

Curso de Direito

FUCAP Univinte

ORGANIZADORES

Jailson Pereira

Ana Cristina Corrêa Melo

DIREITO EM SÉRIE

Vol. IV

ORGANIZADORES

**JAILSON PEREIRA
ANA CRISTINA CORRÊA MELO**

DIREITO EM SÉRIE 4



Copyright © 2020 by Editora FUCAP

Título: Direito em série 4.

Organização: Jailson Pereira e Ana Cristina Corrêa Melo.

Capa: Ana Cristina Corrêa Melo.

Revisão: Dos Autores.

Editoração: Andreza dos Santos

CONSELHO EDITORIAL

Expedito Michels (Presidente)

Emillie Michels

Andreza dos Santos

Dr. Diego Passoni

Dr. José Antônio da Silva

Dr. Nelson G. Casagrande

Dr. Roberto M. da Silveira

Dr. Rodolfo Lucas Bortoluzzi

Dr. Rodrigo Luvizotto

Dra. Jamile Marques

Dr. Hamilcar Boing

Dra. Beatriz M. de Azevedo

Dra. Patrícia de Sá Freire

Dra. Joana Dar'c S. da Silva

Dra. Solange Maria da Silva

Dr. Paulo Cesar L. Esteves

Dra. Adriana C. Pinto Vieira

D627d

Direito em série 4. / Jailson Pereira; Ana Cristina Corrêa Melo.
(org.); Capivari de Baixo: Editora FUCAP, 2020.
209 p.

ISBN: 978-65-87169-09-5

1. Direito constitucional – Brasil. I. Pereira, Jailson. II Melo, Ana
Cristina Corrêa. III. Título.

CDD 341.2

(Catalogação na fonte por Andreza dos Santos – CRB/14 866)

Editora FUCAP – Avenida Nilton Augusto Sachetti, nº 500 – Santo André, Capivari de Baixo/SC.
CEP 88790-000.

Todos os Direitos reservados.

Proibidos a produção total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio.

A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo art. 184 do Código Penal.

ORGANIZADORES

JAILSON PEREIRA

Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - SC - UNIVALI (CAPES 6), com Dupla Diplomação com a Widener University - Delaware Law School – Estados Unidos, Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - SC - UNIVALI (CAPES 6), Especialista em Direito Internacional - Comércio Exterior, pela Escola Paulista de Direito - EPD e Especialista em Administração Tributária Empresarial pela UDESC - SC. Advogado militante na área de Direito Empresarial, Inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina sob o número 10.697 e na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo sob o número 305.238-A, Membro Efetivo do Instituto dos Advogados de Santa Catarina. Atua também na área de consultoria em negócios internacionais com escritório na cidade de Miami, Estados Unidos. Coordenador do Curso de Direito na FUCAP Univinte, Professor Titular da Disciplina de Direito Constitucional II, Prática Jurídica Cível e TCC I. E-mail: jailson@jailsonpereira.com.br.

ANA CRISTINA CORRÊA MELO

Mestre em Direito Internacional Privado pela Universidad de Buenos Aires (ARG) com reconhecimento pela Universidade de São Paulo - USP. Especialista em Relações Internacionais. Foi pesquisadora na Universidade de São Paulo no Grupo de Pesquisa sobre a Pluralidade das Fontes no Direito Internacional Privado e o Brasil, certificado pelo CNPq. Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina, Membro da Comissão Estadual de Direitos Humanos da OAB/SC. Membro da Associação Americana de Direito Internacional Privado – ASADIP. Professora Titular das Disciplinas de Direito Constitucional I, Direito Processual Civil IV, Direito Processual Civil V e TCC II, na FUCAP Univinte. E-mail: accorreamelo@gmail.com.

DIREITO EM SÉRIE 4

COLABORADORES

Ana Cristina Corrêa Melo
Camila L. Nandi de Albuquerque
Carla Vieira de Souza
Claudinéia O. de Assunção Mota
Fernanda Ambros
Gilse Pickler Bratti
Giovana da Silva Rosa
Karoliny Coelho Guarezi
Jailson Pereira
Joanna Corrêa
José Gustavo Bononi
Rafael Leandro
Sandra Muriel Zanette
Tairini Barbosa



Capivari de Baixo
2020

“Quando olhamos para o estado do mundo hoje - em nossa crise global multifacetada - o mais evidente é que nenhum dos nossos principais problemas - energia, meio ambiente, emergência climática, desigualdade econômica e agora a pandemia COVID - nenhum desses problemas podem ser entendidos isoladamente. São problemas sistêmicos, o que significa que estão todos interligados e interdependentes.”¹

¹ CAPRA, Fritjof. **Fritjof Capra e a abordagem sistêmica da pandemia**. Fronteiras do pensamento. Disponível em: <https://www.fronteiras.com/noticias/fritjof-capra-e-a-abordagem-sistemica-da-pandemia>. Acesso em: 04 nov. 2020.

APRESENTAÇÃO

Podemos falar que o ano de 2020 foi um ano que deixará marcas na humanidade e que para sempre levará o substantivo ‘pandemia’ atrelado. Mas também podemos falar que 2020 foi um ano cheio de desafios, estes em um formato nunca antes sentido pela humanidade.

Ficar longe dos entes queridos, dos amigos, da sociedade e para nós, Professores e Alunos, ficamos mais distante da troca de conhecimentos, prática saudável que tínhamos todos os dias nas salas de aula.

Transportamos para o ambiente virtual essa prática, em uma dinâmica inventada e reinventada todos os dias para que todos pudessem manter aguçada a vontade da busca pelo conhecimento.

A FUCAP buscou de todas as formas manter a proximidade com os seus alunos e nós, no Curso de Direito mantivemos firme esta proposta, sempre com o apoio incondicional do Professor Expedito Michels, que mesmo diante de outros desafios, nunca nos negou apoio.

Professores e Alunos atravessam um ano difícil, mas imponente ao ponto que elevou o nível de nossas pesquisas, elevou o nível de esforço de cada personagem para que a história pudesse ser escrita.

A edição do volume IV do Direito em Série tem um pouco deste esforço, de continuar a transmissão do conhecimento com a produção científica de nossos Professores e agora também de nossos alunos, que estão chegando ao final do Curso de Direito no próximo semestre.

Não poderíamos abandonar esta rota que seguimos em direção à excelência na busca pela formação do operador jurídico.

Vamos em frente e cada vez com mais força e, com o apoio da Direção Geral da FUCAP atingiremos os nossos objetivos. Que sirva cada vez mais esta série de artigos que publicamos para aguçar a curiosidade de cada um e incentive na busca eterna pelo conhecimento.

Jailson Pereira
Ana Cristina Corrêa Melo

SUMÁRIO

1808 – 1822 - PORTUGAL: COLÔNIA BRASILEIRA?	10
Jailson Pereira	
Ana Cristina Corrêa Melo	
BIOPOLÍTICA E HIPERTROFIA DO ESTADO PENAL: A GESTÃO DOS “INDESEJÁVEIS” COMO POLÍTICA CRIMINAL	29
Camila Leonardo Nandi de Albuquerque	
Fernanda Ambros	
A TENDÊNCIA DA UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS TRABALHISTAS	48
Carla Vieira de Souza	
Karina Ferreira Nunes	
REFLEXÃO SOBRE O DESCUMPRIMENTO INVOLUNTÁRIO DO CONTRATO E A PANDEMIA DA COVID 19	62
Claudinéia Onofre de Assunção Mota	
APLICAÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR PREVISTA NO ARTIGO 117, INCISO III DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIACATARINENSE	75
Gilse Pickler Bratti	
A OBRIGAÇÃO DAS PARTES NA CONTRIBUIÇÃO PARA A SOLUÇÃO DOS LITÍGIOS: O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL	88
Giovana da Silva Rosa	
A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	103
Karoliny Coelho Guarezi	
ABORDAGEM DO <i>SHARENTING</i> NO DIREITO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE SOBRE A SUPEREXPOSIÇÃO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NAS REDES SOCIAIS	122
Joanna da Silveira Corrêa	
FRAGMENTOS DOS DIREITOS SOCIAIS WEIMARIANOS NO REPERTÓRIO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: ANÁLISE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1934	143
José Gustavo Bononi	
OS DESAFIOS PREVIDENCIÁRIOS PARA O TRABALHADOR INTERMITENTE: A NECESSIDADE DE UNIFORMIDADE LEGISLATIVA	165
Rafael Leandro	
A (IM) POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO <i>INTUITU PERSONAE</i> NO BRASIL: ESTUDO E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL À LUZ DO DO INFORMATIVO Nº 385 DO STJ	181
Sandra Muriel Zadroski Zanette	
Tairini Barbosa	

1808 – 1822 - PORTUGAL: COLÔNIA BRASILEIRA?

1808 – 1820 - PORTUGAL: BRAZILIAN COLONY?

Jailson Pereira¹

Ana Cristina Corrêa Melo²

Resumo: No presente artigo navegaremos a partir da mudança da Corte Portuguesa para o Brasil em 1808, em momentos da história que marcaram a Independência do Brasil, principalmente a Revolução do Porto, que, em Portugal marcou o início do liberalismo, vindo a influenciar a história do Brasil. O título fica como uma provocação para divulgar a necessidade do estudo da História do Direito Constitucional, pois, tão importante entendermos o presente, devemos saber o que aconteceu na história.

Palavras-chave: História do Direito. Independência. Direito constitucional.

Abstract: *In this article, we will navigate from the change of the Portuguese Court to Brazil in 1808, in moments of history that marked the Independence of Brazil, mainly the Porto Revolution in 1820, which in Portugal marked the beginning of liberalism, coming to influence the history of Brazil. The title is a provocation to publicize the need to study the History of Constitutional Law, because, as important to understand the present, we must know what happened in history.*

Key words: *Law history. Independence. Constitutional law.*

1 INTRODUÇÃO

O ano de 1808 marca um dos acontecimentos mais importantes para a história do Brasil: a transferência da Corte de Portugal para o Rio de Janeiro. Com a mudança do Rei de Portugal para o Brasil, transfere-se para a então colônia, todo o aparelho de Estado português.

A elite portuguesa “[...] composta de nobres e funcionários, provinda do Estado Moderno europeu (atrasada, é certo, em termos europeus, mas moderníssima para a

¹ Doutorando do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI (CAPES 6) e na *Delaware Law School*, na linha de pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito. Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina, membro do Instituto dos Advogados de Santa Catarina. Professor Titular das Disciplinas de Direito Constitucional II e Prática Cível no Curso de Direito da FUCAP Univinte, onde também atua como Coordenador do Curso de Direito desde 2016. E-mail: jailson@jailsonpereira.com.br.

