional, as forças armadas, a ordem social e econômica, e a economia popular. Mesmo após o fim dos governos militares, temos figuras públicas que prestam homenagens a torturadores e vociferam que “o erro da ditadura foi torturar e não matar”. Outros conclamavam um milagre econômico que nunca existiu para o conjunto da população, ao contrário, resultou na ampliação das desigualdades sociais e aumento da dívida pública externa.

Na atualidade ainda há diversas iniciativas de exaltação dos governos militares e seus feitos, que podem ser verificadas no processo de formação dos militares, por produções historiográficas e por setores da mídia. Ao longo da ditadura, promoveu-se políticas de esquecimento, ou melhor conceituando, de memória seletiva, que defluiriam em uma memória coletiva imbuída de percepções equivocadas acerca do regime. Nesse diapasão, assevera “A conciliação não incluía o enfrentamento público e direto entre aqueles que haviam sido torturados e aqueles que haviam se configurado

em verdadeiros carrascos nos porões dos diversos órgãos repressivos (SILVA, 2010).

Em contraposição à decisão da corte, em julgamento da Arguição Sobre Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153, o STF declarou que a Lei da Anistia foi recepcionada pela Constituição Federal, sob o argumento de que tal legislação foi fruto de um acordo entre as partes interessadas. Entretanto, as características da imprescritibilidade, inviolabilidade e irrenunciabilidade que cercam os direitos fundamentais, são contrárias ao exposto pelos ministros, somando-se a um desbalanceamento entre os lados, visto que, enquanto os que cometeram crimes contra a humanidade receberam anistia geral antes de um devido processo legal, os opositores que lutavam contra o regime, obtiveram uma anistia incompleta (Art. 1º, §2º) após sofrerem violências de um processo militarizado, situação que fere o princípio da isonomia. Ademais, seguindo uma análise histórica, toma-se como falso o ideal de uma negociação transitória. Afinal, fato é que a violência foi elemento contínuo no governo Geisel, não possibilitando um ambiente propício para tal, além de o governo ter ampla maioria no Congresso vigente no período, consequência do temporário fechamento deste por meio de golpe pelo executivo.

3 A LEI DE ANISTIA

A Lei de Anistia é um marco para a redemocratização do Brasil, promovendo a transição do regime militar, em 1979, e ganhou espaço para debates de forma progressiva com o estabelecimento de Comitês Brasileiros de Anistia que discutiam sobre os crimes cometidos por militares em consonância com o Estado.

Em 1966 já havia manifestação sobre a necessidade de decretação da Anistia, como menciona Rodeghero (2009) sobre o posicionamento de Bevilacqua:

Nos anos iniciais da Ditadura, Peri Bevilacqua fazia parte do Superior Tribunal Militar (STM) e vinha demonstrando descontentamento em relação às ondas de punições que se seguiram ao primeiro e ao segundo Atos Institucionais (AIs) (Abreu et al., 2001). Já em 1966, em entrevista à revista *Manchete*, havia se manifestado a respeito da necessidade da decretação da anistia para pacificar os espíritos dos brasileiros. (RODEGHERO, 2009, p. 134.)

Mesmo com sua discussão afirmando a necessidade de Anistia, apenas no ano de 1975 constatou-se a primeira manifestação em São Paulo por mulheres que diligenciaram a Anistia. Sucessivamente, em 1978, ocorreu o primeiro Congresso Nacional da Anistia em São Paulo, pautado na “anistia ampla, geral e irrestrita”, referindo-se a todos os atos institucionais e sem restrições para usufruir os beneficiados, bem como, no Rio de Janeiro, Bevilacqua coordenou o Comitê Brasileiro pela Anistia no mesmo ano. (GASPARI, 2014; apud TEIXEIRA, 2022)

Em 1976, com a morte de João Goulart, na tentativa de conter o levante popular, como já demonstrado com o falecimento de Juscelino Kubitschek anteriormente, a ditadura tentou encobrir informações e privou a imprensa da divulgação, pois almejam um rápido velório. Ademais, alude-se que obtiveram resultados indesejados, na qual, foi ocasionado um grande movimento populacional em que muitos cidadãos estiveram presentes durante o enterro e ainda carregavam uma faixa com a palavra “anistia”. Incentivaram, assim, os jornais a publicarem a notícia, apresentando na capa uma

manchete sobre o ocorrido, onde constava o apelo declaradamente. (GASPARI, 2014 apud TEIXEIRA, 2022)

Apesar da grande repercussão e demanda social, apenas em 1979 o Presidente João Batista Figueiredo colocou em pauta, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei referente à Anistia que condenava os militares que praticaram homicídios, torturas, repressão política e demais crimes, com a intenção de verdade sobre os ocorridos em detrimento do esquecimento sobre os atos praticados durante a ditadura militar. Este foi aceito pelos deputados e senadores que fizeram-se presentes com 206 votos favoráveis e 201 contrários, chegando-se a um veredito após nove horas. O presidente, posteriormente, em 28 de agosto de 1979, apresentou sua sanção sobre o projeto, sendo promulgada a Lei nº 6.683.73, com grande importância para a história política do Brasil e para iniciar a reparação das vítimas. (RODRIGUES, 2012, p. 54)

A lei representaria contemplava o direito à reparação civil aos perseguidos políticos e as consequências aos militares participantes dos atos institucionais contrários aos atuais direitos fundamentais, pois garantiria à população uma vida mais democrática acrescida pelo comprometimento estatal a não repetição dos crimes vivenciados e institucionalizados no respectivo período histórico. Dessa forma, fomentaria uma nova chance aos que foram oprimidos de conviver em uma sociedade regida por direitos de todos, como mencionado por Gaspari, 2016:

A Lei de Anistia, permitiu a libertação dos presos políticos e a volta ao país daqueles que foram exilados. Ainda hoje a lei como foi colocada traz debates, pois se por um lado ela excluiu guerrilheiros que foram condenados por atos terroristas e assassinatos, por outro, os “crimes conexos” incluía os agentes do Estado que cometeram crimes que violaram os direitos humanos como torturas, assas-

sinatos e desaparecimentos forçados. (GASPARI, 2016 apud TEIXEIRA, 2022, p.12)

Ante ao exposto, alude-se que a anistia não atendeu a todos os anseios da sociedade. Perfizeram inconsistências ao promover o esquecimento da memória coletiva sobre os reais acontecimentos do passado por meio do estabelecimento de ideias da necessidade efetiva de superar as questões sem anteriormente lidar com as cicatrizes ocasionadas, como justificativa para reestruturação do país sendo a escolha indispensável para instauração de resultados eficazes. Ressalta-se, ainda, que a construção do oblívio se efetuou e disseminou também pela influência estatal, mas principalmente pela própria população ao difundir a concepção relativa a suplantando os crimes e os danos às vítimas.

4 A CONSTRUÇÃO DA MEMÓRIA

Há uma visão predominante, propagada pela mídia, senso comum e até por certa historiografia, a respeito do período ditatorial, que possui respaldo nos ideais militares que foram protegidos graças à conciliação política presente no processo de transição democrática. Cita-se o caso do historiador e comentarista político Marco Antonio Villa, expoente de produções revisionistas do período ditatorial, destacando-se sua obra “Ditadura à brasileira: 1964 - 1985 - a democracia golpeada à esquerda e à direita”. Como argumenta Demian Melo:

Como intelectual de bolso dos talibãs do neoliberalismo, presença constante como comentarista político – não, certamente, por algum mérito como pesquisador –, da TV Cultura à Globo News, da VEJA à blogosfera direitista, que Villa cumpra esse papel não deve espantar nenhuma pessoa bem-

informada. Sua Ditadura à brasileira não é um livro que precise ser lido; assim como os intragáveis Guias politicamente incorretos “disso e daquilo” não precisam de qualquer consulta atenta para se saber o tipo de literatura temos pela frente: mera manipulação ideológica. (MELO, 2014).

Oficiais das Forças Armadas versavam sobre a necessidade de pensar o futuro e “virar a página da história” (MARTINS FILHO, 2003), de tal modo que este mesmo preceito baseia a Lei de Anistia de 1979, consequentemente levando ao esquecimento coletivo. Neste sentido, cita-se o falecido militar que ocupou o cargo de ministro nos vários governos militares, Jarbas Passarinho (1998): “há esquerdistas sobreviventes dos tempos da luta armada ou seus descendentes vomitando o ódio da derrota e cultivando o revanchismo, rejeitando a anistia que pressupõe esquecimento recíproco”.

Igualmente nota-se a constância da teoria da ferradura, a qual fundamenta-se na tentativa de igualar os grupos que resistiam ao regime, com os líderes da ditadura, que torturavam e assassinavam seus opositores, visão que remete à própria perspectiva ditatorial, a qual culpabilizou os que protestavam por uma vida digna, pelas mazelas infligidas contra estes, pois necessitava-se de proteção contra “uma ameaça comunista”. Assim, em concordância, Ernesto Geisel depõe: “Não justifico a tortura, mas acho que há circunstâncias em que o indivíduo é impelido a praticar a tortura, para obter determinadas confissões e, assim, evitar um mal maior!” (MARTINS FILHO, 2003).

O cinema nacional não fugiu desta visão conciliatória da anistia, sendo fundamental para que este ideal fosse solidificado. Deve-se destacar o filme, de renome internacional, “O que é isso, companheiro?” dirigido por Bruno Barreto, uma adaptação audio-

visual da obra literária com o mesmo nome, escrita por Fernando Gabeira. A narrativa retrata o sequestro do embaixador Charles Burke Elbrick, em 1969, pelos grupos guerrilheiros MR-8 e Ação Libertadora Nacional, que lutavam contra a opressão ditatorial. Entretanto, mesmo consolidando-se como uma representação histórica, Barreto abre mão de representar o ponto chave do filme, que é a ditadura em si mesma, propositalmente tornando as atitudes guerrilheiras algo vazio e sem sentido, com seus integrantes simplificados como “jovens idealistas”, controlados por um líder vilanizado. Vilanização esta que, inclusive, encontra-se apenas em sua persona, situação contrária ao torturador, o qual passa por um amplo desenvolvimento. Assim, analisando o conjunto da obra, vê-se que o discurso que esta obra procura passar é similar ao ideal citado por Geisel, onde, com a tortura que esses militantes sofreram, “evitou-se um mal maior”.

5 A HOMENAGEM DESMERECEIDA

As consequências das homenagens e do apagamento da memória, referentes ao período militar de 1964, abrangem as injustiças sofridas pelas vítimas e seus familiares, sendo devido citar o caso Araceli para exemplificar esta problemática. Em Maio de 1973, durante os anos de chumbo do regime civil-militar, a jovem Araceli Cabrera Crespo, de 8 anos, foi sequestrada, drogada, abusada sexualmente e assassinada no Espírito Santo, mas teve todos os arquivos do caso queimados pelo regime. Os principais suspeitos do caso são Dante de Barros Michelin (conhecido como Dantinho), Dante de Brito Michelin (pai de Dantinho) e Paulo Constanteen Helal, onde o primeiro, segundo o promotor Wolmar Bermudes, utilizou de sua influência sobre os oficiais para que não

fosse condenado, além de, durante as investigações, diversas testemunhas terem sido encontradas mortas. Desse modo, os acusados foram absolvidos em segunda instância, onde o juiz alegou a falta de provas, e em 1993 o caso prescreveu sem que ninguém fosse punido. Ante ao exposto, fundamenta-se a crítica à nomeação, em Vitória, da Avenida Dante Michelini, justificada por forte poderio econômico desta família, mas que ignora as dores sofridas pelos parentes de Araceli. Ainda que em 2017 tenha sido inaugurado o memorial homenageando a menina Araceli, a injusta homenagem ao militar permanece como prova de um erro histórico que precisa ser corrigido.

Há uma clara incoerência histórica na manutenção de homenagens aos membros do regime militar de 1964, uma vez que esses indivíduos foram responsáveis direta ou indiretamente por torturas, perseguições políticas e homicídios. Um regime de terror não é digno de merecer qualquer tipo de reconhecimento. Ao anistiar esse passado criminoso da ditadura militar, criou-se também um efeito colateral: permitiu-se a desconstrução da verdade perante a população e a falsa ideia de um perdão pelos eventuais erros com as reparações materiais para as vítimas.

A partir daí procurou-se impor burocraticamente um conceito de perdão pelo qual os ofensores perdoariam os ofendidos, o que limitou a adesão subjetiva à reconciliação, tentando-se transformar a anistia em um mero esquema de reparações materiais com intuito de impor o esquecimento, como se isso fosse possível. (ABRÃO; TORELLY, 2010, p. 128 apud SPINIELI, 2018).

O projeto “Ditamapa”, ligado à Faculdade de Arquitetura e Urbanismo (FAU) da Universidade de São Paulo (USP), desenvolvida por Giselle Beiguelman e Andrey Koens, demonstra lugares

(ruas, praças, cidades etc) que prestam homenagem à figuras do regime militar implantado a partir de 1964, personagens centrais responsáveis pela manutenção do ideal ditatorial no Brasil. Por meio deste projeto, constata-se, em todo o Brasil, um total de 197 lugares públicos que são classificados através de nomes de figuras opressoras, anuindo a naturalização das ações que causaram a morte ou desaparecimento de 434 pessoas, com dado confirmado pelo relatório final da Comissão da Verdade. (BEIGUELMAN; KOENS, 2021)

Na pesquisa, ressalta-se o nome de Mal. Humberto de Alencar Castelo Branco, sendo um dos militares articuladores do golpe de 1964, e que só no estado do Paraná apresentam-se doze nomeações de ruas e colégios, como é o caso do Colégio Estadual Presidente Castelo Branco, localizado na cidade de Toledo. Em todos os estados brasileiros, apenas Distrito Federal, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul não possuem algum mapeamento referente ao nome de Castelo Branco. (BEIGUELMAN; KOENS, 2021)

Artur da Costa e Silva, presidente do Brasil no período ditatorial entre 1967 e 1969, com governo marcado por repressões, torturas e mortes é intitulado em dezessete ruas ou Escolas Municipais de Educação Infantil e Ensino Fundamental do Paraná, como verificado em municípios como São Pedro do Iguaçu, Cascavel, Marechal Cândido Rondon, Itaipulândia e Foz do Iguaçu. No caso deste presidente general, só não há registros no Distrito Federal, Acre, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul. (BEIGUELMAN; KOENS, 2021)

Gal. Emílio Garrastazu Médici apoiou o golpe de 1964 sendo marcado por censuras de comunicação e torturas naturalizadas em seu governo como presidente. No Paraná, apresentam-se nove registros com o seu nome em ruas ou escolas. Os únicos

estados que não contam com a identificação do nome de Emílio Garrastazu Médici são Sergipe, Tocantins, Acre, Distrito Federal e Goiás. (BEIGUELMAN; KOENS, 2021)

Toledo apresenta, ainda, a Rua Gen. Alcides Etchegoyen que foi chefe de polícia, contribuiu para a tentativa de golpe nos governos de Juscelino Kubitschek e João Goulart e, mesmo não participando ativamente da ditadura, fez o possível para impedir a atuação da Sociedade Amigos da América que defendia a Anistia política irrestrita. (LOPES, 2023)

Atualmente já discute-se a proibição de nomenclaturas de vias ou logradouros que exaltem torturadores, como, por exemplo, projetos de lei encaminhados para discussão e aprovação no Distrito Federal (GARONCE, 2019) e com a aprovação da Lei nº 6.193/2021 proibindo essas homenagens no município de Olinda - Pernambuco (G1, 2022). Porém, além da necessidade de inibição de homenagens futuras, as nomeações já existentes dependem de audiência pública de cada respectivo município para alteração, bem como apresenta o art. 226, parágrafo 3º da LEI Nº 2.369, de 23 de dezembro de 2021 que dispõe sobre o Código de Posturas do Município de Toledo.

Ademais, é de relevância social a modificação das venerações, propostas por nomeações públicas, de figuras centrais do período ditatorial, tendo em vista a inobservância de direitos fundamentais, previstos pelo Estado Democrático de Direito de 1988, que ocorreu pela sustentação do oblívio de crimes cometidos pelo golpe de 1964.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realidade da guerra da memória entre militares e sobreviventes, demonstra que o discurso de equivalência entre os lados, adotado nacionalmente pela Lei da Anistia (1979) e pelo discurso dos defensores da ditadura, é prejudicial não só para os vitimados pelo período ditatorial de 1964, mas também para a memória nacional. Afinal, torna ainda mais longínqua a possibilidade de responsabilização do Estado e seus oficiais, permitindo que estes permaneçam como heróis nacionais, apesar de seu possível envolvimento (em alguns casos com comprovação divulgada) com torturas e barbáries decorrentes da opressão. Ademais, as consequências deste processo impactam, inclusive, na estabilidade democrática que hoje é vigente no Brasil, consecutindo na naturalização da violência (Moreira, 2019).

Reflexo do fato supracitado encontra-se, cotidianamente, na nomeação de escolas, ruas e cidades, homenagens a torturadores que sequer foram julgados por seus atos, em contraponto com suas vítimas, que tiveram suas verdades esquecidas. Ao levantar o questionamento deste tipo de homenagem que consta no nome de uma escola ou praça, e defender a sua revisão, abre-se a oportunidade de publicizar e dar visibilidade aos questionamentos feitos às ações daquela figura durante o regime militar.

REFERÊNCIAS

BEIGUELMAN, Giselle; KOENS, Andrey. **Ditamapa**: lugares da memória da ditadura de 1964. Lugares da memória da ditadura de 1964. 2021. Disponível em: <https://ditamapa.desvirtual.com/>. Acesso em: 18 maio 2023.

GARONCE, Luiza. **Lei que proíbe nomes de torturadores ligados à ditadura militar em monumentos e vias passa a valer no DF**. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/>. Acesso em: 22 maio 2023.

HUNTINGTON, S., **The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century**. London: University of Oklahoma Press, 1991.

MARTINS FILHO, João Roberto. **A guerra da memória: a ditadura militar nos depoimentos de militantes e militares**. Texto preparado para o congresso da Associação de Estudos Latino-americanos. Dallas, -Texas, 29 de março de 2003.

MELO, Demian Bezerra de. “A historietografia de Marco Antonio Villa: um negacionistaà brasileira”. Hum historiador. 07/02/2014. Disponível em: <https://umhistoriador.wordpress.com/2014/02/07/a-historietografia-de-marco-antonio-vila-um-negacionismo-a-brasileira/>. Acesso em: 22 maio 2023.

MOREIRA, Anelize. **Lei Da Anistia, 40 Anos: De Pauta Libertária A Pedra Sobre A Verdade. Brasil de Fato**, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/especiais/40-anos-anistia>. Acesso em: 23 maio 2023.

NASCIMENTO, Isabella Ottoni Penna do. **Democratização e justiça de transição:os casos de Argentina e Brasil em perspectiva comparada**. 2017. 119 f., il. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais)- Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/31694>. Acesso em: 10 maio 2023.

OLIVEIRA, David Barbosa de; REIS, Ulisses Levy Silvério dos. A teoria dos dois demônios: resistência ao processo brasileiro de justiça de transição. **Revista Direitoe Práxis** [online]. 2021. v.12. n. 01. Pp. 48-76. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/45326>. Acesso em: 13 maio 2023.

PAULO NETTO, José. **Pequena história da ditadura brasileira (1964-1985)**. 1 ed.São Paulo. Cortez Editora, 2014.

RODEGHERO, Carla Simone. A anistia entre a memória e o esquecimento. **Redalyc:História Unisinos**, [s. l], v. 13, n. 2, p. 131-139, ago. 2009. Disponível em: <https://www.redalyc.org/>. Acesso em: 22 maio 2023.

RODRIGUES, Lindomar Tiago. **Lei de Anistia no Brasil: contexto histórico, edição, alcance e interpretação oficial**. 2012. 128 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito,Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (Puc-Rio), Rio de Janeiro, 2012. Cap. 2. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/>. Acesso em: 18 maio 2023.

SILVA, Walkiria Oliveira. Construções de memórias da Ditadura Militar brasileira: entre o trauma e o esquecimento. **Cadernos de Pesquisa do CDHIS** [online]. 2010. v. 23. n. 02. Disponível em: <https://doi.org/10.14393/cdhis.v23i2.7723>. Acesso em: 17 maio 2023.

SPINIELI, André Luiz Pereira. Justiça de transição : direito à memória e à verdade: boas práticas. **Ministério Público Federal**, Brasília - DF, v. 4, p. 1-558, 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atualizacao-tematica/ccr2/publicacoes>. Acesso em: 18 maio 2023.

TEIXEIRA, Dayana Alves. **A redemocratização brasileira e a questão da memória**: da lei de anistia ao governo Bolsonaro. 2022. 75 f. Monografia (Especialização) - Curso de Ciências Sociais, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/>. Acesso em: 18 maio 2023.

CAPÍTULO 17

IMUNIDADE JURISDICIONAL: O *DELICTA IMPERII* DE CANÇADO TRINDADE COMO NOVA CATEGORIA DE *ACTS OF STATE*

*JURISDICTIONAL IMMUNITY: THE 'DELICTA IMPERII'
OF CANÇADO TRINDADE AS A NEW CATEGORY OF
ACTS OF STATE*

FÁBIO CÂNDIDO DO PRADO¹

RESUMO: Investiga-se o *Delicta Imperii* de Cançado Trindade, objetivando superar a imunidade jurisdicional. Metodologia lógico-dedutiva com base em análise bibliográfica, discutindo soberania e humanização do direito internacional. Resultados apontam que jurisprudências estão presas a teorias clássicas.

Palavras-chave: *Delicta imperii*; imunidade jurisdicional; soberania; humanização; direito internacional.

ABSTRACT: The investigation of Cançado Trindade's *Delicta Imperii* aims to overcome jurisdictional immunity. Logical-deductive methodology based on bibliographic analysis, discussing sovereignty and the humanization of international law. Results indicate that jurisprudence is bound by classic theories.

Keywords: *Delicta imperii*; jurisdictional immunity; sovereignty; humanization; international law.

¹ Advogado, mestrando em Ciências-Jurídico Políticas com menção em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-graduando em direito constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. E-mail: adv.fabioprado@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho em questão se propõe a abordar o *Delicta imperii* como categoria de ato de Estado a partir da ótica sugerida por Cançado Trindade em seu voto dissidente na Corte Internacional de Justiça durante o julgamento do Caso Ferrini (Alemanha vs. Itália).

Em primeiro lugar, apresenta-se a imunidade jurisdicional como conceito teórico e sua perspectiva prática através de julgados internacionais. Após expostas algumas breves considerações sobre a definição dos institutos jurídicos sob análise, demonstrar-se-á que o acórdão proferido pela Corte Internacional de Justiça não terá sido suficiente para afastar as dissensões sobre o tópico em questão.

Por fim, sem qualquer pretensão de ser exaustivo ou apresentar respostas definitivas aos questionamentos suscitados, o presente texto traz aos leitores o debate acerca dos *acts of state* como sistema de categorização internacional e da proposta do *delicta imperii*, inovação conceitual que buscaria redefinir os limites da soberania.

2 IMUNIDADE JURISDICIONAL E RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS

Desde o início do século XX, Escolas das relações internacionais buscavam na prática a criação uma ordem Internacional baseada na paz e equilíbrio de forças. Com a falência da Sociedade das Nações e o advento das duas guerras mundiais, tentativas como o Protocolo para a Resolução Pacífica de Conflitos Internacionais (1924), os Acordos de Locarno (1925) e o Pacto Briand-Kellog (1928) restaram frustradas, mas serviriam de norte programático ao paradigma jurídico que se seguiria (DUARTE, 2019).

Reconhecendo a necessidade de reformular o sistema internacional, sustentando seu dinamismo em um sistema jurídico de excelência, é nessa toada que a Organização das Nações Unidas (ONU) é criada. Por meio da cooperação econômica e social, promoção dos direitos do homem, proibição da guerra, atribuição de poderes a órgãos internacionais, entre outras medidas, se inauguraria ali uma nova ordem que regeria a manutenção da paz e segurança internacional (MIRANDA, 2002). O Pacto de Paris, a Carta das Nações Unidas, a Carta do Tribunal Internacional de Nuremberg, são todos instrumentos que derivam da fórmula doméstica Grociana.

Nesse processo crescente de internormatividade jurídica, a globalização rompe com barreiras territoriais e culturais que, outrora muito bem definidas, delimitavam as fronteiras jurídicas do direito internacional, mas se provaram insuficientes para a conciliação de interesses da comunidade internacional. A diluição da normatividade como consequência da hierarquização de normas, até as dissidências e diálogos entre cortes nacionais e internacionais, são resultados deste processo.

Noções clássicas de soberania são um dos princípios que se chocam com o novo conjunto de interesses. Ao passo em que o indivíduo passa a ter um papel de destaque como sujeito de direito internacional, dúvidas emergem quanto aos limites práticos de suas garantias e direitos, bem como o papel que os Estados desempenham nessa nova conjuntura de *ius gentium*, tendo o indivíduo como destinatário final do *jus cogens*. Uma vez que os Estados passam a responder internacionalmente por seus atos, dúvidas se alevantam quanto aos meios de responsabilizá-los, bem como impedir a impunidade de crimes que porventura sejam cometidos. É deste modo que a imunidade jurisdicional absoluta suscita ques-

tionamentos do seu uso como instrumento impeditivo da responsabilização de Estados.

Com origem no aforismo latino *par in parem non habet iudicium* ou *par in parem non habet imperium*, atribuída a Bártolo de SacoFerrato em sua obra *Tractatus Repreasiliarum*, de 1354 (PEDREIRA, 1998), a imunidade de jurisdição pode ser definida como, “(...) velhíssima e notória regra costumeira (...)” em que “nenhum Estado soberano pode ser submetido, contra sua vontade à condição de parte perante foro doméstico” (REZEK, 2014, p. 99). Entendida ainda hoje por diversos países como norma proveniente de direito costumeiro, seus fundamentos congregam os valores do exercício independente da soberania, assim como a igualdade entre Estados.

O Art. 2º, § 1º da Carta das Nações Unidas, Arts. 20 a 42 a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (1961), a Convenção de Viena sobre Relações Consulares (1963) ou mesmo a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados (1969/86), são apenas alguns dos instrumentos que codificaram parcialmente a norma em caráter consuetudinário. Ao excetuar o exercício do poder de jurisdição dos Estados dentro do seu próprio território, a limitação do *imperium* visa impedir o uso jurisdicional como ferramenta de ingerência estrangeira, além de compor parte dos deveres de reciprocidade e cordialidade das relações diplomáticas originários de outro adágio latino, *quod tibi non vis fieri, lteri nec faceris* (MAZZUOLI, 2020). Sua natureza procedimental impede tanto o exercício da adjudicação quanto da executoriedade de medidas sancionatórias ou coercitivas.

No entanto, apesar da mesma origem principiológica, cortes nacionais costumam tratar os institutos separadamente, em grande medida concordando sobre a inviolabilidade de bens de

Estados estrangeiros, mas discordando quanto ao privilégio da imunidade jurisdicional (ALCICI, 2019). Os anos que precederam a primeira guerra carregavam consigo o sentimento crescente de que a manutenção da paz internacional dependeria, em parte, da criação e fortalecimento do direito internacional e responsabilização internacional por crimes. Contudo, desde a falta de consenso até a falta de instrumentos legais, os Aliados encontraram grandes dificuldades para promoverem a persecução e responsabilização jurídica de ilícitos.

Após a Conferência de Paris em 18 de janeiro de 1919, foi criada em 25 de janeiro a Comissão de Responsabilidade dos Autores da Guerra e Execução de Penalidades, cuja responsabilidade era discernir se era possível responsabilizar chefes de Estados estrangeiros pelo início da guerra, ou mesmo se apenas provocá-la constituiria um crime internacional, nas palavras de Jorgensen (2000, p. 5):

A Comissão concluiu que uma guerra de agressão não poderia ser considerada um ato diretamente contrário ao direito positivo, implicando responsabilidade pessoal. No entanto, afirmou em suas “conclusões”: “é desejável que, no futuro, sanções penais sejam previstas para tais graves violações aos princípios elementares do direito internacional”. (Tradução Livre)².

Por meio de comitês e comissões, Estados apresentaram propostas de codificação para responsabilização de crimes internacionais e, com exceção de alguns poucos dispostos a renunciar

2 Do original, “The Commission had concluded that a war of aggression could not be considered an act directly contrary to positive law entailing personal responsibility. However, it stated in its ‘conclusions’: ‘it is desirable that for the future penal sanctions should be provided for such grave outrage against elementary principles of international law’”

aspectos de sua soberania, os projetos culminaram apenas na responsabilização de indivíduos via Tribunal Penal Internacional, sem, contudo, alcançar consenso quanto aos próprios Estados.

Tanto no ambiente interno quanto externamente os sujeitos estão obrigados às demais entidades de Direito Internacional a responderem por quaisquer ilícitos que pratiquem, ou mesmo atos lícitos que lesem direito de outrem (MIRANDA, 2002). Como destaca Wilensky e Januário (2003), de certa forma similar ao modelo de responsabilidade civil, quando um Estado por ação ou omissão causa prejuízo a outrem, este fica obrigado a prestar devida reparação/compensação pelo feito, *reparatio*. De acordo com Cançado Trindade, nesse aspecto a reparação conteria um duplo sentido, quer seja o de restituição satisfatória aos lesados e restauração da ordem jurídica (MAIA; PRADO, 2014).

Apesar do mesmo valer para os Estados, em regra, a competência para reconhecer a extensão do dano é somente de seu próprio foro, em último caso, após esauridas as ferramentas internas, poderia ser objeto de análise de cortes internacionais expressamente reconhecidas para tal. Sobretudo após a década de setenta, a comunidade jurídica internacional passou a adotar um entendimento relativista/restritivo dos atos de soberania. A imunidade absoluta daria lugar a duas categorias distintas de atos, *acta jure imperii*, atos de soberania absoluta, e *acta jure gestionis*, atos de gestão do Estado. O Brasil, por exemplo, assentou esta doutrina durante o julgamento da Apelação Cível 9.696 RTJ 133/159, oportunidade em que se permitiu a condenação de Estados estrangeiros a título trabalhista, posteriormente estendida a algumas demais relações de atuação como entes privados (SOARES, 1993).

Em 2001, o ILC, *International Law Commission*, apresentou para a Assembleia Geral das Nações Unidas o texto *Articles on*

the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. A proposta que compila o que há de mais moderno no estudo sobre a matéria, contendo definições para a caracterização, classificação, identificação e responsabilização dos chamados *wrongful acts* (UNITED NATIONS, 2001). É cediço que o projeto inaugurado pela Comissão de Direito Internacional tem o mister de oferecer meios jurídicos capazes para a solução pacífica dos conflitos, ao mesmo tempo que garante mecanismos inibitórios e sancionatórios para fazer cumprir as regras de direito internacional.

Os artigos 30 e 31 do projeto trazem consigo os principais objetivos no estabelecimento da responsabilidade, em principal a cessão do ato delituoso pelo Estado violado, a prestação de garantias de que o ato não se repetirá, por fim, a devida reparação pelos danos causados, sejam eles materiais ou morais. Esses três aspectos principais, carregam consigo uma grande transformação no quadro atual de disputas, ao passo em que se removeria do campo político e diplomático a solução destas, lançando-as para o universo jurídico, instituto que já se encontra presente dentre as competências do Tribunal Internacional de Justiça, conforme o Artigo 36º, n° 2, alínea “d”, de seu Estatuto.

Haja vista a inexistência de monopólio internacional para o “*enforcement*” das regras de direito internacional, um dos aspectos principais deste projeto é o reconhecimento do uso lícito de contramedidas, seja pelo próprio Estado lesado, pela coletividade destes, ou mesmo via organizações internacionais, em detrimento do país infrator, como instrumento para incentivar/pressionar o cumprimento das obrigações até então violadas. Nesse sentido, o artigo 49º estabelece o seguinte, que “As contramedidas são limitadas ao não cumprimento (...) das obrigações internacionais do Estado (...) devem ser adotadas, tanto quanto possível, de maneira a permitir a

retomada do cumprimento das obrigações em questão. (UNITED NATIONS, 2001, n.p. Tradução Livre)³. As contramedidas se traduzem de duas maneiras, primeiramente como autotutela quando Estados lesados deixam de cumprir com obrigações em detrimento do Estado violador, ou então como sanções quando são aplicadas pelo Conselho de Segurança e/ou pelo Tribunal Internacional de Justiça (UNITED NATIONS, s/d).

Tendo em mente a delicadeza dessas disputas, o objetivo final de tais medidas visa apenas pressionar politicamente o cumprimento do direito internacional infringido, o projeto destaca que as contramedidas deverão respeitar sobretudo o princípio da proporcionalidade, conforme dita o artigo 51º, bem como a reversibilidade das medidas, artigo 49º, “b”, a fim de que não se criem mais distensões. Restrita aos limites impostos pela voluntariedade, consentimento dos Estados e das lentas transformações orgânicas remediadas pela *soft-law*, a aplicabilidade do projeto ficará prejudicada até sua devida codificação (UNITED NATIONS, 2010). E, ainda que inovadora em muitos aspectos, as transformações inauguradas pelo projeto caminham no âmbito das relações entre Estados, em pouco afetando a frágil posição do *ius standi* do indivíduo como agente ativo na promoção de seus direitos.

Historicamente a imunidade jurisdicional é alvo de críticas e dissidências. À **título exemplificativo**, Mazzuoli (2020) traz um trecho de julgado da Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso “*The Schooner Exchange Vs. McFaddon (1812)*”, sendo talvez pioneiro sobre a matéria em questão:

3 Do original, “Countermeasures are limited to the non-performance (...) toward the responsible state (...) shall, as far as possible, be taken in such a way as to permit the resumption of performance of the obligations in question”.

A jurisdição das cortes é um ramo do que a nação possui como um Poder soberano e independente. A jurisdição da nação dentro do seu próprio território é necessariamente exclusiva e absoluta. Não é susceptível de qualquer limitação, senão imposta por ela mesma. Qualquer restrição a ela, que derive sua validade de uma fonte externa, implicaria numa diminuição de sua soberania (MAZZUOLI, 2020, p. 740).

De acordo com o autor, as dúvidas persistentes têm como principal origem a inexistência de codificação determinante para a norma, quando ambas as Convenções de Viena (sobre relações diplomáticas e consulares) se ausentaram a disciplinar sobre a regra. Não obstante, na mesma linha de Soares, Mazzuoli (2020) concorda que há princípios e normas que enfrentariam maior divergência do que a regra imunizante, sendo hoje entendida como “consenso pacífico” na jurisprudência.

O Tribunal Internacional de Justiça, por sua vez, teve a oportunidade de debater sobre alguns dos tópicos destacados durante o julgamento do notório caso *Ferrini* (Alemanha vs Itália). Conforme se extrai da leitura do sumário do processo, em 23 de dezembro de 2008, a República Federal da Alemanha registrou na corte “*Application instituting proceedings*” (2012), em desfavor da República da Itália pela violação de obrigações internacionais, nomeadamente sua garantia internacional de imunidade. A corte de *Cassazione* teria violado obrigações internacionais ao submeter a Alemanha a sua jurisdição e execução, de modo que estaria então obrigada a promulgar legislação, ou qualquer outro método legal, que tornasse sem efeito as decisões contestadas (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 2012).

A conclusão a que se chegou foi da inafastabilidade da imunidade jurisdicional. Seguindo a linha argumentativa apresen-

tada pela da República Federal da Alemanha, os juízes da corte entenderam que os atos apontados pela Itália correspondiam a crimes humanitários violadores de regras internacionais imperativas. A manutenção da regra absoluta de imunidade jurisdicional era absoluta por ser de caráter eminentemente procedimental/processual, em particular tratar-se-ia de regra preliminar definidora de competência aplicável a todos os atos entendidos como *jure imperii*. Portanto, por pertencerem a categorias distintas, não existiria conflito entre o *jus cogens* e a manutenção da norma imunizante.

Decisões como a da Suprema Corte dos Estados Unidos em *Republic of Austria v. Altmann*, *Jones c. Arabia Saudita*, no Reino Unido, da Suprema Corte polonesa em *Natoniewski*, em especial os julgados do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos *Al-Adsani*, *McElhinney e Grosz v. France*, são ilustrativas para demonstrar a uniformidade com que a matéria vem sendo tratada (CAETANO, 2016).

Não obstante, a decisão da Corte Internacional de Justiça não foi suficiente para apaziguar ou estabelecer um ponto final sobre este tópico. A assertiva se prova verdadeira quando recentemente, em 2021, o Supremo Tribunal Federal da República Federativa do Brasil produziu acórdão condenando a República Federal da Alemanha pelo cometimento de crime humanitário em violação ao *jus cogens*. No dia 23 de agosto de 2021, o Supremo Tribunal Federal da República Federativa do Brasil publicou acórdão do julgamento de recurso extraordinário com agravo 954.858/RJ. O caso foi tratado pela corte como tema de repercussão geral (*leading case*) 944, a matéria sob análise era a “derrotabilidade de regra imunizante de jurisdição em relação a atos de império praticados por Estado soberano, por conta de graves delitos ocor-

ridos em confronto à proteção internacional da pessoa natural” (BRASIL, 2001, p. 2).

Na origem, o processo se tratava de ação de ressarcimento por danos materiais e morais de netos ou de viúvas de netos de Deocleciano Pereira da Costa, em razão da destruição do barco pesqueiro Shangri-lá pelo Submarino Alemão U-199, na ocasião comandado por Hans Werner Krauss, próximo a Costa de Cabo Frio em julho de 1943, e morte de todos seus tripulantes civis. A decisão pela maioria dos ministros do tribunal foi pela condenação da República Federal da Alemanha culminando na seguinte fixação de tese jurídica sistemática, “Os atos ilícitos praticados por Estados estrangeiros em violação a direitos humanos não gozam de imunidade de jurisdição” (BRASIL, 2021, p. 2).

Portanto, a corte optou pela teoria que relativiza a regra imunizante em face da superioridade hierárquica do *jus cogens*. Concomitantemente, em razão dos atos terem sido cometidos em território brasileiro, a corte fez uso da *tort exception* como norma de excepcionalidade, na qual se aplicaria as leis e costumes do Estado do foro, *lex loci delicti commissi*, em detrimento das demais. Cabe destacar que a votação sobre o mérito teve a margem apertada de seis votos a cinco, além disso, a Alemanha deixou de enviar representantes legais e apresentar defesa técnica.

Na mesma esteira, em abril de 2022, a Suprema Corte da Ucrânia se propôs a rever a longa tradição jurídica da imunidade jurisdicional durante o julgamento do caso 303/970/19. Também fazendo uso da *tort exception*, além da *European Convention on State Immunity* (1972) e *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, a corte se recusou a reconhecer a imunidade da Federação Russa, condenando-a pelos danos causados aos seus nacionais durante os

conflitos armados em curso. Para a corte, ainda que ambos os países não sejam signatários das convenções elencadas, os textos internacionais revelariam uma tendência geral do direito costumeiro internacional em limitar a aplicação da regra de imunidade (KARNAUKH, 2022).

3 DELICTA IMPERII

Clássicos como Hugo Grócio e Jean Bodin (KARNAUKH, 2022), ao conceberem a soberania como elemento de formação do Estado, alertavam que os poderes conferidos não eram ilimitados. No que se refere ao uso, Duarte (2019, p. 67) pontua que “Jean Bodin concebeu a soberania como atributo absoluto de poder, mas o Estado está obrigado a respeitar o Direito Natural e o Direito das Gentes. A liberdade ilimitada do soberano refere-se apenas ao direito positivo”.

Hart (2020), por exemplo, fez uma avaliação profunda sobre a teoria ilimitada da soberania, enfrenta a ideia que afirma ser impossível impor limites jurídicos ao poder soberano, a não ser que este estivesse sujeito a outro poder legislador, mas que, portanto, soberano não seria. Sem sequer ser necessário o socorro dos limites impostos pela esfera internacional, o autor compreende que a percepção é equivocada, pois, se esquece da pletora de limites internos impostos. No caso dos Estados modernos, o rito instrumental e as restrições materiais, seriam exemplos de limites objetivos e subjetivos ao poder soberano. Mesmo em sociedades simples, com normas não escritas, impeditivos ao poder discricionário são encontrados, quando, por exemplo, se impede a prisão ou exclusão de nativos sem julgamento, “Nesse caso, os poderes de Rex como legislador estariam sujeitos a limitações indubitavelmente

jurídicas, mesmo que não queiramos chamar de “lei” uma norma constitucional tão fundamental” (HART, 2020, p. 91).