² Mestre em direito internacional privado pela Universidad de Buenos Aires (ARG), com reconhecimento pela Universidade de São Paulo – USP (BRA). Especialista em Relações Internacionais. Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina. Professora Titular das Disciplinas de Direito Constitucional I, Direito Processual Civil IV, Direito Processual Civil V e TCC II, na FUCAP Univinte. E-mail: accorreameo@gmail.com.

colônia) iria consolidar o poder em mãos reais, não o repartindo com a nobreza e o clero de Portugal.”³

A Corte portuguesa, fugindo da pressão e das ameaças de Napoleão Bonaparte, por não ter cumprido o bloqueio continental⁴ contra os ingleses, vem para o Brasil, sua maior colônia, com a ajuda e proteção dos ingleses, estabelecendo toda a estrutura administrativa de Portugal em terras brasileiras.⁵

Neste período iniciado em 1808, ganha o Brasil, perde Portugal. Ganha o Brasil porque a riqueza de um reino absolutista como era o de Portugal acompanha a sua Corte por onde ela esteja, e, onde exista a riqueza vai existir o desenvolvimento. E foi o que ocorreu, principalmente com a abertura dos portos brasileiros ao comércio internacional.

Chegando ao Rio de Janeiro, Dom João dava início à implantação efetiva da Corte no Brasil, instalando importantes órgãos administrativos de Portugal: os ministérios do Reino, da Guerra e Estrangeiros e o da Marinha e Ultramar; os Conselhos do Estado e o da Fazenda, o Supremo Militar, as Mesas de Desembargo

³ CERQUEIRA, Marcello. **Cartas constitucionais**. Império, República & autoritarismo. Rio de Janeiro: Renovar, 1977, p. 28.

⁴ “O Bloqueio Continental decretado por Napoleão Bonaparte, em novembro de 1806, vai ter enormes repercussões no futuro de Portugal e do Brasil. De facto, a recusa de Lisboa em aderir às imposições de Napoleão vai levar a três intervenções armadas em Portugal metropolitano, entre 1807 e 1811. Estas, além de arruinarem o tecido económico e social português, vão ter enormes repercussões a vários níveis no período posterior ao fim da época napoleónica. Além disto, a partida da corte para o Brasil vai ser capital para o desenvolvimento desta colónia, pois desembocará em 1822 na declaração da sua independência, levando alguns historiadores a considerar que o rei D. João VI foi o “fundador da nacionalidade brasileira”. In: RIBEIRO, Jorge Martins. A importância do bloqueio continental para o futuro de Portugal e do Brasil. **Revista da Faculdade de Letras**. Porto, 2009. p. 63. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/25987838.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2020.

⁵ “Tendo procurado por todos os meios possíveis conservar a Neutralidade, de que até agora tem gozado os Meus Fiéis e Amados Vassallos, e apesar de ter exaurido o Meu Real Erario, e de todos os mais Sacrificios, a que Me Tenho sujeitado, chegando ao excesso de fechar os Portos dos Meus Reinos aos Vassallos do Meu antigo e Leal Alliado o Rei da Grãa Bretanha, expondo o Commercio dos Meus Vassallos á total ruina, e a soffrer por este motivo grave prejuizo nos rendimentos da Minha Corôa: Vejo que pelo interior do Meu Reino marchão Tropas do Imperador dos Franceses e Rei de Italia, a quem Eu Me havia unido no Continente, na persuasão de não ser mais inquietado; e que as mesmas se dirigem a esta Capital: E Querendo Eu evitar as funestas consequencias, que se podem seguir de huma defesa, que seria mais nociva, que proveitosa, servindo só de derramar sangue em prejuizo da humanidade, e capaz de acender mais a dissenção de humas Tropas, que tem transitado por este Reino, com o annuncio, e promessa de não commeterem a menor hostilidade; conhecendo igualmente que ellas se dirigem muito particularmente contra a Minha Real Pessoa, e que os Meos Leaes Vassallos serão menos inquietados, ausentando-me Eu deste Reino: Tenho resolvido, em benefício dos mesmos Vassallos, passar com a Rainha, Minha Senhora e Mãe, e com toda a Real Família para os Estados da America, e estabelecer-Me na Cidade do Rio de Janeiro até a Paz Geral.” (Palavras do então Príncipe Regente, D. João aos portugueses quando da partida de Lisboa para o Brasil” Disponível em: <https://www.revistamilitar.pt/artigo/257>. Acesso em 26 nov. 2020.

do Paço e da Consciência e Ordens. A Relação do Rio de Janeiro foi transformada em Casa de Suplicação e na Intendência Geral da Polícia.⁶

Providenciou ainda a abertura de várias escolas de ensino superior, dentre elas a Escola Médico-Cirúrgica da Bahia e a Academia Real do Desenho, Pintura, escultura e Arquitetura, fundando ainda as primeiras escolas primárias de ensino de artes e ofício, o Banco do Brasil (1808), a Biblioteca Nacional, o Jardim Botânico e, ainda, promoveu a fundação da Imprensa Régia no Brasil e a vinda da Missão Artística Francesa, em 1816, responsável por trazer para a América as práticas culturais da Europa.⁷ Apesar de instalados no Brasil, muitos destes órgãos sequer tinham necessidade de existirem na nova sede da monarquia, foram instalados por simplesmente existirem em Portugal.

Partindo deste marco na história de Brasil e Portugal, qual seja, a transferência da Corte de Lisboa para o Rio de Janeiro em 1808, trataremos dos acontecimentos que antecederam o início da história constitucional brasileira e como o sentimento de colônia mudou de lado no Atlântico.

2 A REVOLUÇÃO DO PORTO – NASCE O CONSTITUCIONALISMO EM PORTUGAL E SE RENOVAM OS IDEAIS DA INDEPENDÊNCIA BRASILEIRA

Na história política e constitucional de Portugal, a Revolução Liberal de 1820 foi o marco para o fim do despotismo da Monarquia absoluta⁸⁹ e trouxe à tona o desejo de que o poder do Estado fosse limitado a fim de instaurar as liberdades individuais.¹⁰

⁶ NEVES, Lúcia Bastos Pereira das. A vida política. p. 83. *In: Crise colonial e Independência*. 1808-1830. COSTA e SILVA, Alberto da. (coord). Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

⁷ NEVES, Lúcia Bastos Pereira das. A vida política. p. 83. *In: Crise colonial e Independência*. 1808-1830. COSTA e SILVA, Alberto da. (coord). Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

⁸ Para Hespanha Portugal acatou as teorias absolutistas em desenvolvimento no resto da Europa pela influência do Marquês de Pombal que conseguiu impor a ideia do caráter absoluto do poder real. *In: HESPANHA, António Manuel. Guiando a mão invisível. Direitos, Estado e Lei no liberalismo monárquico português*. Coimbra: Almedina, 2004. p.29.

⁹ Ainda sobre o Marques de Pombal (1699-1782) Paim afirma que apesar de toda a modernização das reformas propostas para Portugal, as instituições políticas continuaram adstritas ao absolutismo monárquico. *In: PAIM, Antonio. História do Liberalismo brasileiro*. São Paulo: LVM Editora, 2018. p. 33.

¹⁰ A defesa de um Estado forte, centrada na figura do monarca ainda continuava presente, porém, agora se associa a ideia de afastar as rupturas bruscas com a ordem social estabelecida. Tratava-se, assim, da concepção, de certas vertentes liberalismo e do constitucionalismo do início do XIX, de que era preciso garantir os direitos e liberdades dos cidadãos por meios estáveis. *In: MATEUCCI, Nicola. Organización del poder y libertad: história del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998.

A Revolução vintista foi a responsável pela construção dos alicerces do constitucionalismo de Portugal, edificando no país a separação dos poderes e a subordinação do Governo a uma lei – Constituição – fixando um ponto de partida na trajetória de evolução da sociedade portuguesa ao longo do Século XIX.¹¹

As bases da Revolução do Porto nasceram da necessidade de uma nova ordem estrutural diante da insatisfação de diversas classes sociais portuguesas diante dos bloqueios que impediam o desenvolvimento do país, principalmente o sentimento de que Portugal havia se tornado um país ‘secundário’ diante da transferência e então permanência de toda a Corte no Brasil, pois toda a estrutura administrativa de Portugal já não mais existia em terras lusitanas. A burocracia Portuguesa, também responsável pelo desenvolvimento fora lançada ao Brasil, assim como seus tribunais. Rompido também estava o pacto colonial quando da abertura dos portos brasileiros¹² para o comércio internacional.

Faoro, ao descrever este processo, afirma:

“O reino unido, fórmula consagrada em 1815 pelas peripécias da política europeia pós-napoleônica, seria o eixo da contestação dos revolucionários portugueses. A união não tinha realidade: à supremacia de Portugal, vigorante até 1808, sucedera a supremacia do Brasil, com a quebra do estatuto colonial e dos instrumentos de sucção fiscal, agora concentrados no Rio de Janeiro.”¹³

Da França vieram as ideias saídas da Revolução Francesa, onde formou-se um ambiente propício à denúncia das arbitrariedades do poder absoluto, consagrando “...novos princípios de cidadania política e a universalidade de novos direitos, considerando imprescindível a publicação de constituições escritas, estabilizadoras de processos de separação e distribuição dos poderes.”¹⁴

¹¹ CARDOSO, José Luís. **A Revolução Liberal de 1820**. Ctt, 2019. p. 15.

¹² "Integrado então totalmente na área de influência britânica, o Estado Português personificado no Príncipe Regente D. João e nos seus conselheiros, vira-se constrangido, logo no início da guerra, a abrir os portos do Brasil. A condição imposta pelos ingleses para deixarem partir a família real, fora cumprida rapidamente, seis dias após a chegada de D. João à colônia brasileira. A abertura dos portos do Brasil constitui a primeira grande brecha no pacto colonial, sobre o qual assentava o domínio português durante três séculos. Ora a entrada de mercadorias de qualquer nacionalidade transportadas em navios portugueses ou de países em paz com Portugal, sujeitas a direitos idênticos (excepto vinhos e azeites), na conjuntura mundial então existente beneficiou principalmente a Inglaterra. *In*: PEREIRA, Miriam Halpern. **Revolução, finanças, dependência externa: (De 1820 à Convenção de Gramido)**. Lisboa: Sá da Costa Editora, 1979, p. 36.

¹³ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Formação do patronato político brasileiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Globo, 2000. p. 305.

¹⁴ CARDOSO, José Luís. **A Revolução Liberal de 1820**. Ctt, 2019. p. 25.

Em terras espanholas vivia-se a Constituição de Cádiz¹⁵¹⁶, de cunho liberal, aprovada em 1812 e fundamentada no princípio da separação dos poderes, com inclinação republicana e contra a aristocracia. E que não se esqueça de citar a Revolução Americana que culminou no estabelecimento do primeiro Estado Federalista no mundo, sob as ordens de uma Constituição escrita e que lançou seus reflexos mundo afora.¹⁷

Em contra ponto o Congresso de Viena¹⁸, iniciado em 1814, buscava a restauração da Europa após o período da ocupação francesa, restabelecendo a monarquia absolutista como na Espanha e em Portugal.

Os ideais das reformas pombalinas, o exemplo do liberalismo espanhol e o modelo revolucionário francês formam as bases da Revolução do Porto. O restabelecimento da Constituição de Cádiz na Espanha, em 1820, tornou-se um incentivo aos constitucionalistas portugueses assim como a geração de iluministas que formaram a elite do liberalismo de Portugal criaram uma identidade individualista-contratualista, com forte influência francesa e permitiu que “...a Revolução se chame Regeneração, que o parlamento tome o nome tradicional de Cortes, que o argumento histórico ganhe o peso que teve na fundamentação das soluções políticas.”¹⁹

Cardoso, quando se refere ao momento de Portugal às voltas da Revolução do Porto, escreve:

“Para quem interpreta o que se passou em Portugal imediatamente antes e depois de 24 de agosto de 1820, o conceito de revolução é manuseado na aceção múltipla e polifacetada de pronunciamento militar, de reforma

¹⁵ A Constituição de Cádiz foi aprovada em março de 1812, em pleno período de domínio napoleônico em terras espanholas. Cádiz mantinha-se como reduto de resistência e símbolo da guerra de independência duramente travada pelos revolucionários liberais espanhóis que para o efeito contavam com o auxílio militar inglês. À revelia do poder de ocupação, Cádiz acolheu a realização das cortes que em 1812 aprovaram um texto constitucional que viria a influenciar a evolução política em diversos países da Europa do Sul.

¹⁶ Franco afirma que: “O documento fundamental do constitucionalismo ibérico é a Constituição de Cadiz, baseada na Constituição francesa de 1791, embora conservasse muitos aspectos que correspondiam à formação política e religiosa do povo espanhol, influiu consideravelmente nas ideias da revolução portuguesa de 1820 e, através desta, repercutiu no Brasil. *In*: FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de Direito Constitucional brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 17.

¹⁷ Para Hespanha, Portugal não sofreu influência do liberalismo escocês (Adam Smith), nem tampouco do iluminismo alemão. Ver: HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível**. Direitos, Estado e Lei no Liberalismo Monárquico Português. Coimbra: Almedina, 2004, especialmente p. 51-53.

¹⁸ Para Bonifácio, as potências europeias declaravam-se sinceramente empenhadas em edificar a paz, porém, cada uma tentou manipular a Convenção de Viena em proveito próprio. *In*: BONIFÁCIO, Maria de Fátima. **Seis estudos sobre o Liberalismo português**. Lisboa: Editorial Estampa, 1991. p. 304.

¹⁹ HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível**. Direitos, Estado e Lei no liberalismo monárquico português. Coimbra: Almedina, 2004. p. 47.

institucional, de restauração política, de regeneração económica e social. Trata-se de reconhecer o âmbito alargado de mudanças de longo prazo com implicações no funcionamento das instituições e estruturas da vida quotidiana. Ou seja, o termo revolução integra uma perspectiva de movimento e mudança, um sentido de regeneração e progresso, e não está necessariamente associado à ideia limitada de tumulto violento ou de guerra civil. Engloba também a noção de construção do futuro (desconhecido) e perde definitivamente o significado etimológico latino de movimento circular com regresso ao ponto de partida, tal como tradicionalmente aplicado pela astronomia ao estudo dos corpos celestes.”²⁰

A Revolução do Porto, que teve como consequência a abertura de Portugal ao constitucionalismo moderno e preparou a Constituição aprovada em 1822 pelas Cortes Constituintes eleitas em Portugal, no Brasil e nos territórios portugueses na África e na Ásia, buscou como fonte direta a Constituição espanhola de Cádiz, os documentos revolucionários franceses e a Carta francesa de 1814, outorgada por Luis XVIII.

O movimento, fruto do descontentamento massivo das elites portuguesas que clamavam pelo retorno de D. João VI a um Portugal abandonado pelo seu Rei e em grave crise econômica²¹ e social, almejavam ainda o estabelecimento de uma monarquia constitucional e o fim da interferência Inglesa.²² O forte sentimento de inversão da relação colonial com o Brasil foi circunstância preponderante para a revolução.

Como bem ilustrado por Pereira:

“Com o país saqueado e a economia debilitada, a crise política resultante da ausência do rei e com a Metrópole transformada numa espécie de colônia britânica, esta situação era do desagrado da grande maioria dos portugueses, dando origem ao desenvolvimento de um clima de descontentamento popular, que serviu, em grande parte, para fomentar a revolta das populações, e para difundir as ideias liberais nos meios intelectuais e burgueses, que eram os grupos que mais se sentiam afetados com a ocupação estrangeira. O ambiente europeu, onde já tinha sido levada a cabo uma «revolução industrial», e onde se fomentavam as ideias de uma economia livre, defensoras das trocas comerciais entre as nações civilizadas

²⁰ CARDOSO, José Luís. **A Revolução Liberal de 1820**. Ctt, 2019. p. 19.

²¹ Sobre a estagnação econômica de Portugal no período de 1806 a 1820, ver BONIFÁCIO, Maria de Fátima. **Seis estudos sobre o Liberalismo português**. Lisboa: Editorial Estampa, 1991, pp. 119-128.

²² “Em 1820 a penúria atingia o extremo. Esgotado inteiramente, o erário não pagava os funcionários públicos nem restituía os depósitos. Queixavam-se os soldados de que havia oito meses não recebiam os soldos, e nem mesmo os compromissos sagrados do montepio eram satisfeitos; à miséria ajuntava-se a humilhação. Humilhação no Exército, onde a presença de oficiais europeus fazia acreditar na incapacidade do português para defender só a terra natal; humilhação em todas as classes, porque a gloriosa nação se achava reduzida à colônia do Brasil, constituído o centro da monarquia, por abrigar o soberano. *In*: CARVALHO, Manuel Emílio Gomes de. **Os deputados brasileiros nas Cortes Gerais de 1821**. Brasília: Senado Federal, 2003. p.22.

da Europa, feitas de acordo com as ideias do liberalismo económico, serviam de exemplo a Portugal, onde se ia criando um clima de insatisfação geral.”²³

Assim, em 24 de agosto de 1820 eclodiu o movimento liberal e a monarquia absolutista estava encerrada em Portugal. O que antes fora tentada por Gomes Freire, em 1817, reprimido pelo poder do Estado, estava agora realizado. Portugal caminha do antigo regime ao liberalismo. A transição do absolutismo para a monarquia constitucional estava posta.

Cria-se em Portugal um modelo de constitucionalismo fundado na soberania e na manutenção da nação, como produto de um pacto entre o rei e os seus súditos, aos quais fora concedida alguma participação no poder.

O movimento deflagrado no Porto em 24 de agosto de 1820 levou a formação de uma junta governativa em substituição à regência e a convocação da Constituinte. A Constituição de Cádiz, que era aclamada pelos Portugueses não foi admitida, porém de seu corpo foram extraídos o processo e as instruções eleitorais.

Com a Revolução do Porto, fora constituída a Junta Provisória do Governo Supremo do Reino, que assume o comando do Governo de Portugal na ainda ausência de D. João VI, convocando as Cortes Gerais portuguesas para o início dos debates sobre a reforma da monarquia portuguesa, que, doravante, teria que considerar todos os postulados liberais, que buscavam as reformas através da iniciativa do próprio Estado.

O projeto político liberal buscou restabelecer a positividade da ordem política portuguesa, redefinindo tanto o conceito de Nação, quanto o conceito de Estado, “[...]como ordem subjectiva, superior à vontade e ao contrato, que definiria direitos e deveres, e que se concretizaria em instituições e em normas jurídicas.”²⁴

As Cortes Gerais e Extraordinárias se reúnem em Lisboa em 1821 para a elaboração do texto que formou a Constituição de 23 de setembro de 1822, a primeira Constituição Portuguesa,²⁵ jurada por D. João VI no primeiro dia de outubro daquele ano.

²³ PEREIRA, José Timóteo Ramos. Projeto Oficial da Constituição Política da Monarquia Portuguesa. In: **Os Projetos da Constituição Portuguesa de 1822**. Relatório do 3º Ciclo de Estudos em Direito. Moreira, Vital; Domingues, José. (coord). Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2018. p. 15.

²⁴ HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível**. Direitos, Estado e Lei no Liberalismo Monárquico Português. Coimbra: Almedina, 2004. p. 75.

²⁵ “As Cortes Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa, intimamente convencidas de que as desgraças públicas, que tanto a têm oprimido e ainda oprimem, tiveram sua origem no desprezo dos direitos do cidadão, e no esquecimento das leis fundamentais da Monarquia; e havendo outrossim

Segundo Malfatti, pelas ideias liberais:

“[...] a Constituição não deveria tolher a iniciativa do soberano. Deveria, isto sim, afastar o caráter aristocrático da antiga monarquia e modernizar-se incorporando os modernos segmentos sociais como os proprietários, comerciantes e burguesia. A representação não seria instituída tanto no sentido de limitar o poder do rei, mas transferir para os representantes o controle da tributação. O soberano não teria um adversário na representação, mas um aliado, e por isso sua função primordial seria cooptar interesses divergentes.”²⁶

As Cortes Gerais a princípio tiveram sua soberania não reconhecida por D. João VI, o que ainda provocou, além de manifestações populares em defesa das Cortes, a pressão de militares sobre o Rei, que, pressionado, aprova as Bases da Constituição através de decreto, aprova a Constituição que estava sendo elaborada, comprometendo-se a retornar à Portugal.²⁷

D. João VI, como citamos, pressionado é forçado a aceitar a Constituição de Lisboa e envia D. Pedro do Brasil para Portugal com a finalidade de colaborar na consolidação do processo constitucional. As pressões populares chegaram a fazer D. João VI a promulgar provisoriamente no Brasil, a Constituição de Cádiz, ato que revoga no dia seguinte.²⁸

O retorno de D. João VI a Portugal e a permanência de D. Pedro como Regente no Brasil, deu início a uma reorientação da política portuguesa em relação ao Brasil, o que significava reduzir sua centralidade política no império e estabelecer uma administração hierarquizada e centralizada, cujo polo de poder deveria assentar-se em Portugal.

considerado que somente pelo restabelecimento destas leis, ampliadas e reformadas, pode conseguir-se a prosperidade da mesma nação e precaver-se que ela não torne a cair no abismo, de que a salvou a heroica virtude de seus filhos; decretam a seguinte Constituição Política, a fim de segurar os direitos de cada um, e o bem geral de todos os Portugueses.” **Preâmbulo da Constituição de Portugal de 23 de setembro de 1822**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1822.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2020.