Firmada a posição de que a soberania não constitui valor absoluto, ao contrário de algumas teses fundamentadas no “relativismo hierárquico”, Trindade não propunha o uso desregrado do *jus cogens* como instrumento de relativização. Da mesma maneira, enquanto certas leituras do *draft* da Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e dos Seus Bens, bem como do artigo 11 da Convenção Europeia sobre Imunidades Jurisdicionais, confirmariam a *delicts exceptio* aos casos de *acts jure imperii* quando combinadas com a *tort exceptio*, a posição do juiz era, de certa forma, tecnicamente ainda mais inovadora (MAIA; PRADO, 2014). Para o jurista, o debate acerca das imunidades era, em última análise, uma discussão sobre a soberania Estado e das teorias que categorizavam o exercício regular de suas funções. Fundamentalmente era necessário que a doutrina jurídica internacional revisitasse o próprio sistema de *acts of states*. Não apenas discordou quanto ao mérito durante o caso *Ferrini*, mas criticou a Corte no que representava um posicionamento conservador e formalista estritamente interestatal ao terem se eximido do debate de fundo que o caso propunha. Em suas palavras:

Crimes de guerra e crimes contra a humanidade não devem ser considerados como *acta jure gestionis*, ou então “atos privados”; eles são crimes. Também não devem ser considerados como *acta jure imperii*; eles são graves *delicta*, crimes. A distinção entre atos *jure imperii* e atos *jure gestionis*, entre soberania ou atos oficiais do Estado e atos de natureza privada, é um resquício de doutrinas tradicionais que são completamente inapropriadas ao exame do presente caso (...) Tais teorias tradicionais, em sua miopia centrada no Estado, esqueceram as lições dos pais fundadores do direito das gentes, que apontavam para o reconhecimento de que os indi-

víduos são os sujeitos desse direito (*droit des gens*) (TRINDADE apud MAIA; PRADO, 2014, p. 75).

Tendo isso em mente, é importante destacar que a doutrina em análise sofreu uma mudança radical de perspectiva nos últimos anos. De acordo com Orakhelashvili (2015), a partir de contribuições de James Crawford sobre o caráter não absoluto da imunidade e da divisibilidade da soberania, abandonou-se a figura do agente como peça central da responsabilização internacional. Doutro modo, o que se passa a observar com primazia é a natureza do ato em si e a distinção entre os diversos tipos de exercício da soberania. Um exemplo é expedido em 1970 pela Corte Internacional de Justiça durante parecer consultivo que avaliava as consequências da presença ilegal do Estado da África do Sul, no território da Namíbia, *obter dictum, Namíbia vs South Africa*. Ao analisar o caso, a corte adotou o que poderia ser chamado de *human rights centered approach*, a opinião que firmaram era de que países terceiros não deveriam reconhecer quaisquer atos praticados pelo Estado invasor naquele território, tendo em vista que o exercício do poder naquele local era ilegítimo. Contudo, o impedimento não poderia ser estendido a todos os tipos de atos, em particular, registros de nascimentos, de mortes e casamentos da população local deveriam ser reconhecidos, uma vez que os efeitos seriam demasiadamente danosos aos moradores da região (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, 1971). Na prática realizou-se a aplicação de critérios distintos para o reconhecimento de atos soberanos, nomeadamente o interesse público e os direitos fundamentais.

No momento em que os objetivos, características e métodos de aplicação das atividades estatais passam a ser o foco, o para-

dogma unitarista é ultrapassado, podendo-se já ali perceber uma mudança no antigo entendimento de razão personalista, *ratione personae*. Um Estado poderia então ser responsabilizado tanto por suas práticas quanto pelos atos de entes privados, desde que realizados no uso de atribuições soberanas delegadas, conforme explica James Crawford (2014, p. 141), “O direito internacional há muito reconhece que, em certas circunstâncias, ações privadas podem ser atribuídas a um Estado se a entidade em questão agiu sob instrução, direção ou controle desse Estado.” (Tradução Livre)⁴.

A reconstrução desses limites atributivos tem sofrido grandes dificuldades quando restritos aos conceitos clássicos de *jure imperii* e *jure gestionis*. Na altura em que o mundo moderno se tornou mais complexo, essas classificações abstratas encontraram na realidade seus limites e inconsistências. Guilfoyle traz o exemplo dos chamados VPD’s, *Vessel Protection Detachments*. A prática consiste no uso de membros das forças armadas dos Estados de Bandeira, *flag states*, como meio de assegurar proteção de navios comerciais originários daquele país. Esse método tem sido utilizado como recurso de proteção contra a pirataria em costas ou trajetos inseguros, substituindo antigas práticas dissuasivas não letais, como canhões de água, o problema se torna evidente quando analisamos casos semelhantes ao incidente *Enrica Lexie*, de fevereiro de 2012, no qual dois fuzileiros navais italianos, servindo a um destacamento VPD, alegadamente mataram dois pescadores indianos confundindo-os com piratas (GUILFOYLE, 2015).

Cumpra salientar que a responsabilidade pessoal de agentes e a do Estado são figuras diferentes, por isso não se poderia redu-

4 Do original, “international law has long acknowledged that, in certain circumstances, private action may be attributable to a state if the entity in question has acted under the instruction, direction or control of that state”.

zir tais casos à responsabilização individual, “o Estado é sempre responsável pelos factos ilícitos por eles praticados, quer no exercício de suas competências, quer com violação destas, quer ainda contra as ordens ou instruções que lhe são dadas” (BRITO, 2014, p. 508). Posição aceita por grande parte da doutrina, foi reafirmada pela Corte Internacional de Justiça ao tratar sobre crimes de genocídio no caso *Bosnia e Herzegovina V. Serbia e Montenegro*, “A Corte, portanto, conclui que a responsabilidade do Estado pode surgir sob a Convenção para genocídio e cumplicidade, sem que um indivíduo seja condenado pelo crime ou por um associado.” (INTERNATIONAL COURT..., 2007, p. 81. Tradução Livre)⁵.

Hazel Fox (2002), ao tratar sobre as exceções de imunidade dos Estados destaca como a dicotomia entre atos de gestão e império se provam insuficiente nos chamados *hard-cases*, de forma que obrigam a expansão do olhar para outros critérios, dentre as quais categorias residuais são chamadas para fazer a distinção entre *private law* ou *commerciality criterion*, “(...)Duas ajudas são utilizadas para identificar o foco de atenção na definição do ato: (a) o propósito pelo qual o ato é realizado e (b) a natureza do ato.” (p. 273. Tradução Livre)⁶. A mistura de diferentes técnicas de análises para a qualificação da imunidade não são atos estranhos às cortes, as disputas entre doutrinas *ratione personae* e *ratione materiae* já estariam superadas, uma vez que foi com base nessa mesma disputa que se deu vasão à doutrina restritiva de imunidade,

O desenvolvimento de uma doutrina restritiva de imunidade estatal baseada em uma distinção deter-

5 Do original, “The Court accordingly concludes that State responsibility can arise under the Convention for genocide and complicity, without an individual being convicted of the crime or an associated one”.

6 Do original, “(...) two aids are employed to identify the focus of attention in defining the act: (a) the purpose for which the act is performed, and (b) the nature of the act”.

minada pelo propósito ou pela natureza da atividade do Estado encorajou a suposição de que a imunidade não está mais relacionada à pessoa do Estado, mas depende de a atividade em questão estar exercendo ou não autoridade soberana. (FOX, 2002, p. 478. Tradução Livre).⁷

Portanto, a soberania passa a não ser mais compreendida como atributo inerente a todos os atos praticados pelos Estados, mas um status legal imputável, maleável, um constructo prescriptivo, cuja fruição e existência válida está condicionada à extensão e o reconhecimento que o direito internacional lhe confere. Orekhalashvili (2015) observa esse movimento a partir do que Krabbe conceitua de soberania legal. Conclui que, se verdadeiras, essas afirmações significariam que há a possibilidade tanto de se imputar, quanto de se declinar, não aos Estados, mas aos seus atos, o atributo soberano *jure imperii*, tornando-os incompatíveis para a aplicação da regra de imunidade.

Portanto, o raciocínio que Orakhelashvili (2015) visa construir é, em que pese o direito de exercício da ampla gama de poderes soberanos constituídos por um Estado, *suprema postestas*, haveria um parâmetro universal mínimo de correspondência, uma expectativa, quase universalista, razoável, que, com base nas normas imperativas de direito internacional, estabelecer-se-ia critérios básicos de reconhecimento de atos legitimamente soberanos.

É com essa perspectiva em mente que Cançado Trindade questiona se atos caracterizados como crimes humanitários, de guerra ou violadores de direitos humanos podem ser considerados atos de exercício regular da soberania (*acta jure imperii*).

⁷ Do original, “The development of a restrictive doctrine of a State immunity which is based on a distinction determined by the purpose or the nature of the activity of state has encouraged the assumption that immunity no longer relates to the person of the State but depends on whether or not an activity in exercise of sovereign authority is in issue”.

Levando-se em consideração as recentes transformações significativas do *corpus iuris gentium*, destacando o caráter evolutivo do direito internacional, é ali que oferece sua proposta do *delicta Imperii*,

Crimes internacionais perpetrados pelos Estados não são atos *jure gestionis*, nem atos *jure imperii*; são todos eles crimes, *delicta imperii*, para os quais não há qualquer tipo de imunidade. Essa tradicional e ultrapassada distinção é irrelevante (TRINDADE apud MAIA; PRADO, 2014, p. 123).

Canotilho (1993), ao tratar sobre o constitucionalismo, já alertava para o direito internacional como parâmetro de validade do próprio direito interno, e a correspondência com o *jus cogens* não se configura mais apenas uma principiologia norteadora, mas “É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional)” (p. 921). Por sua vez, Wladimir Brito (2002) abarca parte dessas mesmas considerações ao tratar sobre os valores éticos e políticos que um Estado deveria se prestar, aquilo que chamou de direito-dever dos Estados, era de uma forma ou outra o condicionamento da prática Estatal a certos limites, que outrora fundamentado pelos clássicos no direito natural, passariam então a ser o *jus cogens*.

O *acta delicta imperii* como categoria poderia então ser compreendida como: uma nova categoria de *acts of states*. Em particular se trataria de conduta delituosa, passível de responsabilização local, uma vez que desprovida da qualidade de “soberania legal”, não faria jus a aplicação da regra imunizante. Deste modo, crimes humanitários, de guerra, a prática de genocídio ou demais

“*wrongful acts*”, seriam ilegítimos e incompatíveis com a imunidade jurisdicional, apesar de sem dúvida constituírem *acts of states*, perdem seu caráter *jure*.

Sem, contudo, se desconstruir a regra de imunidade de execução, campo diferente e muito mais pedregoso, nessa linha de raciocínio um argumento pode ser feito, o de que as decisões de cortes internas teriam uma dimensão unicamente declaratória, atos unilaterais acobertados sob o manto do *soft-law*. Sem prejuízo, ao utilizarem de suas esferas de influência em âmbito internacional, de certa forma, os países buscam reverter o quadro de impunidade crônica gerado pelo uso desmedido da imunidade jurisdicional. Wladimir Brito (2002) destaca que quando da criação do Tribunal Penal Internacional, o preâmbulo do projeto de artigos da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas afirmava sua natureza complementar à justiça nacional, exatamente pela compreensão geral de que a primazia da aplicação da justiça resta nos ombros dos Estados, agindo posteriormente como instância recursal. Cita John T. Holmes, “(...) Os Estados deixaram claro que o sistema mais eficaz e viável para levar os perpetradores de crimes graves à justiça deve ser baseado em procedimentos nacionais complementados por um tribunal internacional.” (p. 604. Tradução Livre)⁸.

Parte das tensões recentes tem fundamento no direito de acesso à justiça. Teóricos advogam que a imunidade opera como escudo incontornável, a exemplo do princípio da exaustão dos meios internos que impõe às vítimas hipossuficientes, o ônus desproporcional de recorrer à justiça do país infrator para obter sua reparação. No entanto, nada poderia ser feito caso não obtivesse

8 Do original, “states made clear that the most effective and viable system to bring perpetrators of serious crimes to justice was one which must be based on national procedures complemented by an international court”.

o reconhecimento de seu direito. De mesmo modo, no caso de se recorrer a corte internacionais, o a complementariedade comporta antes a necessidade de que a nação infratora tenha se submetido àquela jurisdição, além da representação necessária do seu próprio país, ausente a capacidade postulatória. Na prática, barreiras intransponíveis a indivíduos comuns (WHYTOCK, 2013).

Há quem acuse esse entendimento de configurar *fórum shopping*, contudo, mais do que um movimento contestatório individualista, a razão dessas práticas pode ser traçada, ao menos em parte, ao “fracasso das Nações Unidas para se impor como “governo mundial e (...) mesmo à sua incapacidade para gerar dinâmicas de consenso mundial” (WHYTOCK, 2013, n.p). O questionamento resultante é, sem a quebra da imunidade jurisdicional, como poderiam então as vítimas obterem reparação senão por meio da justiça de seus próprios países?

4 CONCLUSÃO

Após o exposto, de pronto é perceptível a dificuldade com que os Estados sofrem para uniformizar as práticas de responsabilização internacional. Tomando como base os entendimentos de Cançado Trindade, aplicados à perspectiva de Orekhalashvili (2015). Mesmo as jurisprudências divergentes elencadas neste trabalho, não teriam aplicado a tese inaugurada, ainda que seus resultados tenham a humanização do direito internacional em mente. Conforme apresentado a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro, a ótica do *delicta imperii* ainda se demonstra restrita ao campo teórico, tendo em vista que o entendimento extraído do acordão vai em direção à relativista clássica da soberania, cujo fundamento é a hierarquia das normas e a *tort exception*.

Vênias devidas, se faz necessário concordar com as teorias críticas do relativismo que apontam sua inconsistência lógica, uma vez que levadas às últimas consequências, qualquer afronta do direito ao acesso à justiça ou ofensa ao *jus cogens* tornaria oponível qualquer norma procedimental. Isso porque, ainda que a teoria de Trindade tenha valores subjetivos semelhantes, o caminho lógico para suas consequências é bastante distinto. A imunidade jurisdicional desta forma não seria posta em xeque com base na hierarquia das normas, mas pelo fato que os próprios atos *delicta* careceriam de legitimidade, soberania legal, para fazer jus à regra, uma vez que diferentes dos atos *jure imperii*, não se provam parte de um espectro subjetivo de práticas regulares de um Estado de boa-fé objetiva, ou então aquilo que Hans Kelsen chamaria de Ética-Política.

REFERÊNCIAS

ALCICI, Lucas Moreira. **As Imunidades Jurisdicionais Do Estado E O Papel Do Tribunal Internacional De Justiça Na Proteção Diplomática**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inteiro Teor do Acórdão Recurso Extraordinário Com Agravo 954.858**. Rep. Geral Tema 944. Rio De Janeiro, 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4943985>. Acesso em: 13 nov. 2022.

BRITO, Wladimir. Contributo para uma Teoria da Responsabilidade Pública do Estado por Acto da Função Pública Soberana. **Revista do ministério público**, ano 23, n. 89, pp. 47-78, 2002.

BRITO, Wladimir. **Direito Internacional Público**. Coimbra Editora S.A, 2014.

CAETANO, Fernanda Araújo Kallás. **As Imunidades Dos Sujeitos de Direito Internacional: Análise dos novos limites propostos pelo processo de relativização**. Tese (Doutorado) –Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra – PT. Almedina, 1993. p. 919 -927

CRAWFORD, James. **State Responsibility: The General Part** (Cambridge Studies in International and Comparative Law). Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

DUARTE, Maria Luísa. **Direito Internacional Público e Ordem Jurídica Global do Século XXI**. 2 ed. Lisboa: AAFDL, 2019.

GUILFOYLE, Douglas. Defending individual ships from pirates: Questions of State responsibility and immunity. In CHINKIN, C.; BAETENS, F. (Eds). **Sovereignty, Statehood and State Responsibility: Essays in Honour of James Crawford**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, pp. 307-324.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 4° tiragem. São Paulo: WMF Martins Fontes Ltda, 2020.

FOX, Hazel. **The law of state immunity**. Nova Ioque: Oxford Press In, 2002.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide** (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports, 2007. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)**: Summary of the Judgment of 3 February 2012. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/143/16899.pdf>; Acesso em: 12 nov. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Legal Consequences of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South-West Africa) not withstanding Security Council Resolution 276**, Advisory Opinion, 21 June, 1971. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/53/053-19710621-ADV-01-00-EN.pdf> Acesso em: 16 nov. 2022.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **The Corfu Channel Case (preliminary objection)** Judgment of March 25th, 1948. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/1/001-19480325-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2023.

JORGENSEN, Nina H. B. **The Responsibility of States For International Crimes**. New York: Oxford University Press, 2000.

KARNAUKH, Bohdan. **Territorial Tort Exception?** The Ukrainian Supreme Court Held that the Russian Federation Could Not Plead Immunity with regard to Tort Claims Brought by the Victims of the Russia-Ukraine War. **Justice in Eastern Europe**, v. 5, pp. 1-13, 2022. 10.33327/AJEE-18-5.2-n000321.

MAIA, Catherine; PRADO, Rafael do. Opinião Dissidente Do Juiz Cançado Trindade Junto Ao Acórdão Da Corte Internacional De Justiça, de 3 De fevereiro De 2012, No Caso Das Imunidades Jurisdicionais Do Estado (Alemanha C. Itália; Grécia (Interveniente)). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto**, v. 4, n. 4, pp. 75-115, 2014. (Tradução Do Original Em Língua Inglesa Para Língua Portuguesa).

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2020.

MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**. 6° ed. Portugal: Parede. Principia Editora, 2002.

ORAKHELASHVILI, A. The dynamics of statehood in the practice of international and English courts. In CHINKIN, C.; BAETENS, F. (Eds). **Sovereignty, Statehood and State Responsibility: Essays in Honour of James Crawford**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. pp. 172-191.

PEDREIRA, Luiz de Pinho. A concepção relativista das imunidades de jurisdição e execução do Estado estrangeiro. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 140, pp. 227-236, 1998.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público Curso Elementar**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

SOARES, G. F. S. As imunidades de jurisdição na Justiça Trabalhista Brasileira. **Revista Da Faculdade De Direito (Universidade De São Paulo)**, v. 88, pp. 519-552, 1993.

UNITED NATIONS. International Law Commission. **Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries**. 2001. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf; Acesso em: 13 nov. 2022.

UNITED NATIONS. **Legal Committee Delegates Differ on Applying Rules for State Responsibility:** Convention Needed, or Customary Law Adequate? Sixty-fifth General Assembly Sixth Committee 15th Meeting (AM), [s/d]. Disponível em: <https://press.un.org/en/2010/gal3395.doc.htm>; Acesso em: 14 nov. 2022.

WHYTOCK, Christopher A. Foreign State Immunity and the Right to Court Access, 93 **B.U. L. Rev.**, n. 93, v. 2033, 2013.

OS TRISTES FINS DE JOAQUIM E SIMEÃO: INFÂNCIA E PUNIÇÃO NO BRASIL OITOCENTISTA

*THE SAD FATES OF JOAQUIM AND SIMEÃO:
CHILDHOOD AND PUNISHMENT IN THE 19TH
CENTURY BRAZIL*

OTÁVIO WEINHARDT¹

RESUMO: Este artigo aborda a questão da menoridade penal no Brasil durante as últimas décadas do século XIX, com o objetivo principal de compreender como crianças e adolescentes eram tratados quando acusados de cometer crimes. Para alcançar esse objetivo, um caso específico ocorrido nos anos 1880 foi selecionado como ponto de partida para análise e reflexão. O estudo utiliza as técnicas da micro-história como uma abordagem que permite articular objetos específicos com contextos mais amplos. Por meio dessa abordagem metodológica, são estabelecidas considerações gerais sobre o sistema penal existente no Império do Brasil, ainda que houvessem diferenças regionais a serem consideradas. O texto estabelece diálogo entre diferentes campos de referência, como História do Direito, Criminologia, História Social e da Infância. Assim, o objetivo do estudo é compreender o funcionamento da justiça nesse contexto, promovendo a discussão de noções de senso comum e fornecendo informações relevantes para uma análise crítica do passado. Além disso, o artigo busca contribuir para o campo de estudos históricos, ao explorar uma perspectiva interdisciplinar.

Palavras-chave: História do Direito; Criminologia; Infância.

ABSTRACT: This article addresses the issue of juvenile criminal responsibility in Brazil during the last decades of the 19th century, with

1 Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito (USP), Mestre em História (UFPR), Mestre em Direito (UFPR), Bacharel em Direito (UFPR). Professor e pesquisador.

the main objective of understanding how children and adolescents were treated when accused of committing crimes. To achieve this goal, a specific case that occurred in the 1880s was selected as a starting point for analysis and reflection. The study employs micro-history techniques as an approach that allows for the integration of specific objects within broader contexts. Through this methodological approach, general considerations are made about the existing penal system in the Brazilian Empire, although regional differences must be taken into account. The text establishes a dialogue between different fields of reference, such as Legal History, Criminology, Social History, and the History of Childhood. Thus, the study aims to comprehend the functioning of justice in this context, fostering the discussion of common perceptions and providing relevant information for a critical analysis of the past. Additionally, the article seeks to contribute to the field of historical studies by exploring an interdisciplinary perspective.

Keywords: Legal History; Criminology; Childhood.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho debruça-se sobre um caso desconhecido. Embora tenha sido um evento trágico na vida das pessoas envolvidas, é uma daquelas fatalidades que chocam seu entorno por algum tempo e, aos poucos, caem no esquecimento. Trata-se da história de Joaquim, à época um menino de 12 anos, acusado de assassinar seu próprio irmão. O caso ocorreu na região de Serro, Minas Gerais, em 1885, e o que este estudo propõe é uma leitura histórico-jurídica dele, de onde se podem extrair dados importantes sobre o direito e a sociedade brasileira de então.

O interesse em compreender esse caso específico reside na necessidade de lançar luz sobre um período crucial da história jurídica brasileira e sua abordagem em relação aos menores acusados de práticas delitivas. Tendo ocorrido na metade da década de

1880, o evento encontra-se em um momento de importantes transformações para a infância, o direito e a sociedade brasileira como um todo. Pouco mais de uma década antes, havia sido aprovada a famosa *Lei do Ventre Livre*, impedindo que filhos nascidos de mães escravizadas também fossem escravizados. O processo criminal também havia passado por reformas e o pensamento jurídico vinha se transformando em decorrência de novas ideias que ganhavam destaque entre teóricos e operadores do direito. A sociedade brasileira também mudava na medida em que se tornava mais urbana, recebia imigrantes europeus aos milhares, caminhava para o fim do regime escravista e o próprio Império declinava (WEINHARDT, 2019, p. 22-23). Ao examinarmos de perto essa ocorrência particular, buscamos desvendar as implicações socioculturais e legais mais amplas que moldaram a compreensão da responsabilidade penal juvenil durante o final do século XIX no Brasil.

Em termos teóricos e metodológicos, este estudo combina abordagens da micro-história, história social e história do direito. A micro-história nos permite estabelecer uma análise detalhada e profunda desse caso singular, sem perder de vista o seu contexto mais amplo, evitando o risco de “tomar por objeto uma história curiosa, mas irrelevante” (FAUSTO, 2009, p. 11). Na mesma seara, temos o chamado paradigma indiciário, como pensado pelo historiador italiano Carlo Ginzburg, como uma forma de “reconstruir” um certo passado a partir dos vestígios que a documentação nos deixa (GINZBURG, 1989, p. 143-179). Uma série de estudos em História Social nos auxilia nesse sentido, possibilitando uma compreensão mais ampla das estruturas sociais e culturais da época. A História do Direito, por sua vez, nos oferece uma visão precisa do quadro jurídico no qual se desenvolveram os processos judiciais envolvendo menores no Império do Brasil.

A fim de embasar nossas análises, utilizamos uma ampla variedade de fontes primárias. O acesso ao caso se deu por meio de uma revista jurídica carioca denominada *Gazeta Jurídica*. Algumas das principais informações sobre o caso encontram-se nela. Recorremos a outras fontes para complementar o caso, incluindo documentos judiciais, relatórios e registros históricos.

Dessa forma, o trabalho visa aprofundar a compreensão da história do direito penal, do pensamento criminológico e da história social da infância. Por meio de uma análise crítica e interdisciplinar, buscamos revelar as dinâmicas e as transformações nas concepções jurídicas e sociais relacionadas à responsabilidade penal de menores, bem como refletir sobre os efeitos dessas perspectivas no sistema penal brasileiro.

2 A NOITE DE 04 DE MARÇO

No dia 4 de março de 1885, Simeão solicitou à sua mãe, Bertholina, permissão para punir seu irmão Joaquim com o uso de um chicote de couro. Simeão provavelmente era o irmão mais velho, e enxergava-se no direito de corrigir a Joaquim, seja lá o que ele tivesse feito. Independentemente do motivo, a resposta da mãe foi negativa. Pouco tempo depois, Bertholina ouviu os gritos de Joaquim, que corria em busca de socorro enquanto era perseguido e agredido por Simeão. No entanto, quando ambos se aproximaram da mãe, foi o agressor quem caiu gravemente ferido ao chão. Desesperada, Bertholina correu em busca de ajuda, deixando Joaquim para trás e pedindo ajuda para salvar Simeão. Infelizmente, era tarde demais, pois seu filho havia falecido.

O trecho narrado é parte do depoimento prestado por Bertholina à justiça após a morte de um de seus filhos e a pri-

são do outro. A narrativa é fragmentada e confusa, mas é a única versão dos eventos que levaram à prisão de Joaquim, de 12 anos, pelo assassinato de seu irmão, com base no Artigo 193 do Código Criminal, e levado a julgamento (GAZETA JURÍDICA, 1886).

A narrativa não consegue explicar como Joaquim, inicialmente agredido por Simeão, conseguiu reverter a situação e tornar-se o agressor. No entanto, evidencia que a morte não ocorreu como um ato planejado e intencional, mas sim como resultado de uma briga entre irmãos que foi além dos limites. Embora possa parecer absurdo nos dias de hoje, tratava-se de algo mais plausível dentro do contexto histórico em que ocorreu.

Diante dessa história e de suas consequências jurídicas, é possível inferir várias questões sobre a situação dos menores nesse período, por meio da interpretação das fontes disponíveis e da busca por informações adicionais. A análise do caso nos convida a um procedimento de redução de escala, condensando camadas de conhecimento histórico para a leitura de um caso e, ao mesmo tempo, reinterpretando o contexto à luz de eventos particulares. Como ensina Jacques Revel,

A redução de escala, o interesse por destinos específicos, por escolhas confrontadas a limitações, convidam a não se deixar subjugar pela tirania do fato consumado — “aquilo que efetivamente aconteceu” — e a analisar as condutas, individuais e coletivas, em termos de possibilidades, que o historiador pode tentar descrever e compreender. Ela movimenta as imagens recebidas, pois, regulando de maneira diferente a distância e a abertura de sua objetiva, os observadores fazem aparecer outra trama, recortes diferentes, e ao mesmo tempo a inadequação parcial dos instrumentos conceituais de que dispunham até então (REVEL, 2000, p. 20).

O breve depoimento daquela mãe já fornece algumas pistas importantes para interpretarmos o ocorrido. Temos uma mãe e dois filhos meninos, vivendo em uma área rural de Minas Gerais, nas terras de algum fazendeiro – a mãe menciona ter levado Joaquim ao “corpo da Fazenda”, onde o entregou a um certo “Tenente Severiano”. Não há informações sobre outros membros da família, como pai ou outros irmãos. A ausência de informações também leva a acreditar que Bertholina fosse uma mulher livre, pois a condição de escravizada muito provavelmente sido assinalada na documentação, bem como a condição de “ingênuo”² de Joaquim. Apesar de livre, os autos mencionam um marcador racial de Bertholina: era parda. O mais provável é que se tratasse de uma família pobre, vivendo sob a proteção de algum senhor de terras para quem prestavam serviços. Esta possível condição de subalternidade também ajuda a compreender, como se verá, o tratamento que as autoridades judiciárias deram ao caso.

3 JOAQUIM PERANTE A LEI

Em 1885, quando o caso ocorreu, ainda estava em vigência o Código Criminal de 1830, elaborado de acordo com base em influências liberais europeias, ainda que estejamos falando em um liberalismo “à brasileira”, com as peculiaridades de um país escravista e patriarcal (ROCHA JR., 2013, p. 160-165). Joaquim, sendo menor de catorze anos, era inicialmente considerado imputável de acordo com o artigo 10 do Código, cuja redação dizia que “Tambem não se julgarão criminosos: 1º Os menores de qua-

2 Termo pelo qual os filhos livres de mães escravizadas eram conhecidos. Joaquim teria nascido em junho de 1872, segundo as informações extraídas da *Gazeta Jurídica*; portanto, após a Lei do Ventre Livre.

torze annos” (BRASIL, 1830). Na sequência, porém, o artigo 13 do mesmo diploma estabelecia que “se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commettido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de dezasete annos” (BRASIL, 1830).

A primeira autoridade a analisar o caso de Joaquim foi o Juiz Municipal Dr. Joaquim Bernardino Pereira de Queiroz. Para ele, o suposto discernimento de que falava o Código deveria ficar demonstrado. Queiroz deu a Joaquim o benefício da dúvida, afirmando que ele não deveria responder pelo ocorrido. No entanto, sua decisão não tinha a força necessária para selar o destino do acusado.

Conforme o sistema em vigor, havia o Juiz Municipal e o Juiz de Direito. O primeiro não necessariamente possuía formação em Direito e assumia responsabilidades em um Termo, uma subdivisão das Comarcas, sendo nomeado pelo Governo da Província. Já o Juiz de Direito era um bacharel nomeado pelo Imperador, com estabilidade no cargo, e atuava nas diferentes subdivisões que compunham a Comarca. O Juiz de Direito possuía uma posição hierarquicamente superior ao Juiz Municipal e, por conta disso, tinha o dever de confirmar (ou não) decisões relativas a menores. Ao revisar o caso de Joaquim, o Juiz de Direito Dr. Antonio Carlos Monteiro de Moura decidiu reverter a decisão, adotando uma lógica oposta. Segundo ele, como não havia provas de que o menino não possuía discernimento, Joaquim deveria ser considerado culpado.

No entanto, era necessária uma confirmação da sentença pelo Tribunal da Relação. De acordo com o artigo 20 da Lei 2.033 de 1871, que alterou diferentes disposições processuais do período, como o réu era menor, aquela decisão precisava ser ratificada. Isso

era conhecido como apelação necessária ou *ex-officio*. Dizia o texto legislativo: “Os casos de que trata o art. 10 do Código Criminal são do conhecimento e decisão do Juiz formador da culpa, com apelação *ex-officio* para a Relação, quando a decisão fôr definitiva” (BRASIL, 1871).

No Tribunal, no entanto, o destino de Joaquim não foi alterado. Em 20 de abril de 1886, os Desembargadores Francisco Leite da Costa Belém, José Antonio Alves de Brito, Aurélio A. Pires de Figueiredo Camargo e Joaquim Caetano Silva Guimarães³ optaram por confirmar a decisão condenando o menino. Conforme a decisão, “não há evidências de que o Apelado cometeu o crime do qual é acusado sem discernimento, para que ele possa se beneficiar da escusa do Artigo 10, § 1º do mencionado Código”. Assim, “ordenam que, com seu nome registrado como culpado, sigam os trâmites regulares da acusação e julgamento perante o Júri”.

É importante destacar que o Tribunal não decidiu pela prisão definitiva do menor, mas simplesmente permitiu que ele se tornasse réu. Isso ocorreu porque a competência para condená-lo cabia ao Júri, conforme estabelecido pelo Código de Processo Criminal, nos artigos 23 e seguintes (BRASIL, 1832), e por normas dispersas, principalmente o Regulamento 120 de 31 de dezembro de 1842, nos artigos 223 e seguintes (BRASIL, 1842). O Júri, vale lembrar, possuía competências amplas de julgamento, muito maiores do que as atuais. Apesar de sua importância, foi alvo de diversas críticas ao longo da história e seria ainda mais condenado à medida em que o século XX se aproximava, com novas ideias (como aquelas de

3 No acórdão, consta apenas o sobrenome dos desembargadores. Todavia, foi possível retirar o nome completo dos magistrados na FALLA que o Exm. Sr. Desembargador José Antonio Alves de Brito dirigiu à Assembléa Legislativa Provincial de Minas Geraes. Ouro Preto: Typographia do Liberal Mineiro: 1885.

ordem positivista) que viam no Júri uma instituição benevolente e sem técnica (WEINHARDT, 2019, p. 172-173).

A chamada “teoria do discernimento”, por sua vez, também era alvo de críticas. Um dos juristas que questionou essa teoria de forma mais fundamentada foi Tobias Barretto. Em sua obra intitulada “Menores e Loucos”, o autor faz comentários impiedosos sobre esse critério que permitia a imputabilidade dos menores de 14 anos. Nas palavras do autor, era uma doutrina lastimável, que poderia “abrir caminho a muito abuso e dar lugar a mais de um espetáculo doloroso” (BARRETTO, 1926, p. 14).

Segundo Barretto, dar ao júri a responsabilidade de decidir se um menor agiu com discernimento ou não era muito arriscado. Ele argumentava que seria preferível deixar um menor que agiu conscientemente em liberdade do que prendê-lo com base nesse suposto discernimento. Além disso, o autor destacava que essa discricionariedade permitia criminalizar os pobres em detrimento dos ricos. Em sua visão, um rapaz de quinze anos que conhecesse os “encantos da vida parisiense” seria mais provavelmente inocentado, enquanto um pobre garoto da mesma idade, cuja maior educação consistia em “pedir a bênção a todos os mais velhos”, seria julgado como criminoso, independentemente de ter agido com discernimento ou não (BARRETTO, 1926, p. 14-17).

No caso específico de Joaquim, fica evidente o que Barretto menciona. Como já relatado, os documentos nos apresentam um menino de doze anos, filho de uma mulher parda, talvez sem pai, criado em uma fazenda no interior mineiro. Os indícios sugerem que Joaquim estava sujeito a condições de vida muito difíceis, absolutamente distante dos “encantos da vida parisiense” com os quais sequer lhe seria permitido sonhar. A reflexão apresentada por Barretto mostra como a margem de discricionariedade concedida

pelo legislador, ao permitir que o júri adentrasse a mente do acusado, declarando se ele sabia ou não o que estava fazendo, servia, na prática, para punir os mais pobres e vulneráveis.

Também é importante, mesmo que brevemente, situar a criança no imaginário social da época. Ao contrário dos séculos anteriores, a criança já não era mais vista como um adulto em “escala reduzida”, embora ainda não houvesse distinções claras entre categorias como infância, adolescência e juventude (ARIÈS, 1981, p. 39; 176). Nesse período, as crianças começaram a ser compreendidas em contraste com os adultos, reconhecidas como tendo necessidades próprias, como educação, cuidado e orientação. Além disso, já existia o discurso recorrente de que os menores eram o “futuro da Pátria”. No entanto, percebe-se que, mais do que uma preocupação genuína com o interesse da criança, havia um viés estritamente utilitarista, no sentido de que o Estado deveria investir na criança para que ela não se tornasse um problema, mas sim alguém “útil” no futuro. Nesse sentido, os pobres, os negros, os imigrantes, os órfãos já eram vistos como potenciais problemas (WEINHARDT, 2019, p. 28).

No discurso das autoridades do período, havia reclamações sobre os órfãos abandonados, menores libertos de mães escravas que deixavam a casa do senhor e viviam na ociosidade e também imigrantes, especialmente italianos. Fica evidente que todas essas crianças e jovens, geralmente pobres e frequentemente abandonados à própria sorte, eram vistos como problemas que precisavam ser corrigidos, mesmo que não tivessem cometido crimes ainda. Acerca do tema, o historiador Walter Fraga Filho sintetiza:

Ao mesmo tempo que encarnava possibilidades, a infância mostrava-se também perigosa e ameaçadora. Vício, ociosidade, mendicância, vadiagem e crime, esses elementos com que os reformadores,

nos dois últimos decênios do século XIX, construíram a imagem da infância de rua na Bahia. A infância vagabunda, segundo esses homens, precisava ser moralizada, educada e isolada em internatos para que assim pudesse vir a amar o trabalho, sob risco de comprometer todo o futuro da sociedade (FRAGA FILHO, 1996, p. 134).

4 A VOZ DOS JURISTAS

Ao analisar a atuação dos magistrados envolvidos no caso, é possível observar que suas decisões apresentavam um viés semelhante a outras tomadas anteriormente. O Juiz Municipal, Dr. Queiroz, não possuía formação em Direito, mas sim em Medicina. Ele havia atuado como perito e, posteriormente, tornou-se suplente do Juiz Municipal no Termo do Serro, assumindo o cargo interinamente.

A postura mais benevolente do Juiz Queiroz, presumindo a inocência de Joaquim, pode ser constatada em outros momentos de sua atuação. Em 16 de maio de 1880, por exemplo, o magistrado possibilitou a alforria de 24 escravos que aguardavam a aprovação de seus pedidos há quatro anos. Isso sugere que sua atuação era mais protetiva e favorável aos menos privilegiados (O APÓSTOLO, 1880).

Por outro lado, o Juiz de Direito Antonio Carlos Monteiro de Moura era uma figura controversa. Ao ser transferido de Marianna para a Comarca do Serro, recebeu diversas críticas. Segundo o deputado Cândido Cerceira, ele era um homem de “tétrica memória” que aplicava uma interpretação peculiar do Direito para beneficiar seus aliados políticos (JORNAIS DE OURO PRETO, 1886). Nos jornais, ele foi acusado de ser o “principal causador dos males e atraso do Serro” (GAZETA DE NOTÍCIAS, 1881). No entanto, é

ainda mais relevante observar sua atuação extremamente rigorosa quando lidava com pessoas não brancas, especialmente se fossem escravizadas, em contraste com sua postura em relação a acusados brancos e livres, inclusive senhores escravagistas. Em 1877, ele condenou o escravizado Theophilo, acusado de agressão, a 300 chibatadas. Essa sentença foi posteriormente reformada e drasticamente reduzida (GAZETA JURÍDICA, 1880). Em 1885, ele presidiu um julgamento de homicídio envolvendo um escravizado e seus senhores, Brigida Christina da Costa e Joaquim Pinto do Amaral. Embora os três tenham participado do homicídio, as penas aplicadas foram extremamente diferentes. Esse julgamento acabou sendo anulado devido a uma série de irregularidades. Segundo os relatos da época, Brigida foi quem deu ordens ao escravo para cometer o crime. O escravizado deu uma pancada na vítima, mas quem efetivamente o matou foi Joaquim do Amaral. Entretanto, a pena do cativo foi muito maior que a de seus senhores. Não raro, suas decisões eram revistas pelas instâncias superiores.

Quem não economizou nas críticas ao caso de Joaquim foi Carlos Frederico Marques Perdigão, advogado no Rio de Janeiro e redator da *Gazeta Jurídica*. Na figura de redator de uma revista jurídica, Perdigão tinha o trabalho de tecer comentários técnicos sobre casos de relevo à época, cujas peças principais eram copiadas no periódico que ele coordenava. Embora não tenha feito uma análise extensa daquela ação, como eventualmente fazia, o autor mencionou uma série de recomendações que se opunham à decisão que permitia a punição de Joaquim.

Perdigão buscava demonstrar que essa decisão ia contra a regra estabelecida. Isso é extremamente importante porque contextualiza o caso. Mesmo que Joaquim estivesse sendo encaminhado para a prisão, a jurisprudência predominante já apontava para outra

direção. Esse contexto demonstra que, aos poucos, o menor estava sendo reconhecido e tratado pelo Estado como alguém merecedor de uma tutela diferenciada, não apenas no texto da lei, mas também na sua aplicação cotidiana. Além disso, é preciso ter cautela ao interpretar o texto da lei, pois sua efetividade não estava garantida. O ordenamento jurídico frequentemente era complexo e contraditório, e o sistema judicial era lento, o que dificultava a aplicação das penas de forma precisa (HESPANHA, 1993, p. 298).

As autoridades frequentemente reclamavam que o sistema punitivo era brando e ineficaz, não apenas para os menores. A maioria dos crimes, especialmente os menos graves, não resultava em pena, mas eram resolvidos por meio da assinatura de um termo de bem viver, um compromisso de “boa conduta”, cuja violação não acarretava sanções graves (KOERNER, 2010, p. 99). Mesmo nos casos de crimes contra a vida, como homicídio, tentativa de homicídio e agressões físicas, poucos casos chegavam a produzir condenações no sistema judicial (WEINHARDT, 2019, p. 198-203).

Surpreendentemente, havia aqueles que relutavam em punir menores, questionando os efeitos perversos do encarceramento. Miguel Calmon du Pin e Almeida, que era Chefe de Polícia da do Rio de Janeiro, então Corte Imperial, apontou a diferença no tratamento entre adultos vagabundos, para os quais a autoridade utilizava os termos de bem viver, e menores vagabundos, alegando que “repugna condenar crianças, que vão adquirir nas prisões educação mais prejudicial à sociedade” (RELATÓRIO, 1875). Aparentemente, Joaquim não era a regra, mas uma exceção.

Esses elementos revelam que o caso de Joaquim suscitou questionamentos e críticas no contexto mais amplo do sistema jurídico da época. A discussão em torno do tratamento dado aos menores infratores envolvia não apenas as particularidades desse

caso, mas também questões mais abrangentes relacionadas à efetividade das leis, à seletividade do sistema penal e às dificuldades enfrentadas para garantir a aplicação adequada das penas.

5 POSSÍVEIS DESTINOS DE UM MENOR CONDENADO

Não foi possível determinar o que aconteceu com Joaquim. As fontes disponíveis indicam que ele foi levado a júri, mas a decisão e a eventual pena permanecem desconhecidas. No entanto, é importante descrever os possíveis destinos que poderiam ter sido dados a um menor condenado.