²⁶ MALFATTI, Selvino Antônio. **Raízes do Liberalismo brasileiro**. Porto Alegre: Editora Pallotti, 1985, p.101.

²⁷ MORAES FILHO, Evaristo. **Temas de Liberalismo e Federalismo no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras, 1991. p.19.

²⁸ A Constituição espanhola de Cádiz teve breve vigência no Brasil. O Decreto de D. João VI, em 21 de abril de 1821 ordenou a vigência interina da Constituição espanhola de 1812 “desde a data do presente decreto até a instalação da Constituição em que trabalharão as cortes atuais de Lisboa”. Muito embora tenha vigorado apenas um dia, o decreto e a Constituição de Cádiz evidenciou a influência do constitucionalismo espanhol sobre aquele português e brasileiro, trazendo à público as linhas mestras da elaboração da constituição “vintista”. In: BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. **Textos políticos da História do Brasil**. 3. ed. v. 2. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002. p. 423.

Apesar da participação de deputados brasileiros nas Cortes portuguesas, o sentimento na colônia (Brasil) era de que o trabalho destes representantes não atingiria os anseios da população brasileira. O periódico *Revérbero Constitucional Fluminense*, que já fazia menções elogiosas ao regime republicano dos Estados Unidos da América, publica a 4 de junho de 1822:

Os nossos Deputados perderam o caráter da nossa representação desde o momento em que deixaram de sustentar os nossos interesses políticos; e como a conservação da fortuna dos povos não deve ser retardada por circunstâncias imprevistas, e que nem se supunham que aparecessem em um Congresso, onde se julgava que a nossa causa seria tratada com igualdade de direitos, é indispensável que se forme uma nova representação.²⁹

Com o chamamento de D. João VI para retornar a Portugal, as Cortes resolvem por determinar ao regresso também de D. Pedro, que no Brasil havia ficado na condição de Príncipe regente, determinando ainda que as juntas de governo provinciais ficassem diretamente subordinadas a Lisboa, o que fazia com que o Brasil perdesse ainda mais a sua autonomia. D. Pedro não aceita as determinações portuguesas, ‘fica’ no Brasil e aproxima a ruptura brasileira.

As Bases da Constituição de Portugal³⁰ são apresentadas em 1821, onde em 37 artigos (Bases), divididos em duas seções, são expressos os princípios nos quais o novo pacto social deveria ser estabelecido.³¹ Percebe-se neste importante documento a forte influência da Constituição de Cádiz de 1812, assim como do texto perpetuado na Convenção da Filadélfia de 1787, Constituição dos Estados Unidos da América.³²

²⁹ REVÉRBERO *Constitucional Fluminense*. n. 1, segundo volume. 28 de maio de 1822. p. 9. **Hemeroteca Digital Brasileira**. Disponível em: http://memoria.bn.br/pdf/700223/per700223_1822_00002.pdf. Acesso em: 19 nov. 2020.

³⁰ As bases da Constituição portuguesa foram elaboradas por uma comissão *ad hoc*, constituída por Manuel Fernandes Tomás, José Joaquim Ferreira de Moura, João Maria Soares Castelo Branco, Manuel Borges Carneiro e Bento Pereira do Carmo e aprovadas a 9 de março de 1821.

³¹ “A regência do Reino, em nome de el-rei o senhor D. João VI, faz saber que as Cortes gerais, extraordinárias e constituintes, da Nação Portuguesa têm decretado o seguinte: As Cortes gerais, extraordinárias e constituintes da Nação Portuguesa, antes de procederem a formar a sua constituição política, reconhecem os mais adequados para assegurar os direitos individuais do cidadão, e estabelecer a organização e limites dos poderes públicos do Estado”. Bases da Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 10 de março de 1821. Disponível em: <http://www.arqnet.pt/portal/portugal/liberalismo/bases821.html>. Acesso em: 13 nov. 2020.

³² Para Ramos, “depois da revolução de 24 de agosto de 1820 a Constituição de Cádiz (1812) parece familiar a figuras lusitanas influentes e ganha predominância na mente dos legisladores portugueses filhos da revolução e logo depois deputados às Constituintes. Em clima de prevalência da filosofia da liberdade, as relações, no vintismo, entre os liberais portugueses e espanhóis combinam no âmbito da

Estava posta nas Bases da Constituição, a matriz essencial da proclamação dos direitos individuais dos cidadãos (liberdade, segurança e propriedade de todo cidadão), do princípio da separação dos poderes³³ e o da representação política, que vieram a ser consagrados no texto Constitucional de 1822. Rompido estava a relação com o antigo regime absolutista, no qual a Soberania tinha como sujeito principal o Rei, mas que doravante pertenceria à Nação.

Os elementos distintivos das ideias liberais já estavam presentes nas Bases da Constituição, as quais estão imediatamente refletidas no Projeto Oficial da Constituição, aprovadas no dia 9 de março de 1821, para vigorarem provisoriamente até à conclusão do texto constitucional definitivo.

Importante a título de ilustração, é o relato de que no Projeto Oficial da Constituição constava o elenco de quatro poderes – o legislativo, executivo, judiciário e ainda o poder administrativo. O poder administrativo, um quarto poder, não teria semelhança com o poder moderador, mais tarde atribuído ao Rei na Constituição Portuguesa de 1826, já que consistia, essencialmente, no exercício do governo administrativo nas Províncias, através de juntas administrativas. No texto aprovado da Constituição de 1822, as Cortes seguiram a solução constante das Bases, rejeitando a previsão do Projeto de um quarto poder – poder administrativo - na organização política do Estado e, à semelhança do texto das Bases, expressamente consignaram que “o Governo da Nação Portuguesa é a Monarquia constitucional hereditária, com leis fundamentais, que regulem o exercício dos três poderes políticos. Estes poderes são legislativos, executivo e judicial.”³⁴

A Constituição emerge em Portugal então como um instrumento normativo fundamental de limitação do poder político e nesse sentido, como a expressão da renovação do pacto ou contrato social que o homem celebrava para refundar

primeira fase do movimento liberal na Europa” embora também apresentem “contrastes e fortemente divergem em face do envenenamento das relações peninsulares derivadas da questão de Montevideu e outras”. In: Ramos, Luís A. de Oliveira. *A Espanha e o advento do liberalismo em Portugal: antes e depois de Cádiz. Revista de Estudos Ibéricos*, n. 0, Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2003, p. 416. Disponível em <http://hdl.handle.net/10216/8044>. Acesso em 13 nov. 2020.

³³ O Princípio da Separação dos Poderes proposta por Montesquieu já estava posta na Constituição de Cádiz, na Constituição francesa e na Constituição dos Estados Unidos da América, todas com influência na primeira Carta de Portugal.

³⁴ PEREIRA, José Timóteo Ramos. *Projeto Oficial da Constituição Política da Monarquia Portuguesa. In: Os Projetos da Constituição Portuguesa de 1822. Relatório do 3º ciclo de estudos em Direito.* Moreira, Vital; Domingues, José. (coord). Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2018.

racionalmente a sociedade política.³⁵ A Carta Constitucional institucionaliza o Conselho de Estado como uma espécie de senado federal, com o objetivo de buscar o equilíbrio dos poderes.

Inspirada nos textos liberais, a Constituição portuguesa de 1822, era um documento bastante avançado para a época que não satisfiz nem a nobreza nem o clero, que perderam os privilégios os privilégios de que gozavam. A concessão do direito de voto a todos os que soubessem ler e escrever também não satisfazia os interesses dos grandes proprietários e dos homens de negócios e ao rei também desagradavam as novas disposições constitucionais, pois os seus poderes ficavam muito limitados pelas Cortes.³⁶

Importante para entender o ambiente da elaboração da Constituição de Portugal, é que esta, na concepção dos pensadores portugueses³⁷ não deveria ser feita apenas pelos constituintes, mas sim com a participação também do rei, pois caberia à monarquia um papel preponderante tanto nas relações com o Brasil quanto na própria reforma da monarquia. Tinham as elites a preocupação constante de que a participação popular tomasse à frente das reformas e afastasse o modelo de liberalismo pombalino.

O regime instaurado em terras portuguesas com a revolução de 1820 sofre o revés dos conservadores, principalmente da monarquia que desejava o retorno ao absolutismo. Nas palavras de Pereira, “...Seguir-se-ia uma contrarrevolução absolutista, com apoio das fações mais conservadoras do clero e da nobreza e sob liderança da rainha D. Carlota Joaquina e do seu filho D. Miguel, que culminou na “Vila-Francada”, em maio 1823.”³⁸

O processo constitucional de Portugal conduzido pelos liberais sofre o abalo das ambições da classe conservadora com a elaboração da Constituição portuguesa de 1826, esta inspirada na primeira Constituição do Brasil (1824) e no modelo da Carta Francesa (1814) que outorga ao rei os poderes executivo e moderador,

³⁵ PROENÇA, Maria Cândida. **Uma história concisa de Portugal**. Lisboa: Temas e Debates, 2015.

³⁶ PROENÇA, Maria Cândida. **Uma história concisa de Portugal**. Lisboa: Temas e Debates, 2015.

³⁷ Para Malfatti, a preocupação dos estadistas portugueses era de que: “A Constituição não deveria tolher a iniciativa do soberano, deveria sim, afastar o caráter aristocrático da antiga monarquia e modernizar-se incorporando os modernos segmentos sociais como os proprietários, comerciantes e burguesia.” *In*: Malfatti, Selvino Antônio. **Raízes do Liberalismo brasileiro**. Porto Alegre: Pallotti, 1985, p. 101.