O Código Criminal determinava que eles deveriam ser recolhidos às casas de correção pelo tempo que o juiz considerasse adequado (Art. 13). Esse dispositivo levanta questionamentos sobre como essa disposição foi efetivamente implementada. É necessário investigar se essas casas de correção realmente existiam em quantidade suficiente para abrigar esses menores e quais eram as condições oferecidas aos detentos. Segundo Marilene Sant’Anna, a Casa de Correção do Rio de Janeiro foi inaugurada em 1850, e a ideia era implementar instalações semelhantes por todo o país a partir de então. Apesar disso, a realidade era de poucos espaços dedicados ao cumprimento de pena, normalmente em condições precárias. O objetivo era que os estabelecimentos penais servissem como espaço para esquadrihar os condenados e restabelecê-los à sociedade, mas “nada mais distante da realidade das prisões da virada do século XIX para o XX” (SANT’ANNA, 2017, p. 296-303).

De qualquer forma, essa era a solução mais defendida na época. Valorizava-se, acima de tudo, um sistema que proporcionasse educação e trabalho, além de transmitir valores morais e religiosos. Foram criadas casas de correção e também companhias

voltadas para o aprendizado de profissões manuais, agrícolas e ocupações militares. Entre essas instituições, a mais frequentemente mencionada era a dos Companhia dos Menores Aprendizes da Marinha. Tais companhias tinham o objetivo de preparar os menores para servirem nas forças armadas ao atingirem a maioridade, aos dezoito anos (PRATES, 2015).

As condições dessas companhias (bem como de outras casas e asilos para menores) eram, em geral, lamentáveis. Faltavam recursos essenciais e os menores frequentemente não tinham roupas adequadas nem alimentação suficiente. Como resultado, muitos deles adoeciam e, em casos mais severos, acabavam morrendo. Além disso, a educação escolar e profissional era praticamente inexistente (MARQUES e PANDINI, 2004).

Outro fato importante é que não havia uma distinção profunda entre menores infratores e menores órfãos, abandonados e pobres. O instituto dos menores artesãos, no Rio de Janeiro, por exemplo, era dividido em duas alas: uma para “menores presos pela polícia por vadios, vagabundos e abandonados, e os de tão má índole que não podiam ser corrigidos por seus pais e tutores”, e outra para órfãos (RELATÓRIO, 1873). Ou seja, menores pobres, abandonados ou órfãos não precisavam cometer crimes para serem alocados junto aos “criminosos”.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o período em questão, as fontes disponíveis não oferecem informações sobre o desfecho da história de Joaquim. No entanto, o foco não está tanto no desfecho em si, mas sim nos eventos e decisões que o levaram até aquele ponto, pois eles forne-

cem um contexto para os costumes da época. Com base nas fontes encontradas, já é possível tirar algumas conclusões.

Uma observação importante é que havia uma estrutura jurídica sistematizada e burocrática, na qual os bacharéis em Direito ocupavam uma posição de destaque (FREYRE, 2004, p. 582). Isso contradiz a visão comum de um período primitivo e rudimentar, que muitas vezes é perpetuada para enfatizar uma suposta evolução contínua do direito ao longo do tempo. Embora o sistema fosse, obviamente, repleto de dificuldades, não era tão simplório quanto se imagina. No processo de Joaquim, por exemplo, já se pode perceber a existência de uma estrutura processual bastante elaborada.

Outra conclusão importante diz respeito à clara diferença de tratamento entre brancos e negros, ricos e pobres, educados e ignorantes. Embora o tratamento dado a Joaquim como menor tenha sido excepcional em relação à regra, é provável que seu tratamento como pobre e mulato não tenha sido tão diferenciado. Isso fica evidente nas leituras de Tobias Barreto, que mostram como certas liberdades na aplicação da lei permitiam tratamentos desiguais. Além disso, relatórios e notícias de jornais frequentemente mencionavam órfãos, inocentes, pobres e abandonados.

Não se trata apenas de relatar fatos históricos como uma sucessão de conflitos binários entre opressores e oprimidos. O que se percebe é que existia um sistema bem estabelecido, mas que estava sujeito, como é natural, à carga axiológica e interpretativa de seus aplicadores. Isso frequentemente reforçava a desigualdade.

A noção de menor, por sua vez, se tornou mais complexa a partir do Código de 1830. Isso não significa necessariamente que os menores estavam melhor protegidos e tutelados, mas é inegável que houve avanços na legislação em relação ao tratamento dado a eles. Finalmente, o Estado passou a dar uma atenção maior ao menor,

pelo menos teoricamente. Por fim, é importante refletir sobre as mudanças que ocorreram ao longo do tempo, não apenas no aspecto jurídico, mas também cultural, político e social – mudanças nas concepções sobre menores, negros e pobres. É fundamental também refletir sobre as permanências que persistem nesses mesmos aspectos, as sombras projetadas pelo passado que o presente ainda não conseguiu dissipar.

FONTES PRIMÁRIAS

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830 (Código Criminal do Império do Brasil).

BRASIL. Lei de 29 de novembro de 1832 (Código de Processo Criminal do Império do Brasil).

BRASIL. Lei nº 261 de 03 de dezembro de 1842.

GAZETA DE NOTÍCIAS. Edição 197 de 1881.

GAZETA JURÍDICA. Edição 27 de 1880.

GAZETA JURÍDICA. Edição 35 de 1886.

O APÓSTOLO. Edição 71 de 1880.

RELATÓRIO apresentado á Assembléa Geral Legislativa. Rio de Janeiro: Typographia Americana, 1873.

RELATÓRIO apresentado á Assembléa Geral Legislativa. Rio de Janeiro: Typographia Americana, 1875.

REFERÊNCIAS

ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

FAUSTO, Bóris. **O Crime do Restaurante Chinês: carnaval, futebol e justiça na São Paulo dos anos 30**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

FRAGA FILHO, Walter. **Mendigos, Moleques e Vadios na Bahia do Século XIX**. Salvador: Hucitec, 1996.

FREYRE, Gilberto. **Sobrados e Mucambos**: decadência do patriarcado e desenvolvimento do urbano. São Paulo: Global, 2004.

GINZBURG, Carlo. **Mitos, emblemas, sinais**: morfologia e história. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

HESPANHA, Antonio M. Da “iustitia” à disciplina”: textos, poder e política penal no Antigo Regime. In: HESPANHA, Antonio M. **Justiça e Litigiosidade**: história e perspectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

KOERNER, Andrei. **Judiciário e Cidadania na Constituição da República Brasileira (1841-1920)**. Curitiba: Juruá, 2010.

MARQUES, Vera R. B.; PANDINI, Sílvia. Feios, Sujos e Malvados: os aprendizes marinheiros no Paraná oitocentista. **Revista Brasileira de História da Educação**, Maringá, v. 8, p. 85-104, jul./dez. 2004.

PRATES, Régis F. F. **Escola de Aprendizes Marinheiros**: uma educação para as camadas populares na Marinha do Brasil. Dissertação (Mestrado em Educação). Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2015.

REVEL, Jacques. Prefácio: a história ao rés-do-chão. In: LEVI, Giovanni **A Herança Imaterial**: trajetória de um exorcista no Piemonte do século XVII. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

ROCHA JR., Francisco A. R. M. **Recursos do Supremo Tribunal de Justiça do Império**: o liberalismo penal de 1841 a 1871. Curitiba: Juruá, 2013.

SANT’ANNA, Marilene. Trabalho e conflitos na casa de correção do Rio de Janeiro. In: BRETAS, Marcos, *et al.* **História das Prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Anfitheatro, v. 1, 2017. p. 294-326.

WEINHARDT, Otávio A. G. **Delitos Étílicos**: embriaguez, criminalidade e justiça (Curitiba, 1890-1920). Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2019.

WEINHARDT, Otávio A. G. **Menores Problemas, Menores Soluções**: discursos e práticas em torno da infância marginalizada nas décadas finais do Império do Brasil (Curitiba, 1871-1890). Dissertação (Mestrado em História). Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2019.

CAPÍTULO 19

PREVISTO, PREVEDIBILE, PREDICIBILE: L'AVVIO DI UNO STUDIO SUI PARADIGMI DELLA CALCOLABILITÀ GIURIDICA

*EXPECTED, FORESEEABLE, PREDICTABLE: THE
BEGINNING OF A STUDY ON THE PARADIGMS OF
LEGAL COMPUTABILITY*

*PREVISTO, PREVISÍVEL, PREDISÍVEL: O INÍCIO
DE UM ESTUDO SOBRE OS PARADIGMAS DA
COMPUTABILIDADE JURÍDICA*

FRANCESCO MARIA DAMOSSO¹
REVISOR TÉCNICO: RAUL BELÚCIO²

RIASSUNTO: L'Autore ha induttivamente decostruito, sul piano teorico, l'operazione di calcolo giuridico, per ragionare su: che cosa vuol dire calcolo giuridico? Quali sono gli elementi di calcolo e come vengono considerati nella loro significatività? Quali sono le potenzialità del calcolo? Qual è il risultato del calcolo? I paradigmi della calcolabilità sono mutati nel tempo, e con essi è mutata la loro natura.

Parole-chiavi: Certezza del diritto. Interpretazione. Intelligenza artificiale.

ABSTRACT: The Author has inductively deconstructed, from a theoretical standpoint, the process of legal computation aiming

1 Laureato nella Università Luiss Guido Carli, di Roma, Dottorando in Diritto dei mercati europei e globali presso l'Università degli Studi della Tuscia di Viterbo. Membro da Association Internationale de Droit Pénal (AIDP). Advogado. E-mail: francesco.damosso@unitus.it

2 Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Doutorando em Direito na Universidade da Tuscia. E-mail: raulbelucio@gmail.com

to contemplate: what does legal computation mean? What are the elements of computation and how are they assessed in terms of their significance? What are the potentialities inherent in computation? What is the outcome of the computational process? The paradigms of computability have undergone evolution over time, thereby altering their inherent nature.

Keywords: Legal certainty. Interpretation. Artificial intelligence.

RESUMO: O autor desconstruiu indutivamente, no plano teórico, a operação de cálculo jurídico, para refletir sobre: o que significa cálculo jurídico? Quais são os elementos do cálculo e como são considerados em sua significância? Quais são as potencialidades do cálculo? Qual é o resultado do cálculo? Os paradigmas da computabilidade mudaram ao longo do tempo, e com eles, sua natureza também mudou.

Palavras-chave: Certeza jurídica. Interpretação. Inteligência artificial.

1 INTRODUZIONE: QUALE CALCOLABILITÀ

La calcolabilità del diritto costituisce oggetto di una domanda – esigenza, urgenza, pretesa – anzitutto sociale, tanto irrinunciabile per l'individuo quanto necessaria per il giurista. Il futuro giuridico³ deve essere un orizzonte su cui poter effettivamente contare. Il buio sulle conseguenze giuridiche dell'agire – o non agire – umano ci proietta dentro a uno scenario per l'appunto antisociale, che implica mortificazione della soggettività del singolo e non di meno del senso dello Stato. Al primo verrebbero sostanzialmente negate libertà e uguaglianza; il secondo, quindi,

3 È un'espressione ampiamente presente nella produzione di Natalino Irti, che molto si è occupato dell'argomento: per tutti, si veda la raccolta di saggi citata in bibliografia (IRTI, 2016).

fallirebbe nel fine di garantire libertà e uguaglianza nell'ordine, assecondando una condizione di disordine di per sé gravemente incompatibile con i suoi scopi immanenti. Non a caso il sistema giuridico calcolabile è stato fatto coincidere con il sistema giuridico efficiente (CORSALE, 1979, p. 39), se efficienza – fuori da un'ottica prettamente economicistica – vuol dire essere rispondente ai propri fini, ossia funzionare al massimo delle proprie potenzialità nel perseguire l'obiettivo per cui si esiste.

Su di un piano generalissimo, il diritto è calcolabile, e dunque un preciso futuro giuridico può divenire oggetto di affidamento, nella misura in cui il soggetto calcolante può razionalmente rappresentarsi l'*an*, il *quando* e il *quomodo* il diritto inciderà sulla sua persona, altrettanto generalissimamente intesa.

Ma questa calcolabilità, oltre a poter assumere diverse forme e gradazioni, e a poter riguardare una discreta varietà di risultati – sono problemi afferenti al che cosa e al quanto si può calcolare⁴ –, non è sempre stata intesa allo stesso modo, e continua a essere intesa in modi diversi. Ciò che dipende dalla natura chiaramente derivativa del concetto in parola, idealmente discendente dal postulato – ora dogma, ora mito, ora valore – della certezza del diritto, ossia da un più generale attributo teoricamente caratterizzante i sistemi diciamo della famiglia giuridica occidentale: essendo o dovendo essere il diritto certo, nelle sue componenti e meccaniche di funzionamento, allora lo stesso è o deve essere calcolabile.

E la certezza del diritto, dal canto suo, nella teoria come nella pratica può occupare varie dimensioni, tra loro non sem-

⁴ Che peraltro sono gli unici problemi d'interesse: non è dato rinvenire una realtà giuridica in cui tutto o niente sia calcolabile.

pre congruenti⁵. Anzitutto, dunque, precisiamo che qui s'intende riflettere su quella dimensione della certezza relativa alle condizioni di intervento del potere punitivo – in quanto massimamente incidente sulla persona – e alla produzione degli effetti di questo potere; specificando altresì che sarà privilegiata con esclusività la sottodimensione della certezza della decisione penale; e, ancora, che si parlerà di certezza della futura decisione penale. Dovremo allora considerare la calcolabilità da questo angolo visuale.

Esplicitare il riferimento alla decisione futura è peraltro funzionale a escludere dalla trattazione: il discorso sulla certezza della decisione passata, ossia le esigenze di certezza delle situazioni giuridiche soggettive che sono alla base del giudicato penale⁶; il discorso sulla certezza della ricostruzione processuale dell'accadimento passato rilevante ai fini della decisione, ossia le esigenze di certezza storica, potendosi condannare l'imputato solo se ritenuto colpevole oltre ogni ragionevole dubbio.

Altrettanto incidentalmente, è agevole constatare come quelli appena descritti siano terreni in cui si sconta una qualche misura di in-certezza, e dunque in cui è possibile solo una certezza relativa: il giudicato penale, come si sa, è frangibile in forza dei mezzi straordinari di impugnazione e degli ulteriori rimedi espe-

5 La certezza del diritto, sia in ambito teorico che pratico, può manifestarsi attraverso diverse sfaccettature, le quali non risultano sempre coerenti tra loro. Queste varie dimensioni contribuiscono a creare una complessità nel concetto di certezza giuridica, poiché possono interagire in modi non sempre armoniosi, dando luogo a interpretazioni e applicazioni del diritto che possono differire. (ALLORIO, 1956, pp. 1198 ss.); (LONGO, 1959, pp. 124 ss.); (LOMBARDI VALLAURI, 1975, pp. 567 ss.); (CORSALE, 1979, pp. 30 ss.); (GIANFORMAGGIO, 1988, §§ 1 ss). Sulla concezione e il valore della certezza, è passato alla storia lo scontro – più apparente che reale, dato l'oggetto delle relative riflessioni – tra Bobbio (1951, pp. 146 ss). e Frank, (1930).

6 Posto che la funzione del giudicato penale non si esaurisce nel garantire una esigenza di certezza di situazioni e di giudizio, ma è per riflesso anche di garanzia: cfr. Corte Suprema, Sezione Unica. Decisione del 24 ottobre 2013, numero 18821, caso Ercolano e Corte Suprema, Sezione Unica. Decisione del 29 maggio 2014, numero 42858, caso Gatto..

ribili *in executivis* (è oramai un luogo comune parlare di crisi del giudicato); l'accertamento processuale del fatto, a rigore, non può mai condurre alla verità assoluta e intangibile (prevale contrariamente il canone della verità probabile, accertata lì e allora con gli strumenti a disposizione).

Il richiamo alla certezza della decisione penale futura, del pari, deve essere ridimensionato; giacché nella sua accezione attuale e praticamente possibile è da intendersi come certezza relativa o parziale, ossia tendenziale, delle conseguenze giuridico-penali del proprio agire. È vero: un'esigenza di certezza su queste conseguenze è a fondamento del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*⁷ *et sine iudicio*⁸; ma è altrettanto vero che se il diritto può essere oggetto di calcolo in quanto se ne postuli il carattere di certezza, in questi termini una certezza del diritto solo tendenziale implica una calcolabilità del diritto solo tendenziale, approssimativa; e un futuro giuridico su cui solo tendenzialmente si può fare i conti. In una parola: una decisione penale futura non esattamente prevista nei suoi contenuti, ma più o meno prevedibile.

Questa concezione di certezza e derivante calcolabilità solo relativa o parziale dipende dall'abitudine di rapportarla con la finalità di rappresentarsi appunto esattamente i contenuti della deci-

7 Ad ogni modo, la *ratio* complessiva del principio di legalità in materia penale non deve essere fatta coincidere con la *ratio* specifica della riserva di legge, ossia garantire il monopolio delle scelte politico-criminali al Parlamento in quanto dotato di maggiore legittimazione democratica, configurandosi quale sede in cui può avere luogo un adeguato confronto tra maggioranza e minoranza, nonché una adeguata ponderazione degli interessi in rilievo attraverso il procedimento di promulgazione della legge. Garanzie che le decisioni dei poteri esecutivo e giudiziario non possono offrire: in argomento, Delitala (1964, p. 968); Gallo, (1967, p. 22). Per una problematizzazione afferente alla rappresentanza politica, Palazzo (2007, pp. 1279 ss.) e Fiandaca (2011, pp. 79 ss.).

8 Il richiamo alle esigenze di certezza della decisione futura sarà dunque inteso esclusivamente in questi termini; non anche in termini di c.d. certezza della pena, che traduce una istanza di esecuzione effettiva della sentenza di condanna eventualmente pronunciata all'esito del giudizio. Di recente, si è soffermata sulla connessione dei due profili (RUGGIERO, 2017, p. 3841).

sione futura: *habitus* mentale residuante dalla stagione illuminista e primogiustpositivista, col quale dobbiamo ancora confrontarci⁹.

2 DEVER DE CUIDADO NO ÂMBITO FAMILIAR

Un più o meno rilevante margine di incalcolabilità dipende dal carattere certo o meno degli elementi di calcolo. In generale, gli elementi di calcolo sono quelli che combinati tra loro con la tecnica adeguata fanno pervenire il calcolante a un certo risultato. Nel nostro caso, il risultato vuole essere il contenuto della decisione futura; gli elementi di calcolo sono i dati disponibili a tal fine, e cioè: il dato legislativo, il dato interpretativo, il dato sociale. Il perché gli elementi di calcolo appena menzionati non sono certi nella loro significatività, sì da potere giungere a un risultato solo approssimativo, giammai esatto, è di intuitiva evidenza.

Il dato legislativo è incerto perché la lettera della legge, che stabilisce la penale rilevanza di una determinata condotta, è incerta nel suo significato: una medesima disposizione può infatti avere più significati. È logico che il grado di incertezza del dato aumenta proporzionalmente al suo grado di elasticità o vaghezza semantica nonché di qualità tecnica e sintattica, e viceversa.

9 In un auspicabile e successivo lavoro, peraltro, si osserverà come la medesima concezione di certezza e derivante calcolabilità con l'avvento della c.d. intelligenza artificiale possa giovare di una rigenerazione di significato, nella misura in cui la potenza di calcolo della macchina debitamente programmata è idonea a cogliere e quantificare almeno in parte quelli che della decisione futura costituiscono i – fisiologici o patologici – margini di incertezza. Incertezza che quindi può tendere alla certezza intorno a quali e quante siano le incognite del giudizio, e soprattutto alla loro incidenza sulla futura decisione; incalcolabilità, dunque, che diviene propriamente calcolabilità di quali possibili scenari di futuro giuridico possano attendersi. Ecco dunque il bisogno di formulare un'avvertenza terminologica: nel prosieguo del lavoro ci si riferirà alla certezza e alla calcolabilità intese in senso tradizionale.

Il dato interpretativo, che deriva dal formante giurisprudenziale e che specifica il precetto fissato nel formante legale, per un verso agevola il calcolante diminuendo il grado di approssimazione del risultato in discorso, ma per altro verso è solo eventuale, e comunque non è risolutivo perché è incerto. Un tale elemento di calcolo, cioè, agevola il calcolante perché è fuori dubbio che i contenuti delle passate decisioni, e dunque il come la legge sia già stata interpretata, possa fare presumere che in futuro quella stessa legge analogamente s'interpreterà. Al contempo, però, si tratta di un elemento di calcolo solo eventuale perché non è detto che un indirizzo interpretativo uniforme o sufficientemente consolidato o comunque esistente vi sia; e infine è un elemento incerto perché nulla garantisce che una certa interpretazione, pure uniforme e costante, venga senz'altro mantenuta nei giudizi a venire. A questo proposito, un qualche vincolo – di fatto o di diritto¹⁰ – al c.d. precedente ovviamente può venire in aiuto del calcolante, il grado di incertezza del dato interpretativo diminuendo proporzionalmente al grado di ripetitività del contenuto delle passate decisioni e viceversa; ma si deve anzitutto considerare l'art. 101 comma 2 Cost., preclusivo di un vincolo inderogabile a queste ultime¹¹.

Il dato sociale, ossia il contesto sociale storicamente determinato entro il quale è applicata una certa disposizione legislativa e si forma la relativa interpretazione giurisprudenziale, entra senz'altro a far parte del calcolo ed è, dal canto suo, altrettanto

10 Nell'ordinamento italiano, e in ambito processuale penale, si veda l'art. 618 comma 1-bis c.p.p.

11 In ogni caso, seguire il precedente salvo gravi e motivate ragioni è quantomeno una direttiva metodologica largamente condivisa: in giurisprudenza, tra le pronunzie a sezioni unite, si veda Corte Suprema Civile, Sezione Unica, Ordinanza del 6 novembre 2014, pubblicata in *Corte e Diritti*, numero 632844§ 1, *in diritto*, le quali hanno anche precisato che il principio debba ritenersi applicabile anche nell'ambito penale; nello stesso senso, antecedentemente, Corte Costituzionale, Decisione del 12 ottobre 2012, numero 230.

incerto perché sprovvisto di univoca significatività. Entra a far parte del calcolo perché il significato sociale di un fatto ben può costituire fattore alla stregua del quale calcolare le conseguenze dallo stesso derivanti, e questo teoricamente anche a prescindere dal dato interpretativo: se aggredisco fisicamente una persona procurandole una patologia permanente, non ho bisogno di conoscere la giurisprudenza sull'art. 583 c.p. per riconoscere in quello che ho fatto un disvalore analogo a quello della condotta punita in astratto dalla fattispecie incriminatrice; riconosco la norma nel fatto¹². Nell'assenza del dato interpretativo, poi, una tale riconoscibilità funge da elemento giustificativo essenziale della decisione: altrimenti dovremmo considerare senz'altro incalcolabili le conseguenze derivanti da un fatto punito da una fattispecie incriminatrice di nuovo conio ovvero recentemente modificata¹³. La stessa riconoscibilità – sempre allorquando si presuppongano certi determinati significati di senso e di valore condivisi –, può evidentemente sopperire pure a un *deficit* di precisione e determinatezza della disposizione. Per restare all'esempio, potrebbe essere scritto anche in modo estremamente vago l'art. 583 c.p.: quello che ho fatto rimane comunque incluso nel *core* della norma. L'inidoneità di una siffatta compensazione ai fini della legalità penale è un altro discorso.

Fuori dagli esempi di scuola o quasi, comunque, il dato sociale rimane incerto perché il significato sociale di un fatto nella coscienza comune ben può presentarsi controverso ovvero mutare

12 Il problema della riconoscibilità del precetto penale apre, tra l'altro, a quello dei suoi destinatari, i quali dovrebbero essere tanto l'individuo quanto il giudice: in questo senso, Sotis, (2018, p. 74). In argomento, si può rinviare anche alla ricostruzione di Massaro (2020, pp. 130 ss.), la quale invece conclude che il destinatario del precetto, inteso alla stregua di un atto linguistico, dovrebbe teoricamente e praticamente essere colui che abbia tutti gli strumenti tecnici per recepirlo, e cioè l'«interprete modello»; è evidente come in tale ottica il profilo della riconoscibilità passi in secondo piano.

13 Si veda, a quest'ultimo riguardo, Corte e.d.u., 12 luglio 2007, *Jorgic c. Germania*, § 109.

nel tempo, e dunque la norma ben può rimanere irriconoscibile: il risultato del calcolo giuridico su questa base rimane dunque approssimativo. Si dovrebbe allora valutare caso per caso se e quanto il dato in parola abbia potuto *ex ante* garantire un adeguato grado di calcolabilità. Sono valutazioni complesse e dagli esiti tutt'altro che univoci – con tutto ciò che ne consegue –, ma è praticamente quanto afferma anche la Corte europea dei diritti dell'uomo quando giudica prevedibile un'applicazione giurisprudenziale coerente con la «sostanza dell'incriminazione»¹⁴, ove la stessa possa dirsi effettivamente esistente e perciò orientante¹⁵, nell'assenza di un dato legislativo e interpretativo adeguatamente significativi. Finanche a ritenere prevedibile l'*overruling in malam partem*, sulla base delle

14 A partire da Corte europea dei diritti dell'uomo, Decisione del 22 novembre 1995 nel caso S.W. c. Regno Unito, paragrafi 36 e seguenti. Corte europea dei diritti dell'uomo, Decisione del 22 novembre 1995 nel caso C.R. c. Regno Unito, paragrafi 34 e seguenti. in cui si valorizza, tra l'altro, il formante dottrinale.

15 Comunque, nell'economia del giudizio di prevedibilità formulato dalla Corte e.d.u., il criterio in parola convive con altri criteri di segno diverso. Nel caso Contrada, per esempio, si è affermata l'esigenza di una base giuridica oggettivamente – per dir così – univoca: il dato di fonte legislativa deve essere adeguatamente e chiaramente specificato dalla fonte giurisprudenziale. In giurisprudenza, non ha mancato di evidenziarlo Corte Suprema, Sezione Unica, Decisione del 24 ottobre 2019 nel caso Genco, pubblicata in Corte e Diritti, numero 278054-01. In particolare, si rifletta sulla “natura” e la “portata” della decisione secondo quanto indicato nei paragrafi 4 e seguenti. Corte europea dei diritti dell'uomo, Decisione del 14 aprile 2015 nel caso Contrada c. Italia, ha passato anche in rassegna i tratti più salienti della giurisprudenza di Strasburgo sul principio di legalità *ex art. 7 C.e.d.u.* Nell'affermare il principio secondo cui, in tema di concorso esterno in associazione mafiosa, i principi enunciati nella sentenza Contrada non si estendono a coloro che, pur trovandosi nella medesima posizione, non abbiano proposto ricorso in sede europea, in quanto la richiamata decisione del giudice sovranazionale non è una «sentenza-pilota» e non può neppure ritenersi espressione di un orientamento consolidato della giurisprudenza europea, si dà conto della necessaria problematizzazione afferente alla eterogeneità dei principi e dei criteri offerti nelle pronunzie della Corte e.d.u. sui contenuti del *nullum crimen* convenzionale: questi sono vari e devono tra loro integrarsi in via interpretativa. A ciò si aggiunga che, come affermato dalla stessa *Grande Chambre*, non è nemmeno consentito assegnare prevalenza ai principi enunciati da quest'ultima rispetto a quelli stabiliti dagli altri collegi esclusivamente in ragione della loro provenienza, posto che tutte le decisioni emesse dalla Corte hanno egual valore: Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, Decisione del 28 giugno 2018 nel caso G.I.E.M. e altri c. Italia, paragrafo 252.

ragioni addotte a suo sostegno e, ancora, della sostanza dell'incriminazione¹⁶. Nel segno di un tale fondamento giustificativo, dal canto loro, le sezioni unite della Cassazione hanno operato – malgrado le dichiarate intenzioni – una decisa svolta interpretativa sfavorevole, e dunque concretamente ampliato l'area applicativa di una determinata disposizione incriminatrice, valorizzando tra l'altro il «completamente mutato... quadro sociale e tecnologico»¹⁷ sussistente al tempo del fatto, rispetto a quello del tempo in cui il precedente orientamento era stato affermato.

3 INTORNO ALLA CALCOLABILITÀ: SISTEMAZIONE DELLE AREE TEMATICHE LIMITROFE.

Si capisce bene, in primo luogo, come qualsivoglia riflessione sulla calcolabilità penale non miri tanto a constatare se il sistema sia calcolabile o non lo sia; piuttosto, essa presuppone un qualche grado teoricamente misurabile di calcolabilità. All'interno della famiglia giuridica occidentale contemporanea non si tratta di ragionare binariamente allo scopo di predicare la presenza/assenza della suddetta calcolabilità; quanto, invece, di intenderla alla stre-

16 Corte europea dei diritti dell'uomo, Decisione del 25 luglio 2013 nel caso *Khodorkovskiy e Lebedev c. Russia*, paragrafi 791-821. In ipotesi di mutamento giurisprudenziale sfavorevole, peraltro, il criterio da ultimo citato assume importanza decisiva nella misura in cui è ritenuta sempre imprevedibile la svolta non coerente con la sostanza dell'incriminazione: Corte e.d.u., 25 luglio 2013, *Khodorkovskiy e Lebedev c. Russia*, §§ 791-821; Corte e.d.u., Grande Camera, 20 ottobre 2015, *Vasiliauskas c. Lituania*, §§ 179-186; Corte e.d.u., 17 ottobre 2017, *Navalnyy c. Russia*, § 68.

17 Cass., sez. un., 31 maggio 2018, n. 51815, *Mordino* (§ 4.2., *in diritto*), le quali hanno affermato il principio per cui ai fini dell'integrazione del delitto di cui all'art. 600-ter comma 1 n. 1) c.p., con riferimento alla condotta di produzione di materiale pedopornografico, non è più necessario – a differenza di quanto stabilito da Cass., sez. un., 31 maggio 2000, n. 13, *Bove* – l'accertamento del pericolo concreto di diffusione del materiale in discorso. Cionondimeno, i giudici di legittimità hanno fatto cenno, seppure solo virtualmente, alla questione del come gestire gli effetti retroattivi del mutamento interpretativo sfavorevole (*ivi*).

gua di un concetto quali-quantativo, e relativo in base ai settori d'interesse. Precisamente, non si tratta di domandarsi se, ma fino a che punto – ossia con quale grado di accuratezza – possiamo prevedere che un determinato comportamento umano sarà valutato penalmente richiamabile o meno, e quale sarà l'entità dell'eventuale risposta sanzionatoria.

In secondo luogo conviene ribadire che quelli menzionati più sopra rappresenterebbero gli elementi di calcolo a disposizione del calcolante, vale a dire del soggetto interessato a ipotizzare l'esito della decisione futura. Ma ciò non significa, ovviamente, che quest'ultima viene emessa dal giudice solo sulla base di quegli elementi¹⁸. Dunque alcuni fattori, seppure rilevanti ai fini del decidere, tendenzialmente sfuggono alla possibilità di calcolo, almeno a mezzo dei tradizionali strumenti a disposizione: è il caso, *in primis*, del giudizio di valore¹⁹. Da questo angolo visuale, il giudizio sarà sempre in certa misura una questione di responsabilità sociale del giurista (ALPA, 2006, p. 76); anzitutto, del legislatore e del giudice.

In terzo luogo, per la posizione di chi scrive la certezza giuridica non è un'ideale regolativo. A patto naturalmente d'intendere la certezza nel suo significato radicale (e però testuale), che rimanda a un carattere di necessaria absolutezza e ontologica inamovibilità: «ciò che in un dato momento... mi è lecito, sia tale per sempre» (LOMBARDI VALLAURI, 1975, p. 571), salvo modifica di legge. Se difatti si trattasse di questo sarebbe comprensibile – anzi doveroso – immaginare, e lavorare per attuare, una realtà giuridica pienamente certa; perseguiremmo cioè l'ideale, pur con-

18 Nella nostra dottrina, ha riflettuto sulle ragioni della decisione Taruffo (1975, pp. 220 ss)

19 Su come i giudizi di valore giochino direttamente e indirettamente nell'interpretazione giuridica, si può rinviare – oltre all'opera di Schmitt (1960) – all'analisi di Villa, (2012, pp. 58-59); nonché a Scaccia, (2011, pp. 135 ss.)

sapevoli di non poterlo mai raggiungere, in ipotesi approvandolo nella sua indiscutibilità.

Probabilmente invece una tale certezza, oltre a non esistere, non è nemmeno auspicabile. È piuttosto preferibile che gli elementi di calcolo più sopra considerati – il dato legislativo, il dato interpretativo, il dato sociale – rimangano minimamente incerti²⁰. Si badi: minimamente incerti, non mediamente o massimamente incerti; quel tanto da conciliare l'intrinseca resistenza del sistema normativo – là dove tende all'avulsione dall'ambiente che dovrebbe curare – con le «aspettative sociali stabilizzate per periodi sufficientemente lunghi di tempo» (DI GIOVINE, 2006, p. 297) e comunque con la giustizia del caso concreto. Il punto, così, non è tanto l'ammissione teorica e pratica di una qualche incertezza di quegli elementi di calcolo, inevitabilmente tali; quanto la effettiva accettabilità sociale (PERELMAN, 1979, pp. 241 ss.) di quell'incertezza. È nondimeno necessario rinvenire un delicato equilibrio – peraltro facilmente compromettibile –, perché la giustizia è amministrata in nome del popolo, e il giudice deve dunque rendere conto all'opinione pubblica, ma non in termini di ricerca del consenso di quest'ultima²¹.

Dal presente angolo visuale, allora, sembrerebbe esaurirsi il problema della calcolabilità, e conseguente prevedibilità *ex ante* della decisione; e aprirsi, però, quello dell'autentica controllabilità²² *ex post* di quest'ultima. La controllabilità rimanda, a sua volta, alla

20 Del dato sociale – e quindi del significato sociale del fatto – è auspicabile una minima incertezza nella misura in cui il relativo mutamento può agevolare il riconoscimento di una norma penale antecedentemente irricognoscibile.

21 Di recente, l'ha espresso Illuminati (2020, p. 3518). Per un esempio recente di imposizione massmediatica sulla decisione giudiziaria, però, suggerirei Manes (2022, p. 56).

22 Sui tipi di controllo sociale nei confronti del legislatore e nei confronti del giudice, qua suggerisco Tarello (1980, pp. 68 ss) e Castignone (1977, pp. 1 ss).

dimensione giustificativa della decisione, e quindi allo strumento della motivazione. Il che, ancora, rimanda al problema della definizione dei relativi parametri di controllabilità²³.

Sebbene *per incidens*, può essere detto che una tale controllabilità in buona sostanza presuppone l'affidamento a, e si concreta nella successiva verifica di, un itinerario di ragionevolezza; ragionevolezza che, come premesso, contempla la variazione necessaria e ripudia l'assoluta fissità. Qualunque itinerario decisionale, ovviamente, è controllabile nella misura in cui si dimostra capace di giustificare la ragionevolezza che lo muove e che s'intende promuovere. Non si tratta, appunto, di giustificare in qualunque modo la decisione: chi accetterebbe mai che una medesima disposizione di legge venisse applicata in modo sempre diverso solo sulla base di diverse opzioni interpretative tutte tecnicamente sostenibili? Anche questa è una giustificazione possibile, ma evidentemente non sufficiente. L'apparato giustificativo, ossia la parte motiva della sentenza, dovrebbe piuttosto fondarsi – e dunque legittimarsi – su

23 In merito, qua cito Gianformaggio (1988, §§ 5 ss). Per l'A., invero, la dimensione della certezza si riduce a quella della controllabilità, al punto da giungere ad affermare che il diritto è certo se le decisioni giuridiche sono controllabili; e parametro fondamentale della controllabilità sarebbe la giustizia della decisione: in questo senso, i margini di discrezionalità possono garantire certezza, nella misura in cui sono funzionali a fare corrispondere la decisione alle attese dei consociati. Idealmente è vero: un senso comune e massimamente condiviso di giustizia, se corrisposto da una decisione emessa sulla base di quest'ultimo, potrebbe assicurare massima certezza. Sennonché, come rilevato dalla stessa A., il criterio potrebbe valere solo in pochissimi casi. A ragionare diversamente, per esplicitare l'ovvio, dovremmo presupporre l'esistenza di una coscienza sociale massimamente condivisa; il che è ben lontano dalla realtà in cui siamo addentro (pluralismo ideologico, valoriale, religioso, culturale). L'attuazione di quelle «certezze della coscienza comune», che stanno dietro e sopra al diritto positivo, sono quindi l'eccezione e non la regola: con buona pace di qualsivoglia tentativo di risolvere la questione della certezza in quella della giustizia (come per esempio proponeva CAIANI, 1954, p. 290, a cui va attribuita l'espressione tra virgolette). Non era di fatto distante da quest'ultima impostazione LOPEZ DE OÑATE, 1942, p. 53, là dove postulava l'ideale riconoscimento nella legge della volontà individuale di ciascuno: «obbedire alla legge degna di questo nome, vuol dire obbedire alla ragione profonda che l'individuo porta con sé, come legge della sua vita e del suo intimo essere». Evidenzia il rapporto irrimediabilmente critico tra esigenze di certezza ed esigenze di giustizia, invece, CARNELUTTI, 1953, p. 19.

criteri massimamente condivisi di interpretazione della legge e delle sentenze; su criteri massimamente condivisi di argomentazione giuridica; sulla tensione verso la massima valorizzazione dei profili di riconoscibilità della norma penale; sulla tensione verso la massima esplicitazione dei giudizi di valore formulati per decidere²⁴, almeno là dove coscientemente formulati, s'intende.

In quarto luogo, le riflessioni appena offerte non valgono a ritenere che la indefettibile garanzia di elevata prevedibilità *ex ante* della decisione penale, quasi fosse destinata all'ineffettività a causa dei fattori d'incertezza, possa in qualche misura essere sanata *ex post* a mezzo della garanzia della motivazione. I due piani sono complementari ma vanno tenuti radicalmente distinti. Da un lato, infatti, la prevedibilità deve essere senz'altro massimizzata congegnando e attuando tutte le tecniche più adatte allo scopo²⁵: giammai sull'individuo dovrebbero ricadere gli effetti sfavorevoli dell'incertezza, quando gli stessi risultino sostanzialmente imprevedibili²⁶. Dall'altro, però, in nessun caso potrebbero – né

24 Interrogandosi sui contenuti che dovrebbe presentare il discorso giustificativo della decisione, precisamente per non svuotare l'obbligo costituzionale di motivazione nell'ottica del controllo democratico del popolo nel cui nome la decisione è emessa, TARUFFO, 1975, pp. 306 ss. ha parlato di «principio di completezza della giustificazione», seppure scontando una effettiva inesplicitabilità delle c.d. ragioni reali della decisione. In questo senso, già ROSS, 1958, p. 146. Sugli schemi del ragionare giuridico in rapporto alla questione del controllo sociale, si vedano, tra i sociologi del diritto, le pagine di FRIEDMAN, 1975, pp. 371 ss.

25 Oltre a promuovere un'autentica e diffusa cultura del precedente giudiziario, da tempo nella dottrina penalistica si riflette – *de lege lata* e *de lege ferenda* – sulla valorizzazione dell'art. 5 c.p., come rimangiato da Corte Costituzionale, Decisione del 24 marzo 1988, numero 364, ovvero sull'implementazione del c.d. *prospective overruling* ampliando l'area di operatività dell'art. 2 c.p. Nel primo senso, Viganò (2016). Nel secondo senso, si veda Cadoppi (2014, pp. 316 ss.); nonché, da ultimo, Ant. Mappi, (2020, pp. 483 ss.), il quale però scinde il rimedio in discorso dall'operatività dell'art. 2 c.p.

26 Ci si riferisce anzitutto all'*overruling in malam partem* per l'imputato, ossia al mutamento giurisprudenziale il cui effetto è rendere in qualche misura peggiore il trattamento di quest'ultimo, in forza di una opzione interpretativa differente rispetto a quella precedentemente prescelta in altri casi, allorché la svolta non sia *ex ante* chiaramente

dovrebbero – essere azzerati i margini di incertezza, e quindi di incalcolabilità, e quindi di imprevedibilità: nulla, allo stato, potrebbe garantire una combinazione *more matematico* degli elementi di calcolo suscettibile di condurre a esatte previsioni. E ciò che non può rientrare nell'area della prevedibilità *ex ante* dovrebbe per l'appunto rientrare in quella della controllabilità *ex post*.

Nella tensione verso la razionalizzazione dell'incertezza, renderla comprensibile e, così, accettabile è un'assunzione di complessità e una sfida comunicativa e istituzionale di non poco momento. Veicolazione cioè di un messaggio elementare, il quale implica senz'altro pretesa di determinare cosa dal domani debba attendersi; ma suggerisce al contempo docilità nell'accogliere – assieme a una evidente e fisiologica umana difettività (PUNZI, 2021, pp. 113 ss.) – un futuro giuridico che, per il suo essere porzione di futuro, non può essere interamente governato.