³⁸ PEREIRA, José Timóteo Ramos. Instruções para as Cortes ou esboço para a Constituição. *In*: **Os projetos da Constituição Portuguesa de 1822**. Relatório do 3º Ciclo de Estudos em Direito. Moreira, Vital; Domingues, José. (coord). Lisboa: Universidade Lusíada, 2018. p. 323.

estabelecendo-se a supremacia do poder executivo sobre o legislativo. O absolutismo volta a flertar com Portugal.

3 A RUPTURA BRASILEIRA

Como um dos resultados da Revolução do Porto, e em especial do seu impacto no Brasil, o rei D. João VI acabou por regressar a Portugal, deixando, porém, D. Pedro, o príncipe herdeiro no Brasil. A intransigência das Cortes em aceitar uma arquitetura institucional que reconhecesse o estatuto do reino americano em muito contribuiu para precipitar a separação do Brasil, que encontrou no príncipe o seu protagonista.

Tratou-se de uma independência com um carácter singular, pois, ao contrário dos movimentos congêneres da América espanhola, manteve unidos os territórios das antigas capitanias coloniais e fez-se, não à maneira republicana, mas sob a forma monárquica, através do grito de emancipação do príncipe herdeiro, sem quebra da legitimidade dinástica.³⁹

A estrutura administrativa de Portugal, com a mudança de toda a Corte ao Brasil em 1808 trouxe, como já citamos, de um lado o descontentamento para os Portugueses, que tiveram o sentimento de que invertera a relação colonial e que haviam se tornado uma ‘colônia do Brasil’ e, para o lado brasileiro trouxe o sentimento de que o Brasil estaria pronto para ‘navegar sozinho’, ou seja, pronto para cortar os laços com a nação colonizadora.

Este sentimento ficou ainda mais fortalecido com a ruptura do pacto colonial e a abertura dos portos brasileiros ao comércio internacional. A elevação do Brasil a Reino trouxe importante fundamento para a ruptura com Portugal.

O tratamento político dispensado anteriormente ao Brasil não tinha mais espaço, pois a antiga colônia tornara-se um Reino-Unido e como a revolução liberal portuguesa partiu de parte da elite daquela sociedade, a Independência brasileira também partiu das elites coloniais brasileiras, dos latifundiários que defendiam com força a manutenção da escravidão. A monarquia se sustentava nestes pilares para sua consolidação no novo país.

³⁹ PEDREIRA, Jorge; MONTEIRO, Nuno Gonçalo. **As chaves do período 1808-1834**. Madrid: Fundação Mapfre. 2013.

Para Paim, a Revolução do Porto que convocou as Cortes e iniciou o processo de institucionalização do sistema representativo em Portugal, "...nos empurraram para a Independência ao tentar impor a volta ao sistema anterior, de completa dependência de Lisboa."⁴⁰

A Revolução Constitucional resultou, tanto em Portugal quanto no Brasil um sentimento de liberdade que favoreceu a discussão das ideias liberais, com o abrandamento da censura pode-se falar e publicar o que se pensava, o debate político generalizou-se.⁴¹ O conceito de liberalismo no Brasil começou a ser difundido com força a partir de 1808 – chegada da Corte ao Rio de Janeiro - pois até então não havia a permissão de circulação de livros e impressos de forma oficial, nem tampouco universidades ou centros de cultura.

Importante citar que nas Bases da Constituição de Portugal, aprovadas em 9 de março de 1821, em seu artigo 21, era disposto que "Somente à Nação pertence fazer a sua Constituição ou lei fundamental, por meio de seus representantes legitimamente eleitos. Esta lei fundamental obrigará por ora somente aos portugueses residentes nos reinos de Portugal e Algarves, que estão legalmente representados nas presentes Cortes [...]."⁴²

Neste sentido, os brasileiros foram mudando com mais velocidade seus sentimentos a respeito da união com a metrópole, o que não deixou de ser percebido por D. Pedro e externado em suas mensagens. O plano 'restaurador' que tomava força em Portugal acaba por fortalecer e unir as elites brasileiras, ao passo que o Brasil já estava envolvido pelo capitalismo industrial conduzido pelos ingleses, que "[...] fizera

⁴⁰ PAIM, Antônio. **Momentos decisivos da História do Brasil**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 168.

⁴¹ Bonavides, acerca das nascentes do Constitucionalismo luso-brasileiro afirma: "O exame e consideração dos laços indissolúveis entre o Brasil e Portugal nos primórdios de seu constitucionalismo, faz-se indispensável a uma boa compreensão das instituições que a América Portuguesa floresceram, e caminharam, em condições extremamente penosas e adversas, rumo às conquistas constitucionais da liberdade". In: BONAVIDES, Paulo. **As nascentes do constitucionalismo luso-brasileiro, uma análise comparativa**. In: CARBONELL, Miguel Sánchez (coord.). Derecho constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 197. Disponível em <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1510/9.pdf>. Acesso em 30 jul. 2020.

⁴² **Bases da Constituição Política da Monarquia Portuguesa**. Disponível em: <http://www.arqnet.pt/portugal/portugal/liberalismo/bases821.html#:~:text=A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Pol%C3%ADtica%20da%20Na%C3%A7%C3%A3o,propriedade%20de%20todo%20o%20cidad%C3%A3o.&t ext=A%20liberdade%20consiste%20na%20faculdade,da%20exacta%20observ%C3%A2ncia%20das%20leis>. Acesso em: 13 nov. 2020.

da ex-colônia um elo internacional de um movimento econômico irreversível, indestrutível.”⁴³

Faoro exalta a dualidade de poder instaurada pela Revolução do Porto entre Cortes e Rei, afirmando que Lisboa e Rio de Janeiro ficam em polos opostos e sobre eles “[...]projetam-se disparidades, que o tempo irá revelar e acentuar, transformando-as em aberto conflito.”⁴⁴

A independência do Brasil então, não seguiu o mesmo padrão de outros processos de independência no continente americano. Muitos acontecimentos antes do 7 de setembro de 1822 (Proclamação da Independência do Brasil) podem ser interpretados com uma força de ruptura tão forte quando o brado de D. Pedro I às margens do Ipiranga.

Tanto a instalação da corte portuguesa no Rio de Janeiro em 1808, a elevação à condição de Reino formalmente em 1815, quanto o dia do ‘fico’, quando D. Pedro desobedece às ordens de Lisboa e permanece no Brasil, já retiram a condição de colônia do Brasil.

D. Pedro, que declarava manter o juramento às Bases da Constituição portuguesa e fidelidade ao rei, se vê pressionado com os decretos portugueses: um que extinguiu o poder central das províncias no Rio de Janeiro e extinguiu os tribunais superiores, passando as províncias para o domínio direto de Lisboa e o outro decreto onde ordenava-se a D. Pedro que regressasse a Portugal, pois não seria mais necessária a sua presença em terras brasileiras.⁴⁵

Desde a abertura dos portos do Brasil ao mundo, o país sofreu grandes mudanças, teve acesso não tão somente ao comércio com a Europa mas também com as ideias europeias e norte-americanas.

A base do sistema colonial brasileiro estava disposta basicamente no trânsito de mercadorias, interesses que “...se opõem cada vez mais, traduzindo o conflito entre colônia e metrópole, concentrada esta na corte, embora incorporada ao espaço físico americano.”⁴⁶

⁴³ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Formação do patronato político brasileiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Globo, 2000. p. 305.

⁴⁴ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Formação do patronato político brasileiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Globo, 2000. p. 305.

⁴⁵ MORAES FILHO, Evaristo. **Temas de Liberalismo e Federalismo no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras, 1991.

⁴⁶ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Formação do patronato político brasileiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Globo, 2000. p. 303.

Faoro, ao discorrer sobre os acontecimentos que antecederam a Independência do Brasil afirma:

“[...] arma-se a partir da Revolução de 24 de agosto de 1820, irrompida no Porto. Ela aproximará a corte dos interesses brasileiros e fará da independência um imperativo de sobrevivência monárquica. Duas faces lhe darão contextura: a face da intriga política, vivida na cúpula do sistema, com a dança dos conselhos e dos cortesãos, e a face nacional, revida nos latifúndios e nas relações comerciais.”⁴⁷

O ano de 1822 que vai ser o ano da Independência do Brasil foi cheio de acontecimentos, pois acelerada estava a busca pela constitucionalização nacional, independente dos juramentos de D. Pedro I às Bases da Constituição portuguesa. Em 3 de junho, D. Pedro que já não mais jurava fidelidade à Constituição de Portugal e via a Independência do Brasil como processo irreversível, convoca a primeira Assembleia Constituinte brasileira, mais tarde dissolvida pelo então Imperador do Brasil, que impõe, em 1824 a primeira Constituição brasileira.

De um periódico chamado Reverbero Constitucional Fluminense, escrito e publicado no Rio de Janeiro em 1821 e 1822, encontramos a seguinte reflexão, que expressa o sentimento brasileiro da época:

Acharam os portugueses que era um gravame intolerável ser governados por um rei que residia a tanta distância com é o Brasil: agora é natural que os brasileiros digam justamente o mesmo, que é gravame intolerável serem governados por um Rei, que vive a tanta distância deles como é Portugal.⁴⁸

E mais adiante, em uma forma de brado expõe com mais clareza ainda a insatisfação brasileira:

E a gente do Brasil irá atravessar o Atlântico para ir arrastar-se aos Conclaves e Sinédrios de uma Corte contaminada, onde se apregoa, que até a abominação estrará nos lugares santos! A Constituição fará o prodígio de colonizar tais réprobos! Que nos espera, ou que esperais brasileiros. Torno a dizer: Que esperais? E que quer dizer todo este contraditório expediente se não sistema de monopólio, de terror, de desprezo, especialmente da Capital deste Reino, que sem marinha, Artilharia, Justiça, mercê fica exposta aos

⁴⁷ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Formação do patronato político brasileiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Globo, 2000. p. 304.