4 L'AMBIZIONE DELLA CALCOLABILITÀ NEL TEMPO.

Quanto poc'anzi articolato è apparso funzionale a ordinare alcuni punti fermi – ora frutto di mera constatazione, ora di precise impostazioni assiologiche ritenute soggettivamente preferibili – della nostra dimensione giuridica presente. Seguitando il discorso sulla calcolabilità penale, si tenterà di afferrarne l'accezione che parrebbe sul punto di consolidarsi, nel prossimo futuro, a livello globale. A tal fine, ci si appresta ad abbozzare la traiettoria di significato che alla calcolabilità afferisce e che di fatto accompagna,

prevedibile; ma anche alla decisione emessa in una fase di disordine interpretativo in relazione al caso di specie, o comunque nella mancanza di precedenti analoghi su cui fare affidamento, allorquando la stessa risulti *ex ante* effettivamente imprevedibile.

anche nel campo delle nostre scienze, la transizione dal razionalismo moderno all'iperrazionalismo contemporaneo.

Nel tempo sono difatti mutati i paradigmi (KUHN, 1962), intesi alla stregua di modelli esplicativi fondanti; nel nostro caso, esplicativi della realtà giuridica. Abbiamo visto che quest'ultima – possiamo anche dire il diritto – tradizionalmente si assume più o meno calcolabile nella misura in cui si assumono più o meno certe le sue componenti e le sue meccaniche di funzionamento; più o meno calcolabile, cioè, facendo i conti con elementi di calcolo più o meno certi nella loro significatività. Si è anche inteso che più gli elementi di calcolo sono incerti più sarà approssimativo il calcolo possibile, e dunque il suo risultato, inteso quale specifica ipotesi di futuro giuridico su cui fare affidamento.

Ebbene, il cennato mutamento, di preciso, ha investito cumulativamente tre aspetti cruciali del calcolo. Ossia: quanti elementi di calcolo devono considerarsi; come gli elementi di calcolo devono valutarsi nella loro significatività, e quindi le possibilità di calcolo; e quindi il risultato del calcolo.

Possiamo al riguardo senz'altro cogliere, in uno sguardo d'insieme, tre macro-fasi epocali (SGUBBI, 2019, pp. 41 ss).

La prima può dirsi intimamente e ideologicamente radicata nel dogma della certezza del diritto, che – pur non rimanendo estraneo nemmeno all'ideale giusnaturalistico – permea l'ideale illuministico e si traduce, poi, nelle correnti giusposivistiche e giusformalistiche: l'individuo, che già da tempo non può più fare a meno di essere *homo computans*, si ancora qui alla centralità dell'elemento testuale postulando l'oggettività della legge e la logicamente conseguente funzione dichiarativa del giudice e della giurisprudenza. L'ordinamento giuridico è necessariamente completo e il mezzo del sillogismo sussuntivo si impone sul piano

metodologico, tanto come preteso schema logico-deduttivo per decidere – ossia applicare giurisdizionalmente un diritto già integralmente prodotto nella sede parlamentare –, tanto come preteso schema logico-deduttivo dimostrativo della dinamica di produzione-applicazione normativa.

Con queste premesse, è teoricamente massima la potenzialità del calcolo penale.

Il testo di legge, ossia la fattispecie incriminatrice, è infatti l'unico elemento di calcolo considerato e considerabile; per di più, lo si assume univocamente significativo, azzerato qualsivoglia apporto dell'interprete nel segno della stretta legalità. *Ergo*, volendosi rappresentare l'esito di una decisione futura, può ottenersi un risultato esatto: è cioè esattamente pre-visto il tipo di fatto punito, e dunque il come un fatto sarà penalmente valutato.

Per tanto si può intendere quello della previsione alla stregua di un paradigma prescrittivo, nella misura in cui è evidentemente prescrittivo il modello esplicativo della realtà giuridica che esso finisce per fondare: seppure ampiamente indimostrato, il risultato dal calcolo penale a partire esclusivamente dal testo deve essere certo; lo schema applicativo del diritto in sede giurisdizionale, come lo stesso schema del ragionamento giudiziario, deve fondarsi sul sillogismo sussuntivo; il diritto deve essere solo la legge.

La seconda fase può dirsi pragmaticamente – e, talvolta, altrettanto ideologicamente – disincantata a proposito della effettiva tenuta, già sul piano teorico, del binomio certezza-completezza; determinando, così, la reazione antiformalistica. Passando per il venire meno della centralità del testo legislativo, a partire tra l'altro dai processi di moltiplicazione delle fonti normative concorrenti anche sovranazionali e internazionali, e poi di decodificazione, e

poi di costruzione e ricostruzione del dialogo tra alte corti d'incerto livello, si arriva a intravedere l'erosione dei concetti stessi di fattispecie legale e di tipicità penale come tradizionalmente stimati.

Nel segno di una riformata coscienza problematizzante – che include pure la presa d'atto di una accentuata complessità delle situazioni della vita, e cioè dei fatti che debbono essere giuridicamente valutati –, l'ordinamento non può che risultare incompleto. Viene difatti concettualmente alla luce, in simultanea, l'irruzione delle scelte di valore in sede di decisione; nonché, più in generale, l'indefettibilità del momento discrezionale-valutativo, e dunque il carattere ineliminabilmente soggettivo dell'attività interpretativa, e dunque il ruolo necessariamente creativo del giudice. La meccanica sillogistica non funziona più, né per prescrivere al giudicante come decidere né come *actio finium regundorum* tra momento produttivo e momento applicativo.

Con queste premesse, è teoricamente e praticamente piuttosto ridimensionata la potenzialità del calcolo penale.

La disposizione incriminatrice, infatti, non può più essere l'unico elemento di calcolo da considerare. Nella tensione verso la consolidazione di una nuova legalità (VOGLIOTTI, 2020), oltre al dato legislativo vanno combinati insieme il dato interpretativo e il dato sociale, i quali peraltro non sono univocamente significativi. *Ergo*, volendosi rappresentare l'esito di una decisione futura, non può ottenersi un risultato esatto: è cioè solo approssimativamente pre-vedibile il come un fatto sarà penalmente valutato.

Quello della prevedibilità può dunque intendersi alla stregua di un paradigma descrittivo, nella misura in cui muove dalla constatazione dei fenomeni sul piano effettuale, presupponendo una determinata visione della dimensione giuridica penale.

Circa le sue componenti, il diritto non è infatti solo la legge/la fonte extrastatale scritta, e specificamente il precetto penale è co-formato dalla giurisprudenza e dalla società. Quanto alle relative meccaniche di funzionamento, non è dato separare nettamente e definitivamente momento produttivo-parlamentare del diritto e momento applicativo-giudiziario. Tra gli elementi di calcolo da considerare oltre al dato legislativo, vi è quantomeno anche quello interpretativo e quello sociale. Le possibilità di calcolo, conseguentemente, non sono massime essendo parzialmente incerti i dati a disposizione. Il risultato del calcolo, quindi, coincide con futuro giuridico che non esprime una necessità, ma una possibilità.

Una terza fase ha infine preso avvio con l'avvento dell'intelligenza artificiale e, in particolare, con l'ingresso – oltreoceano parzialmente avvenuto, da noi sostanzialmente in fase di sperimentazione (come recentemente in CASTELLI, 2022, § 5) – dei più innovativi sistemi computazionali in ambito giuridico-giudiziario. A mezzo di algoritmi, vale a dire di schemi di calcolo automatizzati dalle elevate potenzialità, che a seconda dei casi procedono mediante modelli generativi o discriminativi, si può in effetti prefigurare l'esito della decisione futura a partire dai dati disponibili; e dunque ipotizzare, con un determinato grado di probabilità, come un fatto sarà penalmente valutato. Ciò si rende possibile grazie alla notevole capacità sintattica dei sistemi in parola, che è quella di processare ingenti masse di dati per ricavarne correlazioni statistiche – prettamente statistiche – sempre più accurate. Le possibilità correlazionali in parola, è anche da dire, tendono all'infinito perché il sistema, dopo essere stato debitamente addestrato, può auto-apprendere e auto-correggersi.

Con queste premesse, tutte le potenzialità del calcolo penale sono praticamente rivitalizzate, e al contempo drasticamente aumentate.

Gli elementi di calcolo, in particolare, superano nettamente la triade dei dati legislativo interpretativo e sociale più sopra ricordata, giacché ulteriori elementi possono combinarsi tra loro allo scopo di aumentare il grado di accuratezza della proiezione.

Volendo considerare, per esempio, i sistemi di *judge profiling* – ossia di profilazione della persona del giudice – attualmente in uso nell’ordinamento nordamericano e finalizzati alla prefigurazione del segno e del contenuto della decisione di un determinato giudice persona fisica, entra nel calcolo pure una serie di dati specificamente afferente alla persona di quel giudice. Entra nel calcolo, cioè, quello che sinteticamente può denominarsi il dato individuale, in cui attualmente s’includono: informazioni anagrafiche (nome, cognome, data e luogo di nascita), applicazione presso un determinato ufficio giudiziario, passate esperienze professionali, *curriculum* di formazione e una fotografia (potendosi così ricavare indici relativi a sesso, etnia, età), oltre ovviamente alle sue precedenti decisioni. I risultati, resi accessibili tramite piattaforma *online*, si prestano a essere consultati dal pubblico una volta interrogato il sistema con la ricerca richiesta.

Ergo, volendosi rappresentare l’esito di una decisione futura, può ottenersi un risultato probabilisticamente orientato dall’elevato grado di accuratezza: un risultato pre-dicibile dal sistema che tenderebbe all’esattezza, nella misura in cui la decisione può essere anticipata con un grado di affidabilità sempre più elevato.

Il paradigma della predicibilità, ossia della prefigurazione di un evento sulla base di regolarità statistico-quantitative, reintroduce

allora un'aspettativa di misurazione e misurabilità, basata stavolta sul calcolo matematico. La centralità dell'algoritmo, appunto come strumento di calcolo, si presenta insomma come nemesi di una rinnovata forma di calcolabilità giuridica.

Tant'è che la direzione sembra essere quella di predisporre ambienti digitali atti a delineare la micro-direttiva individuale (CASEY-NIBLETT, 2017, p. 1401), offrendo *output rule-like* precisamente ritagliati sulla situazione e le caratteristiche del destinatario-persona fisica o giuridica del precetto: c.d. *self-driving law*.

La predicibilità costituisce dunque un nuovo paradigma prescrittivo, il quale può essere senz'altro afferrato a partire dalla realizzazione del mutamento linguistico in atto: il diritto reso nella lingua informatica implica difatti la sua traduzione in termini c.d. primitivi, i quali a differenza della lingua umana non possono essere oggetto di dinamica riattribuzione di significato, nel divenire del tempo ovvero al variare dei contesti. L'i.a. desimbolizza il linguaggio deprivandolo in radice di qualsivoglia efficacia espressiva (GARAPON-LASSEGUE, 2021, pp. 51 ss., 183), cioè di un messaggio e di un senso – comprensibile – ulteriore che solo il linguaggio umano può evocare; e finisce per determinare una sicura despazializzazione e deritualizzazione del giudizio (Garapon, 2021, pp. 135 ss.), sia come atto che come itinerario.

Ma nella visione di chi scrive il paradigma costituisce il modello esplicativo fondante della realtà giuridica calcolabile, che nello scenario prossimo futuro si vorrebbe predicibile in senso prescrittivo, giacché il diritto deve essere riducibile alla sequenza alfanumerica di calcolo, in modo non dissimile da come si riteneva precisamente e integralmente riducibile il fatto alla fattispecie legale, sotto il risalente paradigma della previsione. Da quest'ultimo, peraltro, la predicibilità sensibilmente differisce in quanto il

diritto è antipositivisticamente inteso: legge, precedenti, società, ulteriori elementi di calcolo che divengono formanti nel calcolo giuridico algoritmico. Ed è sostanzialmente rigettato il modello deduttivo puro – proprio del metodo scientifico duro – per cui a partire da premesse vere si possono prevedere fatti senza l’osservazione e l’esperienza: i sistemi intelligenti fanno dell’osservazione e dell’esperienza uno degli elementi essenziali del processo inferenziale.

La natura prescrittiva del paradigma della predicibilità si coglie dunque là dove vorrebbe promuoversi una nuova categoria ultra-ordinante dell’esperienza giuridica e a monte umana, imponendo una logica costrittiva distorsiva della natura del diritto come orizzonte di dialogo e tensione verso il completamento.

In base a questo stato delle cose, rimane da domandarsi se la delega all’algoritmo – non è più concettualmente l’individuo che in prima persona vede, seppure con l’ausilio del professionista²⁷, che cosa del suo futuro sarà, ma subentra un qualcosa di altro che dice/predice – non celi, per vero, un sostanziale atto di rinuncia dinanzi alla complessità del sistema normativo, soprattutto da parte delle istituzioni che dovrebbero farsi carico di ridurre la divaricazione tra

27 Nella prospettiva della Corte e.d.u., la mediazione del professionista è contemplata e talvolta necessaria, pur chiarendo come il destinatario della norma penale sia da ritenersi l’individuo. Si veda ad esempio Corte europea dei diritti dell’uomo, Decisione del 11 novembre 1996 nel caso *Cantoni c. Francia*, paragrafo 35. Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, Decisione del 29 marzo 2006 nel caso *Achour c. Francia*, paragrafo 54.; da ultimo, il principio è stato affermato nel parere della Grande Camera, richiesto dalla corte costituzionale armena ai sensi dell’art. 1 Prot. 16 Corte Europea dei Diritti Umani, emesso in data 29 maggio 2020. La giurisprudenza di Strasburgo si pone in senso conforme a quanto già suggerito dalla Corte costituzionale italiana, a partire da Corte Costituzionale, Decisione del 24 marzo 1988, numero 364. (§ 18, *in diritto*). Rimane comunque scontato che più la norma è riconoscibile, nel senso precisato sopra, meno per l’individuo si pone un problema pratico d’informazione: lo rileva – pressoché testualmente, pur non facendo riferimento alla riconoscibilità (GIANFORMAGGIO, 1988, § 1.)

realtà giuridica e realtà sociale, *in primis* aumentando, della prima, i livelli di comprensibilità, e quindi indirettamente di effettività.

Rimane da domandarsi se cioè non si rischi di rifiutare strutturalmente, e dunque di rinunciare, da parte dello Stato, all'assolvimento del dovere costituzionale di rendere *ab origine* autenticamente riconoscibile la norma penale in termini di formulazione, struttura e contenuti *ex artt.* 73 comma 3 e 25 comma 2 Cost. (C. cost., 24 marzo 1988, n. 364, § 17, in diritto); e al contempo controllabili – socialmente accettabili –, a mezzo di una motivazione contenutisticamente determinata, i fisiologici margini di incertezza degli elementi di calcolo tradizionalmente a disposizione *ex artt.* 101 comma 1 e 111 comma 6 Cost.

Allo stato, per vero, in luogo della tensione verso una ambiziosa sinergia tra riconoscibilità e controllabilità, tendente alla normale calcolabilità, che non genera esatte previsioni ma prevedibilità ragionevoli in quanto consapevoli partecipate coerenti contestualizzate, la tendenza sembra piuttosto di concedersi alla formula probabilistica, la quale nondimeno ontologicamente sponsorizza lo *slogan* di una prevedibilità in quanto tale. Il che può avere i suoi vantaggi, certo, soprattutto se possiamo sfruttare capacità di calcolo sbalorditive: ma con il rischio di soffocare l'indole critica verso il sistema nelle sue componenti e meccaniche di funzionamento, come pure di azzerare la tensione e l'interesse a farsi uno con lo stesso.

RIFERIMENTI

ALLORIO, E. La certezza del diritto dell'economia. **Revista di Diritto Economico**, v. 1956, pp. 1198-ss.

ALPA, G. **La certezza del diritto nell'età dell'incertezza**. Editoriale Scientifica, 2006.

BOBBIO, N. La certezza del diritto è un mito? **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, v. 1951, pp. 146-ss.

CADOPPI, A. **Il valore del precedente nel diritto penale**. Uno studio sulla dimensione in action della legalità. Giappichelli. 2. ed., 2014.

CAIANI, L. **I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica**. Cedam, 1954.

CARNELUTTI, F. La certezza del diritto. In: **ID., Discorsi intorno al diritto**, v. II. Cedam, 1953.

CASEY, A.J. - NIBLETT, A. **The Death of Rules and Standards**. Indiana Law Journal, v. 2017, pp. 1401-ss.

CASTELLI, C. Giustizia predittiva. **Questioni di Giustizia**, 8 febbraio 2022.

CASTIGNONE, S. Legalità, legittimità e legittimazione. **Sociologia del Diritto**, v. IV, 1977, pp. 1-ss.

CORSALE, M. **Certezza del diritto e crisi di legittimità**. Giuffrè. 2. ed., 1979.

DELITALA, G. Cesare Beccaria e il problema penale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, v. 1964, pp. 968-ss.

DI GIOVINE, O. **L'interpretazione nel diritto penale**. Tra creatività e vincolo alla legge. Giuffrè, 2006.

FIANDACA, G. Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale. **Criminalia**, v. 2011, pp. 79-ss.

FRANK, J. **Law and the Modern Mind**. Doubleday & Co., 1936.

FRIEDMAN, L.M. **The Legal System: a Social Science Perspective**. 1975. Trad. it. di G. TARELLO, Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali. Il Mulino, 1983.

GALLO, M. La legge penale. **Cooperativa Libreria Universitaria Torinese**, 1967.

GARAPON, A. **La despazializzazione della giustizia**. Mimesis, 2021.

GARAPON, A. - LASSEGUE, J. **Justice digitale**. Révolution graphique et rupture anthropologique. 2018. Trad. it. di M.R. FERRARESE, **La giustizia digitale**. Determinismo tecnologico e libertà. Il Mulino, 2021.

- GIANFORMAGGIO, L. Certezza del diritto. In: **Digesto delle discipline private**, 1988.
- ILLUMINATI, G. Principio di legalità e processo penale. **Cassazione Penale**, v. 2020, pp. 3517-ss.
- IRTI, N. **Un diritto incalcolabile**. Giappichelli, 2016.
- KUHN, T. **The Structure of Scientific Revolutions**. University of Chicago Press, 2012.
- LOMBARDI VALLAURI, L. **Saggio sul diritto giurisprudenziale**. Giuffrè, 1975.
- LONGO, M. Certezza del diritto. In: **Novissimo Digesto Italiano**, v. 1959, pp. 124-ss.
- LOPEZ DE OÑATE, F. **La certezza del diritto**. Giuffrè, 1968.
- MANES, V. Giustizia mediatica. **Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo**. Il Mulino, 2022.
- MASSARO, A. **Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica**. Editoriale Scientifica, 2020.
- NAPPI, ANT. **La prevedibilità nel diritto penale**. Contributo ad un'indagine sistemica. Edizioni Scientifiche Italiane, 2020.
- PALAZZO, F. Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale". **Quaderni Fiorentini**, v. 2007, pp. 1279-ss.
- PERELMAN, C. Logique juridique. **Nouvelle rhétorique**. 1976. Trad. it. di G. CRIFÒ, Logica giuridica. **Nuova retorica**. Giuffrè, 1979.
- PUNZI, A. Difettività e giustizia aumentata. L'esperienza giuridica e la sfida dell'umanesimo digitale. **Ars Interpretandi**, v. 2021, n. 1, pp. 113-ss.
- ROSS, A. **On Law and Justice**. 1958. Trad. it. di G. GAVAZZI, **Diritto e giustizia**. Einaudi, 2001.
- RUGGIERO, R.A. Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente. **Cassazione Penale**, v. 2017, pp. 3809-ss.
- SCACCIA, G. Valori e diritto giurisprudenziale. **Direito e Sociedade**, v. 2011, n. 1, pp. 135-ss.

SCHMITT, C. **Die Tyrannei der Werte**. 1960. Ed. it. di G. GURISATTI, **La tirannia dei valori**. 4. ed., Adelphi, 2008.

SGUBBI, F. **Il diritto penale totale**. Il Mulino, 2019.

SOTIS, C. “Ragionevoli prevedibilità” e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. **Questioni di Giustizia**, v. 2018, n. 4, pp. 68-ss.

TARELLO, G. L’interpretazione della legge. In: A. CICU - F. MESSINEO - L. MENGONI, **Trattato di Diritto Civile e Commerciale**, v. I, t. 2. Giuffrè, 1980.

TARUFFO, M. **La motivazione della sentenza civile**. Cedam, 1975.

VIGANÒ, F. Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale. **Direito Penal e Controlo Social**, 19 dicembre 2016.

VILLA, V. Una teoria pragmaticamente orientata dell’interpretazione giuridica. In: **Analisi e Diritto**. Giappichelli, 2012.

VOGLIOTTI, M. La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione. **Sistemi Penali**, 5 marzo. 2020.

CAPÍTULO 20

PROGRAMA DE INTEGRIDADE ANTIDISCRIMINATÓRIO: COMO O COMPLIANCE PODE PROMOVER A INCLUSÃO E DIVERSIDADE DAS MINORIAS NO AMBIENTE CORPORATIVO E COMBATER A DISCRIMINAÇÃO

*ANTI-DISCRIMINATION INTEGRITY PROGRAM: HOW
COMPLIANCE CAN PROMOTE THE INCLUSION AND
DIVERSITY OF MINORITIES IN THE CORPORATE
ENVIRONMENT AND COMBAT DISCRIMINATION*

PEDRO HENRIQUE HERNANDES ARGENTINA¹

“Diversity is being invited to the party. Inclusion is being asked to dance²”,
(Vernã Myers, vice-presidente de inclusão da Netflix).

RESUMO: O presente trabalho abordou o programa de compliance e sua contextualização no cenário brasileiro, tendo em vista que o programa passou a ser aderido com maior veemência após uma série de escândalos no país, nos quais grandes nomes empresariais foram identificados por sua atuação corrupta. Neste sentido, apesar da íntima relação entre compliance e o combate ao crime de corrupção, as medidas do programa possuem a capacidade de ir, remediando outras situações perniciosas enfrentadas pelas instituições, dentre elas, os problemas relacionados ao preconceito e discriminação das minorias no ambiente corporativo. O artigo tem como premissa destacar o compliance antidiscriminatório, seus mecanismos e ferramentas, com o potencial de promover a inclusão, diversidade e equidade dos grupos de minorias – mulheres, pessoas

1 Bacharel em direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). Pós-graduando no MBA em gestão estratégica de organizações pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Pós-graduado em direito corporativo e compliance pela Escola Paulista de Direito (EPD). Advogado. E-mail: pedro.sano@hotmail.com

2 Diversidade eu convido para o baile. Inclusão eu convido para dançar (tradução livre).

negras e pessoas LGBTQIA+ – no mercado de trabalho, combatendo o preconceito e a discriminação. Para atingir os objetivos, é profícuo mencionar que o presente trabalho foi desenvolvido de forma indutiva, com foco na relação entre o programa de compliance e a inclusão das minorias, destacando os benefícios do compliance no cenário corporativo. Realizada e fundamentada por meio de revisões bibliográficas, dentre revistas acadêmicas *on-line*, bem como a utilização de informações já disponibilizadas em livros, artigos, legislação e outras fontes publicadas.

Palavras-chave: Compliance. Programa de compliance. Compliance antidiscriminatório.

ABSTRACT: The work intends to approach the compliance and its contextualization in the Brazilian scenario, the program began to be adhered to with greater vehemence after a series of scandals in the country, in which large corporate names were identified for their corrupt performance. In this sense, despite the close relationship between compliance and the fight against the crime of corruption, the measures of the program have the ability to go beyond, remedying other pernicious situations faced by the institutions, among them, the problems related to prejudice and discrimination of minorities in the corporate environment. The article has as a premise to highlight the antidiscriminatory compliance, its mechanisms and tools, with the potential to promote inclusion, diversity, and equity of minority groups - women, blacks, and LGBTQIA+ - in the labor market, fighting prejudice and discrimination. To reach the objectives, the work was developed in an inductive way, focusing on the relationship between the compliance and the inclusion of minorities, highlighting the benefits of compliance in the corporate scenario. It was carried out and substantiated by means of bibliographic reviews, among online academic journals, as well as the use of information already available in books, articles, legislation, and other published sources.

Keywords: Compliance. Compliance program. Antidiscriminatory compliance.

1 INTRODUÇÃO

É possível que o cenário corporativo brasileiro nunca antes tenha comentado com tamanha necessidade de boas práticas no ambiente corporativo. Entretanto, nos últimos anos, tem-se verificado que as empresas estão debruçando maior atenção e direcionando maiores recursos financeiros – “*buget*”, como são comumente chamados os orçamentos no mundo corporativo – para a elaboração de um programa de compliance efetivo em suas instituições.

No Brasil, o ponto de partida para a preocupação com a implementação de programas de conformidade surgiu após uma série de escândalos que identificou práticas ilícitas envolvendo grandes nomes de pessoas jurídicas. *V.g.*, operação Castelo de Areia, Carne Fraca e, com destaque, a operação Lava Jato; caso em que empresas foram responsabilizadas por crimes de suborno e corrupção.

A partir deste cenário caótico, a cultura de compliance tornou-se um tema mais debatido no ambiente corporativo. Ressaltam Silveira e Saad-Diniz que (2015, p. 142): “[...] em face de tantos escândalos econômicos recentes, tem-se visto uma tentativa por parte das empresas de evidenciar uma modalidade de regulação a fim de externalizar sua correção, visando, também, uma menor severidade judicial”.

É Importante salientar, também, que a participação da sociedade nesses debates aumentou nesta mesma proporção. Neste sentido, vê-se que a população encontra-se mais atenta às atividades que as empresas desenvolvem, ou melhor, as formas com que estas atividades são desenvolvidas.

Não raramente, são noticiados casos de empresas que se envolveram em grandes escândalos que, inclusive, ferem os direitos humanos. Além dos casos famosos de corrupção, temos visto cada vez mais casos veiculados de tratamento desumano com funcionários, envolvendo casos de mão-de-obra análoga a escravidão, proibição da utilização de banheiros – há casos de funcionários que fizeram suas necessidades fisiológicas nas próprias roupas – e castigos vexatórios quando as metas não são atingidas. Notícias de violência contra clientes, casos de racismo e muitos outros exemplos compondo uma lista de fatos absurdos.

Por estes motivos graves expostos pela mídia, a população tem exigido mais das empresas. Mais transparência, mais ética, mais compromisso com os direitos humanos. O que, também, impulsionou – talvez até mesmo de forma compulsória, pela cobrança e pressão social – as instituições a desenvolverem seus programas de integridade.

O compliance foi abordado no Brasil, de forma bastante singela, pela Lei nº 12.846/2012, que é conhecida como Lei Anticorrupção, que versa sobre a responsabilização de pessoas jurídicas, na esfera cível e administrativa, de atos praticados contra a Administração Pública. Na lei, especificamente no art. 7º, consta um rol de atenuantes que poderão amenizar a sanção da pena, entre eles, “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade”.

Apenas em 2015, houve a incorporação no ordenamento jurídico com a nomenclatura “programa de integridade”, por meio do Decreto nº 8.420/2015, que regulamentou a lei supracitada e destinou um capítulo exclusivo a abordar a temática do compliance. Atualmente, a Lei da Empresa Limpa é regulamentada pelo Decreto

nº 11.129/2022, que revogou o anterior, mas também incluiu alterações importantes para a compreensão do tema no país.

Insta salientar que a Lei Anticorrupção brasileira é resultado de inspirações de ordenamentos jurídicos alienígenas, destacam-se duas leis conhecidas sobre o programa, o FCPA e o UKBA.

O *Foreing Corrupt Practices Act*, o FCPA, criada pelos Estados Unidos, em 1977, é considerada por muitos como a pioneira a tratar sobre o combate do suborno e corrupção envolvendo funcionários públicos.

Já um pouco mais recente, o *United Kingdom Bribery Act*, o UKBA, é a lei criada pelo Reino Unido, no ano de 2010, que é considerada por alguns autores como uma das leis mais rigorosas sobre o tema. De acordo com ela, são penalizados atos de corrupção e suborno envolvendo funcionários públicos e funcionários da esfera privada, que é o diferencial desta lei.

Cabe ressaltar que, apesar da Lei nº 12.846/2013 ser inspirada nas leis estrangeiras, diferentemente destas, a norma nacional não envolve a responsabilização da esfera penal.

Desta forma, apesar da íntima relação entre compliance e o crime de corrupção – fato compreensível pelo cenário em que o tema tomou maiores proporções de conhecimento – a cultura de compliance tem-se destacado como ferramenta de prevenção e combate de inúmeros outros reflexos perniciosos na instituição. Sendo considerado, inclusive, como um mecanismos capaz de combater o preconceito e promover a igualdade no ambiente corporativo, resultados do compliance antidiscriminatório. Nesse aspecto, destaca Santiago *et al.* que:

Además, independientemente de que el compliance tuviera originalmente premisas para combatir la corrupción y el fraude empresarial, también permitió el desarrollo de programas específicos en diver-

sas áreas de actividad empresarial, alcanzando así nuevos niveles³ (SANTIAGO et al., 2021, p. 286).

Portanto, o presente trabalho tem como objetivo elucidar o programa de compliance e evidenciar uma cultura direcionada a inclusão das minorias, enfatizando a situação das mulheres, pessoas negras e pessoas LGBTQIA+, que ainda são marginalizadas no mercado de trabalho. O programa proporciona desde um processo seletivo que abrace a luta das minorias a um ambiente corporativo mais humanitário, que promova o bem-estar destes funcionários.

Para atingir os objetivos propostos, é profícuo mencionar que o presente trabalho foi desenvolvido de forma indutiva, com foco na relação entre o programa de compliance e a inclusão de pessoas que integram um grupo de minorias, destacando os benefícios do compliance no cenário corporativo. Realizada e fundamentada por meio de revisões bibliográficas, dentre elas revistas acadêmicas *on-line*, bem como a utilização de informações já disponibilizadas em livros, artigos, legislação e outras fontes publicadas.

2 O PROGRAMA DE COMPLIANCE

No Brasil, conforme já demonstrado no presente trabalho, o programa de compliance passou a ser um ponto de alerta nas empresas após uma série de escândalos envolvendo grandes empresas e o crime de corrupção. Todavia, é possível observar, também, que a abrangência da cultura, quando estruturada e implementada

3 Além disso, embora a conformidade tenha sido originalmente baseada no combate à corrupção e fraude corporativa, ela também permitiu o desenvolvimento de programas específicos em várias áreas de atividade empresarial, atingindo assim novos níveis (tradução livre).

de forma efetiva, pode gerar benefícios que vão além da identificação da corrupção.

Neste sentido, é importante compreender o conceito do compliance. Original do vernáculo americano, o termo advém do verbo “*to comply*”, que significa “estar em conformidade com alguma coisa”, aqui refere-se a estar em conformidade com um conjunto de preceitos éticos, morais e legais, com o objetivo de atuar de forma íntegra e transparente.

Sendo assim, o programa de compliance consiste no desenvolvimento e adequação de mecanismos e ferramentas – o ordenamento jurídico aborda como parâmetros – sob a função tríplice de prevenir, detectar e remediar atos ilícitos e outros riscos, que não necessariamente são crimes, mas que podem refletir negativamente na empresa, internamente ou perante a sociedade.

Segundo Block (2020, p. 19), compliance é “o dever de cumprir e fazer cumprir regulamentos internos e externos impostas às atividades da instituição”. E destaca Saavedra (2022, p. 33), “em outras palavras, compliance, parece claro, é um sintoma de um processo de adaptação do sistema jurídico ao aumento de complexidade da sociedade”.

Define o Departamento de Justiça americano – DoJ – sobre o programa (2023, n.p.), “*compliance programs are established by corporate management to prevent and detect misconduct and to ensure that corporate activities are conducted in accordance with applicable criminal and civil laws, regulations, and rules*”⁴.

O Decreto nº 11.129/2022 trouxe importantes pontos e acréscimos em relação ao seu antecessor, o Decreto nº 8.420/2015,

4 Programas de conformidade são estabelecidos pela gerência corporativa para prevenir e detectar má conduta e para assegurar que as atividades corporativas sejam conduzidas de acordo com as leis, regulamentos e regras criminais e civis aplicáveis (tradução livre).

que é o atual norteador para as pessoas jurídicas implementarem o programa de compliance. Segundo inteligência do art. 56 do decreto:

Art. 56. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes, com objetivo de:

I - prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira; e
II - fomentar e manter uma cultura de integridade no ambiente organizacional.

Parágrafo único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e os riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual, por sua vez, deve garantir o constante aprimoramento e a adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade (BRASIL, Decreto n.º 11.129, 2022, n.p.).

É possível perceber que o artigo mencionado deixa evidente pontos importantes a serem identificados na cultura do compliance. De acordo com o inciso I, fica clara a necessidade de o programa ser desenvolvido sob o aspecto tríade de prevenir, detectar e remediar os riscos que a empresa está ou pode estar exposta.

Outro tópico relevante para a efetivação da cultura do compliance é proposto pelo parágrafo único do mesmo artigo. O programa de compliance não é – e nem pode ser – algo engessado dentro da instituição. Neste sentido, é necessário que o programa acompanhe constantemente a realidade da empresa; *i.e.*, quando determinado ponto do programa não fizer mais sentido, não refletir as necessidades reais da empresa, deve ser atualizado. Como

afirmam Gabineski *et al.*, (2019, n.p.) “[...] um programa de compliance é um organismo vivo, que se desenha perfeitamente para cada organização, com suas peculiaridades, respeitando sempre as boas práticas atreladas à cultura empresarial”.

Isto acontece, muitas vezes, em casos de mitigação dos riscos. Quando o compliance não conseguir prevenir o risco antes mesmo que aconteça, é preciso que a empresa realize a mitigação, que consiste em corrigir as falhas e proporcionar medidas que evitem uma reincidência naquele determinado erro, reforçando, desta forma, a transparência e o compromisso ético assumido pela instituição.

2.1 OS PARÂMETROS DO PROGRAMA DE COMPLIANCE

Para que a cultura de compliance seja implementada de forma efetiva dentro da instituição, é essencial que o programa tenha pilares de sustentação, também conhecidos como mecanismos e ferramentas do programa. O Decreto nº 11.129/2022 traz estes pilares com a denominação de parâmetros; com fulcro no art. 57, “[...] o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros [...]” (BRASIL, Decreto n.º 11.129, 2022).

Neste sentido, o art. 57 elenca um rol de mecanismos que integram um programa de compliance. Trataremos alguns dos mais conhecidos aqui, sem descaracterizar, todavia, a importância dos demais.

É preciso mencionar que não existe um padrão para a implementação destes parâmetros. É necessário, contudo, que sejam implementados de forma a sanar as reais necessidades da empresa, evitando, assim, os riscos aos quais a pessoa jurídica

está exposta. O programa deve ser aderido de forma singular e sob medida, descaracterizando a ideia do “*one-size-fits-all*”, que defende a existência de um modelo único e padronizado.

O primeiro parâmetro a ser destacado (inciso I) é o apoio da alta gestão, podendo ser considerado a mola propulsora de todo o programa. Um programa de compliance somente irá produzir efeitos positivos se; aqueles que possuem o poder na empresa apoiarem a cultura. É a alta gestão que servirá como modelo de compromisso e transparência com as normas e medidas exigidas pelo programa.

Desta forma, a expressão “*tone at the top*” que dizer que o exemplo vem de cima, *i.e.*, da alta gestão. Para Gazoni (2019, p. 87), “o maior segredo da eficiência de um programa de compliance está no fato de haver o suporte da Alta Administração”.

Para que o programa de compliance seja considerado efetivo, é vital que a empresa demonstre os compromissos e valores compactuados. Sendo assim, a elaboração de códigos de ética e de conduta são pilares indispensáveis dentro do programa.

É por meio destes documentos que a empresa evidenciam de forma interna e externa – para a sociedade e terceiros interessados – os compromissos. Para Cruz e Dutra (2019, p. 05), “entende-se o compliance como um código de ética e condutas, utilizado como um transmissor entre os consumidores e as empresas de modo a efetivar as transparências e as regras de atuação em conformidade com a lei”.

Após estruturada a base do compliance, é preciso dar vida ao programa; para, de fato, torná-lo uma cultura no ambiente corporativo. Para isto, é importante elaborar os treinamentos corporativos, ferramenta essencial para a comunicação a respeito do programa para toda a empresa. Para Ajeje *et al.* (2020, n.p.), “a comunicação é a forma que a empresa tem de transparecer a cultura

de compliance, os conceitos, valores e missões, e os quais podem ser transferidos por meio dos treinamentos”.

Os *hotlines*, conhecidos como canal de denúncia configura uma das ferramentas principais para o correto – e efetivo – funcionamento dos programas de compliance. Isto porque, é por meio deste mecanismos que a empresa proporciona uma forma de seus funcionários e terceiros denunciarem algo negativo que perceberem dentro do ambiente de trabalho.

O denunciante de boa-fé, portanto, é a pessoa que tendo conhecimento de alguma ilicitude ou situação negativa, por meio do canal de denúncia, manifesta a situação, para que posteriormente seja averiguado de forma minuciosa pelos responsáveis pelo setor de compliance.

O procedimento de *due diligence* também caracteriza um pilar do programa de compliance. No art. 57 do Decreto nº 11.129/2022, inciso XIII, é abordado como “diligências”, mas também é conhecido como diligência prévia. Constitui, então, um procedimento antes de uma contratação – tanto para pessoas físicas como para pessoas jurídicas – que consiste na verificação dos antecedentes. Neste sentido, a empresa irá verificar se aquele negócio pode gerar riscos, buscando sempre manter seus padrões éticos e transparente. Reforça o *Department of Justice Criminal Division*⁵ (2023, p. 07), que “*a well-designed compliance program should apply risk-based due diligence to its third- party relationships*”⁶.

Desta forma, foram abordados os pilares do programa de compliance que são mais destacados – sem desconsiderar todos os demais elencados no art. 57 do Decreto 11.129/2022 – quando

5 Departamento de Justiça Divisão Criminal (tradução livre).

6 Um programa de conformidade bem projetado deve aplicar a devida diligência baseada em risco para seus relacionamentos com terceiros (tradução livre).

o assunto é abordado. Contudo, insta salientar que o importante é que estes mecanismos tenham efetividade na prática e auxiliam na prevenção, detecção e remediação dos riscos.

3 AS DIFICULDADES ENFRENTADAS PELAS MINORIAS: MULHERES, PESSOAS NEGRAS E PESSOAS LGBTQIA+

O mercado profissional ainda é composto, em sua grande maioria, por pessoas do gênero masculino e pessoas brancas. Neste sentido, o programa de compliance atua, também, na intenção de proporcionar um ambiente com mais oportunidades sem distinções.

O grupo conhecido como minorias enfrentam inúmeros obstáculos no mercado de trabalho e, por este motivo, é necessário que as empresas desenvolvam mecanismos e programas afirmativos para auxiliar a luta pela igualdade, vertente esta que tem sido cada vez mais difundida e conhecida no meio corporativo como DE&I, que significa “diversidade, equidade e inclusão”.

As minorias, constantemente, enfrentam o preconceito e a discriminação nos ambientes profissionais. O foco na não discriminação é tornar o ambiente mais igualitário entre as pessoas, de forma a respeitar suas diferenças. Segundo o Ministério do Trabalho, conceitua-se discriminação como:

Do ponto de vista jurídico, discriminação é toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional, origem social ou outros critérios de discriminação, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento (MINISTÉRIO DO TRABALHO, 2018, p. 12).

O grupo das minorias são compostos por diferentes pessoas dentro da sociedade, que apesar de ser enquadrada em um aspecto

plural, é composta por indivíduos únicos e singulares, cada um com sua particularidade. No presente trabalhos serão destacados o grupo de minorias compostos por mulheres, pessoas negras e pessoas LGBTQIA+.

3.1 AS DIFICULDADES ENFRENTADAS PELAS MULHERES

A desigualdade de gênero no mercado de trabalho consiste em uma triste realidade. Mulheres recebem salários menores quando comparados com os salários de homens com as mesmas qualidades técnicas e ocupando os mesmos cargos que eles. Também ocupam menos as posições de lideranças dentro das empresas. Segundo a ONU, sobre a igualdade de gênero:

*Women and girls represent half of the world's population and, therefore, also half of its potential. Gender equality, besides being a fundamental human right, is essential to achieve peaceful societies, with full human potential and sustainable development*⁷(UNITED NATIONS, s.d., n.p.).

As mulheres são alvos de assédio e discriminação dentro do cenário corporativo e nos ambientes de trabalho em geral. A situação torna-se ainda mais complexa quando além do gênero, são negras e com orientações sexuais divergentes da heterossexualidade. Segundo McKinsey (s.d., n.p.), *“as a result, these groups of women often experience more microaggressions and face more barriers to advancement”*⁸.

⁷ Mulheres e meninas representam metade da população mundial e, portanto, também metade de seu potencial. A igualdade de gênero, além de ser um direito humano fundamental, é essencial para alcançar sociedades pacíficas, com pleno potencial humano e desenvolvimento sustentável (tradução livre).

⁸ Como resultado, esses grupos de mulheres geralmente sofrem mais micro agressões e enfrentam mais barreiras para progredir (tradução livre).

Com base na pesquisa realizadas pelo Fórum Econômico Mundial⁹, sobre a desigualdade de gênero, serão necessários 132 anos para que a paridade entre homens e mulheres aconteçam. Insta salientar que entre os 146 países que participaram da pesquisa, o Brasil ocupou a 94ª posição.

3.2 AS DIFICULDADES ENFRENTADAS PELAS PESSOAS NEGRAS

Outro grupo que integram as minorias que sofrem com a exclusão no mercado profissional é aquele compostos por pessoas negras. Os dados colhidos nos estudos demonstram que, apesar da população ser composta mais por pessoas negras, elas ainda encontram dificuldades de ingressarem nos ambientes corporativos, principalmente em cargos de alta gestão.

Segundo dados obtidos nas pesquisas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o IBGE (2022, p. 01), os resultados demonstram que no ano de 2021, 69% dos cargos gerenciais eram ocupados por pessoas brancas, enquanto apenas 29,5% eram ocupados por pessoas pretas ou pardas.

Outra pesquisa realizada pelo Instituto Ethos, em 2016, destaca a dificuldade que as pessoas negras possuem de ingressar no mercado de trabalho. O estudo demonstra que grande parte das empresas que participaram da pesquisa não possuem mecanismos de inclusão, v.g., ações afirmativas que incentivem a presença de mulheres e negros em seu quadro de funcionários – o programa de compliance antidiscriminatório configura uma destas ferramentas de inclusão e será abordado posteriormente –. Sobre as

9 Global Gender Gap Report 2022.

ações afirmativas que as instituições podem implementar, destaca o Ministério do Trabalho que:

As ações para valorização e promoção da diversidade são políticas adotadas pela empresa, decorrentes de previsão legal ou não, com vistas à redução de desigualdade no âmbito das relações de trabalho, desde o ato de admissão até o pós-contrato (MINISTÉRIO DO TRABALHO, 2018, p. 38).

Dentre as empresas que também responderam o questionário da pesquisa proposta, apenas 27 expuseram as características físicas de seus funcionários. De acordo com a pesquisa sobre perfil social, racial e de gênero:

Os negros, que são 52,9% da população do país, estão, como as mulheres, em situação de desigualdade, sub-representação e afunilamento hierárquico. A exclusão é, entretanto, mais acentuada. Maioria nos contingentes de aprendizes e trainees, com proporção de 57,5% e 58,2%, os negros têm sua participação resumida a 6,3% na gerência e 4,7% no quadro executivo (INSTITUTO ETHOS, 2016, p. 15).

Fica bastante evidente as dificuldades enfrentadas pelas pessoas negras. Apesar de constituírem a maioria populacional, elas não são vistas nas instituições, e menos ainda em cargos hierarquicamente mais altos.

3.3 AS DIFICULDADES ENFRENTADAS PELAS PESSOAS LGBTQIA+

As pessoas LGBTQIA+ também enfrentam preconceito, discriminação e exclusão, isso porque a sociedade tende a aceitar de forma mais receptiva aqueles com padrões já considerados

como aceitos. A ideia da heteronormatividade encontra-se muito enraizada na sociedade.

Embora o acrônimo represente um conjunto de pessoas, que são consideradas como minorias, é mister salientar que cada letra representa um outro grupo de pessoas com orientações sexuais divergentes e é importante conhecê-los.

Portanto, a sigla representam as pessoas lésbicas, *gays*, bissexuais, transgênero, *queers*¹⁰, intersexuais, assexuais. O símbolo “mais” representa todas as outras pessoas que não se sentem representados pelas demais letras do acrônimo.

Destaca, sobre o ponto, a Organização Internacional do Trabalho (2020, p. 04), “*LGBTIQ+: acronym for lesbian, gay, bisexual, transgender, intersex and queer. The plus sign represents people with diverse sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics who identify using other terms*”¹¹.

Sobre a violência sofrida por este grupo, a OIT (2020, p. 13) destaca, também, que, “*around the world, LGBTIQ+ persons face harassment, violence and discrimination on the basis of sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics*”¹².

Segunda uma pesquisa realizadas entre os anos de 2020 e 2022, pela consultora Santo Caos, intitulada “Demitindo preconceito”, foram entrevistadas mais de 19 mil pessoal, de diversas

10 *Queer* são pessoas que não se identificam com nenhum padrão específico imposto pela sociedade, por este motivo, transitam entre os gêneros.

11 LGBTIQ+: sigla para lésbica, gay, bissexual, transgênero, intersexo e *queer*. O sinal de mais representa pessoas com diversas orientações sexuais, identidade de gênero, expressão de gênero e características sexuais que se identificam usando outros termos (tradução livre).

12 Em todo o mundo, as pessoas LGBTIQ+ enfrentam assédio, violência e discriminação com base na orientação sexual, identidade de gênero, expressão de gênero e características sexuais (tradução livre).

orientações sexuais e em empresas com características diversas, v.g., tamanhos e setores.

Segundo os dados obtidos, os funcionários LGBTQ possuem menos tempo de empresa, estão menos presente nos cargos de liderança, sofrem mais assédio, sentem que a empresa fala sobre a causa, mas pouco faz sobre o assunto e estes funcionários preferem manter-se em silêncio e sigilo em relação as suas orientações sexuais.

4 COMPLIANCE ANTIDISCRIMINATÓRIO

Após uma breve contextualização da realidade enfrentada pelas minorias neste trabalho abordadas – mulheres, negros e LGBTQIA+ – restou bastante nítido a necessidade de as empresas desenvolverem mecanismos e ferramentas de um programa de compliance voltado para a inclusão das diversidades, promovendo um ambiente com equidade e combatendo o preconceito e a discriminação. Para Andrade e Caldas:

Portanto, o compliance antidiscriminatório pode ser definido como ações institucionalmente organizadas para prevenir discriminação e práticas preconceituosas no ambiente de trabalho, como meio de minimizar riscos, diminuir conflitos e criar um ambiente mais integrado, harmônico e humanizado (ANDRADE; CALDAS, 2020, p. 44).

O compliance antidiscriminatório consiste em uma subdivisão do programa de integridade macro já conhecido. Neste sentido, a pessoa jurídica terá um setor de compliance responsável por desenvolver os pilares de compliance direcionado as práticas inclusivas, desde o processo seletivo para o ingresso destes funcionários, como o desenvolvimento de uma ambiente corporativo

que fomenta o respeito com estes funcionários. Ainda segundo os autores supramencionados, Andrade e Caldas (2020, p. 45),” o contexto atual demonstra que é imprescindível a existência de mecanismos de prevenção a atos discriminatórios”. Para o Instituto Promundo e as empresas do grupo Eletrobras:

Essa diversidade faz parte da vida de cada um/a de nós, mas, nos ambientes de trabalho, com frequência as diferenças terminam por serem desvalorizadas e transformadas em desigualdades, fazendo com que as pessoas sejam comparadas e discriminadas ou mesmo excluídas de processos seletivos nas empresas, seja para inserção ou no avançar de cargos e planos de carreira (INSTITUTO PROMUNDO; GRUPO ELETROBRAS, 2019, p. 13).

Neste sentido, os pilares já conhecidos e aqui apresentados, deverão ter um viés de equidade e inclusão das diversidades. Muitas empresas, v.g., desenvolvem processos seletivos exclusivos e destinados a um grupo específico de pessoas, outras desenvolvem cartilhas abordando o acrônimo LGBTQIA+. Segundo o Ministério do Trabalho:

As organizações, em especial as de maior porte, podem também manter programas de compliance com as leis antidiscriminatórias ou mesmo criar estruturas de governança para assegurar a implementação efetiva dos compromissos e das políticas relativas ao combate à discriminação no trabalho. Nessas organizações, a elaboração de códigos de ética e conduta também constitui uma importante medida (MINISTÉRIO DO TRABALHO, 2018, pp. 36 e 37).

É preciso, portanto, treinamentos corporativos que demonstrem a importância da luta pela causa. Canais de denúncia que tratem os relatos sobre assédio, preconceitos e causas de discrimi-

nação de forma efetiva, deixando evidente que estes comportamentos não serão tolerados e serão impostas sanções caso os autores sejam identificados. É necessário que a alta gestão trate o assunto com seriedade, tendo em vista que são as pessoas mais ouvidas dentro da instituição. Ou seja, é preciso direcionar os pilares já conhecidos na cultura de compliance e implementar dentro dele medidas que fomentem a inclusão das minorias. De acordo com o Instituto Promundo e as empresas do grupo Eletrobras:

As empresas, como parte das instituições da sociedade que reproduzem e reforçam determinadas concepções das pessoas, representam um espaço fundamental de transformação social e possuem espaço para o trabalho nos diferentes níveis (INSTITUTO PROMUNDO; GRUPO ELETROBRAS, 2019, p.35).

As empresas possuem este potencial de promover a diferença, por meio de oportunidades mais justas e contribuindo com a causa do combate ao preconceito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, diante dos elementos trazidos neste trabalho e sem o ânimo de exaurir a temática vertida, o programa de compliance tem sido uma forte tendência no mundo corporativo. Apesar da preocupação pela sua implementação ter como ponto de partida um contexto social problemático envolvendo práticas do crime de corrupção, as empresas, a partir de então, passaram a desenvolver programas de integridade com um caráter mais robusto e efetivo, descaracterizando a ideia da existência de um programa de fachada e que meramente preenchesse uma lacuna formal.

Com o maior empenho da sociedade nas cobranças por atuações mais transparentes e éticas, as empresas caminham no sentido de implementar programas que funcionem na prática e que vão além do combate ao crime de corrupção.

Desta forma, os mecanismos e ferramentas do programa proporcionam melhorias dentro da empresa, mas seus reflexos positivos alcançam, inclusive, o público externo, a sociedade.

Quando uma empresa desenvolve mecanismos de um programa antidiscriminatório, pautado na inclusão e diversidade, por meio de ações afirmativas por ela desenvolvida, ela permite que grupos como as minorias tenham maiores oportunidades de conquistar o seu espaço no mundo profissional. Evidenciando o talento de funcionários que muitas vezes não possuem incentivos e espaço para demonstrarem sua atuação no mercado trabalho.

REFERÊNCIAS

AJEJE, Bruna; COLLINO, Mayra; MOLLICA, Priscila Novaes; MARIANO, Vivian. Comunicação e treinamento: melhores práticas. *In: Guia prático de compliance/organização* Isabel Franco. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ANDRADE, Nayara Correia de; CALDAS, Camilo Onoda. Compliance antidiscriminatório e mediação de conflitos no ambiente de trabalho. **Revista Da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu**. Dezembro, 2020. Disponível em: <https://revistadireito.emnuvens.com.br/revistadireito/article/view/134>. Acesso em: 04 maio 2023.

BLOCK, Marcella. **Compliance e governança corporativa**/Marcella Block. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020.

BRASIL. **Decreto 11.129, de 11 de julho de 2022. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D11129.htm. Acesso em: 01 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em 29 abr. 2023.

CRUZ, Pablo Henrique da; DUTRA, Lincoln Zub. **O dumping social e o compliance como meios de concretização da eficácia plena do direito fundamental ao trabalho.** In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 21, jul-dez/2019. Disponível em: <https://www.opet.com.br/faculdade/revista-anima/pdf/anima21/Revista-Anima-21-O-DUMPING-SOCIAL-E-O-COMPLIANCE-COMO-MEIOS-DE-CONCRETIZACAO-DA-EFICACIA-PLENA-DO-DIREITO-FUNDAMENTAL-AO-TRABALHO.pdf>. Acesso em: 01 maio 2023.

GABINESK, Bernardo; MARRARA, Cristiane Peixoto de Oliveira; ABBATEPAOLO, João Carlos e NASCIMENTO, Juliana Oliveira. Canal de denúncias – melhores práticas in **Guia prático de compliance/organização** Isabel Franco. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GAZONI, Carolina. Tone from the top: comprometimento e suporte da alta administração in **Manual de compliance: compliance mas-termind vol. 1**/Márcio El Kalay, Matheus Lourenço Rodrigues da Cunha; Matheus Lourenço Rodrigues da Cunha, Márcio El Kalay (organizadores) – São Paulo: Lec – Legal, Ethics and Compliance, 2019.

IBGE. **Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil.** 2022. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101972>. Acesso em: 01 maio 2023.

INSTITUTO ETHOS. **Perfil social, racial e de gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas**/Instituto Ethos e Banco Interamericano de Desenvolvimento. Mario, 2016. Disponível em: <https://www.ethos.org.br/cedoc/perfil-social-racial-e-de-genero-das-500-maiores-empresas-do-brasil-e-suas-acoes-afirmativas/>. Acesso em: 01 maio 2023.

INSTITUTO PROMUNDO E GRUPO CONEXÃO G E EMPRESAS DO GRUPO ELETROBRAS. **Cartilha promoção do respeito à diversidade nas empresas.** Maio, 2019. Disponível em: <https://promundo.org.br/recursos/cartilha-promocao-do-respeito-a-diversidade-nas-empresas/>. Acesso em: 04 maio 2023.

INTERNACIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Inclusion of lesbian, gay, bisexual, transgender, intersex and queer (LGBTIQ+) persons in the world of work: A learning guide.** 2020. Disponível

em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_846108.pdf. Acesso em: 03 maio 2023.

MINISTÉRIO DO TRABALHO. **Perguntas e respostas sobre discriminação no trabalho**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/escola/e-biblioteca/cartilha-pergunta-e-respostas-sobre-discriminacao-no-trabalho.pdf/view>. Acesso em: 03 maio 2023.

SAAVEDRA, Giovani. **Compliance**/Giovani Saavedra e Thomas Rotsch. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; MIRANDE, Santiago; ORTEGA, Ana Clara da Silva. **Compliance y cumplimiento de la función social y solidaria de la empresa en el contexto de la hipermodernidad**. Revista Jurídica da Presidência Brasília v. 23 n. 130 Jun./Set. 2021 p. 270-291. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/revistajuridica/29>. Acesso em: 30 abr. 2023.

SANTO CAOS. **Demitindo preconceito: um panorama sobre o grupo LGBTI+ no mercado de trabalho brasileiro**. 2022. Disponível em: <https://ac-landing-pages-user-uploads-production.s3.amazonaws.com/0000061489/d9bc028d-2381-4c42-82a3-7db7ca2e8246.pdf>. Acesso em: 02 maio 2023.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

U.S. Department of Justice Criminal Division. **Evolution of Corporate Compliance Programs**. Março, 2023. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>. Acesso em: 01 maio 2023.

U.S. Department of Justice. **Principles of federal prosecution of business organizations**. Disponível em: <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>. Acesso em: 01 maio 2023.

UNITED NATIONS. **Gender Equality**. Disponível em: <https://www.un.org/en/global-issues/gender-equality>. Acesso em: 01 maio 2023.

WORLD ECONOMIC FORUM. **Global Gender Gap Report 2022** Insight Report. July, 2022. Disponível em: https://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2022.pdf. Acesso em: 01 maio 2023.

CAPÍTULO 21

RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO PRODUTOR RURAL: A DIVERGÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO ACERCA DA NECESSIDADE DO REGISTRO MERCANTIL

*JUDICIAL RECOVERY OF THE RURAL PRODUCER: THE
DIVERGENCE OF THE BRAZILIAN JUDICIAL POWER
ABOUT THE NEED FOR MERCHANTILE REGISTRATION*

ANA LUÍSA SALVARO HERPICH¹
ÊMILY MARIA MARIN DA'COL²
RODRIGO RÓGER SALDANHA³

RESUMO: Neste artigo, iremos dispor acerca do cabimento da recuperação judicial para os agricultores, com fulcro nos agricultores que não possuem inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, mas que, apesar de não possuírem a inscrição referida, enquadram-se como empresários pois exercem atividade que caracteriza-se como empresarial, dadas as suas atribuições. Nesse viés, iremos tecer acerca da conceituação de agricultor, a natureza de suas atividades, à falência e o tocante da priorização da recuperação judicial como alternativa à falência, anterior a execução, bem como a possibilidade de aplicação a todos os dirigentes do âmbito da classe agrária. Destarte, iremos expor solução facilitada

1 Estudante do sexto período do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). E-mail: emilydacol2003@gmail.com.

2 Estudante do sexto período do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). E-mail: analuisaherpich@hotmail.com.

3 Professor do Curso de Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-doutorando em Democracia e Direitos Humanos Universidade de Coimbra - Portugal (2023-). Doutor em Ciências Jurídicas pela Unicesumar (2019-2022). Mestre em Ciências Jurídicas pela Unicesumar (2015-2017). Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade Metropolitana do Estado de São Paulo (2021-2022). Especialista em Educação Ambiental pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM (2014-2015). Especialista em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá - UEM (2012 - 2013). Bacharel em Direito pela Faculdade Metropolitana de Maringá - Bolsa PROUNI (2007-2011). E-mail: rodrigo.roger@pucpr.br.

e cabível para que todos os “empresários” do agronegócio sejam reconhecidos como tal, e portanto, tendo o direito à recuperação judicial, por meio da vinculação do CAD/PRO com o Registro Mercantil, em que para o agricultor possuir seu CAD/PRO em funcionalidade, terá que dispor, obrigatoriamente, o Registro Mercantil, além do auxílio das cooperativas, empresas de grande relevância no cotidiano do agronegócio, na aplicação da proposta, visto que a legislação das cooperativas dispõe acerca dessa função imposta à elas.

Palavras-chave: produtor rural; recuperação judicial; registro; agronegócio.

ABSTRACT: In this article, we will discuss the appropriateness of judicial recovery for farmers, focusing on farmers who are not registered in the Public Registry of Mercantile Companies, but who, despite not having the aforementioned registration, are classified as entrepreneurs because they carry out activities that characterizes itself as a business, given its attributions. In this bias, we will weave about the concept of a farmer, the nature of his activities, bankruptcy and the prioritization of judicial recovery as an alternative to bankruptcy, prior to execution, as well as the possibility of application to all leaders within the scope of the class agrarian. In this way, we will present a facilitated and suitable solution so that all agribusiness “entrepreneurs” are recognized as such, and therefore, having the right to judicial recovery, through the linking of the CAD/PRO with the Mercantile Registry, in which for the farmer to have his CAD/PRO in functionality, he will have to have, obligatorily, the Mercantile Registry, in addition to the help of cooperatives, companies of great relevance in the daily life of agribusiness, in the application of the proposal, since the legislation of cooperatives provides for this role imposed on them.

Key Words: rural producer; judicial recovery; record; agribusiness

1 INTRODUÇÃO

O agronegócio se caracteriza como atividades produtoras de bens, especialmente para consumo, sendo responsável por grande movimentação na economia brasileira, diante da grande produção e alto nível de exportação.

Entretanto, esse ramo possui intensos riscos, já que é movido por variações incontrolláveis, principalmente, o dólar e o clima, haja vista demandar um grande investimento e nem sempre a produção é capaz de sanar suas dívidas.

De acordo com o Código Civil, a inscrição dos produtores é facultativa, visto que mesmo sem Registro Mercantil são considerados empresários em situação regular. Essa regularidade é justificada pela natureza de suas atividades, por si só, equiparar-se a empresarial.

Diante disso, a recuperação judicial, como instrumento que possibilita a renegociação de dívidas, tendo em vista a função social e auxiliando no exercício das atividades empresariais, se mostra necessária a essas profissões diante da grande instabilidade e importância a toda a sociedade brasileira.

Ademais, a insegurança da aplicação desse instituto a produtores rurais está explícita principalmente dentro de entendimentos do Poder Judiciário Brasileiro, em que não há uma padronização acerca da obrigatoriedade ou não do Registro Mercantil para requerimento.

Assim, busca-se uma solução simplificada para que haja a unificação dos requisitos para pedido da Recuperação Judicial, demonstrando uma forma do Registro Mercantil estar presente no Cadastro Resumido de Produtores Rurais Ativos já feitos por todos

os profissionais desse ramo, facilitando o acesso a Recuperação Judicial.

2 A CONCEITUAÇÃO DE PRODUTOR RURAL

O produtor rural se caracteriza como a pessoa que utiliza a exploração de atividade do agronegócio, podendo essa ser silvicultura, pesca ou trabalhar extraindo recursos primários de consumo. Além disso, a profissão trabalha com produção de bens agropecuários e venda, gerando satisfação ao consumo brasileiro de cereais e carne, bem como utilização de suas produções para exportação e satisfação de interesses mundiais.

Conforme Instrução Normativa SRF. nº 83, de 11 de outubro de 2001, em seu Art. 2º, considera-se atividade rural

- I – a agricultura;
- II - a pecuária;
- III - a extração e a exploração vegetal e animal;
- IV - a exploração de atividades zootécnicas, tais como apicultura, avicultura, cunicultura, suinocultura, sericicultura, piscicultura e outras culturas de pequenos animais;
- V - a atividade de captura de pescado in natura, desde que a exploração se faça com apetrechos semelhantes aos da pesca artesanal (arrastões de praia, rede de cerca, etc.), inclusive a exploração em regime de parceria;
- VI - a transformação de produtos decorrentes da atividade rural, sem que sejam alteradas as características do produto in natura, feita pelo próprio agricultor ou criador, com equipamentos e utensílios usualmente empregados nas atividades rurais, utilizando exclusivamente matéria-prima produzida na área rural explorada, tais como:
 - a) beneficiamento de produtos agrícolas:
 - 1. descasque de arroz e de outros produtos semelhantes;
 - 2. debulha de milho;

- 3. conservas de frutas;
- b) transformação de produtos agrícolas:
 - 1. moagem de trigo e de milho;
 - 2. moagem de cana-de-açúcar para produção de açúcar mascavo, melado, rapadura;
 - 3. grãos em farinha ou farelo;
- c) transformação de produtos zootécnicos:
 - 1. produção de mel acondicionado em embalagem de apresentação;
 - 2. laticínio (pasteurização e acondicionamento de leite; transformação de leite em queijo, manteiga e requeijão);
 - 3. produção de sucos de frutas acondicionados em embalagem de apresentação;
 - 4. produção de adubos orgânicos;
- d) transformação de produtos florestais:
 - 1. produção de carvão vegetal;
 - 2. produção de lenha com árvores da propriedade rural;
 - 3. venda de pinheiros e madeira de árvores plantadas na propriedade rural;
- e) produção de embriões de rebanho em geral, alevinos e girinos, em propriedade rural, independentemente de sua destinação (reprodução ou comercialização).

Assim, se distingue, em vários fatores, da atividade urbana, visto que “essa distinção se mostra mais acentuada quando são analisados os riscos aos quais o produtor rural está submetido” (ALVES, 2021, p. 13), visto que a profissão apresenta grande instabilidade, diante da dependência de fatores climáticos, da logística, valores altos dos

insumos, a venda de seus produtos que são dependentes da variação do dólar e o desempenho da produção internacional, além de ser um ofício que não pré-determina o valor de venda de seus bens e, implicitamente, dos serviços englobados nessa produção.

Vale ressaltar que, na Região Sul, especialmente no Oeste do Paraná, os dois últimos anos foram desafiadores para a produ-

ção agrícola, diante da presença de *la nina*, fenômeno climático que causa a precipitações (chuvas) em locais determinados ou a falta dessas, que são as principais responsáveis pelo bom desenvolvimento/produktividade da lavoura, o que fez com que muitos produtores perdessem suas produções, e assim seus lucros, restante somente os prejuízos decorrentes do alto custo e baixa produtividade dos cereais, além da presença de granizos em determinados pontos que diminuiram significativamente a produção da segunda safra de 2022.

2.1 A RELEVÂNCIA DO AGRONEGÓCIO

À vista disso, cabe mencionar que o agronegócio representa cerca de 24% do PIB (Produto Interno Bruto) do Brasil, portanto, sendo indiscutível a relevância do setor supracitado na economia nacional e mundial, tendo em vista que é responsável por alimentar grande parcela da população mundial, tendo em vista o grande índice de exportação de produtos agrícolas, como café, soja, suco de laranja, carne de frango e bovina. Assim, “O setor agrícola representa, aproximadamente, 40% das exportações totais do país e cerca de 7% de participação no mercado mundial de produtos agropecuários.” (MARTIN, 2019, p. 15).

Conforme dados do IBGE e CNA, em 2020, o Brasil se enquadrou como o maior produtor e exportador de café, suco de laranja, e outros produtos agrícolas, dado a grande produtividade das terras agrícolas do país.

Figura 1 - Produção e exportação brasileira do ano de 2020



Fonte: IBGE/CNA Brasil (2020)

Consequente, somente em até abril de 2023, o setor já exportou mais de 35 bilhões de dólares a outros países, diante de dados do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, buscando atender suas necessidades e gerando crescimento na economia brasileira.

Gráfico 1 - Exportações Brasileiras do Agronegócio.



Fonte: Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), abril/2023.

Com 40.921,90 milhões de hectares plantados, apenas a soja colhida em 2022, teve uma produção de 123.829,50 milhões de

toneladas segundo a CONAB (2022), representando aproximadamente 34,82% da produção mundial, que foi de 355,588 milhões de toneladas (USDA, 2022). Conforme dados da ABIOVE, o consumo interno para processamento do grão é de somente 47,781 milhões de toneladas no ano de 2021, correspondente a 13,44% de toda a produção nacional.

2.2 O “EMPRESÁRIO” RURAL SEM REGISTRO

O conceito de empresário está expresso no Art. 966 do Código Civil, afirmando que “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”, sendo que, conforme Pigatto, Tamarindo e Braga Junior (2017), essa característica, presente no agronegócio, que produz e realiza a circulação de bens agropecuários, enquadrando-se como empresa, com base no elo entre as atividades laborais e negociais, tendo por objetivo a obtenção de lucro, a partir da venda de sua produção.

Nessa esfera, conforme Art. 970 do Código Civil⁴, o STJ traz que o tratamento também será

diferenciado, simplificado e favorecido diante da inscrição e dos efeitos, e após a inscrição do produtor rural, a lei não distingue o regime jurídico aplicável às obrigações anteriores ou posteriores à inscrição do empresário rural que vem a pedir recuperação judicial (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2019, p. 10).

4 Art. 970. A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes.

Nesse sentido, no julgamento do REsp 1.800.032 - MT, o STJ traz uma posição de que a situação empresarial já está regular mesmo antes do registro, sendo que este é opcional, e assim

a qualidade de empresário rural regular já se fazia presente desde o início do exercício profissional de sua atividade, sendo irrelevante, para fins de regularização, a efetivação da inscrição na Junta Comercial, pois não estava sujeito a registro (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2019, p. 3).

Ademais, conforme disposição legal do Art. 971 do Código Civil⁵, é facultativa, contrário ao empresário “comum” que necessita obrigatoriamente do registro para figurar em situação empresarial regular.

3 A VINCULAÇÃO DA FALÊNCIA A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Sérgio Campinho (2015), dispõe que a falência é a impossibilidade do devedor de gerar satisfação de seus débitos “dado a impotência de seu patrimônio para a geração dos recursos e meios necessários aos pagamentos devidos”.

Nesse viés, a falência pode ser conceituada nos termos de que uma empresa não paga, dentro do vencimento, uma obrigação exigível, isto é, um débito, pois não possui recursos financeiros para quitá-la, cabendo um processo de execução, visto que: “a falência é, assim, o processo judicial de execução concursal do patrimônio do devedor empresário, que, normalmente, é uma pessoa jurídica

5 Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

revestida de forma de sociedade limitada ou anônima” (COELHO, 2016, p. 237).

Dessa maneira, alcança-se o patrimônio do devedor, executando-o, para que assim, liquide-se a dívida. Assim, podem sofrer falência as sociedades empresárias e/ou as pessoas que exercem uma atividade econômica, trabalhando com a produção e circulação de bens e serviços, de forma empresarial.

Os efeitos da falência são devastadores, tanto para a empresa, quanto para a sociedade, visto que haverá a perda da função social exercida pela atividade empresarial, além de gerar pessoas desempregadas pela cessação de suas atividades, malefícios de forma indireta aos sócios e prováveis prejuízos aos credores, que podem não ter seu crédito satisfeito diante da falta de patrimônio empresarial, causando uma sequela social.

Preliminarmente a falência, há a possibilidade da implementação da recuperação judicial, sendo essa uma forma de renegociar as dívidas provenientes das atividades empresariais, de forma que consiga restabelecer seu funcionamento profícuo e quitar os débitos, podendo ser aplicado esse instituto apenas uma vez.

Assim, apresenta-se extrajudicialmente um plano de recuperação aos credores para aprovação, podendo essa exposição ser feita judicialmente, quando existirem um grande número de credores, suspendendo os processos de execução, sendo nomeado um administrador judicial e feitas assembleias para aprovação deste plano. Se houver assentimento de maioria absoluta, o plano é implementado e executado pela empresa. Se for reprovado pelos credores, a consequência será a falência.

Os requisitos para a possibilidade de implementação da recuperação judicial constam no Art. 48 da Lei 11.101/2005, sendo eles o exercício das atividades regularmente por dois anos, não ter

falido, ou se tiver sido, ter as consequências extintas por decisão transitada em julgado, não ter sido beneficiado por este instituto nos últimos cinco anos e o sócio ou administrador não ter sido condenado por crime previsto na referida lei (BRASIL, 2005). Em relação a produtores rurais como pessoa jurídica, a comprovação do prazo necessário da respectiva lei é feita por meio da Escrituração Contábil, conforme estipulação do Art. 48, § 2º da Lei 11.101/2005⁶. Vale ressaltar, que a aplicação do prazo determinado pela lei ao produtor rural permite que seja contado suas atividades enquanto pessoa física, mediante comprovação por Livro Caixa ou outro registro contábil, Declaração de Imposto de Renda e balanço patrimonial, conforme previsão legal do Art. 48, § 3º do mesmo dispositivo legal já mencionado⁷ e conforme REsp 1.800.032 - MT, julgado pelo STJ, afirmando que:

Como condição para o requerimento da recuperação judicial pelo produtor rural, exige-se sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, condicionada à comprovação de exercício da atividade rural há mais de 2 (dois) anos, mesmo que anteriormente à data do registro. Assim, comprovado o exercício da atividade econômica rural pelo prazo mínimo exigido no art. 48 da Lei 11.101/2005, sujeitam-se à recuperação os créditos constituídos e pendentes que decorram da atividade empresarial (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2019, p. 6).

6 § 2º No caso de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo por meio da Escrituração Contábil Fiscal (ECF), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir a ECF, entregue tempestivamente.

7 § 3º Para a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo, o cálculo do período de exercício de atividade rural por pessoa física é feito com base no Livro Caixa Digital do Produtor Rural (LCDPR), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir o LCDPR, e pela Declaração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (DIRPF) e balanço patrimonial, todos entregues tempestivamente.

Destarte, o objetivo da recuperação judicial é a preservação da empresa, sua função social e estimular a atividade econômica, de forma a garantir o desenvolvimento do país e buscando reduzir as desigualdades sociais e regionais, de forma a manter a fonte produtora, emprego e interesse dos credores.

4 A RECUPERAÇÃO JUDICIAL APLICADA AO AGRICULTOR COMO PESSOA FÍSICA E AS CONTROVÉRSIAS NO PODER JUDICIÁRIO

Verifica-se na prática, que o agricultor como pessoa física enquadra-se como empresário, visto que suas funções caracteriza-o como gestor da propriedade em que atua profissionalmente e, até mesmo, contratando terceiros para auxílio nos afazeres laborais.

Tendo em vista que a pessoa física pode ser considerada empresária, conforme estipulação do Art. 966 do Código Civil, conforme expresso no voto-vista do ministro Sidnei Beneti, a Ministra Nancy Andrighi deu provimento ao REsp 1.193.115 - MT (2010/0083724-4), referente ao pedido de recuperação de produtores rurais que fizeram o Registro 55 dias após o requerimento, respalda seu voto que concede provimento na relativização do requisito da Lei 11.101/2005, afirmando que “a condição de empresário, exigida pela Lei de Recuperações e Falências, não resultaria do registro, mas do efetivo exercício de atividade profissional” (STJ, 2010, p. 2), bem como argumentando que, diante do tratamento facilitado dado aos produtores rurais, o registro na Junta Comercial seria dispensável, defendendo que a aplicação da Lei de Recuperação Judicial deve se aplicar a pessoas físicas e

jurídicas de forma generalizada, exceto as disposições do Art. 2º da referida lei⁸. Assim,

A situação fática subjacente demonstraria alcançados os objetivos da Lei 11.101/2005, a despeito da não comprovação de inscrição, com a superação da crise econômico-financeira dos Recorrentes, preservação de fontes produtivas, situação de trabalhadores e satisfação de credores (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2010, p. 3).

Como benefício disso, teríamos a facilitação do acesso a esse instituto jurídico para pequenos agricultores e agricultores familiares, visto que

No Brasil, na realidade prática, a grande, e esmagadora maioria dos produtores rurais exercem seu labor rural na esfera de economia familiar, na espécie de pessoa física e sem a inscrição legal pertinente (FELIPE, 2020, p. 28).

Entretanto, no já mencionado Recurso Especial, o voto-vista do Ministro SIDNEI BENETI, contradiz a Ministra Nancy Andrighi, considerando que

O processo de recuperação judicial necessita da formalização documental imediata, pois, caso contrário, estaria franqueado caminho para o ajuizamento sob menor cuidado preparatório, de modo a, nos casos de real configuração da situação de empresário, nele, no processo, vir a enxertar-se fase de comprovação dessa qualidade, com base em dilação probatória, juntada de documentos, perícias e eventualmente prova testemunhal, ensejando recur-

8 Art. 2º Esta Lei não se aplica a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista;

II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

sos e protelações (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2010, p. 5).

Destarte, percebe-se que a Ministra Nancy Andrigui e o ministro Sidnei Beneti possuem entendimentos divergentes, cada um com fundamentos pertinentes, quanto aos requisitos da recuperação judicial dos produtores rurais. Portanto, não há uma padronização no entendimento do respectivo órgão do Poder Judiciário.

Essa heterogeneidade traz como consequência uma insegurança jurídica, tanto para julgadores quanto para os advogados, que possuem duas perspectivas para embasar os seus atos processuais, bem como não constitui um estado de seguridade aos produtores rurais, os quais não possuem conhecimento da necessidade do registro aludido, o que gera incerteza a respeito da possibilidade de sua situação empresarial se enquadrar no instituto da recuperação judicial.

4.1 O CADASTRO RESUMIDO DE PRODUTORES RURAIS ATIVO (CAD/PRO) COMO FACILITADOR DA INSCRIÇÃO NO REGISTRO MERCANTIL E A COLABORAÇÃO DAS COOPERATIVAS

Diante do confronto entre a obrigatoriedade ou não do Registro Mercantil de Produtores Rurais para a possibilidade de conseguir a implementação da Recuperação Judicial que ocorre no ordenamento jurídico e Poder Judiciário Brasileiro, a solução apresentada consiste em consignar a obrigação do um Registro Mercantil a partir do CAD/PRO, visto que este é cadastro indispensável aos agricultores, que possibilita a emissão de notas fiscais do produtor (NFP) para comercialização e vinculação da propriedade

nos produtos produzidos, consolidando os direitos e deveres implementados pelo ordenamento jurídico, bem como ser utilizado para declarar o tempo de serviço e ter acesso a benefícios do INSS, por exemplo. Essa vinculação será regularizada mediante a pendência para a emissão de notas caso não haja o Registro Mercantil, que poderá ser emitido de forma semelhante, ou seja, na prefeitura municipal da localidade da propriedade onde ocorre a prática da produção, facilitando o acesso à inscrição.

Quando houver a implementação de sistema eletrônico de emissão de notas fiscais, ao tentar emití-las, a plataforma verificará se existem pendências no Cadastro Resumido de Produtores Rurais Ativos. Caso exista, o remete ao site que possibilita que os produtores façam a inscrição virtualmente em apenas alguns minutos. Há também a possibilidade de ao fazer o cadastro nesse sistema, ele faz a análise do CAD/PRO e se este está em situação regular, e caso seja necessária a atualização e realização do registro, será enviado uma notificação pelo celular ou e-mail para que o produtor rural realize antes de tentar emitir a NFP.

Nesse sentido, observado o vínculo que os agricultores possuem com as cooperativas agroindustriais, há de se dispor acerca da função de tais empresas para com o considerado empresário rural. Assim, há de se observar a Lei 5.764/1971 que dispõe:

Art. 4º As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características: X - prestação de assistência aos associados, e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa;

Art. 8º As cooperativas centrais e federações de cooperativas objetivam organizar, em comum e em maior escala, os serviços econômicos e assis-

tenciais de interesse das filiadas, integrando e orientando suas atividades, bem como facilitando a utilização recíproca dos serviços.

Art. 28. As cooperativas são obrigadas a constituir: II - Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social, destinado a prestação de assistência aos associados, seus familiares e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa, constituído de 5% (cinco por cento), pelo menos, das sobras líquidas apuradas no exercício.

§ 2º Os serviços a serem atendidos pelo Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social poderão ser executados mediante convênio com entidades públicas e privadas.

Art. 79. Denominam-se atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para a consecução dos objetivos sociais. (BRASIL, 1971).

Desse modo, as cooperativas são responsáveis por dar assistência aos produtores associados. Portanto, deverão auxiliá-los para que a proposta supracitada prospere.

5 CONCLUSÃO

Ao observar as atividades cotidianas do agricultor e verificar que a gestão da propriedade e da produção já são características empresariais, não existem dúvidas da necessária compreensão judicial acerca da aplicação da recuperação judicial aos produtores rurais que não possuem Registro Mercantil. Como figura situação empresarial regular, mesmo sem possuir Registro Mercantil, e o Código Civil dispor que essa inscrição é opcional ao agricultor, visto figurar em situação empresarial regular mesmo sem registro, havendo dívidas que não são passíveis de satisfação mediante seu

patrimônio dentro do vencimento estipulado, não existem empecilhos para a aplicação da recuperação judicial aos produtores rurais.

Entretanto, dentro do próprio Poder Judiciário, os entendimentos são divergentes em relação à obrigatoriedade do Registro para deferimento do pedido de Recuperação Judicial, não havendo uma padronização dos requisitos necessários. Essa falta de homogeneidade atinge a segurança jurídica dos produtores rurais, bem como dos operadores do direito como um todo.

Nesse sentido, verifica-se que a principal problemática se apresenta diante da maneira em que será feito a regularização da inscrição no Registro Mercantil para que todos os produtores rurais tenham acesso a Recuperação Judicial, como forma alternativa a cessação de suas atividades, que possuem grande importância social, especialmente quando relacionada a economia, visto que contribui vultosamente no Produto Interno Bruto Brasileiro, diante dos altos níveis de produção e exportação.

Assim, a solução facilitada seria a vinculação do Registro Mercantil no Cadastro Resumido de Produtores Rurais Ativos (CAD/PRO), visto que essa inscrição é necessária para a emissão da NFP (nota fiscal do produtor rural), sendo este um documento essencial à atividade produtora, fazendo-os caracterizar situação empresarial plena sem maiores burocracias. Dessa forma, haveria o preenchimento efetivo do requisito previsto na Lei 11.101/2005 e, conseqüentemente, o alinhamento do Poder Judiciário, proporcionando segurança aos produtores rurais e aos operadores do direito.

REFERÊNCIAS

ALVES, André Luiz Aidar. **A Recuperação Judicial Do Produtor Rural E Seus Reflexos No Agronegócio Brasileiro**. Revistas Unicevangelica: Revista Jurídica, [s. l.], v. 21, n. 2, p.75-94, jul-dez 2021.

Disponível em <http://periodicos.unievangelica.edu.br/index.php/revis-tajuridica/article/view/6204>. Acesso em: 7 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Brasília (1971). Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15764.htm#:~:text=L5764&text=LEI%20N%C2%BA%205.764%2C%20DE%2016,cooperativas%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20pr%20ovid%C3%AAsncias. Acesso em: 26 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília (2002). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 15 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília (2009). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 6 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3a Turma). Recurso Especial 1.193.115 - MT. Recuperação judicial. Comprovação da condição de empresário por mais de 2 anos. Necessidade de juntada de documento comprobatório de registro comercial. Documento substancial. Insuficiência da invocação de exercício profissional. Insuficiência de registro realizado 55 dias após o ajuizamento. Possibilidade ou não de recuperação de empresário rural não enfrentada no julgamento. Recorrentes: Orcival Gouveia Guimarães e outros. Recorrido: Adhemar José Rigo - Espólio. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Relator para acórdão: Ministro Sidnei Beneti, 20 de agosto de 2013. Publicação em 07 de outubro de 2013. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=30568132&tipo=0&nreg=&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 27 abr. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4a. Turma). Recurso Especial 1.800.032/MT. Regularidade do exercício da atividade rural anterior ao registro do empreendedor (código civil, arts. 966, 967, 968, 970 e 971). Efeitos ex tunc da inscrição do produtor rural. Pedido de recuperação judicial (lei 11.101/2005, art. 48). Cômputo do período de exercício da atividade rural anterior ao registro. Possibilidade. Recurso especial provido. Recorrentes: Jose Pupin Agropecuaria e Vera Lucia Camargo Pupin. Recorrido: Banco do Brasil S A. Relator: Min. Marco Buzzi, 5 de novembro de 2019. Disponível

em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?se-q=102979878&tipo=64&nreg=201900>. Acesso em: 5 abr. 2023.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa**: o novo regime da insolvência empresarial. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 3. 17. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CONFEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO BRASIL (CNA). **Panorama do agro**, 2021. Disponível em: <https://cnabrasil.org.br/cna/panorama-do-agro>. Acesso em 27 abr. 2023.