⁴⁸ REVÉRBERO Constitucional Fluminense. n. 1, segundo volume. 28 de maio de 1822. p. 4. **Hemeroteca Digital Brasileira**. Disponível em: http://memoria.bn.br/pdf/700223/per700223_1822_00002.pdf. Acesso em: 19 nov. 2020.

insultos dos Piratas da barra, e a violência na terra? É pois a Constituição letra mora, Ignominia da honra brasileira!⁴⁹

A Revolução ocorrida em Portugal em 1820, sob os ideais liberais, levou sem dúvidas também estes ideais para as terras brasileiras. O liberalismo de conteúdo português vinha ajudar no amadurecimento do nascente liberalismo brasileiro e ajudou o país a se lançar no processo da Independência.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de independência e de formação do Estado nacional brasileiro foi marcado por diversos elementos de ruptura e de continuidade, numa construção que se deu em meio a um universo político também em formação. A ruptura entre Portugal e Brasil implicaria uma revolução necessária, legítima e construtiva, pois processo natural que se inicia em 1808 com a vinda da Corte portuguesa para a então colônia, Brasil.

No processo de ruptura Brasil – Portugal, o liberalismo de setores das elites brasileiras perde seu protagonismo para o espírito conservador e centralizador de José Bonifácio de Andrada e Silva,⁵⁰ principal Ministro e Conselheiro de D. Pedro que advogava que a Independência do Brasil deveria acontecer sem mudança de regime, ou seja, sem a proclamação da República nem mudanças sociais importantes, como a abolição da escravatura. A Independência brasileira é reconhecida por Portugal em 1825, quando D. João VI assina o Tratado de Paz e Aliança entre os dois países.

O Brasil abandona a ideia de seguir a união com Portugal diante de cenário que reduziria o país a uma situação não mais admitida pelos brasileiros e que restou clara quando da declaração do Fico do Regente D. Pedro.

A diferença de perspectivas no Brasil e em Portugal originaram o rompimento da política constitucionalista. Mesmo encontrando espaço no Brasil, os objetivos da cultura vintista portuguesa não foram absorvidos no Brasil, que já havia formado sua própria realidade, e nem sempre convergiam com as propostas constitucionais

⁴⁹ REVÉRBERO Constitucional Fluminense. n. 1, segundo volume. 28 de maio de 1822. p. 6. **Hemeroteca Digital Brasileira**. Disponível em: http://memoria.bn.br/pdf/700223/per700223_1822_00002.pdf. Acesso em: 19 nov. 2020.

⁵⁰ José Bonifácio de Andrada e Silva, que mereceria o título de Patriarca da Independência, fora jovem para Portugal, aos 20 anos (1783) e nem sequer acompanhou a Corte quando esta mudou-se para o Brasil, só regressando muito mais tarde (1819).

largamente defendidas nas Cortes e posteriormente e estabelecidas na Constituição portuguesa de 1822.

Como observado por Cerqueira, quando comenta a dinâmica onde estavam inseridos os deputados brasileiros nas Cortes Constituintes portuguesas:

As desconfianças eram recíprocas e naturalmente com justas razões. Portugal queria manter seu domínio, mascarando-o na Constituição; os brasileiros exigiam a absoluta paridade política. O colonialismo era o passado. O Brasil, que por mais de uma década sediara a monarquia, alcançara estatuto de reino, abria os portos ao comércio do mundo, queria uma Constituição com iguais direitos.⁵¹

Já Independente, no Brasil são estabelecidos os princípios que iriam nortear a organização do Estado brasileiro, quais sejam: monarquia constitucional com sistema representativo. A transição do absolutismo para o sistema representativo em andamento em Portugal ira delinear a história constitucional brasileira onde o “[...] Imperador representaria o interesse geral, tão legítimo como os demais interesses, enquanto aos demais representantes caberia a representação dos interesses municipais e provinciais.”⁵²

O Brasil evolui a partir de 1808 ao ponto de tornar-se convencido o suficiente para não mais sofrer a influência administrativa direta de Portugal, iniciando sua jornada como nação, assim como Portugal seguiu a sua história, entrelaçada com nações europeias mas se tornando um país que manteve seu território, suas tradições e história como referência para o mundo.

REFERÊNCIAS

BASES da Constituição política da Monarquia portuguesa de 10 de março de 1821. Disponível em: <http://www.arqnet.pt/portal/portugal/liberalismo/bases821.html>. Acesso em: 13 nov. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **As nascentes do constitucionalismo luso-brasileiro, uma análise comparativa.** In: CARBONELL, Miguel Sánchez (coord.). *Derecho constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados.* Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de

⁵¹ CERQUEIRA, Marcello. **Cartas constitucionais. Império, República & Autoritarismo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1977, p.31.

⁵² MALFATTI, Selvino Antônio. **Raízes do Liberalismo Brasileiro.** Porto Alegre: Pallotti, 1985, p. 103.

México, 2004. p. 197. Disponível em <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1510/9.pdf>. Acesso em 30 jul. 2020.

BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. **Textos políticos da História do Brasil**. 3. ed. v. 2. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002.

BONIFÁCIO, Maria de Fátima. **Seis estudos sobre o Liberalismo português**. Lisboa: Editorial Estampa, 1991.

CARDOSO, José Luís. **A Revolução Liberal de 1820**. Ctt, 2019.

CARVALHO, Manuel Emílio Gomes de. **Os deputados brasileiros nas Cortes Gerais de 1821**. Brasília: Senado Federal, 2003.

CERQUEIRA, Marcello. **Cartas constitucionais**. Império, república & autoritarismo. Rio de Janeiro: Renovar, 1977.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Formação do patronato político brasileiro. 5. ed. Rio de Janeiro: 2000.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de Direito Constitucional brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível**. Direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português. Coimbra: Almedina, 2004.

MALFATTI, Selvino Antônio. **Raízes do Liberalismo brasileiro**. Porto Alegre: Pallotti, 1985.

MATEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: história del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998.

MORAES FILHO, Evaristo. **Temas de Liberalismo e Federalismo no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras, 1991.

NEVES, Lúcia Bastos Pereira das Neves. A vida política. *In*: COSTA e SILVA, Alberto da. (coord). **Crise colonial e independência**. 1808-1830. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

PAIM, Antônio. **História do Liberalismo brasileiro**. São Paulo: LVM Editora, 2018.

PAIM, Antônio. **Momentos decisivos da História do Brasil**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PEDREIRA, Jorge; MONTEIRO, Nuno Gonçalo. **As chaves do período**. 1808-1834. Madrid: Fundação Mapfre. 2013.

PEREIRA, José Timóteo Ramos. Instruções para as cortes ou esboço para a Constituição. *In*: MOREIRA, Vital; DOMINGUES, José. (coord). **Os projetos da**

Constituição Portuguesa de 1822. Relatório do 3º ciclo de estudos em Direito. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2018.

PEREIRA, José Timóteo Ramos. Projeto oficial da Constituição política da monarquia Portuguesa. *In: Os projetos da Constituição Portuguesa de 1822.* Relatório do 3º ciclo de estudos em Direito. Moreira, Vital; Domingues, José. (coord). Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2018.

PEREIRA, Miriam Halpern. **Revolução, finanças, dependência externa:** (De 1820 à Convenção de Gramido). Lisboa: Sá da Costa Editora, 1979.

PREÂMBULO da Constituição de Portugal de 23 de setembro de 1822. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1822.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2020.

PROENÇA, Maria Cândida. **Uma história concisa de Portugal.** Lisboa: Temas e Debates, 2015.

Ramos, Luís A. de Oliveira. A Espanha e o advento do liberalismo em Portugal: antes e depois de Cádiz. **Revista de Estudos Ibéricos**, n. 0, Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2003, p. 416. Disponível em <http://hdl.handle.net/10216/8044>. Acesso em 13 nov. 2020.

REVÉRBERO Constitucional Fluminense. n. 1, segundo volume. 28 de maio de 1822. **Hemeroteca Digital Brasileira.** Disponível em: http://memoria.bn.br/pdf/700223/per_700223_1822_00002.pdf. Acesso em: 19 nov. 2020.

RIBEIRO, Jorge Martins. A importância do bloqueio continental para o futuro de Portugal e do Brasil. **Revista da Faculdade de Letras.** Porto, 2009. p.63. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/25987838.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2020.

BIOPOLÍTICA E HIPERTROFIA DO ESTADO PENAL: A GESTÃO DOS “INDESEJÁVEIS” COMO POLÍTICA CRIMINAL

BIOPOLITICS AND HYPERTROPHY OF THE CRIMINAL STATE: THE MANAGEMENT OF THE “UNDESIRABLE” AS A CRIMINAL POLICY

Camila Leonardo Nandi de Albuquerque¹

Fernanda Ambros²

Resumo: Na atual quadra histórica, o Estado passa pela paradoxal situação de ser abstencionista nas relações comerciais e sociais, na medida em que tenta se adequar à um mercado global e, portanto, suprime cada vez mais gastos sociais, e, ao mesmo tempo, aumenta sua presença na sociedade por meio da constante expansão do seu poder punitivo. Esse paradoxo central do projeto neoliberal é descrito pelo pesquisador Loic Wacquant, que aponta que o aumento do poder Estatal nas questões penais tem como função a legitimação do poder político frente ao contexto de descrédito e decomposição da política. Dessa forma, os políticos conseguem, por esse restrito viés, legitimar e confirmar a autoridade estatal. A política estatal então volta-se à contenção da criminalidade insuflada pela mídia, como forma de se afirmar em um contexto de insegurança social. Sob essa perspectiva, a presente pesquisa propõe investigar os vieses que compõe a relação estabelecida entre sociedade, insegurança, medo, populismo penal e flexibilização dos direitos sociais no contexto da governamentalidade neoliberal. Para tanto, abordar-se-á a conformação da racionalidade governamental neoliberal, sua relação com o Estado, bem como suas implicações na política criminal. O método empregado é o indutivo e a técnica de pesquisa é a bibliográfica.

Palavras-chave: Criminologia crítica. Neoliberalismo. Estado penal.

Abstract: *In the current historical period, the State goes through the paradoxical situation of being abstaining from commercial and social relations, insofar as it tries to adapt itself to a global market and, therefore, suppresses more and more social spending, and at the same time, increases its presence in society through the constant expansion of its punitive power. This central paradox of the neoliberal project is described by researcher Loic Wacquant, who points out that the increase in State power in criminal matters has the function of legitimizing political power in the context of the discredit and decomposition of politics. In this way, politicians are able, through this narrow bias, to legitimize and confirm state authority. The state policy then turns*

¹ Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade do Contestado. Especialista em Direito Empresarial. Graduada em Direito na Unisul. Mestranda no Programa de PósGraduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, com taxa prosuc/CNPq. Vinculada ao grupo de pesquisas Pensamento Jurídico Crítico Latinoamericano – Unesc. Professora titular da disciplina de Direito Processual Penal I na FUCAP Univinte. E-mail: camilanandi_@hotmail.com.

² Graduada em direito, pós graduada em Direito e Processo Tributário – Estácio de Sá, pós graduada em Direito e Processo Penal – Uniasselvi, mestranda em Direito – UNESC. Professora da FUCAP no curso de Direito e servidora da Justiça Federal. Endereço eletrônico: fnd@jfsc.jus.br.

to contain the crime inflicted by the media, as a way of asserting itself in a context of social insecurity. From this perspective, the present research proposes to investigate the biases that make up the relationship established between society, insecurity, fear, penal populism and flexibility of social rights in the context of neoliberal governmentality. To this end, the conformation of neoliberal governmental rationality, its relationship with the State, as well as its implications for criminal policy will be addressed. The method used is inductive and the research technique is bibliographic.

Keywords: Critical criminology; Neoliberalism; Penal state.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende verificar a modulação produzida pela governamentalidade neoliberal na política criminal brasileira. Mais especificamente, o estudo tem como recorte a questão da política criminal. Busca, portanto, identificar os pontos de contato entre as mudanças operadas na política criminal brasileira e o neoliberalismo enquanto razão governamental. Na atual quadra histórica, o Estado passa pela paradoxal situação de ser abstencionista nas relações comerciais e sociais, na medida em que tenta se adequar à um mercado global e suprime cada vez mais direitos constitucionais que por ele era viabilizado, e, ao mesmo tempo, aumenta sua presença na sociedade por meio da constante expansão do seu poder punitivo.

Esse paradoxo central do projeto neoliberal é descrito pelo pesquisador Loic Wacquant.³ Segundo o autor, o aumento do poder Estatal nas questões penais tem como função a legitimação do poder político frente ao contexto de descrédito e decomposição política. Dessa forma, os políticos conseguem, por esse restrito viés, legitimar e confirmar a autoridade estatal.

Nesse contexto, o apelo midiático vem a calhar como um agente confirmador dessa legitimação pautada no medo e na insegurança. A população, fragilizada pela flexibilização dos direitos sociais e da ingerência do estado na economia, veem na pauta do populismo e do apelo midiático uma saída, uma possível solução para os problemas ensejados pelo neoliberalismo e sua desconstrução do Estado social. A política estatal então volta-se à contenção da criminalidade insuflada pela mídia, como forma de se afirmar em um contexto de insegurança social.

³ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**. A nova gestão da miséria. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Para a realização da presente pesquisa, utilizou-se com técnica de pesquisa a pesquisa bibliográfica e o método de procedimento monográfico. A hipótese é a de que no atual contexto jurídico-político-econômico, o Estado se abstém de interferir nas políticas sociais, e se agiganta em impor seu poder por meio da ampliação de sua teia penal, no qual cada vez mais condutas são tipificadas. A tipificação ocorre no sentido de punir aqueles que não integram a lógica econômica. Se no liberalismo do século XVIII se discutia os limites do Estado e questões afeitas à liberdade, no neoliberalismo vigente pugna para fazer do mercado a razão de ser do governo.

2 A CONFORMAÇÃO DE UMA RACIONALIDADE GOVERNAMENTAL

A premissa do presente artigo é verificar a modulação produzida pela governamentalidade neoliberal na política criminal brasileira. Portanto, cabe, de início, discorrer sobre o que vem a ser essa governamentalidade, sua conformação e características, traçando, portanto, a genealogia da razão do estado, que perpassa o poder pastoral e o biopoder. O marco teórico a ser utilizado para tal intento é a obra de Michel Foucault e alguns de seus interlocutores.

Para o filósofo francês Michel Foucault, a razão de Estado não deve ser definida como o produto de um contrato, nos moldes do que foi apregoado por Hobbes, Montesquieu e Rousseau, mas sim como uma prática:

E a razão de Estado é precisamente uma prática, ou antes, uma racionalização de uma prática que vai se situar entre um Estado apresentado como dado e um Estado apresentado como a construir e a edificar. A arte de governar deve, então, estabelecer suas regras e racionalizar suas maneiras de fazer propondo-se como objetivo, de certo modo, fazer o dever-ser do Estado tornar-se ser. O dever-fazer do governo deve se identificar com o dever-ser do Estado. O Estado tal como é dado – a ratio governamental – é o que possibilitará, de uma maneira refletida, ponderada, calculada, fazê-lo passar ao seu máximo de ser.⁴

Assim sendo, o termo governar se referia à uma série de definições, como o deslocamento no espaço, à subsistência material, à alimentação, aos cuidados que se podem dispensar a um indivíduo, à sua cura, ao exercício de um mando, a uma

⁴ FOUCAULT, M. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 6.

atividade prescritiva. Enfim, ao controle exercido sobre si mesmo e sobre os outros, tanto no que diz respeito ao seu corpo quanto no que diz respeito à sua alma.⁵

A perspectiva da governabilidade dos homens teve sua origem no Oriente “[...] num Oriente pré-cristão primeiro, e no Oriente cristão depois. E isso sob duas formas: primeiramente, sob a forma da ideia e da organização de um poder de tipo pastoral, depois sob a forma da direção de consciência, da direção das almas.”⁶

A relação pastor-rebanho pode ser utilizada para designar a relação do soberano ou do responsável político com seus súditos ou concidadãos

O Estado moderno nasce, a meu ver, quando a governamentalidade se torna efetivamente uma prática política calculada e refletida. A pastoral cristã parece-me ser o pano de fundo desse processo, estando entendido que há, por um lado, uma imensa distância entre o tema hebraico do pastor e a pastoral cristã e [que] haverá, é claro, outra distância não menos importante, não menos ampla, entre o governo, a direção pastoral dos indivíduos e das comunidades e o desenvolvimento das artes de governar.⁷

O pastorado cristão ensejou uma obediência pura, isto é, a obediência como tipo de “[...] conduta unitária, altamente valorizada e que tem o essencial da sua razão de ser nela mesma”⁸. Essa obediência cristã da ovelha ao seu pastor é, pois, uma obediência integral, de renúncia definitiva da própria vontade, no qual aquele que é submetido à ordem é chamado de subditus.⁹

Importante pontuar que o olhar do pastor sobre a vida das ovelhas e sua relação de obediência alcança e adentra, até mesmo a consciência da ovelha por meio do exame de consciência, que serve para “[...] melhor marcar, para ancorar melhor ainda a relação de dependência ao outro.”¹⁰ E é nesse sentido que o pastorado cristão inova, pois implanta uma estrutura, uma técnica, tanto de poder quanto de investigação de si e dos outros, pela qual a verdade da interioridade, a oculta verdade da alma, torna-se elemento pelo qual se exerce o poder do pastor,

⁵ FOUCAULT, M. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

⁶ FOUCAULT, M.; SENELLART, M. **Segurança, território, população**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 166.

⁷ FOUCAULT, M.; SENELLART, M. **Segurança, território, população**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 219.

⁸ FOUCAULT, M.; SENELLART, M. **Segurança, território, população**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 230.

⁹ FOUCAULT, M.; SENELLART, M. **Segurança, território, população**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

¹⁰ FOUCAULT, M.; SENELLART, M. **Segurança, território, população**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 241.

“[...] pelo qual se exercerá a obediência, será assegurada a relação de obediência integral, e através do que passará justamente a economia dos méritos e deméritos.”¹¹

Esse sistema antecede a governamentalidade por meio da criação específica “[...] de um sujeito que é sujeitado em redes contínuas de obediência, de um sujeito que é sujeitado que é subjetivado pela extração de verdade que lhe é imposta.”¹²

Portanto, o pastorado é o meio pelo qual se pode analisar como surgiu a governamentalidade. E essa foi a base da razão política moderna. Apesar de sua retração, o poder pastoral não desapareceu no século XVI, mas passou a existir no campo político, no qual se passa a refletir sobre como conduzir os indivíduos e a população. Assim, a governamentalidade se constitui a partir de um saber-poder marcado pela individualização e pela totalização do rebanho, das populações. Nas palavras de Foucault:

[...] no curso do século XVI não se assiste a um desaparecimento do pastorado. Não se assiste nem mesmo à transferência maciça e global das funções pastorais da Igreja para o Estado. Assiste-se, na verdade, a um fenômeno muito mais complexo que é o seguinte. De um lado, podemos dizer que há uma intensificação do pastorado religioso, intensificação desse pastorado em suas formas espirituais, mas também em sua extensão e em sua eficiência temporal. [...] Por outro lado, assiste-se também, no século XVI, a um desenvolvimento da condução dos homens fora até da autoridade eclesiástica, e aqui também sob dois aspectos ou, mais exatamente, sob toda uma série de aspectos que constituem como que um amplo leque, partindo das formas propriamente privadas do desenvolvimento do problema da condução – a pergunta é: como se conduzir?¹³

Como decorrência, foi nesse período que apareceu no Ocidente uma certa maneira de colocar, de pensar, de programar a especificidade do governo em relação ao exercício da soberania, no qual, por oposição ao problema jurídico-teológico do fundamento da soberania, os políticos vão tentar pensar a forma da racionalidade do governo.¹⁴

A formação da governamentalidade política, isto é, a maneira como a conduta de um conjunto de indivíduos implica no exercício do poder soberano demarca uma

¹¹ FOUCAULT, M.; SENELLART, M. **Segurança, território, população**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 242

¹² FOUCAULT, M.; SENELLART, M. **Segurança, território, população**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 243

¹³ FOUCAULT, M.; SENELLART, M. **Segurança, território, população**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.308

¹⁴ FOUCAULT, M.; SENELLART, M. **Segurança, território, população**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

importante transformação, e é assinalada nas diferentes “artes de governar” redigidas no final do século XVI e na primeira metade do século XVII. Relaciona-se à emergência da “razão de Estado” e demarca uma nova matriz de racionalidade segundo o qual o Príncipe deve exercer sua soberania governando os homens.¹⁵

Governar segundo o princípio da razão de Estado é fazer com que o Estado possa se tornar sólido e permanente, ou seja, que possa se tornar rico e forte diante de tudo o que pode destruí-lo.¹⁶ Sob esses pressupostos a razão de Estado toma forma em dois grandes conjuntos de saber e de tecnologia políticos: a tecnologia diplomático-militar, cujo objetivo era assegurar e desenvolver as forças do Estado por um sistema de alianças e pela organização de um aparelho armado, e a polícia, definida como o conjunto dos meios necessários para fazer crescer, do interior, as forças do Estado.¹⁷ Por meio dessas duas grandes tecnologias se viabilizou o comércio e a circulação monetária interestatal, que por sua vez possibilitou o enriquecimento pelo comércio e o decorrente aumento da população. A relação população-riqueza se tornou, nesse período, a nova razão governamental.¹⁸