DINIZ, Gustavo Saad. Produtor rural. Enciclopédia jurídica da PU-C-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: **Direito Comercial**. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/211/edicao-1/produtor-rural>>. Acesso em: 23 abr. 2023.

EMBRAPA, Soja. **Soja em números 2021/2022**. Disponível em: <https://www.embrapa.br/soja/cultivos/soja1/dados-economicos>. Acesso em: 24 abr. 2023.

FELIPE, Pedro Antônio Rodrigues. **Recuperação judicial de produtores rurais que operam como pessoa física**. Orientador: Carmen da Silva Martins. 2020. 31 p. Artigo Científico (Bacharel em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2020. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/1310>. Acesso em: 12 abr. 2023.

MARTIN, Ana Carolina Gottsfritz. **Análise dos requisitos da recuperação judicial para produtor rural pessoa física**. Orientador: Washington Carlos de Almeida. 2019. 37 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://dspace.mackenzie.br/handle/10899/20090>. Acesso em: 10 abr. 2023.

MESQUITA, Janaina Campos. **Recuperação judicial de empresas**: atuação do juiz. São Paulo: Almedia, 2018.

MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO. **Indicadores gerais AGROSTAT**, 2023. Disponível em: <https://indicadores.agricultura.gov.br/agrostat/index.htm>. Acesso em: 24 abr. 2023.

OPITZ, Sílvia C.B.; OPITZ, Oswaldo. **Curso completo de direito agrário**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 20178.

PIGATTO, Gessuir; TAMARINDO, Ubirajara Garcia Ferreira; BRAGA JUNIOR, Sérgio Silva. **A recuperação judicial do produtor rural - pessoa física: requisitos legais e jurisprudenciais**. Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 303-328, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1008>. Acesso em: 5 abr. 2023.

RFB - Receita Federal do Brasil. **Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal SRF Nº 83, de 11 de outubro de 2001**. Dispõe sobre a tributação dos resultados da atividade rural das pessoas físicas, Diário Oficial da União, 16 out. 2001. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=14387>. Acesso em 26 abr. 2023.

CAPÍTULO 22

REPRESENTACIÓN, IDENTIDAD Y SUJETO: ENLACES ENTRE EL EJÉRCITO ZAPATISTA DE LIBERACIÓN NACIONAL (EZNL) Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL MEXICANA

*REPRESENTATION, IDENTITY, AND SUBJECT:
CONNECTIONS BETWEEN THE ZAPATISTA ARMY
OF NATIONAL LIBERATION (EZNL) AND MEXICAN
CONSTITUTIONAL REFORM*

*REPRESENTAÇÃO, IDENTIDADE E SUJEITO:
CONEXÕES ENTRE O EJÉRCITO ZAPATISTA DE
LIBERACIÓN NACIONAL (EZNL) E A REFORMA
CONSTITUCIONAL MEXICANA*

RAUL BELÚCIO¹

RESUMEN: El tema de este artículo es la relación entre el grupo Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZNL) y la constitución mexicana. Nuestro objetivo es investigar las posibilidades de formulación y reformulación de identidades en la composición de los sujetos constitucionales. Para ello, analizamos si la reforma constitucional mexicana en materia indígena representa el reconocimiento de nuevos sujetos constitucionales como resultado de los esfuerzos rebeldes del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZNL). Finalmente, planteamos la hipótesis de que es posible aplicar cronológicamente la teoría de Rosenfeld sobre la formación de sujetos constitucionales al EZLN. Esta investigación se inscribe en los análisis del nuevo constitucionalismo latinoamericano y se justifica por la centralidad de la constitución para la afirmación y reconocimiento de nuevos protagonistas sociales.

¹ Candidato a Doctor en Derecho por la Università degli Studi della Tuscia, Magíster (mestre) en Derecho por la Universidad Federal de Paraná, Licenciado en Derecho por la Universidad Estatal de Maringá. Correo electrónico: raulbelucio@gmail.com.

Palabras clave: Nuevo constitucionalismo latinoamericano. Sujeto constitucional. Ejército Zapatista de Liberación Nacional.

ABSTRACT: The subject of this article is the relationship between the Zapatista Army of National Liberation (EZNL) and the Mexican constitution. Our aim is to investigate the possibilities for the formulation and reformulation of identities in the composition of constitutional subjects. To this end, we analyse whether the Mexican constitutional reform on indigenous issues represents the recognition of new constitutional subjects as a result of the rebellious efforts of the Zapatista Army of National Liberation (EZNL). Finally, we hypothesise that Rosenfeld's theory of the formation of constitutional subjects can be applied chronologically to the EZLN. This research is part of the analysis of the new Latin American constitutionalism and is justified by the centrality of the constitution for the affirmation and recognition of new social protagonists.

Keywords: New Latin American constitutionalism. Constitutional subject. Zapatista Army of National Liberation.

RESUMO: O tema deste artigo é a relação entre o grupo *Ejército Zapatista de Liberación Nacional* (EZNL) e a constituição mexicana. Nosso objetivo é a investigar as possibilidades de formulação e reformulação de identidades na composição de sujeitos constitucionais. Para tanto, analisamos se a reforma constitucional mexicana sobre a matéria indígena representa o reconhecimento de novos sujeitos constitucionais em decorrência dos esforços rebeldes do *Ejército Zapatista de Liberación Nacional* (EZNL). Por fim, levantamos a hipótese de que é possível aplicar cronologicamente a teoria de Rosenfeld sobre a formação de sujeitos constitucionais ao EZLN. Esta investigação se insere nas análises sobre o novo constitucionalismo latino-americano e se justifica ao verificar a centralidade da constituição para a afirmação e reconhecimento de novos protagonistas sociais.

Palavras-chave: Novo constitucionalismo latino-americano. Sujeito constitucional. Ejército Zapatista de Liberación Nacional.

1 INTRODUCCIÓN

La idea de democracia, de un gobierno por (y para) el pueblo, implica inevitablemente la (im)posibilidad de ser representado por otro individuo o por un grupo de individuos. El contractualismo, que proporciona muchos de los supuestos adoptados por nuestro derecho, propone diferentes soluciones a este dilema, generalmente asumiendo (e partiendo de) proyectos constitucionales.

Maurizio Fioravanti (2009, p. 5) define el constitucionalismo como *“un movimento di pensiero fino dalle sue origine orientato a perseguire finalità politiche concrete, essenzialmente consistenti nella limitazione dei potere pubblici e nell’affermazione di sfere di autonomie normativamente garantite².”* Delimitar cuáles serían esos fines políticos concretos, cómo (por qué y si) se limita el poder público, qué autonomías se quieren garantizar, entre otras cuestiones, tropieza con la dificultad de entender cuál sería la identidad del sujeto constitucional y su capacidad para representar a la sociedad.

Para Pietro Costa (2010, p. 143), *“[n]a cultura política, a representação [...] não é um conceito que intervém somente para conotar uma específica forma de governo ou para assinalar a natureza de um determinado órgão³”*. Para él, independientemente de quiénes sean los sujetos representados, ya no se les aborda y considera en sus aspectos más complejos y específicos. Más bien se les relaciona con algún elemento concreto que les caracteriza. Así, *“o discurso representativo cada vez deve escolher qual traço*

2 En nuestra traducción: “Escuela de pensamiento orientada, desde su origen, a perseguir fines políticos concretos, esencialmente compuestos por la limitación de los poderes públicos y la afirmación de esferas de autonomía normativamente garantizadas”.

3 En nuestra traducción, “En la cultura política, la representación [...] no es un concepto que interviene solo para connotar una forma específica de gobierno o marcar la naturaleza de un cuerpo en particular”

*privilegiar, a vontade, o interesse, a virtude, o amor à pátria, ou algum outro*⁴”.

Este artículo tiene como objetivo investigar las posibilidades de reformulación de la identidad del sujeto constitucional a partir de los cambios en el texto constitucional. Para ello, parto de las reformas constitucionales realizadas en materia indígena en México en 1992, 2001 y 2015, buscando relacionarlas con el itinerario histórico del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN).

Este trabajo se divide en tres partes. La primera parte aborda los dilemas que plantea la representatividad, la posibilidad de identificación entre representados y representantes y la caracterización de los sujetos constitucionales. La segunda parte analiza brevemente las reformas constitucionales mexicanas en materia indígena. La tercera y última parte se dedica a una breve presentación del movimiento zapatista para luego estudiar los procesos mediante los cuales este grupo se insertó a sí mismo, junto a otros grupos indígenas, como sujetos constitucionales en el texto mexicano. Finalmente, se pregunta si esto supone, de hecho, un cambio en la representación de estos grupos minoritarios en la sociedad mexicana.

El método aplicado en la primera parte es el análisis de textos de autores que trabajan sobre la “representatividad”, la “identidad constitucional” y la formación y reformulación de los “sujetos constitucionales”, principales marcos teóricos de este trabajo. En la segunda parte, además de una breve revisión bibliográfica de autores que abordan el nuevo constitucionalismo latinoamericano, analizo las disposiciones constitucionales mexicanas relativas a

4 En nuestra traducción, ““El discurso representativo debe elegir qué privilegio de rasgos, intereses, virtud, amor por la patria o cualquier otra””.

la cuestión indígena y los decretos que reforman gradualmente la constitución mexicana. La tercera parte se centra en los textos producidos por el propio EZLN, así como en algunos estudios realizados sobre el grupo por diferentes autores. Es importante destacar que, debido a la brevedad y objetivos de este artículo, no abordaremos aquí cuestiones importantes, aunque estén relacionadas con el tema. La Revolución Mexicana de 1917, la implementación del TLCAN, la estructuración del PRI, las bases teóricas del grupo, la Marcha de los Colores de la Tierra, o la documentación más específica de los dilemas jurídicos de los Caracoles, por ejemplo, serán dejados de lado por el momento. Así, nuestro enfoque se mantendrá en las declaraciones de la selva lacandona y la relación entre ellas y la Constitución mexicana.

La conclusión sugiere que la centralidad adquirida por la cuestión constitucional en las post-dictaduras puede hacer converger también movimientos revolucionarios y subversivos anti-estatales: una paradoja si consideramos partes significativas de la literatura política tradicional que oponen el Estado a la autonomía y autogestión de grupos minoritarios, pero que, por otro lado, representa un interesante paralelismo con los fenómenos verificados en el constitucionalismo contemporáneo y en las nuevas constituciones latinoamericanas.

2 REPRESENTACIÓN, IDENTIDAD Y SUJETO

Narciso vio en su reflejo una existencia ausente. Y la amaba. Y su amante correspondía a cada gesto, a cada acción, a cada expresión y, por extensión, a cada sentimiento, a cada seducción, a cada lágrima. Solo una diferencia les separaba, pues el reflejo es una representación, es una presencia que se re-presenta como ausen-

cia de lo representado. El concepto jurídico de representación, o incluso de representatividad, adolece en parte del mismo problema. La existencia de representantes solo puede comprobarse mediante la ausencia de las personas representadas. E incluso la representación más perfecta, como la de Narciso, sigue teniendo diferencias con la persona de carne y hueso, que difícilmente puede ser más que ella misma, y mucho menos imponerse como “nosotros”. (Y al querer abarcarlo por completo, se ahogaría al primer intento).

Pietro Costa, interpreta la “representación” de forma similar, entendiéndola como

uma estratégia contra uma ausência por algum motivo insuperável; representar é colocar em cena, é criar uma presença evocativa ou substitutiva de uma realidade que não se apresenta (ou não se apresenta mais) a não ser de forma mediada (discursivamente, simbolicamente, ‘cenicamente’), mas nem por isso evanescente ou ‘irreal’. A representação, assim entendida, evoca primariamente um ser e, secundariamente, um agir: podemos falar da representação como um ‘ser para’ (ou ‘no lugar de’) um sujeito ausente e/ou como um ‘agir por’ (ou ‘no lugar de’) um sujeito inativo⁵ (COSTA, 2010, p. 143).

En efecto, la existencia de los representantes no aparece como “irreal” o evanescente, pero su presencia evocadora no siempre se resume en un “ser para” o un “actuar para”. Tampoco el sujeto representado es siempre inactivo. Coincidiendo de nuevo con Pietro Costa (2010, p. 143), “[a] representação coloca-se, mais

5 En nuestra traducción: “Una estrategia contra una ausencia por alguna razón sin igual; representar es poner en la escena, es crear una presencia evocadora o sustitutiva de una realidad que no se presente a sí misma (o no más), excepto de una manera mediada (discursivamente, simbólicamente, ‘escénicamente’), pero no evanescente o ‘irreal’. La representación, así entendida, evoca principalmente un ser y, en segundo lugar, un acto: podemos hablar de representación como un ‘ser para’ (o ‘en lugar de’) un sujeto ausente y/o como un ‘agir por’ (o ‘en lugar de’) un sujeto inactivo.”

*do que isso, no centro do processo de compreensão e legitimação da ordem política.*⁶ Es la representación la que garantiza a una unidad la posibilidad de simbolizar el todo. Hablar de los sujetos que representan jurídicamente al todo significa, asimismo, hablar de la identidad que ese todo puede tener o tiene con quienes lo representan. La (auto)identificación reconforta al sujeto que, al mirarse en el espejo, ve el reflejo de la mitad de sí mismo y se reconoce, se identifica, viéndose como sujeto: una metonimia - una sinécdoque de sí mismo a través de su reflejo.

Negarse a sí mismo frente al espejo sería, pues, el primer paso para percibirse de forma distinta a lo que se ve, a lo que pretende situarse como representación fiel. La negación permite darse cuenta de que el reflejo imita a otro sujeto, excluyendo al que quiere verse reflejado. Un no-sujeto, si las definiciones de sujeto vienen dadas por su capacidad de representarse a sí mismo. Alejándonos de la sinécdoque, podemos entonces utilizar otra figura retórica, porque un reflejo distorsionado permite al sujeto identificarse a sí mismo a través de descripciones que enfatizan la semejanza entre el sujeto y su representación: metáforas. Enfatizan las semejanzas y resaltan las diferencias. El agua obstruida por las lágrimas de Narciso, metáfora intemporal, no le impedía identificar, a pesar de las imperfecciones, la bella imagen de la que se había enamorado⁷.

Para Bruno Meneses Lorenzetto,

a identidade do sujeito constitucional permite a organização política da comunidade, é uma expe-

6 En nuestra traducción: “La representación es, más que eso, en el centro del proceso de comprensión y legitimación del orden político”.

7 Para Michel Rosenfeld (2016, p. 1968), la negación, la metáfora y la metonimia (*negation, metaphor and metonymy*) son formas de componerse y reconocerse como sujeto constitucional. A continuación, añade que “[t]he constitutional subject is never fixed or stable and its identity appears tied to a seemingly perpetual sense of lack”. ROSENFELD, 2016)

*riência momentânea da temporalidade que se perde no mesmo instante em que ela é nomeada, está em tensão constante, é o centro da representação do Povo, mas, ao mesmo tempo, a moldura pela qual as imagens representativas podem ser colocadas em disputa*⁸ (LORENZETTO, 2014, p. 65).

Michel Rosenfeld considera que la identidad del sujeto constitucional es elusiva y problemática, partiendo de la propia polisemia de la palabra utilizada para designarlo: en su lengua, el inglés, el propio término sujeto constitucional tiene más de un significado, y puede significar tanto el que está sujeto a la constitución como el que la elabora, además de ser sinónimo de objeto (2003. p. 17).

Por otra parte, desentrañar qué identidades se reflejan en el sujeto constitucional tropieza también con problemas muy variados, como otras formas de identidad (social, religiosa, étnica, entre otras), que han sido rechazadas o incorporadas por la constitución, y la propensión a cambiar con el tiempo, creando también conflictos generacionales. La idea de sujeto constitucional engloba, así, el poder constituyente, la elaboración de la constitución, la colectividad que la vincula y está vinculada a ella; también la interpretación constitucional la dota de sentido y cambia de sentido, pues está, al mismo tiempo, dotada de los significados previos que conforman la identidad constitucional (2014, p. 56).

Estas permanentes reformulaciones y disputas conforman el “espacio” en el que se encuentran nuevas posibilidades de estructuración e inclusión de nuevos sujetos políticos y sociales, a partir

⁸ En nuestra traducción: “La identidad del sujeto constitucional permite que la organización política de la comunidad sea una experiencia momentánea de temporalidad que se pierde en el mismo momento en que se nombra, está en tensión constante, es el centro de la representación de las personas, pero, al mismo tiempo, el marco en el que las imágenes representativas se pueden colocar en disputa.”

de nuevas formas de representación y empoderamiento. Es en este espacio de lucha y disputa que los históricamente excluidos y/u oprimidos de los procesos emancipatorios — como los pueblos indígenas en América Latina — pueden encontrar el escenario para construir nuevas configuraciones subjetivas a partir de variadas y variables autoidentificaciones.

3 LA REFORMA CONSTITUCIONAL MEXICANA Y LA CUESTIÓN DE LA IDENTIDAD INDÍGENA

La existencia de “pueblos indígenas que [...] descienden de poblaciones que habitaban el territorio actual (MÉXICO, 2001⁹)” de las Américas, hoy en día, ya no parece ser una cuestión controvertida: se sabe que muchos pueblos habitaban y ejercían dominio sobre las tierras de las Américas antes de la llegada de los europeos¹⁰. En cambio, las relaciones entre los pueblos indígenas y los Estados en los que se encuentran no solo son controvertidas, sino también polémicas y a veces hipócritas, siendo causa-consecuencia de explotación, desigualdad y opresión.

Más recientemente, muchos países latinoamericanos han admitido constitucionalmente la peculiaridad inherente a las poblaciones indígenas, erigiendo extensas listas de derechos dirigidos a las comunidades indígenas y algunos, como México¹¹, Bolivia¹² y

9 La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se cambió muchas veces e esta previsión, hoy en el art. 2, primer párrafo, non constaba hasta que, con lo procedimiento que veremos adelante, se agregaran estas disposiciones.

10 Es muy difícil estimar el tamaño de la población presente en América antes de la llegada de los europeos. Un estudio no cuantitativo particularmente interesante sobre la despoblación en territorio mexicano fue realizado por McCAA (1995, p. 123-136).

11 La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tuvo muchas reformas en la materia más allá del cual ahora nos dirigimos. Por ejemplo, 2001, 2011, 2016, 2019...

12 En Bolivia (2009), el artículo 1 de la Constitución Política del Estado, en su primera

Ecuador,¹³ incluso se reconocen a sí mismos como plurinacionales. Roberto Gargarella y Christian Courtis, al referirse a las nuevas constituciones latinoamericanas, dicen que uno de sus aspectos más criticados — pero también más importantes — son las largas listas de derechos, que a menudo generan “chanchullos y desprestigio sobre los nuevos textos” y que “en algunos países [...], estos textos tan exigentes y llenos de derechos [...] se han convertido en “pura poesía” (2009, p. 11). Subraya, sin embargo, que “también es cierto que, en buena medida, gracias al status constitucional que se le ha asignado a algunos reclamos, muchas personas de carne y hueso resultaron reivindicadas en sus demandas por derechos” (2009, p. 12).

Aunque Roberto Gargarella y Christian Courtis hagan pocas referencias a México en su texto (quizá por la dificultad de catalogar una constitución casi centenaria con el adjetivo “nueva”), puede decirse que, al menos en la letra de la constitución, México es hoy uno de los países latinoamericanos en los que los derechos indígenas están mejor garantizados, habiendo realizado recientemente profundos cambios en los derechos constitucionalmente garantizados a estas poblaciones.

La “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la de 5 de febrero del 1857” de 1917 sigue vigente y es considerada la primera Constitución que contempla derechos sociales (GARGARELLA Y COURTIS, 2009, p. 7), ya que

parte, dice lo siguiente: “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, autonómico y descentralizado, independiente, soberano, democrático e intercultural. Se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”.

13 En Ecuador (2008), también lo Artículo 1 de la constitución de La República del Ecuador, en su primera parte, con el siguiente ensayo: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”.

puede considerarse uno de los principales frutos de la Revolución Mexicana. Sin embargo, en su versión original no se mencionan los derechos de los pueblos indígenas, por lo que se introdujeron reformas al respecto de manera gradual¹⁴, en 1992, 2001 y 2015.

El año 1992 marca el “aniversario” del descubrimiento de América y ha sido tomado por diversas organizaciones como un hito de los 500 años de resistencia indígena al colonialismo (LÓPEZ BÁRCENAS, 2001, p. 4). Tras la reforma realizada en 1992, el artículo 4 de la Constitución Federal mexicana reconoció, por primera vez, la composición pluricultural de México, basada originalmente en sus pueblos indígenas, y estableció que:

[l]a ley secundaria protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley (MÉXICO, 2001).

En 2001 tuvo lugar una reforma completa del tratamiento constitucional de los pueblos indígenas. Se derogó el artículo 4 de la Constitución mexicana¹⁵ (transcrito anteriormente) y también se reformó por completo el artículo 2, que ahora tiene una extensión muy sensata (un caput de cinco párrafos, dos apartados con las secciones VIII y IX cada uno). También se introdujeron cambios en otras partes del texto constitucional. El artículo 2, §1, que condensa

14 Todos los cambios realizados a la Constitución Mexicana están en orden cronológico y disponibles para su descarga en el sitio oficial de la Cámara de Diputados Mexicana.

15 Más recientemente, el Decreto 241 (México, 2020) modificó de nuevo el Art. 4 para establecer mejoras en los derechos sociales del país, especialmente en sanidad y educación. Se da prioridad a los pueblos indígenas en ambos sectores, siguiendo y ampliando los objetivos anteriores de la disposición.

la mayoría de las innovaciones de esta reforma, aunque estipula la unidad e indivisibilidad de la nación mexicana previstas en el texto original, ya en su caput reconoce que

[I]a Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, *que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.* (MEXICO, 2001) (énfasis añadido.)

Otros puntos a destacar en la reforma de 2001 son: la prohibición de la discriminación, la afirmación de los pueblos indígenas como sujetos de derecho (tanto como individuos indígenas como comunidades y pueblos indígenas), el reconocimiento de la autonomía de estos pueblos, la relación de esta autonomía con el Estado, las reformas institucionales necesarias para la implementación de estas autonomías, así como algunas políticas públicas y las medidas transitorias necesarias para su implementación¹⁶.

La reforma de 2015, mucho menos extensa que la de 2001, modifica el texto de la fracción III del artículo 2, inciso a), numeral 15, asegurando que “en ningún caso las prácticas comunitarias podrán limitar los derechos político-electorales de los ciudadanos en la elección de sus autoridades municipales”, reconociendo, en este caso, a las organizaciones indígenas autónomas como los Caracoles.

Francisco López Bárcenas (2001) aborda estos puntos con mayor detalle. Incluso afirma que la reforma de 2001 fue “sin exa-

16 También cabe destacar que el Decreto 239 agrega un apartado C al artículo 2 para extender a los pueblos y comunidades afromexicanas los mismos derechos que a las comunidades indígenas.

geración” la más debatida y cuestionada en la historia del constitucionalismo mexicano. Las discusiones e innovaciones propuestas en ella están estrechamente vinculadas con las demandas expresadas por el autodenominado grupo rebelde Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), que el 1 de enero de 1994¹⁷, el EZLN, grupo formado en su mayoría por hombres y mujeres indígenas, ocupó varios asentamientos municipales en el estado de Chiapas.

4 EL EJÉRCITO ZAPATISTA DE LIBERACIÓN NACIONAL

El EZLN es una organización política libertaria que en sus inicios fue militar. Su orientación política se acerca a los postulados anarcosindicalistas, inspirados en el movimiento zapatista de principios del siglo pasado. Saltó a la fama el 1 de enero de 1994, cuando ocupó varias cabeceras municipales en el estado de Chiapas, pero el grupo hunde sus raíces a mediados de los años ochenta, como respuesta a la represión impuesta por el gobierno mexicano contra los grupos de izquierda.

El EZLN fue uno de los primeros grupos en utilizar Internet de forma masiva como medio activo de difusión de su pensamiento y búsqueda de apoyos. Según José Gaspar Bisco Júnior, “sus miembros cambiaron la fisonomía de la guerrilla contemporánea al confiar casi enteramente en el poder de la palabra para difundir” (BISCO JÚNIOR, 2007. p. 7). A partir de los textos del EZLN, se tiene gran acceso a lo que el grupo piensa de sí mismo y a su forma de verse en el mundo, constituyendo sujetos y afirmando sus identidades. Por ello, este trabajo se centra en el análisis de

17 Dada la connotación antineoliberal del EZLN, cabe mencionar que el 1 de enero fue también la fecha de entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

los textos emitidos por el propio EZLN para entender la peculiar relación que este grupo tiene con la constitución mexicana y con los representantes del pueblo en el congreso y los partidos políticos.

Adentrarse en la densa jungla de documentación (neo) zapatista no es tarea fácil. El sitio web Enlace Zapatista ofrece una plétora de archivos que dan testimonio de sus más de 30 años de luchas¹⁸. Sin utilizar criterios muy específicos en la selección de fuentes, me centraré en los esfuerzos de los zapatistas para que su identidad indígena sea reconocida como sujetos de derecho. La principal forma de dar a conocer sus demandas y objetivos son las “Declaraciones de la Selva Lacandona”, que van de la primera a la sexta y varían mucho en su estilo y objetivos.

Para hacer una muy breve cronología del movimiento zapatista, sugiero dividirlo en tres fases: pre-1994, 1994-2000, 2000-actualidad. En su fase pre-1994, tras el desmantelamiento de las Fuerzas de Liberación Nacional por fuerzas del ejército mexicano, algunos de sus antiguos miembros se aliaron con grupos indígenas y mestizos y juntos declararon la formación de un ejército constituido permanentemente que, tras años de preparación, saldría a la luz pública el 1 de enero de 1994 (MUÑOZ RAMIRES, 2003, p. 27 y ss.).

El 1 de enero de 1994, cuando ocupaba varios asentamientos municipales en el estado de Chiapas, el EZLN lanzó su Primera Declaración de la Selva Lacandona. En ella exigían “justicia e igualdad” para el pueblo mexicano necesitado de “trabajo, tierra, techo, alimentación, salud, educación, independencia, libertad, democracia, justicia y paz”; denunciaba a “los dictadores [que]

18 El “archivo histórico” del grupo, muy bien organizado por fechas, está disponible en el sitio oficial del grupo. El EZLN/FZLN confirma, en muchas oportunidades, la importancia de estos registros para la identidad e legitimación de sus acciones.

están aplicando una guerra genocida no declarada contra nuestros pueblos desde hace muchos años”. Es curioso que en esta “Primera Declaración”, los zapatistas recurrieran al artículo 39 de la Constitución mexicana para dar legitimidad a su movimiento y declarar la guerra al gobierno federal mexicano, disponiendo así:

como nuestra última esperanza, después de haber intentado todo por poner en práctica la legalidad basada en nuestra Carta Magna, recurrimos a ella, nuestra Constitución, para aplicar el Artículo 39 Constitucional que a la letra dice: ‘La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo el poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de este. El pueblo tiene, en todo tiempo, el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno (EZLN, 1994).

De 1994 a 2000 se sucedieron conflictos -no siempre armados- marcados por la inferioridad militar del EZLN que, sin embargo, adoptando tácticas guerrilleras, no se desarmó y ganó el apoyo de la sociedad civil en su conjunto. Durante este periodo se publicaron la Segunda (EZLN, 1994), Tercera (EZLN, 1995), Cuarta (EZLN, 1996) y Quinta (EZLN, 1998) Declaraciones de la Selva Lacandona. Llama la atención que de la segunda a la cuarta declaración, los zapatistas anuncian que luchan por una nueva constitución que realmente sirva al pueblo, y vuelven a hacer valer el texto del artículo 39 de la constitución mexicana para dar legitimidad a sus reclamos.

En la Quinta Declaración, sin embargo, hay un cambio de tono, en el que los zapatistas luchan por una reforma constitucional en materia indígena que sea amplia e involucre a toda la sociedad.

Como resultado de las luchas zapatistas, en 1995 el gobierno aceptó dialogar con los rebeldes y se iniciaron los “Diálogos de San Andrés”, en los que el EZLN logró hacer oír sus demandas

de una mayor valoración de las poblaciones indígenas, incluyendo respetar y — permitir — la autonomía en sus territorios y elegir a sus propios representantes (EZLN, 1996). Se suponía que estos acuerdos orientarían una nueva forma de relación entre el gobierno nacional y las poblaciones indígenas, pero los gobiernos priístas¹⁹ se negaron a cumplirlos y a convertir en ley los resultados de las mesas de discusión (LÓPEZ BÁRCENAS, 2001).

Con el cambio de partido en el gobierno, el Partido Acción Nacional creó la Comisión de Concordia y Pacificación (COCOPA), que contó con el apoyo de los zapatistas²⁰ y de varios grupos indígenas, así como de gran parte de la sociedad civil. Tras algunas derrotas en la cámara, el texto fue finalmente aprobado, reformando la constitución de 2001.

Desde 2000 hasta la actualidad, el EZLN se ha dedicado a otras formas de hacer política, organizando desde 2003 los Caracoles y las Juntas de Buen Gobierno, una forma autónoma de gobierno en las regiones zapatistas. Durante un tiempo se dedicaron al Frente Zapatista de Liberación Nacional, ya desaparecido, y también llevaron a cabo “la otra campaña”, que, en lugar de pedir el voto como los políticos tradicionales, recorrió todos los estados

19 Priista significa lo relacionado con el gobierno del PRI, el Partido Revolucionario Institucional. En este sentido, para simplificar, de acuerdo con la Encyclopædia Britannica, (2023): “*Institutional Revolutionary Party (PRI), Mexican political party that dominated the country’s political institutions from its founding in 1929 until the end of the 20th century. Virtually all important figures in Mexican national and local politics belonged to the party, because the nomination of its candidate to a public office was almost always tantamount to election. Originally called the National Revolutionary Party (Partido Revolucionario Nacional), the party was renamed the Mexican Revolutionary Party (Partido de la Revolución Mexicana) in 1938 and took its current name, Institutional Revolutionary Party (Partido Revolucionario Institucional; PRI), in 1946.*”

20 El EZLN organizó una marcha de Chiapas a Ciudad de México para mostrar su apoyo y presionar en las reuniones de la COCOPA (Muñoz Ramírez, 2003; CHIHU, 2002).

mexicanos en busca de escuchar a la gente y las ideas situadas “abajo y a la izquierda”.

En 2005, a través de su Sexta Declaración de la Selva Lacandona, los zapatistas anunciaron que el EZLN cambiaría sus objetivos y funciones, colocándose por debajo de las autoridades democráticas de las que provendrían las decisiones:

Vimos que el EZLN con su parte político-militar se estaba metiendo en las decisiones que le tocaban a las autoridades democráticas, como quien dice ‘cíviles’²¹. Y aquí el problema es que la parte político-militar del EZLN no es democrática, porque es un ejército, y vimos que no está bien eso de que está arriba lo militar y abajo lo democrático, porque no debe de ser que lo que es democrático se decida militarmente, sino que debe ser al revés: o sea que arriba lo político democrático mandando y abajo lo militar obedeciendo [...] (EZLN, 2005).

Esta afirmación nos lleva a preguntarnos si el EZLN se ha convertido en una “policía” de los Caracoles. Para responder a esto, vale la pena citar el hermoso pasaje del Subcomandante Marcos:

[e]l Ejército Zapatista de Liberación Nacional no puede ser la voz de quien manda, o sea del gobierno, aunque el que mande, mande obedeciendo y sea un buen gobierno. [...] deberán, por tanto, [las juntas] esforzarse en hacer como deben hacer todos los buenos gobiernos, es decir, recurrir a la razón y no a la fuerza para gobernar. Los ejércitos deben usarse para defender, no para gobernar (EZLN, 2005).

Con las declaraciones, podemos ver cómo no solo han cambiado significativamente las prioridades, las formas de acción y

21 Al leer las declaraciones, parece que por los “cíviles” los Zapatistas entienden quién no es militar, religioso, miembro del partido político o persona con cargos políticos

la percepción de los problemas, sino que también ha cambiado la autocomprensión del grupo y su relación con el Estado mexicano. Dialécticamente, quizá, se absorbieron y construyeron como sujetos constitucionales al imponer y reconocer su inserción en esa parte muy específica de la sociedad que puede llamarse sujeto constitucional.

5 CONSIDERACIONES FINALES

El itinerario de las demandas del EZLN nos permite preguntarnos si las formas de (re)constitución del sujeto propuestas por Rosenfeld no encuentran aquí un ejemplo paradigmático.

Al principio, los zapatistas no se identificaban con la representación que se les imponía y no creían en la posibilidad de un cambio pacífico, pues el estado de cosas mexicano de entonces les negaba hasta las formas más incontrovertibles de entenderse como sujetos de derecho, como “iguales”.

Posteriormente, aun después de sufrir la violencia y la represión generalizada, la posibilidad de abrir el diálogo, sobre todo después de la marcha de los 100 mil, les permitió identificarse metafóricamente (resaltando diferencias y enfatizando similitudes) con otros sectores civiles e incluso partidos políticos, como puede verse en la Quinta Declaración de la Selva Lacandona. Finalmente, la reforma constitucional legalizó las formas autónomas de gobierno implementadas por los Caracoles, lo que permitió a las personas vinculadas al movimiento zapatista algo más que el simple reconocimiento en las esferas estatales: les permitió representarse a sí mismos y ejercer, de manera autónoma, el ordeno y el mando característico del grupo.

REFERENCIAS

BISCO JÚNIOR, José Gaspar. **Guerrilha em foco**: a presença na mídia do discurso Zapatista, de seu surgimento até a Quinta Declaração da Selva Lacandona. Dissertação (Mestrado em História) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2007.

BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia**. La Paz, 2009.

BRITANNICA, **The Editors of Encyclopaedia**. “Institutional Revolutionary Party”. Encyclopedia Britannica, 20 Mar. 2023, Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/Institutional-Revolutionary-Party>. Acesso em: 22 mayo 2023.

CARVALHO, Raimundo Nonato Barbosa de. **Metamorfoses em Tradução**. Trabalho de conclusão de pós-doutoramento - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

CHIHU, Aquiles. La marcha del color de la Tierra. Araucaria. **Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades**, v. 4, núm. 8, segundo semestre, 2002, p. 0. Sevilla: Universidad de Sevilla, España.

EQUADOR. **Constituição da República do Equador**. Quito, 2008

EJÉRCITO ZAPATISTA DE LIBERACIÓN NACIONAL. **Fue la marcha de todos los México**s. Disponível em: <http://enlacezapatista.ezln.org.mx/1997/09/17/fue-la-marcha-de-todos-los-mexicos>. Acesso em: 23 mayo 2023.

EJÉRCITO ZAPATISTA DE LIBERACIÓN NACIONAL. **Primeira Declaração da Selva Lacandona**. Disponível em: <http://enlacezapatista.ezln.org.mx/1994/01/01/primera-declaracion-de-la-selva-lacandona>. Acesso em: 23 mayo 2023.

EJÉRCITO ZAPATISTA DE LIBERACIÓN NACIONAL. **Quarta Declaração da Selva Lacandona**. Disponível em: <http://enlacezapatista.ezln.org.mx/1996/01/01/cuarta-declaracion-de-la-selva-lacandona>. Acesso em: 23 mayo 2023.

EJÉRCITO ZAPATISTA DE LIBERACIÓN NACIONAL. **Quinta Declaração da Selva Lacandona**. Disponível em: <http://enlacezapatista.ezln.org.mx/1998/07/17/v-declaracion-de-la-selva-lacandona>. Acesso em: 23 mayo 2023.

EJÉRCITO ZAPATISTA DE LIBERACIÓN NACIONAL. **Segunda Declaração da Selva Lacandona.** Disponível em: <http://enlacezapatista.ezln.org.mx/1994/06/10/segunda-declaracion-de-la-selva-lacandona>. Acesso em: 23 mayo 2023.

EJÉRCITO ZAPATISTA DE LIBERACIÓN NACIONAL. **Terceira Declaração da Selva Lacandona.** Disponível em: <http://enlacezapatista.ezln.org.mx/1995/01/01/tercera-declaracion-de-la-selva-lacandona/>. Acesso em: 23 mayo 2023.

EJÉRCITO ZAPATISTA DE LIBERACIÓN NACIONAL. **El Diálogo de San Andrés y los Derechos y Cultura Indígena. Punto y seguido.** Disponível em: <http://enlacezapatista.ezln.org.mx/1996/02/15/el-dialogo-de-san-andres-y-los-derechos-y-cultura-indigena-punto-y-seguido/>. Acesso em: 23 mayo 2023.

EQUADOR. **Constitución de la República del Ecuador.** Disponível em: http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf. Acesso em: 23 mayo 2023.

FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzionalismo:** persorsi della storia e tendenze attuali. Roma e Bari: Laterza & Figli, 2009.

GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. **El nuevo constitucionalismo latino-americano, promessas e interrogantes.** Santiago de Chile: CEPAL – Serie Políticas Sociales, n. 153, 2009.

LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco et al. Reforma constitucional y derechos indígenas en México: entre el consenso y la ilegitimidad. In: SAUCEDA, Guadalupe Spinoza et al (Orgs.). **Los derechos indígenas y la reforma constitucional en Mexico.** p. 7-37, 2001.

LORENZETTO, Bruno Meneses. **Os caminhos do constitucionalismo para a democracia.** Tese de doutorado - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

MCCAA, Robert. Fue el siglo XVI una catástrofe demográfica para México? Una respuesta basada en la demografía histórica no cuantitativa. **Cuadernos de Historia**, n. 15, p. 123-136, dez. 1995.

MÉXICO. Cámara de Diputados. **Reformas Constitucionales por Decreto en orden cronológico.** Disponível em: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm. Acesso em: 23 mayo 2023.

MEXICO. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la de 5 de febrero del 1857. Disponible em: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917.pdf. Acesso em: 23 mayo 2023.

MEXICO. Decreto n° 122 de 28 de enero de 1992 por el que se reforma el Artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

MEXICO. Decreto n° 151 de 14 de agosto de 2001 por el que se aprueba el diverso por el que se adicionan un segundo y tercer párrafos al artículo 1o., se reforma el artículo 2o., se deroga el párrafo primero del artículo 4o.; y se adicionan un sexto párrafo al artículo 18, y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

MEXICO. Decreto n° 221 de 6 de marzo de 2020 por el que se declara reformado el primer párrafo del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de condonación de impuestos.

MEXICO. Decreto n° 240 de 20 de diciembre de 2015 por el que se reforma la fracción III, del Apartado A, del artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

MUÑOZ RAMIREZ, Gloria. **20 Y 10** El fuego y la palabra. Castellano. 1. ed. Editorial VIRUS, 2003. 312 p.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSENFELD, Michel. **The constitutional subject, its other, and the perplexing quest for an identity of its own: a reply to my critics**. Yeshiva University, n. 358, 2012.

CAPÍTULO 23

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM*: DIREITO DA MÃE OU IMPOSIÇÃO AO FILHO A UMA FAMÍLIA MONOPARENTAL?

*POSTHUMOUS ASSISTED HUMAN REPRODUCTION:
MOTHER'S RIGHT OR IMPOSITION TO THE CHILD IN A
SINGLE PARENT FAMILY?*

MURIANA CARRILHO BERNARDINELI¹
ALINE APARECIDA MUCELLINI DE SOUZA²

RESUMO: Este artigo aborda a questão da reprodução humana assistida *post mortem* (RAPM), que vem se tornando uma problemática cada vez mais presente no ordenamento jurídico brasileiro. Verifica-se que na atualidade a vida humana pode derivar de procedimentos artificiais devido ao desenvolvimento biotecnológico, e não apenas de modo natural, fato que recebe amparo no âmbito jurídico. Por conseguinte, a reprodução humana assistida *post mortem* é vista como um assunto controverso em razão da falha das leis. O objetivo central do trabalho é examinar a problemática acerca da família monoparental, bem como a exigência de autorização do doador para o uso do seu material biológico criopreservado após a sua morte, além da legalidade e constitucionalidade da RAPM no ordenamento jurídico brasileiro. Quanto aos procedimentos metodológicos, esta pesquisa bibliográfica se classifica como dedutiva, de natureza aplicada e de objetivo exploratório.

Palavras-chave: Reprodução humana. Existência de autorização. Família monoparental. Constitucionalidade.

1 Doutora em Função Social do Direito pela FADISP – Faculdade Autônoma de São Paulo, Mestre em Ciências Jurídicas com ênfase em Direito da Personalidade pela Unicesumar – Centro Universitário de Maringá, Professora da graduação do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. E-mail: muriana.carrilho@pucpr.br

2 Bacharel em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. E-mail: aline.mucellini@pucpr.edu.br

ABSTRACT: This article addresses the issue of posthumous assisted human reproduction (PAR), which has become an increasingly present issue in the Brazilian legal system. It appears that, at present, human life can derive from artificial procedures due to biotechnological development, and not just naturally, a fact that receives legal support. Therefore, *post mortem* assisted human reproduction is seen as a controversial issue due to the failure of the laws. The central objective of this work is to examine the problem of the single-parent family, as well as the donor's authorization requirement for the use of his cryopreserved biological material after his death, in addition to the legality and constitutionality of the PAR in the Brazilian legal system. As for the methodological procedures, this bibliographical research is classified as deductive, of applied nature, qualitative approach and exploratory objective.

Keywords: Human reproduction. Existence of authorization. Single parent family. Constitutionality.

1 INTRODUÇÃO

A reprodução humana assistida surgiu como meio de atender a vontade de ter filhos, se estabelecendo como a técnica que tende a substituir os procedimentos tradicionais de reprodução biológica, com objetivo na fecundação artificial. Esse método ajudou a solucionar os problemas de infertilidade marital, especialmente por possibilitar a prática do planejamento familiar.

O avanço da biotecnologia tornou possível a utilização do material genético após a morte do doador. Por conseguinte, surgiram novos questionamentos e controvérsias sobre o tema, sendo necessário a intervenção das normas do Direito para regular as lacunas da problemática.

Desta maneira, o presente artigo busca analisar a omissão legislativa no tocante à regulamentação das normas de reprodução humana assistida *post mortem*.

Neste diapasão, observa-se a evidente carência do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, embora o Código Civil Brasileiro de 2002, em seu artigo 1.597, assuma a viabilidade de filiação póstuma, não discute sobre as regras para a efetivação da técnica, causando incerteza no que tange os seus efeitos.

Logo, o que deveria ser algo inteligível, tal qual a utilização de procedimentos artificiais para a concepção de um filho cujo pai já faleceu, gera problemática principalmente nas áreas jurídicas e psicológicas, uma vez que não se trata apenas do desejo afetivo da mãe, como também dos direitos da criança em questão.

Neste contexto, preliminarmente será discutido sobre a ideia de família e filiação e como esses conceitos foram se modificando com o passar do tempo, bem como a adequação do ordenamento jurídico acerca dessas mudanças. No mesmo âmbito, será examinada a questão da família monoparental no que tange os prejuízos no desenvolvimento da prole e a violação do princípio do melhor interesse da criança.

Dessarte, será analisada a importância do planejamento familiar e seu respaldo legal. Além disso, serão examinadas as características da reprodução humana assistida na perspectiva da morte do marido, validando a necessidade da concessão expressa do de cujus para que o seu material genético possa ser utilizado após o seu falecimento.

Para isso, utilizou-se a metodologia de pesquisa bibliográfica, baseada no estudo de doutrinas, legislações, artigos científicos e resoluções do Conselho Federal de Medicina.

2 A DEFINIÇÃO DE FAMÍLIA E SEUS PARADIGMAS

A família é um instituto consagrado que surgiu desde o início da civilização humana, razão pela qual a sua definição se altera conforme as modificações da sociedade, buscando se adaptar à evolução social.

Devido a essas mudanças, “houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor” (DIAS, 2022, p. 42).

Na visão de Giselda Hironaka, não é possível ratificar o que é a família no sentido sociológico da palavra, pois para o Direito, dizer o que é família exige ignorar inúmeros fatos sociais fundamentalmente representativos da família, que eventualmente não seriam compatíveis com o direito positivado (HIRONAKA, 2015, p.54).

Diante disso, nota-se que o conceito de família foi ampliado, podendo ser considerada um núcleo de um ou mais indivíduos, com laços biológicos ou afetivos, que mantém uma relação solidária entre si, buscando-se a felicidade de cada integrante através dessa relação.

A Constituição Federal/88, em seu artigo 226, expõe o conceito de entidade familiar, reforçando a proteção não só às famílias concebidas pelo casamento, mas também às advindas de união estável e monoparentais – na qual apenas um dos genitores possui convivência com o filho(a). Nesse sentido, está a cargo da jurisprudência conferir à outras formas de convívio a definição de família, tal qual a união homoafetiva.

Ao se discutir sobre a família dentro desse novo paradigma, há que se interpretar o novo conceito de filiação, que não

se restringe ao elo biológico e jurídico, uma vez que nem sempre a existência de vínculo biológico resultará em vínculo jurídico, como ocorre nos casos de filiação através da doação de sêmen ou óvulo de terceiros, ou quando há infertilidade e outros problemas biológicos que impedem a procriação.

No que tange a família monoparental, há diversas discussões acerca do acesso das pessoas sozinhas (solteiras, divorciadas ou viúvas) aos procedimentos de reprodução assistida – principalmente no que concerne à reprodução assistida *post mortem* –, alegando que a criança nascer sem o vínculo paterno contraria o princípio do melhor interesse da criança.

Ocorre que, com base no artigo 226, §4º da Constituição Federal/88, família monoparental é a entidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Além disso, o Conselho Federal de Medicina, em sua Resolução nº 2.320/2022, permite que mulheres com até 50 anos podem se candidatar à gestação por técnicas de reprodução assistida.

Acerca do tema, Roberto Wider se posiciona contra a reprodução artificial póstuma, argumentando que a criança gerada através dessa técnica estará fadada à orfandade paterna (WIDER, 2007, p.73).

No mesmo viés, Kristine Gugliotti afirma que a criança tem o direito de ter a presença de ambos os genitores, sendo indevido procriar intencionalmente um ser humano que será privado do direito de conhecer um de seus pais (GUGLIOTTI, 2014, p. 153). De modo semelhante, Eduardo Leite afirma que a criança que nasce sem a presença do pai será prejudicada, tanto psicologicamente quanto na seara ética (LEITE, 2004, p. 155).

Diante do exposto, nota-se que parte da doutrina se opõe à família monoparental. Entretanto, os argumentos citados não se

fazem legítimos, ainda mais quando o ordenamento jurídico brasileiro tende a amparar as diferentes entidades familiares.

Na visão de Ana Carolina Massaro, a biparentalidade não é elemento essencial para o bom desenvolvimento da criança:

[...] o melhor interesse do menor não está, pura e simplesmente, em ter garantido seu acesso à biparentalidade, mas sim em conviver em um lar onde ele receba cuidados, atenção e carinho, razão pela qual o que garante o crescimento saudável e a dignidade de uma criança é o comprometimento daquelas pessoas que se responsabilizam pela sua educação, pela formação de seu caráter e pela sua felicidade (MASSARO, 2018, p. 61).

Outrossim, conforme a redação do artigo 227, *caput* da CF/88, a família tem o dever de garantir à criança direitos como saúde, alimentação, educação e lazer, além de protegê-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração e violência, direitos esses que não estarão assegurados apenas pela presença da figura paterna na vida do infante.

Ademais, Paulo Luiz Lôbo entende que não deve haver desigualdade entre as entidades familiares, no sentido de que um modelo não seja posto em condição superior aos outros:

Não há qualquer fundamentação jurídico-constitucional para distinção de direitos e deveres essenciais entre as entidades familiares, ou para sua hierarquização, mas são todas diferentes, não se podendo impor um modelo preferencial sobre as demais (LÔBO, 2008, p. 40).

Além disso, convém ressaltar que o Direito das Famílias se remodelou quanto a não aceitação de outras entidades familiares senão a biparental composta por pai e mãe. Em decorrência da recepção desses novos moldes familiares no ordenamento jurídico,

passou-se a utilizar, preferencialmente, a expressão “Direito das Famílias” e não mais “Direito de Família”.

Neste contexto, Giselda Hironaka explica que o sistema legislativo, no que tange as relações interparentais hodiernas, deve ser não só acessível aos novos modelos, mas que também contenha normas eficazes que se adaptem a conjuntura atual (HIRONAKA, 2006, p. 165).

À vista disso, não é aceitável a ideia de que a família bilateral é a melhor forma de garantir os direitos e interesses da criança, uma vez que todos os tipos de entidades familiares possuem virtudes e particularidades.

É sabido que o Estatuto da Criança e do Adolescente não restringe a adoção uniparental, fato que demonstra que o ordenamento jurídico brasileiro não considera a família monoparental um problema para a criação adequada da prole.

Com tudo, não há que se falar em hierarquizar as entidades familiares, uma vez que não se pode generalizar todos os contextos familiares e afirmar que o modelo familiar biparental é a maneira mais saudável para criar um filho apenas pelo fato da figura “mãe e pai” estar presente, desprezando a estrutura e planejamento de uma família monoparental.

Outrossim, nota-se que as diferentes entidades familiares podem atender os interesses da criança de forma igualitária, não tendo distinção entre famílias formadas por reprodução assistida, reprodução assistida *post mortem*, adoção, procriação natural, entre outras.

Por conseguinte, com base nos argumentos citados supra, é notório que a não convivência com o pai falecido não pode, isoladamente, ser justificativa para impossibilitar a reprodução assistida póstuma, valendo-se ainda do fato de que o planejamento

familiar, como será exposto a seguir, é um direito garantido pela Constituição Federal de 1988.

De acordo com a Lei Federal nº 9.263/96, o planejamento familiar é direito de todo cidadão e se caracteriza pelo conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. Isto é, o planejamento familiar propicia à família o direito de decidir a quantidade de filhos e quando eles serão gerados, tendo o auxílio necessário para garantir que isso aconteça, disponibilizando os procedimentos e metodologias de concepção e contracepção que são cientificamente comprovados e que não coloquem a vida das pessoas em risco, lhes assegurando a liberdade de escolha.

Cabe salientar que o planejamento familiar também encontra respaldo no artigo 226, §7º, da Constituição Federal atual, que assegura o acesso aos métodos de reprodução assistida e garante a não intervenção do Estado ou da sociedade no que tange a sua estruturação.

Ademais, Flávia Piovesan reitera a definição e importância do planejamento familiar ao expor que:

Esse dispositivo eleva à categoria de norma constitucional muitos dos princípios correlacionados aos direitos reprodutivos veiculados pelos documentos internacionais de direitos humanos, [...]. Resta claro que o planejamento familiar funda-se na livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar todos os meios e recursos para o exercício responsável desse direito, vedada qualquer coerção, violência ou discriminação (PIOVESAN, 2012, p. 40).

Nesse âmbito, a biotecnologia tem auxiliado na constituição do planejamento familiar. A realização de técnicas como a

reprodução humana assistida têm possibilitado a procriação para pessoas e casais que em outros tempos, seja por motivos médicos ou sociais, não conseguiriam realizá-la de maneira natural.

3 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM* E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS

A reprodução humana assistida é o procedimento que utiliza gametas femininos ou masculinos com auxílio da biotecnologia para tornar a possível a gravidez, principalmente em casos de infertilidade. As técnicas mais comuns são as de fertilização *in vitro*, transferência de zigoto para as trompas – que utiliza o espermatozoide do cônjuge (forma homóloga) ou de doador através do banco de sêmen (forma heteróloga) – e transferência de gametas para as trompas.

Sumariamente, Moura, Souza e Scheffer expõem que a reprodução humana assistida consiste em:

Todos os tipos de tratamento que incluem a manipulação *in vitro* (no laboratório), em alguma fase do processo, de gametas masculinos (espermatozoides), femininos (oócitos) ou embriões, com o objetivo de se estabelecer uma gravidez (MOURA; SOUZA; SCHEFFER, 2009, p. 37).

Se tratando da reprodução assistida homóloga, uma vez que utiliza material genético vindo do casal, não há problemas para que a paternidade seja determinada, já que o DNA da criança seria formado pelas informações genéticas dos pais. No entanto, a problemática aparece quando se trata desse tipo de reprodução assistida após a morte do cônjuge.

Com o avanço da biotecnologia, os métodos de reprodução assistida se desenvolveram, não apenas no que tange à eficiência, mas também na descoberta da possibilidade de se utilizar a reprodução assistida em casos de idade avançada e endometriose.

Quanto aos casais homoafetivos ou transexuais, o Conselho Nacional de Medicina permite o uso destas técnicas sem a necessidade de reconhecimento de esterilidade, já que esta advém da orientação sexual do casal.

A reprodução assistida póstuma envolve o uso da inseminação artificial homóloga, que requer a preservação de material biológico de alguém que já faleceu. Dessa forma, essa técnica pode ser aplicada em situações em que um dos pais tenha falecido, ou seja, antes de se tornar pai ou mãe.

No caso em que o pai faleceu, o embrião é criado através da fertilização in vitro dos gametas e, posteriormente, implantado no útero. No entanto, quando a mãe falece, a fertilização in vitro é realizada, e os gametas são implantados em um útero diferente.

Os avanços tecnológicos na área da reprodução humana têm enfatizado a importância da vontade das partes envolvidas, questionando as antigas presunções de paternidade, maternidade e filiação.

Contudo, a lei considera como concebidos na constância do casamento os filhos (Código Civil, artigo 1.597):

Art. 1.597 [...]:

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido (BRASIL, 2002, on-line).

A questão da reprodução assistida póstuma é, indiscutivelmente, um tópico altamente controverso que tem gerado debates acalorados, especialmente no que diz respeito às suas ramificações.

É inegável que os avanços na área da biotecnologia têm proporcionado inúmeros benefícios à sociedade, inclusive a capacidade de realizar procedimentos de reprodução humana assistida. No entanto, à medida que a medicina avança, surgem incertezas sobre como abordar essa prática, particularmente nos casos de reprodução assistida homóloga post mortem. Apesar de essa prática ser mencionada no inciso III do artigo 1.597 do Código Civil de 2002, as diretrizes legais não estabelecem de maneira suficientemente clara os critérios e condições que devem ser seguidos ao realizar esse procedimento, o que resulta em ambiguidades quanto às suas implicações.

Além disso, Flávio Lauria entende que a expressão “mesmo que falecido o marido” elencado no artigo supramencionado não significa que a legislação autoriza ou incentiva a prática da reprodução assistida póstuma, uma vez que a sentença pode estar se referindo apenas aos casos em que o doador do material genético vem a falecer após o início do procedimento, mas antes do nascimento da criança (LAURIA, 2004, p. 89). Ou seja, não fica clara a legitimidade do procedimento de reprodução assistida *post mortem*.

Reescreva com outras palavras (LAURIA, 2004, p. 89). Ou seja, não fica clara a legitimidade do procedimento de reprodução assistida *post mortem*.

Além disso, a Resolução nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina (CFM), que versa sobre as diretrizes éticas na aplicação das técnicas de reprodução assistida, permite a reprodução assistida póstuma, desde que haja autorização prévia do doador. Em caso de ausência dessa autorização, os embriões

devem ser descartados, uma vez que não é adequado presumir que alguém deseje ser pai após a morte. É importante ressaltar que essa Resolução é adotada por profissionais da área médica, embora não tenha força de lei.

No mesmo âmbito, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu a necessidade de manifestação inequívoca, expressa e formal para implantação de embriões do cônjuge/companheiro falecido (BRASIL, 2021).

Outrossim, foi estabelecido que a viúva não tem direito sobre o material genético do seu falecido marido que está armazenado em clínica, haja vista que não é objeto de herança, de acordo com o Enunciado 106 da I Jornada de Direito Civil (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2002).

Quanto à doutrina jurídica, parte considera que o ordenamento jurídico impede as técnicas de reprodução *post mortem*, mesmo que haja vontade expressa deixada em vida; já outros entendem que, se há o material genético já sendo preservado, não há outro motivo senão o desejo de que seja feita a inseminação.

Para Valéria Cardin e Tereza Vieira, a reprodução assistida póstuma pode facilitar a destinação do material genético criopreservado para atos ilícitos e imorais, como a inseminação não autorizada pelo *de cujus*, a viabilidade de “criar” a prole visando fins econômicos, a colocando apenas na posição de herdeira e a possibilidade de gerar o filho somente como forma de lidar com o luto (CARDIN; VIEIRA, 2019, p. 264).

Neste âmbito, nos casos em que há autorização, Társis Jorge assevera que nas hipóteses de fecundação homóloga, mantém-se a suposição de paternidade, uma vez que a instituição designada para o armazenamento comprove a utilização do gameta do marido já morto (JEORGE, 2017, p. 143). Autores como Maria

Berenice Dias e Ana de Moraes Salles Beraldo seguem a mesma perspectiva, acreditando que é necessária a autorização em vida do *de cujus* para a consumação do procedimento.

Por sua vez, Andréa Ueda sustenta que, com base na liberdade de escolha das partes envolvidas, respaldada pela razão, a reprodução assistida póstuma é viável, desde que seja resultado de um planejamento deliberado e aceito pelo casal. Além disso, argumenta que, nessas circunstâncias, os desafios que surgiriam não seriam substancialmente diferentes daqueles que ocorreriam caso o pai estivesse vivo, mas a mãe falecesse durante o parto, ou se o pai viesse a falecer no momento em que a implantação do embrião estivesse em andamento (UEDA, 2008, p. 53).

Guilherme Gama, proeminente pensador que se opõe à prática da reprodução assistida após a morte, argumenta que tal procedimento entra em conflito com princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a paternidade responsável, o melhor interesse da criança e a igualdade entre filhos. Em sua visão o planejamento familiar não deve ser unilateral, isto é, não deve ser decidido exclusivamente pela mãe, e argumenta que a dignidade da pessoa humana é desrespeitada na reprodução *post mortem*, uma vez que prejudica os direitos dos filhos (GAMA, 2003, p. 733).

Da mesma forma, Helena Barboza fundamenta sobre a importância da existência do pai ao dizer que:

Indispensável considerar, para melhor compreensão dos efeitos da inexistência do pai, o entendimento da psicologia sobre tal problema, visto ser o pai sabidamente importante na construção da estrutura psíquica do indivíduo. Ao que se sabe, esta lacuna poderá ser preenchida por outra pessoa que venha a exercer a função de pai. A rigor, porém, as hipóteses não são idênticas: na primeira a concepção se deu em vida do pai, na segunda quando já morto o marido. Não se indaga da paternidade (biológica),

esta é certa, independentemente da presunção; mas da conveniência de se promover o nascimento de crianças geradas após a morte do pai. Fará diferença o tempo decorrido entre a morte e a concepção? Estará atendido o melhor interesse da criança? Há interesse da criança ou da mãe? (...). Vai se consolidando, em boa hora, o entendimento de que a figura do pai é muito superior à do mero provedor ou reprodutor. Ao vínculo puramente jurídico, calcado em presunções, estruturadas num sistema de marcantes características patrimonialistas, substituiu-se a tendência, hoje vigente, de prevalência do vínculo biológico (BARBOZA, 2004, p. 26-27).

Verifica-se, portanto, a necessidade de atestar o consentimento, incluindo autorização acerca da interferência médica e a possível destinação do material genético se houver morte de uma das partes de acordo com a doutrina predominante, trazendo à tona o princípio da autonomia da vontade do falecido marido.

No inciso III, do artigo 1.597 do Código Civil/02, a necessidade de consentimento prévio e expresso não é claramente estabelecida. Nessa perspectiva, Belmiro Welter discorda da ideia de que o consentimento expresso do falecido seja essencial, pois ele argumenta que o ato de disponibilizar o material genético já equivale a uma autorização para a realização de reprodução assistida homóloga a qualquer momento. Ignorar a presunção de filiação devido à ausência de autorização prévia e expressa do pai, quando isso não é legalmente exigido, poderia prejudicar a criança. Em outras palavras, a manifestação tácita de vontade seria suficiente como evidência (WELTER, 2003, p. 213).

Frente aos impasses criados pelo Código Civil/02 devido à falta de estipulação de normas, é fundamental a criação de uma regulação apropriada acerca da medicina reprodutiva, a fim de cessarem não só as interrogações sobre o tema, mas também para

o estabelecimento de limites. Neste viés, Ana Beraldo entende que é preciso:

(...) disciplinar as relações que estejam, de uma forma ou outra, ligadas a elas, bem como fornecer elementos que possam nortear a interposição das situações que decorrem dessa prática médica específica (BERALDO, 2012, p. 88).

Em contrapartida, apesar da omissão do ordenamento jurídico, a autorização expressa do marido mostra-se necessária, uma vez que envolve vidas que não podem ser desfeitas, além de questões afetivas.

Conclui-se, portanto, que principalmente visando a impedir a prática inadequada da reprodução assistida *post mortem*, a autorização do falecido é de extrema importância. Assim, faz-se necessário o cumprimento da Resolução nº. 2.320/2022 do CFM, que determina em seu item V.3, que no momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados.

Contudo, o Projeto de Lei nº 1851/2022 visa alterar o art. 1.597 do Código Civil/02 para dispor sobre o consentimento presumido de implantação, pelo cônjuge ou companheiro sobrevivente, de embriões do casal que se submeteu conjuntamente a técnica de reprodução assistida. Nos casos em que o falecido tiver deixado explícito que não deseja autorizar a utilização *post mortem* do material genético, a sua vontade será acolhida se tiver sido estabelecida em testamento ou outro documento equivalente ou em termo formal de submissão às técnicas de reprodução assistida.

O Projeto ainda determina a responsabilidade das clínicas médicas, centros ou serviços responsáveis pela reprodução assistida, as quais deverão questionar o cônjuge ou companheiro,

na ocasião em que for atestada a sua autorização para participar das técnicas de reprodução assistida, se concorda com o uso do material após a sua morte, expressando a sua vontade no mesmo documento (BRASIL, 2022).

Sumariamente, observa-se que há diversas controversas na questão da presunção posterior à morte do doador do material genético nos casos de reprodução assistida homóloga, por mais que a doutrina entenda que é necessário o prévio consentimento para a aplicação da técnica, dada a falta de regulamentação do Código Civil/2002.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os avanços na biotecnologia abriram novas possibilidades na área da reprodução assistida, que pode ser considerada como um meio de assegurar o direito ao planejamento familiar. Esse direito está intimamente ligado aos direitos de reprodução estabelecidos pelas leis em vigor.

No que diz respeito à reprodução assistida após a morte de um dos genitores, é importante notar que tanto a legislação brasileira quanto as diretrizes do Conselho Federal de Medicina não proíbem essa prática. Contudo, uma condição fundamental para sua realização é a obtenção de autorização expressa do doador no momento da preservação do material genético. Essa exigência de uma autorização clara por parte do doador, indicando sua vontade de permitir o uso do material genético após sua morte, é fundamental para garantir que o material seja utilizado de acordo com a vontade do falecido. Além disso, essa abordagem protege os direitos da criança por nascer. Não se pode presumir que alguém

deseje ser pai após sua morte, portanto, é essencial respeitar a vontade do genitor e o planejamento familiar.

É importante destacar que a lei não faz distinção entre diferentes tipos de estruturas familiares, não colocando obstáculos à concepção de um filho em uma família monoparental, especialmente nos casos em que o pai tenha falecido. A biparentalidade não pode ser o único critério para determinar qual é a melhor maneira de proteger os interesses da criança.

Nesse contexto, é fundamental aplicar os princípios constitucionais do Direito das Famílias para resolver os conflitos decorrentes das lacunas na legislação sobre o tema. Isso permitirá preservar o princípio da dignidade humana, bem como o melhor interesse da criança e o direito ao planejamento familiar.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Helena Heloisa. **Bioética e discurso científico: que lugar para a lei? Já podemos dispensar o pai?** Rio de Janeiro: DIAG/TJERJ, 2004.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem: um estudo sobre as consequências jurídicas no direito de família e sucessões.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Código Civil nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, ano 4867, v. 8, n. 8, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 17 mar. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 17 mar. 2023.

BRASIL. **Conselho Federal de Medicina.** Resolução nº 2.320/2022. Exposição dos motivos da resolução. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em: 17 mar. 2023.

BRASIL. Lei Federal nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF: Coleção de Leis do Brasil, ano 1996, v. 8, n. 8, 15 jan. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm. Acesso em: 17 mar. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 mar. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei 1851/2022**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/153893>. Acesso em: 17 mar. 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial nº. 1.918.421/SP (2021/0024251-6). Por maioria, restabeleceu sentença que proibiu a implantação de embriões criopreservados em uma viúva, por entender que tal procedimento, para ser realizado após a morte do cônjuge, depende de consentimento expresso e inequívoco. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 23 nov. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=149921772®istro_numero=202100242516&peticao_numero=202100791976&publicacao_data=20220420. Acesso em: 17 mar. 2023.

CARDIN, Valéria Galdino Silva; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Famílias monoparentais: dos aspectos controvertidos da reprodução assistida *post mortem*. **X Encontro Internacional do Conpedi Valência - Espanha**: Direito Civil, de Família e Constitucional, Florianópolis, p. 252-268, 2019. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/150a22r2/2406ng07/O36RIErKR8pQ9pQk.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2022. FEDERAL. Conselho de Justiça. **Enunciado 106**. I Jornada de Direito Civil, 2002. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737#:~:text=Para%20que%20seja%20presumida%20a,utilize%20seu%20material%20gen%C3%A9tico%20ap%C3%B3s>. Acesso em: 17 mar. 2023.

GAMA, Guilherme Canon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GUGLIOTTI, Kristine Barci. **Reprodução artificial: limites necessários**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pósmodernidade. **Revista da faculdade de direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 101, p. 153-167, jan. 2006. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67702>. Acesso em: 17 mar. 2023.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

JEORGE, Társis Nametala Sarlo. **Direitos humanos, direito de família e sucessões e previdência social: Temas Controversos**. Rio de Janeiro: Instituto Memória, 2017.

LAURIA, Flávio. Da filiação no Novo Código Civil. **Revista da EMERJ: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil - Parte II**, Rio de Janeiro, v. 2, ed. especial, p. 84-101, 2004. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_2/Anais_Parte_II_revistaemerj.pdf. Acesso em: 17 mar. 2023.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios do direito de família brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n. 35, p. 129-151, jul. 2008. Disponível em: [http://idclb.com.br/revistas/35/revista35%20\(10\).pdf](http://idclb.com.br/revistas/35/revista35%20(10).pdf). Acesso em: 17 mar. 2023.

MASSARO, Ana Carolina Pedrosa. O direito reprodutivo x o direito a bi parentalidade: há limites para o exercício do direito humano das famílias monoparentais e homoafetivas de planejarem o nascimento de seus filhos a partir das técnicas médicas de reprodução humana assistida?. **Revista Brasileira de Bioética**, [S. l.], v. 14, n. edsup, p. 61, 2019. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/24537>. Acesso em: 17 mar. 2023.

MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de; SCHEFFER, Bruno Brum. Reprodução assistida: Um pouco de história. **Revista da SBPH**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 23-42, dez. 2009. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S151608582009000200004&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 17 mar. 2023.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

UEDA, Andréa Silva Rasga. A Dignidade e a Solidariedade para com o Zigoto (Embrião) Humano Extra-Uterino: uma nova aceção de entidade familiar? **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, n. 2, fev./mar. 2008.

WELTER, Belmiro Pedro Marx. **Igualdade entre as filiações biológicas e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WIDER, Roberto. **Reprodução assistida**: aspectos do biodireito e da bioética. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SUICÍDIO ASSISTIDO: DIREITO À MORTE DIGNA E O ESTADO COMO REGULADOR DA VIDA

ASSISTED SUICIDE: RIGHT TO DIGNIFIED DEATH AND THE STATE AS REGULATOR OF LIFE

ANA CAROLINA DOS SANTOS PINHEIRO¹

MARIANA RAMOS DA CRUZ DENIG²

TAYNÁ CAROLINE DA SILVA³

VALTER FREITAS⁴

RESUMO: O objetivo deste estudo foi analisar a complexidade do processo de morte em pacientes terminais ou com doenças incuráveis, explorando a questão do suicídio assistido a partir do ponto de vista do princípio da autonomia da vontade, da dignidade humana, e da bioética, considerando o contexto jurídico brasileiro. Foi adotado o método dedutivo, utilizando pesquisa bibliográfica para fundamentar-se em textos previamente elaborados, incluindo trabalhos científicos e legislação, além de referências ao direito comparado. Foram explorados os conceitos de eutanásia, distanásia, ortotanásia e suicídio assistido para fins de contextualização e melhor compreensão do tema, suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro e se a legalização do procedimento do suicídio assistido implicaria no direito fundamental à vida, consagrado na Carta Magna. Cumpre asseverar que este artigo não tem a pretensão de esgotar o tema, mas sim proporcionar uma reflexão sobre até

1 Graduada do Curso de Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Campus Toledo. carolina.pinheiro@pucpr.edu.br

2 Graduada do Curso de Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Campus Toledo. mariana.denig@pucpr.edu.br

3 Graduada do Curso de Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Campus Toledo. tayna.caroline@pucpr.edu.br

4 Professor do Curso de Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Campus Toledo. valter.freitas@pucpr.edu.br

que ponto o Estado pode intervir nos direitos individuais, assim como ocorre com a garantia do direito à vida.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Suicídio assistido. Bioética. Autonomia da vontade. Direito à vida e à morte digna.

ABSTRACT: The objective of this study was to analyze the complexity of the death process in terminal patients or those with incurable diseases, exploring the issue of assisted suicide from the point of view of the principle of autonomy of will, human dignity, and bioethics, considering the context Brazilian legal system. The deductive method was adopted, using bibliographical research to base itself on previously prepared texts, including scientific works and legislation, in addition to references to comparative law. The concepts of euthanasia, dysthanasia, orthothanasia and assisted suicide were explored for contextualization purposes and a better understanding of the topic, its implications in the Brazilian legal system and whether the legalization of the assisted suicide procedure would imply the fundamental right to life, enshrined in the Magna Carta. It should be noted that this article does not intend to exhaust the topic, but rather to provide a reflection on the extent to which the State can intervene in individual rights, as is the case with the guarantee of the right to life.

Keywords: Dignity of the human person. Assisted suicide. Bioethics. Autonomy of the will. Right to life and a dignified death.

1 INTRODUÇÃO

Com os avanços tecnológicos da medicina e a adoção de prática mais saudáveis, a expectativa e a qualidade de vida aumentaram significativamente nos últimos anos, criando uma grande preocupação com a satisfação e o bem-estar das pessoas, principalmente na velhice. No entanto, o mesmo não ocorreu quando

se está a tratar do fim da vida, cujo percurso derradeiro ainda é extremamente mal administrado.

Apesar de haver situações do falecimento ocorrer de maneira instantânea, como em acidentes ou ataques cardíacos fulminantes, o enfraquecimento de nosso corpo pode acontecer de forma gradual e lenta. Isso pode ocorrer devido a doenças que, aos poucos, prejudicam nosso corpo e mente, ou simplesmente devido ao envelhecimento, que gradualmente limita nossa consciência e vitalidade (CAVALCANTE; NOGUEIRA, 2018, p. 7). Doenças terminais, como câncer, doenças cardíacas ou respiratórias, geralmente apresentam um período em que a saúde se deteriora e a condição progride antes do falecimento. Esse processo pode variar de algumas semanas a meses, e em alguns casos, até anos.

Assim sendo, uma parcela significativa das pessoas enfrenta um processo de morte que normalmente requer cuidados médicos profissionais e suporte do sistema hospitalar. Contudo, muitas das pessoas que passam por esse período antes de falecer, acabam submetidas a diversos dissabores e sofrimentos. Essas experiências se alteram com base em diferentes aspectos, como o contexto social, cultural, econômico e a progressão da doença em si, mas guardam como característica comum, o grande sofrimento que representa para a família que ver seu ente querido agonizando, enquanto é submetido a tratamentos paliativos.

Embora a assistência paliativa, os testamentos vitais e as diretivas antecipadas de vontade sejam amplamente aceitas na área da saúde e no ordenamento jurídico brasileiro, a ideia de fornecer uma “morte digna” ao paciente ainda é nova e está sendo explorada no âmbito acadêmico e doutrinário, além de não possuir, atualmente, amparo legal de forma expressa.

Nesse viés, se discute se o direito fundamental à vida proibiria a legalização do suicídio assistido no Brasil, trazendo à tona princípios da dignidade da pessoa humana, autonomia da vontade e Bioética, já que são procedimentos clínicos com o objetivo de causar o mínimo de sofrimento possível para aquele que já o experimenta em demasia.

Em que pese existir uma aceitação relativamente tranquila em relação a não intervenção médica, mediante cuidados desnecessários, em pacientes que não têm chances de melhora ou de cura, como a distanásia e a ortotanásia, a aceitação dessas práticas no Brasil ainda é limitada. Ademais, a discussão acerca do assunto é fortemente influenciada por compreensões culturais, religiosas e morais, além de ser permeado por interesses médicos de empresas farmacêuticas e de toda a indústria hospitalar (OLIVEIRA, 2019, p. 08-09).

Quando a espera pelo momento da morte se torna muito dolorosa para uma pessoa que está sofrendo, a vida perde o seu sentido. Isso ocorre devido à falta de qualidade, causada pela dor, sofrimento psicológico, perda de capacidade e independência e pela sensação de falta de identidade.

Diante desse cenário, o presente estudo tem por objetivo fomentar a análise em relação a morte provocada no Brasil, mostrando que a vedação do procedimento do suicídio assistido está em desacordo com princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade e da Bioética. Para tanto, parte da definição de distanásia, ortotanásia, eutanásia e suicídio assistido, abordando questões éticas e jurídicas da morte provocada no Brasil, valendo-se do direito comparado, bem como analisando legislações de países que autorizam suas práticas. Por fim, aborda os princípios da dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade com o

intuito de responder à questão que motivou a presente pesquisa: a “morte digna” e satisfatória é um direito?

2 COMPREENDENDO DISTANÁSIA, ORTOTANÁSIA, EUTANÁSIA E SUICÍDIO ASSISTIDO: DEFINIÇÕES E DISTINÇÕES

Em que pese notáveis avanços da medicina, ciência e indústria farmacêutica, que indiscutivelmente trouxeram benefícios à sociedade, a busca e o alcance dessas conquistas também têm consequências paradoxais que podem resultar na prolongação persistente e desnecessária da vida, como a prática da distanásia, compreendida como prolongamento artificial da vida.

Nesse âmbito, convém pontuar que o uso excessivo e desproporcional de medidas médicas para prolongar a vida de um paciente em situações em que não há expectativa razoável de recuperação ou melhora significativa da condição de saúde, pode ser ética e emocionalmente controversa, levando em consideração que pode impedir o paciente de ter uma morte digna, bem como causar impacto na qualidade de vida, tanto para o paciente, quanto para seus familiares.

Consciente dessa situação e com o objetivo de combater procedimentos desnecessários e traumáticos, o Conselho Federal de Medicina (CFM) emitiu a Resolução CFM nº 1.805 em 2006, a qual dispõe sobre as permissões e obrigações do médico durante a fase terminal do paciente:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento.

mento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou seu representante legal (CFM, 2006).

Essa postura caracteriza a realização da ortotanásia, podendo ser compreendida como uma visão de morte natural, da qual se busca evitar a intervenção meramente dilatatória para o prolongamento da vida e, conseqüentemente, o sofrimento do enfermo. Nesse sentido, é necessário esclarecer que ortotanásia consiste no ato de suspender medicamentos ou medidas que aliviam a dor, ou de deixar de usar os meios artificiais para prolongar a vida de um paciente em coma irreversível, por ser intolerável o prolongamento de uma vida vegetativa sob o prisma físico, emocional e econômico, acatando solicitação do próprio enfermo ou de seus familiares.

Nos ensinamentos de Isabella Bastos Silva Oliveira (2019), é uma abordagem que prioriza a autonomia do indivíduo em fazer escolhas sobre sua própria vida e, conseqüentemente, sua morte, a qual envolve a expressão da vontade do paciente para toda a equipe médica e familiares. Ocorre mesmo que essa vontade seja expressa de maneira não verbal, através de sinais claros de preocupação sem perspectiva de melhora, assim como indícios de dor e sofrimento causados por tratamentos médicos infundados do ponto de vista terapêutico.

Contudo, embora exista uma aceitação relativamente tranquila em relação a não intervenção médica, mediante cuidados desnecessários em pacientes que não têm chances de melhora ou de cura - conforme abordado, de forma introdutória, no capítulo anterior -, há de se consignar que o procedimento da ortotanásia não foi aceita de forma unânime pela comunidade médica e jurídica, seja por compreensões culturais, religiosas e morais. O Ministério

Público Federal, à época, apresentou uma ação civil pública contra a Resolução CFM Nº 1.805/2006, buscando sua revogação, mas mudou de posicionamento posteriormente e passou a entender que a ortotanásia não se caracteriza como uma forma legal de homicídio, mas sim como uma questão ética e disciplinar no campo da medicina (OLIVEIRA, 2019, p.49).

Por sua vez, as práticas da eutanásia e do suicídio assistido, são vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Em que pese inexistir tipificação específica sobre a temática, tais práticas são classificadas como crime de homicídio e auxílio ao suicídio, previstos respectivamente nos artigos 121 e 122, ambos do Código Penal.

Feitas tais considerações, deve-se estabelecer as diferenças entre eutanásia e suicídio assistido.

Nas palavras de Carlos M. Costa Almeida:

Eutanásia é o acto intencional de proporcionar a alguém uma morte rápida e indolor para aliviar o sofrimento causado por uma doença incurável e que provoca um grande sofrimento. Pode ser classificada em voluntária e involuntária. Na eutanásia voluntária é a própria pessoa doente que, de forma consciente e dentro dos parâmetros necessários, pede para ser morto. Na eutanásia involuntária a pessoa encontra-se incapaz de expressar o desejo de morrer e essa decisão é tomada por outrem, geralmente cumprindo o desejo anteriormente expresso pelo próprio nesse sentido. A eutanásia pode também ser classificada em activa e passiva. A eutanásia activa é o acto de intervir de forma directa e deliberada para terminar a vida do doente, a eutanásia passiva consiste em não realizar, ou interromper, o tratamento necessário à sua sobrevivência. Esta última poderia eventualmente confundir-se com não praticar distanásia, mas a diferença é que o tratamento abandonado poderia ser eficaz na doença em causa, enquanto na segunda se procura apenas arrastar a vida sem outro objetivo (ALMEIDA, 2020, online).

Logo, a eutanásia pode ser caracterizada como a ação intencional de proporcionar uma morte rápida e indolor para aliviar o sofrimento causado por uma doença incurável que causa grande angústia, podendo ser dividida em (i) voluntária: quando o próprio paciente solicita conscientemente a morte dentro de critérios estabelecidos; ou (ii) involuntária: quando o paciente não consegue expressar seu desejo de morrer, e outra pessoa toma a decisão, geralmente com base em um desejo anteriormente expresso pelo paciente.

Além disso, a eutanásia pode ser classificada como ativa, envolvendo a intervenção direta para encerrar a vida do paciente, isto é, outra pessoa (geralmente um médico) age diretamente para provocar a morte.

Já o suicídio assistido, por outro lado, é a situação em que o paciente de forma consciente decide por colocar fim a sua vida, no exercício da sua autonomia da vontade, solicitado auxílio médico (BRAVO *et al*, 2023, p. 523).

Não há que se falar, na eutanásia, em ação direta do paciente, sendo essa uma das maiores divergências entre os procedimentos da eutanásia e suicídio assistido, visto que, nesse último, o médico apenas fornece os meios para que o paciente consiga realizar seu desejo de morrer. Não obstante, na eutanásia, é o médico em si quem executa a ação que causa a morte do paciente.

O suicídio assistido, portanto, pode ser definido como o ato de alguém causar intencionalmente a própria morte, mas com assistência de outra pessoa que faz com base na vontade expressa e motivada por um senso de compaixão pela angústia e profunda insatisfação da pessoa em relação à própria vida, a ponto de desejar seu encerramento (OLIVEIRA, 2019, p. 56).

Nessa conjuntura, a autonomia da vontade e princípios da dignidade da pessoa humana atuam com o fim de permitir ao paciente tomar decisões acerca da própria vida, através de limites que estabeleçam uma morte digna e consciente.

3 A MORTE DIGNA COMO DIREITO EM DIFERENTES ORDENAMENTOS JURÍDICOS

A resistência ao suicídio assistido não é uma exclusividade brasileira, já que em diversos países a aceleração da morte de maneira assistida é considerada conduta criminosa àquele que auxilia ou pratica o ato executório.

Em sintonia com as leis dos países que permitem tal procedimento em seu sistema jurídico, essas consideram a situação do paciente, a opinião médica, a idade, as outras alternativas, entre outros.

À vista disso, é necessário traçar um paralelo entre as legislações de alguns países que permitem tais práticas e a legislação brasileira, bem como suas consequências no ordenamento jurídico.

A Holanda foi um dos primeiros países europeus a permitir a eutanásia e o suicídio assistido, considerando-os legais desde 2002, pela promulgação da “Lei sobre a cessão da vida a pedido e o suicídio assistido”, em que autoriza o procedimento realizado por médicos, onde esses podem administrar ou apenas fornecer uma substância letal (VERAS, 2018, p. 23).

A lei mencionada foi responsável por prever situações em que o profissional da saúde seria acobertado por uma excludente de ilicitude, logo, caso os procedimentos sejam feitos sem que todos os requisitos necessários sejam preenchidos, a prática desses poderá ser considerada crime.

No que tange os indivíduos que podem realizar o procedimento, a legislação holandesa permite que os procedimentos sejam feitos a pedido de pacientes com mais de 18 (dezoito) anos, ou em pacientes a partir dos 12 (doze) anos com a aprovação dos representantes legais. Por outro lado, entre 16 (dezesseis) e 18 (dezoito) anos, os pacientes podem decidir de forma autônoma, desde que seus representantes legais estejam envolvidos no processo (VERAS, 2018, p. 24).

Na Suíça, o suicídio assistido não é considerado crime, ao contrário da eutanásia, podendo ser praticado por médicos ou terceiros. Existem organizações no país, como a Dignitas e a Exis, que auxiliam cidadãos suíços e estrangeiros ao suicídio assistido e, para que consigam realizar o procedimento, devem cumprir alguns requisitos.

A pessoa deve sofrer de uma enfermidade incurável, terminal ou condição médica grave que cause sofrimento insuportável e o pedido para o suicídio assistido deve ser voluntário, persistente e fundamentado. Além de ser capaz de tomar as próprias decisões, de forma racional e informada, a pessoa deve solicitar assistência ao suicídio por conta própria, sem que haja pressão externa, sendo realizado uma avaliação psicológica para determinar a capacidade de consentimento e se não houve interferência de terceiros na escolha do paciente (OLIVEIRA, 2019, p. 72).

Assim como na Holanda, os médicos suíços podem se recusar a realizar o procedimento, se valendo da objeção de consciência, caso haja conflito com suas crenças éticas e religiosas.

Nos Estados Unidos da América (EUA), somente em certos estados é permitido o suicídio assistido. Nestes, em todas as situações, os pacientes deverão administrar a própria medicação, além de serem maiores de 18 (dezoito) anos, terem menos de 6

(seis) meses de expectativa de vida e que façam ao menos dois requerimentos com lapso temporal de no mínimo 15 dias (VERAS, 2018, p. 28).

Os estados de Washington, DC, Vermont, Califórnia, Havaí e Montada autorizam a prática com legislação específica acerca do tema, com exceção de Montana, que aprovou por meio de jurisprudência (VERAS, 2018, p. 28).

O Japão, assim como o Brasil, criminaliza a prática da eutanásia e do suicídio assistido, entretanto, são encarados por grande parte da população como uma forma digna de pôr termo a vida.

Entretanto, apesar de não haver previsão legal quanto à descriminalização das condutas, os tribunais japoneses vêm tolerando a prática, desde que cumprissem certos requisitos, aplicando, portanto, uma excludente da ilicitude dos artigos 199 e 202 do Código Penal Japonês, que configuram os crimes de homicídio e de suicídio assistido e homicídio a pedido da vítima (PINTO; MONTALVÃO, 2020, p. 32).

No Brasil, o suicídio assistido é classificado como crime pelo Código Penal, sendo especificado em seu artigo 122, caput, onde “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos”.

Outrossim, a eutanásia é equiparada ao crime de homicídio privilegiado, com a aplicação de diminuição de pena àqueles que cometerem o homicídio “por motivos de relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção”.

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a

injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço (BRASIL, 1941).

Logo, pode-se dizer que o Código Penal, assim como o Estado protegem a vida, não por outro motivo, uma vez que o Código Penal traz em um dos seus capítulos, condutas ilícitas que violam o direito à vida, como o homicídio, o infanticídio, o aborto e o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio. Além de um capítulo específico que trata dos crimes de perigo para a vida e à saúde.

Por outro lado, a afirmativa de que o Estado não ampara o direito de morrer é correta? Isso, já que não é oferecido opções para escolher o momento e a forma de morrer, para que essa ocorra de forma digna. O que seria essencial para preservar a dignidade nesse momento único, inerente a todo ser humano vivo?

4 BIOÉTICA E A DEFESA À AUTONOMIA DA VONTADE, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO A UMA VIDA E A MORTE DIGNAS

Em decorrência de questões éticas que surgem no entorno de assuntos como a morte e a vida, surge a Bioética, podendo ser definida, segundo Warren Thomas Reich (1982), como ‘‘o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e dos cuidados de saúde, na medida em que essa conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais’’.

Nesse intento, busca analisar as possíveis soluções para pacientes terminais, além de orientá-los, bem como informar seus familiares, sobre os detalhes e resultados de cada decisão possível.

Nesse sentido, a Bioética tem como um de seus princípios primordiais a administração consciente e responsável da vida humana, sendo a anfitriã na modernização de diversos pensamentos e introdução do Código de Ética Médica. Consequentemente, as discussões consubstanciadas na Bioética externam reflexões relativas a temas como o suicídio assistido e a eutanásia, surgindo uma análise contemporânea para além do Direito e seus aspectos legais (OLIVEIRA, 2019, p. 83).

No contexto de um tema contemporâneo, é notório que a legislação, em seu âmbito de visão especialmente moralista, não surte mais os efeitos necessários para uma decisão justa e eticamente pensada. Contudo, a Bioética produz novas formas de percepção acerca disso (OLIVEIRA, 2019, p. 83).

Diante disso, correlacionando os estudos da Bioética com os princípios constitucionais que asseguram os direitos da pessoa humana, é possível compreender o ideal de que toda ação deve ser realizada mediante o consentimento prévio da pessoa humana, sendo livre e especificamente informada sobre sua decisão. Em decorrência disso, surge a “trindade bioética”: a beneficência, a autonomia do indivíduo e a justiça (KOVÁCS, 2003, p. 118).

O primeiro deles, a beneficência, visa especificamente o aumento e melhora dos benefícios, a minimização dos riscos e evitar danos e sofrimento desnecessário ao paciente. Quanto à justiça, busca atuar conjuntamente garantindo a neutralidade no processo, através da distribuição dos riscos e benefícios (OLIVEIRA, 2019, p. 87).

Ademais, no que tange o princípio da autonomia, é imprescindível asseverar primordialmente que essa se trata do poder que a pessoa humana tem de decidir sobre os cuidados inerentes à própria vida, além de se autogovernar. Não obstante, somente poderá

discutir-se sobre o desejo do paciente quando essa estiver mancomunada ao acesso cristalino e íntegro de todas as informações e dados importantes sobre a atual situação e as consequências, benefícios e riscos de cada decisão.

Nesse sentido, observa-se constantemente a evolução dos métodos médicos e conceitos bioéticos, trazendo novos entendimentos e possibilidades aos pacientes. Com isso, através de uma tecnologia que favorece a manutenção e prolongamento da vida - o que se busca com afincos - é possível questionar-se sobre quando utilizar meios que evitem a morte e quando interrompê-los.

No que se refere à proteção desse direito fundamental, que visa proteger a vida, sabe-se que essa é um princípio fundamental assegurado pelo Estado, garantindo que as pessoas possam viver plenamente e fazer escolhas ao longo de suas vidas. No entanto, o debate sobre o direito a uma morte digna é intrincado e engloba considerações éticas e morais.

Outrossim, o esforço para evitar a morte a qualquer custo pode levantar preocupações éticas relacionadas à qualidade de vida do paciente, muitas vezes comprometida. Esses dilemas se manifestam notadamente no contexto da eutanásia, do suicídio assistido e da busca por uma “morte com dignidade” (KOVÁCS, 2003, p. 119). Afinal, a dignidade da pessoa humana é um direito constitucional, uma qualidade inseparável do ser humano. Diante desse princípio, as pessoas são titulares de direitos que devem ser respeitados tanto pelo Estado, quanto por seus semelhantes. Nesse diapasão, com a aproximação da morte através de um processo doloroso, o sujeito em sofrimento não poderia tomar decisões a respeito de sua própria vida para garantir sua própria dignidade?

A Constituição Federal de 1988 garante em seu artigo 5º a vida como um direito fundamental e, nas palavras do doutrinador

Pedro Lenza: “O direito à vida, previsto de forma genérica no art. 5º, caput, abrange tanto do direito de não ser morto, privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também de ter uma morte digna” (LENZA, 2013).

Assim sendo, poderia o sujeito dispor desse direito quando seu fim já se aproxima? Até onde a vida deixa de ser um direito e torna-se uma obrigatoriedade inglória? É imperioso observar que o debate se restringe ao direito de antecipar a própria morte quando está já se mostra eminente, ou seja, quando se está diante uma “vida inviável”. Ademais, ao exercer sua vontade e antecipar o encerramento de sua existência para garantir que seus últimos momentos de vida sejam com qualidade, este estaria apenas escolhendo viver de forma digna até o fim (OLIVEIRA, 2019, p. 22).

Portanto, proibir que uma pessoa em estágio terminal tenha direito a morrer com dignidade significa que a vida não é um direito, mas uma obrigação imposto pelo estado, o que delimita o seu bem-estar, define seu destino e torna forçoso o sentido de viver. Nesse sentido, o direito fundamental à vida representaria um golpe contra o próprio indivíduo, que seria obrigado a permanecer em vida, contra a própria vontade. Logo, essa necessidade em deixar que uma pessoa continue em vida, mesmo contra seus propósitos, pode representar uma verdadeira violação à dignidade (VERAS, 2018, p. 52).

5 CONCLUSÃO

O debate acerca do direito à morte digna envolve questões éticas e morais complexas. O suicídio assistido e a eutanásia são procedimentos legalizados em diversos países, respeitando a autonomia e a dignidade do indivíduo. No entanto, no Brasil,

essas práticas são criminalizadas e, raramente, há debates sobre a necessidade de se revisar essa legislação.

Nos Estado onde essas práticas são autorizadas ou até mesmo toleradas, os legisladores criaram diversos critérios para que o paciente possa usufruir desse direito, sempre tendo em vista a garantia de uma vida plena.

Em decorrência disso, a regularização e cuidados adequados são essenciais para evitar abusos e garantir que pacientes em situações de sofrimento insuportável possam ter uma morte digna e indolor.

Por fim, oportuno mencionar que os princípios constitucionais da vida e da dignidade da pessoa humana se entrelaçam e, para que ambos sejam respeitados, todos devem ter direito a uma vida digna até os últimos momentos de sua existência.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos M. Costa. **Ordem dos médicos**. A eutanásia. Disponível em: <https://ordemosmedicos.pt/a-eutanasia/>. Acesso em: 28 out. 2023.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 maio 2023.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Institui o Código Penal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, p. 2391, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 19 maio 2023.

BRAVO, Marlon Ricardo, et al. 2023. **Bioética**: direito a vida digna e suicídio assistido. Disponível em: <https://unisantacruz.edu.br/revistas/index.php/revmulti/article/view/334/321>. Acesso em: 19 maio 2023.

CAVALCANTE, José Dino Costa; NOGUEIRA, Thiago Victor Araújo dos Santos. **Revista Interdisciplinar em Cultura e Sociedade (RICS)** São Luís - v. 4 n. especial. jul./dez. 2018. Uma narrativa em torno da não existência: a morte e sua metaforização em Os degraus do paraíso, de Josué Montello. Disponível em: <file:///D:/Usuario/Downloads/10533-Texto%20do%20artigo-31677-1-10-20190105.pdf>. Acesso em: 28 out 2023.

Conselho Federal de Medicina (CFM). **Resolução CFM Nº 1.805/2006**. Brasília, DF: CFM, 2006. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm. Acesso em: 21 maio 2023.

FELIX, Zirleide Carlos, et al. **Eutanásia, distanásia e ortotanásia: revisão integrativa da literatura**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/6RQCX8yZXWWfC6gd7Gmg7fx/>. Acesso em: 19 maio 2023.

FONSECA, Stephany Oliveira Giardini. **Direito à morte digna: Uma Análise Sobre o Suicídio Assistido**. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/9166>. Acesso em: 19 maio 2023.

KOVÁCS, Maria Julia. **Bioética nas questões da vida e da morte**. Psicologia USP, v. 14, n. 2, p. 115–167, 2003. Disponível em <https://www.scielo.br/j/pusp/a/d9wcVh7Wm6Xxs3GMWp5ym4y/?lang=pt#>. Acesso em: 19 maio 2023.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Isabella Bastos da Silva. **Eutanásia e suicídio assistido: A relativização da lógica jurídica pela bioética em prol da morte digna**. Disponível em: <https://ri.ufs.br/handle/riufs/11008>. Acesso em: 19 de maio de 2023.

PINTO, José Manuel; MONTALVÃO, Teresa da Cunha. **Eutanásia e suicídio Assistido**. Enquadramento Internacional. 2020. Disponível em: https://ficheiros.parlamento.pt/DILP/Dossiers_informacao/Eutanasia/60.EutanasiaSuicidioAssistido_Nov_2020.pdf. Acesso em: 21 maio 2023.

REICH, Warren Thomas, *et al.* **Encyclopedia of Bioethics**. v. 4. New York & London: Macmillan/Free Press, 1982.

VERAS, Alice Mac Dowell. **O direito à morte assistida à luz do ordenamento jurídico brasileiro**. 2018. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/37877/37877.PDF>. Acesso em: 20 maio 2023.

CAPÍTULO 25

SUPREMACIA INVISÍVEL DO HOMEM COMO FATOR EMERGENTE AO ABANDONO AFETIVO NO ENCARCERAMENTO FEMININO

INVISIBLE HUMAN SUPREMACY AS AN EMERGING FACTOR TO AFFECTIVE ABANDONMENT IN FEMALE INCARCERATION

RODRIGO ROGER SALDANHA¹
MURIANA CARRILHO BERNARDINELI²
ITAUANA BRAUN DOS SANTOS³

RESUMO: O presente artigo propõe uma discussão sobre o abandono afetivo das mulheres encarceradas e como isso acaba afetando em sua saúde física e psicológica, ocasionando uma série de problemas como ansiedade, depressão e por ter relação a falta de cuidados do Estado em estruturas prisionais, até falta de higiene. É importante relacionar o Estado quando se tratar dessas condições, principalmente quando se tratar de segregação, que é grande com esses assuntos, principalmente quando os presídios femininos e mistos são afastados. Desta forma, a pesquisa possui uma natureza bibliográfica e análise sobre pensamentos doutrinários e questões polêmicas, que direcionam o embase sobre o abandono afetivo e também a interferência na saúde da mulher, buscando a compreensão crítica do tema e considera a falta de inclusão nas problemáticas atuais. Com todas as análises é possível identificar uma dependên-

1 Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra, Mestre e Doutor em Ciências Jurídicas, Professor e Coordenador do Curso de Direito da PUCPR – e-mail: rodrigo.roger@pucpr.br

2 Doutora em Função Social do Direito pela FADISP – Faculdade Autônoma de São Paulo, Mestre em Ciências Jurídicas com ênfase em Direito da Personalidade pela Unicesumar – Centro Universitário de Maringá, Professora da graduação do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. E-mail: muriana.carrilho@pucpr.br

3 Bacharel em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. E-mail: itauana.santos@pucpr.edu.br

cia emocional desde a infância, gerando consequências negativas no decorrer de suas vidas. Nesse sentido o Estado poderia agir, com implementação de profissionais da saúde e da área social a fim de prevenir e tratar estes problemas de forma adequada e efetiva desde sua raiz, sem contar com a ajuda da sociedade na reintegração pós reclusão, onde se formaria pessoas emocionalmente saudáveis.

Palavras-chave: Abandono afetivo. Mulheres encarceradas. Problemas de saúde. Desamparo do Estado.

ABSTRACT: This article proposes a discussion about the affective abandonment of incarcerated women and how this ends up affecting their physical and psychological health, causing a series of problems such as anxiety, depression and because it is related to the lack of care by the State in prison structures, even lack of hygiene. It is important to relate the State when dealing with these conditions, especially when dealing with segregation, which is big with these matters, especially when female and mixed prisons are removed. In this way, the research has a bibliographic nature and analyzes on doctrinal thoughts and controversial issues, which direct the basis on affective abandonment and interference in women's health, seeking a critical understanding of the theme and considers the lack of inclusion in current problems. With all the analyzes it is possible to identify an emotional dependence since childhood, generating negative consequences during their lives. In this sense, the State could act, with the implementation of health and social professionals to prevent and treat these problems in an adequate and effective way from their root, without counting on the help of society in reintegration after imprisonment, where people would be formed emotionally healthy.

Keywords: Affective abandonment. Imprisoned women. Health problems. State helplessness.

1 INTRODUÇÃO

O abandono afetivo das mulheres já é comum em presídios femininos e mistos dentro do país e, sua saúde, principalmente voltada a casos de baixa renda e que vivem afastados ou passam por alguma interferência, fica inteiramente relacionada as condições daqueles locais. Assim, nota-se um alto índice de inclusão judiciária deste tema em decisões atuais, o que facilita as discussões e as compreensões do mesmo.

Também se tem a precariedade do sistema carcerário feminino e o descaso governamental, não só dos dias atuais, mas durante os séculos passados, no qual é possível enxergar que o índice de criminalidade é baixa, o que justificaria as baixas iniciativas de preocupações sobre os responsáveis. Esse descaso acontece de maneira ambilateral, em que é possível identificar questões partindo de familiares ou do próprio Estado.

Em geral o assunto é relacionado a condições socioeconômicas e problemas emocionais e estruturais, ocasionando doenças e variações de humor. As mulheres que são abandonadas, se sentem sozinhas e isoladas, isso as levam a sentimentos de tristeza e desesperanças sobre suas situações de vida, influenciando em suas capacidades físicas e mentais.

O abandono afetivo interfere diretamente na violação da dignidade da pessoa humana, e ela é um valor fundamental e universal e deve ser respeitado e protegido em todas as circunstâncias, afetando diretamente a vida emocional, psicológica e social da pessoa abandonada. Sendo importante o acesso a meios legais de proteção e reparação em casos de abandono afetivo devendo ser presente.

Dessa forma, a pesquisa possui natureza bibliográfica e análise sobre pensamentos doutrinários e questões polêmicas, que direcionam o embase sobre o abandono afetivo e também a interferência na saúde da mulher. Buscando assim, uma compreensão crítica do tema, levando em consideração a falta de inclusão do mesmo nas problemáticas atuais.

2 DESIGUALDADES ENTRE HOMENS E MULHERES

A desigualdade de gênero é uma realidade em muitas partes do mundo e afeta principalmente as mulheres. Podendo se manifestar em diversas áreas, como dentro do mercado de trabalho, na política, na educação, na saúde e na vida familiar. No mercado de trabalho, enfrentam discriminação salarial e de oportunidades, além de serem sub-representadas em cargos de liderança e em áreas consideradas “masculinas”.

Na política as mulheres são minorias em cargos eletivos e muitas vezes enfrentam obstáculos para se elegerem. Tem o viés da educação, que apesar do aumento dos acessos nos últimos anos, ainda existem desigualdades em relação a isso. Na saúde, os serviços de prevenção e tratamento de doenças ainda tem desigualdades.

As mulheres muitas vezes são responsáveis pelas tarefas domésticas e de cuidado, o que pode limitar suas oportunidades de trabalho e de participação na vida pública. Desigualdades de gênero são complexas e requerem ações em diversas áreas, incluindo políticas públicas que promovam a igualdade de oportunidades, campanhas de conscientização sobre importância da igualdade, promoção da participação das mulheres em locais considerados “masculinos” e a valorização do trabalho de cuidado que muitas se utilizam.

Com o aumento das mulheres encarceradas, como um levantamento nacional de informações penitenciárias, tem-se a seguinte informação:

Entre os países que mais encarceram mulheres, o Brasil teve um aumento de 455% na taxa de aprisionamento entre 2000 e 2016. Do total de mulheres privadas de liberdade, 45% ainda não haviam sido julgadas ou condenadas (GIFE, 2021, on-line).

Este fenômeno citado, reflete não apenas no crescimento geral da população carcerária, mas também desigualdades estruturais de gênero e com a desigualdade instaurada na atualidade, se tem uma maneira extra de abandono das mulheres, conforme a seguinte informação:

Que falta cerca de 100 anos para alcançarmos definitivamente a igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho. E hoje as mulheres representam 38,8% da força de trabalho global, contra 61,2% de homens (PODER DA ESCUTA, 2021, on-line).

A desigualdade de gênero se manifesta no sistema carcerário. Embora o principal “dano” seja a prisão, as diferenças são significativas entre homem e mulher neste contexto. Onde pode-se observar segundo Miyamoto e Krohling:

Verifica-se que o/a encarcerado/a, traz consigo suas condições sociais anteriores, de desigualdade e exclusão, em que as mesmas excludentes são mantidas integras durante o período de seu confinamento e o acompanharão ao ser inserido/a novamente na sociedade. Não poderia ser diferente, então, a situação das mulheres encarceradas dentro do sistema prisional brasileiro que mantém as regras das relações sociais tradicionalmente sob a lógica do sistema patriarcal, que acentua as desigualdades sociais e de exclusão social da mulher em relação

ao homem (MIYAMOTO; KROHLING, 2012, p. 12).

As taxas de encarceramento feminino são menores em comparação com as masculinas, mas o número de mulheres encarceradas tem aumentado significativamente nos últimos anos.

As mulheres enfrentam desafios específicos no sistema prisional, como violência sexual, acesso limitado a serviços de saúde adequados, falta de programas de reabilitação específicos. As razões pelas quais as mulheres são encarceradas também são diferentes das dos homens, como crimes não violentos, ligados a pobreza e a falta de oportunidades.

Além disso, algumas mulheres são encarceradas por crimes advindos de abusos domésticos e outras formas de violência de gênero. Assim como afirma a escritora:

Que em sua grande maioria, as condenações femininas são por ilegalidades referentes a uso, tráfico de drogas ou formação de quadrilha ficando, esses crimes à frente de crimes violentos como: homicídio, infanticídio, lesão corporal, roubo, latrocínio, sequestro, extorsão, entre outros (SOARES, 2002, on-line).

Os crimes cometidos por mulheres advindos de violência de gênero representam uma triste realidade que merece uma atenção e compreensão, onde muitas mulheres, encontram-se em situações extremas, onde são forçadas a agir de maneiras desesperadas e violentas para que possam se proteger.

Neste contexto, pode-se ver dados importantes a serem observados:

A Fundação de Amparo ao Preso (FUNAP), em censo penitenciário de 2002, constatou que no estado de São Paulo, onde está mais de 41%

das mulheres encarceradas de todo o país, 36% das mulheres não recebiam visitas (em comparação a 29% dos homens). E das que recebiam visitas, 47% delas recebia visita somente uma vez por mês. Já na pesquisa realizada pelo Grupo de Trabalho Interministerial, a penitenciária de Ribeirão Preto/SP apresentou um dos piores resultados, com 75% das internas não recebendo qualquer visita. No Centro de Reabilitação Penitenciário da cidade de Taubaté/SP, somente 6 das 73 internas recebiam visitas com frequência. E no Presídio Nelson Hungria, localizado no estado do Rio de Janeiro, apenas um terço das mulheres eram visitadas, 150 internas de um total de 474 (OLIVEIRA; SANTOS, 2012, p. 4).

É necessário adotar abordagens que levem em consideração as características específicas das mulheres, incluindo a implementação de políticas que possam promover alternativas ao encarceramento, tratamento e reabilitação, principalmente em mulheres com problemas de saúde mental e dependência química. Sendo essencial o acesso a serviços de saúde, educação e emprego adequados a necessidade, tanto nos presídios como após eles.

A falta de saúde como um todo, nas mulheres e nas formas de serem encaminhadas aos presídios, tem-se um pensamento que retrata:

Junto ao cenário de negligência que circunda a vivência das mulheres delituosas desde o início dos estudos da criminologia até os dias atuais, destaca-se o rompimento dos laços afetivos que se desdobram na vida das mulheres encarceradas, questão que pode ser observada de um ponto de vista ainda mais criterioso partindo do pressuposto que, de acordo com o InfoPen Mulheres, cerca de 62% das mulheres possuem vinculação penal por envolvimento com o tráfico de drogas não relacionado às maiores redes de organizações criminosas (SANTOS; SILVA, 2019, on-line).

Muitas mulheres enfrentam desafios significativos em relação à saúde física e mental antes mesmo de entrar no sistema prisional, e essas questões tendem a se agravar durante o período de encarceramento. A falta de acesso a cuidados de saúde adequados, incluindo atendimentos médicos, é uma realidade a ser considerada.

Também “ocorre que a mulher presa é a “grande transgressora”, não apenas pelo cometimento do crime, mas pela ocupação de um universo que, teoricamente, não lhe compete “(MARQUES; SALVARO, 2018)”, sendo a autora do crime.

É sempre importante reconhecer que, em algumas situações, as mulheres podem ter sido coagidas, manipuladas ou forçadas a se envolverem nos crimes com seus parceiros, por vontade própria, influência ou por outros fatores, como dependência química, vulnerabilidade socioeconômica ou a falta de oportunidades.

3 ABANDONO AFETIVO, UMA QUESTÃO DE GÊNERO?

O abandono afetivo não é matéria exclusiva de um gênero específico, onde pode afetar tanto homens, quanto mulheres, reconhecendo que existem algumas dinâmicas sociais e culturais que podem contribuir para a prevalência em determinados grupos.

Historicamente, as mulheres têm sido socialmente associadas ao papel de cuidadoras e responsáveis pela criação dos filhos e suporte emocional da família, levando a expectativas culturais mais elevadas em relação ao papel das mesmas no cuidado afetivo, tornando-as mais vulneráveis ao abandono quando essas expectativas não são atendidas. O afeto em si, pode se caracterizar particularmente sobre sua reação de reatividade.

É um fenômeno que ocorre quando uma pessoa negligência responsabilidades emocionais para outra pessoa, geralmente

acontece em contextos familiares, como pais que abandonam seus filhos. Esse tipo de abandono pode ter consequências significativas no desenvolver da vida de uma pessoa. A autoridade da pessoa humana é um princípio fundamental dos direitos humanos, o qual reconhece o valor inerente de todos os seres humanos, implicando na forma de serem tratadas com respeito e consideração, dando direito a uma vida digna (ONU, 1948).

O abandono pode ter um impacto negativo nas relações interpessoais, gerando dificuldades de confiar ou até de se abrir com outras pessoas. Se tem também entendimentos a respeito da importância da afetividade que seguem expandindo para outros campos, como o jurídico, e com a consagração da Constituição Federal de 1988, trazendo avanços civilizatórios, democráticos e sociais (BRASIL, 1988). O direito à saúde está garantido pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 196 e seguintes. Desta forma, observa-se que todas as mulheres possuem tal direito, estando ou não encarcerada.

A ausência do apoio emocional e afetivo durante o período de prisão agravam a vulnerabilidade emocional e compromete a saúde mental e, além disso, o abandono afetivo afeta negativamente a reintegração social das mulheres após a prisão, sendo mais desafiador a construção de relacionamentos familiares e estabilidade de uma rede de apoio sólida.

Com o sentimento de afeto, se ligando diretamente a uma responsabilidade e cuidado e por este motivo acaba se tornando obrigação, podendo se tornar responsabilidade civil (SANTOS, 2014, on-line).

Quando uma pessoa é submetida ao abandono afetivo, ela pode experimentar uma série de consequências negativas. Como no caso de adultos, as marcas dessas consequências podem ser

profundas. E a falta de suporte emocional e conexões significativas levam a solidão, baixa autoestima, dificuldades de relacionamento e uma sensação de desamparo emocional.

4 SUPREMACIA INVISÍVEL DO HOMEM COMO FATOR DE SURGIMENTO DO ABANDONO AFETIVO DAS MULHERES ENCARCERADAS

A supremacia masculina se perfaz em vários cenários socioeconômicos, não sendo diferente no encarceramento feminino.

Como já retratado acima, se tem informações de que a desigualdade entre homens e mulheres é completamente notória e com isso, se tem a informação:

Trás uma média de visitas realizadas por pessoa nos presídios masculinos, girando em torno de 7,8, em contrapartida, nas unidades femininas e mistas, essa média decai a 5,9 por pessoa presa. Com essa diferença gritante, não se tem uma igualdade perante aos generos, e no que tange ao sexo do indivíduo, predomina o abandono afetivo, principalmente as mulheres ali encarceradas no meio carcerário (BRASIL, 2018, on-line).

A desigualdade persiste em diversos aspectos da sociedade, apesar de todos os avanços conquistados. Mulheres enfrentam disparidades salariais, recebendo menos por realizar o mesmo trabalho que homens na prisão, por exemplo.

O próprio médico Drauzio Varella comenta que as mulheres encarceradas são abandonadas por seus familiares, pois a sociedade acaba aceitando com mais naturalidade a prisão do homem, enquanto a prisão feminina possui uma conotação sexual (G1 SP, 2017).

Ainda nesse sentido:

Tem dois aspectos: primeiro, que a mulher não é para ir presa. Mulher é tratada na família para dar exemplo, para ser boazinha, obediente, então já uma quebra de paradigma importante. Segundo, porque a prisão da mulher tem sempre uma conotação sexual também, porque se ela rouba, é porque ela é devassa também (G1 SP, 2017).

As detentas tem que lidar com a ausência de apoio emocional e afetivo diariamente, onde há uma sensação de solidão profunda ligada ao desamparo. A falta de contato com as pessoas que elas conheciam fora daquele local, filhos, parentes, etc., pode resultar em desconexão, isolamento, causando efeitos negativos a própria prisão, influenciando na autoestima e identidade dessas mulheres, sentindo-se rejeitadas, levadas a questionar seus valores.

Se cita ainda a distância dos presídios femininos e as residências das famílias, assim como os horários de visitas que geralmente são em dias úteis, dificultando ainda mais a conexão.

O espaço da mulher sempre foi minimizado, e sua identificação perde traços quando o silêncio predomina por medo de ser penalizada.

Enquanto oprime, invisibiliza e silencia, o Estado estende tal condição à família dessas mulheres, pois acreditamos que ao vitimar uma mulher, vitimase ao menos uma família. A família permanece presa às normas institucionais, aos horários, à obrigação de contribuir com alimentos e produtos de higiene, a fim de suprir a incapacidade do poder público em assegurar o mínimo de dignidade àquelas que amam (ALVES, 2018, p. 248).

É considerado uma supremacia invisível do homem e se tem uma opressão nas suas atitudes que chegam a exalar. Uma

idosa encarcerada, diz que o ambiente, no qual está inserida, contribui para o sentimento de abandono e revolta: “A cadeia não reeduca ninguém, ela revolta. É muito revoltante o que acontece aqui, a gente vive abandonada. Só de você estar privada de liberdade não é bom, mas aqui é o pior do mundo” (ITTC, 2016, on-line).

Com sociedades machistas e regimentos internos, a dificuldade do contato com as famílias, tudo isso, cai diretamente a elas, fortalecendo meios históricos de submissão e falta de prioridade.

O que pode-se retirar nos casos citados acima, é que as mulheres levam consigo desvantagens socioeconômicas, histórias de traumas e abusos e, até problemas com vícios, principalmente em drogas.

5 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

O Estado como promotor da justiça social deve atuar de modo a garantir o bem estar de sua população, e em determinados casos deve ser responsabilizado por suas ações ou omissões.

A violência que girava em torno das atividades punitivas foi cessando com o passar dos tempos e séculos, voltando o foco, que era de agressões e punições físicas, a restrições e impedimentos.

Ainda no que tange a criminalidade, pode-se citar:

Sabe-se que as relações de dominação embasam o desenvolvimento do sistema punitivo e, por conseguinte, a mulher criminosa foi investigada no âmbito biológico pela criminologia positivista no final do século XIX, que teve como resultado a dualidade, a bondade e a perversão (SANTOS; SILVA, 2019, on-line).

A criminalidade das mulheres encarceradas revela uma complexa relação de poder entre o Estado e as mulheres margina-

lizadas. O Estado exerce um poder ao criminalizá-las e encarcerá-las, em vez de abordar as raízes socioeconômicas e estruturais de seus envolvimento com o crime.

Se faz possível compreender, de que maneira as relações de poder no sistema carcerário atual se constitui de uma punição que reforça a assimetria dessas forças no campo do sexismo.

Sobre o abandono do Estado a essas mulheres encarceradas é sério e requer uma atenção imediata. As mesmas já enfrentam diversas dificuldades decorrentes de sua situação, vem sem apoio nenhum da família e sem recursos para lidar com adversidades específicas, como higiene, saúde mental e física. Uma das principais áreas que o Estado falha em fornecimento de suporte adequado as mulheres é na saúde, e isso é notório, as questões como pré-natal e o acesso a métodos contraceptivos, pode ter consequências significativas para a saúde da mulher e o seu bem-estar.

A reintegração social após o cumprimento das penas é complexo e apresenta dificuldades rotineiras, e através deste viés temos as seguintes informações:

Após a saída dos presidiários, o cidadão passa a ser chamado de egresso, pelo período de um ano, e depois disso recebe toda assistência necessária para a sua reinserção na sociedade (..) O processo começa na família, pois cerca de 75% da mulheres deixam filhos do lado de fora, com algum outro membro da família para cuidar das crianças, geralmente avós ou tios, diferente dos homens, elas tem a preocupação eminente de reunir-se com seus filhos e lhes oferecer um lar digno (SANTOS, 2018, on-line).

Os lugares de visita em presídios femininos e mistos são lugares pequenos onde as visitas chegam a permanecer sentadas

em carteiras escolares durante até quatro horas e a ventilação é insuficiente.

Segundo a alguns registros de questionamentos, que tangem as visitas das encarceradas, se tem um pensamento sobre a situação do local:

A sala destinada ao berçário e que abriga presas grávidas ou lactantes e crianças de até seis meses de idade também não possui a ventilação necessária, não possui quantidade de berços suficientes para todas as crianças e necessita de reparos na instalação elétrica (ALVES, 2018, on-line).

No âmbito jurídico, pode-se citar a Lei de Execução Penal, onde retrata como os egressos, sendo eles mulheres ou homens, devem proceder perante a assistência e trabalho, como:

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.

Art. 25. A assistência ao egresso consiste – Na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade;

Art. 27. O serviço de assistência social colaborará com o egresso para a obtenção de trabalho.

Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

(BRASIL, 1984)

Os egressos femininos enfrentam uma série de desafios únicos ao se reintegrarem na sociedade. Durante o período do encarceramento, acabam sofrendo abusos, violência e muitas vezes falta de acesso a oportunidades educacionais e de trabalho, além

disso, a estigmatização e o preconceito social muitas vezes dificultam sua reintegração.

Ainda neste quesito temos mais algumas informações que estão previstas em lei:

Art. 2º. Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçários, onde as condenadas possam amamentar seus filhos.

Art. 89º. A penitenciária de mulheres poderá ser dotada de seção para gestantes e parturiente e de creche com a finalidade de assistir ao menor desamparado cuja responsável esteja presa.

(BRASIL, 1984)

Quando se tem exemplos claros de conscientização em todo o meio social, compreendendo que os direitos individuais não possuem uma força de respeito, e se não respeitar estes direitos, a resolução desses problemas seria de representação do Estado.

O Estado em si, tem que se fazer valer de seus discursos e promessas. Dando atenção a estes presídios afastados, instaurando programas de prevenções de doenças e apoio psicológico para as mulheres, diminuindo assim possíveis práticas discriminatórias que possam excluir o desrespeito de gênero, respeitando o direito da mulher encarcerada.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o objetivo de concluir esta breve explanação sobre o tema, nos dias atuais se percebe, não com ênfase, mas já apresenta alguns embases e discussões neste sentido, onde as mulheres devem ser tratadas de forma igualitária em todos os meios.

É crucial que haja um suporte, ou até mesmo uma intervenção adequada, que ajude essas mulheres a lidar com o aban-

dono de maneira mais leve e tranquila, incluindo programas de aconselhamento, terapia familiar, visitas regulares fornecidas pelo Estado, criação de redes de apoio que possam auxiliar na manutenção dos laços afetivos durante esse período complicado que é o do encarceramento.

Opções alternativas de inclusão para mulheres não violentas e possibilidades de reabilitações que visem sua reintegração familiar e comunitária, ajudaria em construções futuras de novos relacionamentos, recuperação emocional, reintegração social e a redução de reincidência criminal será presente.

A criação de políticas e programas específicos para mulheres encarceradas, como programas de capacitação profissional, assistência jurídica especializada e apoio à reunificação familiar, é fundamental para garantir que elas tenham as mesmas oportunidades de recomeçar suas vidas após o cumprimento de suas penas.

Com base nos estudos revisados neste artigo, podemos concluir que o abandono afetivo pode ter consequências significativas na vida das mulheres. Os efeitos negativos do abandono afetivo incluem problemas de saúde mental e emocional, como depressão, ansiedade e transtornos alimentares.

Além disso, é necessário um maior investimento em políticas públicas que possam prevenir o abandono afetivo e oferecer suporte às famílias que enfrentam essa situação. Essas políticas podem incluir programas de educação parental, terapias familiares e suporte financeiro para as mesmas em dificuldades.

As análises dos estudos sobre a relação entre abandono afetivo e saúde feminina, é possível afirmar que a negligência emocional na infância e adolescência podem gerar consequências negativas na vida adulta das mulheres.

Nesse sentido, seria interessante que o Estado implementasse profissionais de saúde e da área social, que estejam atentos a essa relação, a fim de prevenir e tratar esses problemas de forma adequada e efetiva, desde sua raiz.

E por ultimo mas não menos importante, se a sociedade como um todo se mobilizar para prevenir o abandono afetivo, garantindo a proteção na reintegração pós reclusão, contribuiria para a formação de adultos emocionalmente saudáveis.

REFERÊNCIAS

ALVES, Hellen Virginia da Silva. Quem São As Mulheres Encarceradas Na Penitenciária Estadual Femina De Rondônia? Uma Análise De Gênero Sobre O Perfil Da População Carcerária Feminina. **Revista Formação**, v. 25, n. 45, maio/ago/2018, p. 231-250. Disponível em: <https://revista.fct.unesp.br/index.php/formacao/article/view/5255/4517>. Acesso em: 22 maio 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. HYPERLINK “http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm” Acesso em: 20 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 22 maio 2023.

BRASIL. Ministério Da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias- InfoPen-Mulheres**. 2. ed. Brasília, 2018. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/in-fopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em: 22 maio 2023.

GIFE. **Os desafios do encarceramento de mulheres no Brasil**. 04 out. 2021. Disponível em: <https://gife.org.br/encarceramento-de-mulheres-no-brasil/>. Acesso em: 22 maio 2023.

G1 SP. **Abandono é a principal diferença entre mulheres e homens na cadeia, diz Drauzio Varella**. 12 set. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/abandono-e-a-principal-diferenca-entre-mulheres-e-homens-na-cadeia-diz-drauzio-varella.ghtml>. Acesso em: 22 maio 2023.

ITTC, Instituto Terra, Trabalho e Cidadania. Quem são essas mulheres. Alternativas ao encarceramento. **Programa Justiça Sem Muros**. São Paulo: 2016. Disponível em: <http://mulheresemprisao.org.br/depoimentos/>. Acesso em: 22 maio 2023.

MARQUES, Aline Fernandes; SALVARO, Giovana Ilka. A (in)visibilidade das mulheres presas: uma análise do encarceramento de mulheres a partir categoria de gênero. Gênero, Sexualidades E Direito I XXVII Congresso nacional do **CONPEDI** Porto Alegre, 2018. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/34q12098/b0f9sx12/C6b5uPmsA079ZVxS.pdf>. Acesso em: 22 maio 2023.

MIYAMOTO, Yumi; KROHLING, Alonso. Sistema prisional brasileiro sob a perspectiva de gênero: invisibilidade e desigualdade social da mulher encarcerada. **Direito, Estado e Sociedade** n. 40 p. 223-241 jan./jun. 2012. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/9artigo40.pdf>. Acesso em: 22 maio 2023.

OLIVEIRA, Magali; SANTOS Andre Filipe. Desigualdade de gênero no sistema prisional: considerações acerca das barreiras à realização de visitas e visitas íntimas as mulheres encarceradas. **Caderno espaço feminino** - Uberlândia-MG, v. 25, n. 1. jan./jun. 2012. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/neguem/article/view/15095>. Acesso em: 22 maio 2023.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** DE 1948. (217 [III] A). Paris. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 22 maio 2023.

PODER DA ESCUTA. **Igualdade de gênero no trabalho**: ações para promover na sua empresa – alcançar definitivamente a igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho – 2021. Disponível em: <https://www.poderdaescuta.com/igualdade-de-genero-no-trabalho-8-acoes-para-promover/>. Acesso em: 22 maio 2023.

SANTOS, Jefferson. Valorização Jurídica da afetividade nas relações familiares e o reconhecimento da Responsabilidade Civil Extrapatrimonial por Abandono Afetivo Parento-filial. **JusBrasil** 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/valorizacao-juridica-da-afetividade-nas-relacoes-familiares-e-o-reconhecimento-da-responsabilidade-civil-extrapatrimonial-por-abandono-afetivo-parento-filial/129314269>. Acesso em: 22 maio 2023.

SANTOS, Jessika Borges Lima; SILVA, Márcio Santana da. Encarceramento feminino: reflexões acerca do abandono afetivo e fatores associados. **Revista. Psicologia Política**. [online]. 2019, v.19, n.46, p. 459-474. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-549X2019000300007. Acesso em: 22 maio 2023.

SANTOS, Rafaella Lima. Do Cárcere ao Trabalho: A Reinserção de Ex-Presidiárias no Mercado de Trabalho. **Revista Pesquisa e Debate**, v. 30, n. 2(54) (2018). Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/rpe/article/view/38271>. Acesso em: 22 maio 2023.

SOARES, Barbara Musumeci. Retrato das mulheres presas no Estado do Rio de Janeiro – 1999/2000. **Centro de Estudo de Segurança e Cidadania**, ano 01, n. 01, jul. 2002. Disponível em: <https://cesecseguranca.com.br/wp-content/uploads/2016/03/boletim01.pdf>. Acesso em: 22 maio 2023.