Esse movimento, denominado pelos alemães no século XVIII *de Polizei wissenschaft* tem em seu cerne a população, que era para os mercantilistas um princípio de enriquecimento e peça essencial na conformação da força dos Estados. O gerenciamento dessa população, pautado na política de saúde que seja suscetível de diminuir a mortalidade infantil, prevenir epidemias, de intervenção nas condições de vida, para modificá-las e impor-lhes normas, foi definido, a partir da segunda metade do século XVIII como *Medizinische Polizei, Hygiène publique, social medecine*, e deve ser reinscrito nos quadros gerais de uma “biopolítica.”¹⁹

Para Foucault²⁰ biopolítica é a forma de um saber-poder que se constituiu desde o século XVIII, como maneira de racionalizar os problemas propostos a prática

¹⁵ FOUCAULT, M. **Resumo dos cursos do Collège de France** (1970-1982). Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

¹⁶ FOUCAULT, M.; SENELLART, M. **Segurança, território, população**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

¹⁷ FOUCAULT, M. **Resumo dos cursos do Collège de France** (1970-1982). Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

¹⁸ FOUCAULT, M. **Resumo dos cursos do Collège de France** (1970-1982). Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

¹⁹ FOUCAULT, M. **Resumo dos cursos do Collège de France** (1970-1982). Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

²⁰ FOUCAULT, M. **Resumo dos cursos do Collège de France** (1970-1982). Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

governamental em detrimento de um conjunto de seres vivos constituídos em população. E essa racionalização política se constituiu como um desafio frente ao liberalismo.

Num sistema preocupado com o respeito aos sujeitos de direito e à liberdade de iniciativa dos indivíduos, como será que o fenômeno “população”, com seus efeitos e seus problemas específicos, pode ser levado em conta? Em nome de quê e segundo quais regras é possível geri-lo? Conforme argumenta Foucault, o liberalismo deve ser analisado como princípio e método de racionalização do exercício de governo, que obedece à regra interna da economia máxima. Essa nova lógica rompe com a razão de Estado anteriormente situada na medida em que não visa a sua maximização, ou seja, não tem em si próprio sua razão de ser.²¹

Para Foucault, é na relação de otimização entre meios e fins que reside a especificidade histórica do liberalismo. Portanto, o liberalismo é atravessado pelo princípio de que sempre se governa demais, ou pelo menos, sempre se deve suspeitar que se governa demais. Logo, além de se questionar sobre qual os melhores meios de se alcançar seus efeitos, deve questionar a legitimidade: “[...] por que então seria preciso governar?”²²

A resposta para tal questionamento está na sociedade. É em seu nome que “[...] se vai procurar saber o que é necessário para que haja um governo, mas em que se pode privar-se dele, e sobre o que é inútil ou prejudicial que ele intervenha.”²³ É a ideia de sociedade que permite o desenvolvimento de uma tecnologia de governo a partir do princípio de que ele, o Estado, já está em si mesmo em demasia.

Na crítica liberal o mercado como realidade e a economia política como teoria desempenharam um papel importante na medida em que é no mercado que se dá o teste para situar, e até mesmo medir, os efeitos do excesso de governamentabilidade. O ponto que passa a ser tratado por Foucault é a maneira como os problemas específicos da vida e da população foram inseridos no interior

²¹ FOUCAULT, M. **Resumo dos cursos do Collège de France** (1970-1982). Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

²² FOUCAULT, M. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 433.

²³ FOUCAULT, M. **Resumo dos cursos do Collège de France** (1970-1982). Rio de Janeiro: Zahar, 1997. p. 91

de uma tecnologia de governo que sem nunca ter sido liberal, não cessou de estar obcecada pela questão do liberalismo desde o final do século XVIII.²⁴

Nesse sentido, o atual liberalismo, em relação aos projetos liberais tradicionais que nasceram no século XVIII, sofreu uma mutação importantíssima: “[...] não se trata apenas de deixar a economia livre”, mas sim de “saber até onde vão poder se estender os poderes de informação políticos e sociais da economia de mercado”. É isso que está em jogo.²⁵

A teoria liberal desde o fim do século XIX vem compreendendo que o essencial do mercado é a concorrência, ou seja, ao invés de equivalência, desigualdade. Portanto, nesse novo arranjo não é elemento constitutivo de uma teoria de mercado a troca, essa espécie de situação primitiva que estabelece equivalência entre dois valores no qual os economistas liberais do século XVIII imaginavam, mas sim a concorrência.²⁶

E a concorrência pura somente pode aparecer se for produzida, e produzida por uma governamentalidade ativa, que deverá acompanhar de ponta a ponta uma economia de mercado. Conforme argumenta Foucault, a economia de mercado não subtrai algo do governo, mas é ela que constitui o indexador geral sob o qual se deve colocar a regra que vai definir as ações governamentais, pois nessa conjuntura se governa para o mercado ao invés de governar por causa do mercado.²⁷

As democracias constitucionais podem ser caracterizadas também por meio da legitimação através da efetivação dos direitos fundamentais. Porém, nas sociedades que outrora viviam sob a influência do liberalismo, frente aos impactos da globalização econômica e da revolução tecnológica, passaram a se comportar de forma diferenciada. Conforme Foucault, “não é que se iludir: o neoliberalismo atual não é, de maneira nenhuma, como se diz muitas vezes, a ressurgência, a recorrência de velhas formas de economia liberal, formuladas nos séculos XVIII e XIX [...]”.²⁸

²⁴ FOUCAULT, M. **Resumo dos cursos do Collège de France** (1970-1982). Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

²⁵ FOUCAULT, M. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 160

²⁶ FOUCAULT, M. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

²⁷ FOUCAULT, M. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

²⁸ FOUCAULT, M. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 159.

O problema do neoliberalismo é, ao contrário, saber como se pode regular o exercício global do poder político com base nos princípios de uma economia de mercado. Não se trata, portanto, de liberar um espaço vazio, mas de relacionar, de referir, de projetar numa arte geral de governar os princípios formais de uma economia de mercado.²⁹

Desse modo, se anteriormente pautava-se a política liberal na organização do espaço em que a concorrência podia atuar, garantindo o *Laissez-faire*, no neoliberalismo ocorre o contrário uma vez que sua problemática se encontra justamente “[...] sob o signo de uma vigilância [...] de uma intervenção permanente.”³⁰

Portanto, o neoliberalismo é concebido por Foucault como um “dispositivo geral de governamentalidade” que tem como base a economia de mercado. Porém esse dispositivo não se restringe a racionalizar apenas a questão mercadológica, mas sim todo o contexto governamental em todos os seus desdobramentos, isto é, visa reger as relações entre Estado e indivíduo em todas as suas complexidades. É uma tecnologia política que utiliza o poder pastoral e a biopolítica para conduzir o processo de subjetivação do indivíduo, que se torna governável.

Nesse sentido, o neoliberalismo atua como legitimador do Estado, que por sua vez é o garantidor da liberdade econômica. “A economia produz legitimidade para o Estado, que é seu avalista. Em outras palavras [...] a economia é criadora de direito público.”³¹

E essa legitimação não se dá apenas quanto ao Estado. Ela expande e transpassa delimitações geográficas e políticas, alcançando todos os indivíduos, que passam a chancelar esse *modus operandi*, promovendo um consenso permanente. Em outras palavras, dentro desse novo contexto liberal, o viés econômico e a forma de sua condução são fatores determinantes do consenso legitimador do seu regime. Portanto uma taxa de crescimento satisfatória, um poder aquisitivo em expansão e uma balança de pagamento favorável são efeitos de um bom governo, mas mais que isso, é a maneira como se manifestam e se fortalecem o consenso fundador de um Estado.

²⁹ FOUCAULT, M. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

³⁰ FOUCAULT, M. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 182.

³¹ FOUCAULT, M. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 114.

Essa instituição econômica, a liberdade econômica que se essa instituição tem por papel, desde o início, assegurar e manter, produz algo mais real, mais concreto, mais imediato ainda, que uma legitimidade de direito. Ela produz um consenso permanente, um consenso permanente de todos os que podem aparecer como agentes no interior, dentro desses processos econômicos. (...) Ou seja, a adesão a esse sistema liberal produz como subproduto, além da legitimação jurídica, o consenso, o consenso permanente, e é o crescimento econômico, é a produção de bem-estar por esse crescimento que vai, simetricamente, à genealogia 'instituição econômica-Estado' produzir um circuito 'instituição econômica-adesão global da população a seu regime e a seu sistema'.³²

Conforme Foucault, é a economia que afirma o Estado, e o Estado se torna radicalmente econômico. E nesse sentido, o mote do neoliberalismo é uma política de sociedade, que é regulada com base no mercado e que submete a sociedade a uma dinâmica concorrencial, ou seja, “[...] o que se procura obter não é uma sociedade submetida ao efeito-mercadoria, é uma sociedade submetida à dinâmica concorrencial.”³³

Assim, a reconstrução do homem se dá enquanto *homo oeconomicus*, isto é, o homem da empresa e da produção. Para Foucault essa multiplicação da forma ‘empresa’ dentro do corpo social é a base da política neoliberal: “Trata-se de fazer do mercado, da concorrência e, por conseguinte, da empresa o que poderíamos chamar de poder enformador da sociedade.”³⁴ É por isso que a centralidade da política estatal neoliberal não é o ser humano enquanto sujeito detentor de direitos inalienáveis, mas sim o sujeito enquanto *homo oeconomicus*. O desdobramento dessa concepção é a intensidade que os conceitos de solvência e insolvência passam a ter.

Um sentido similar para o conceito de cidadão no contexto neoliberal é dado pelo sociólogo Boaventura de Sousa Santos, para quem “o conceito de consumidor substitui o de cidadão e o critério de inclusão deixa de ser o direito para passar a ser a solvência.”³⁵

A importância desse pequeno retrospecto se dá na medida em que é a partir desses pressupostos que se verificará a influência desse modo de

³² FOUCAULT, M. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 114-115

³³ FOUCAULT, M. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 201

³⁴ FOUCAULT, M. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 203.

³⁵ SANTOS, B. de S. **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2005, p. 35.

governamentalidade na política criminal. O que se verificará, na sequência, não é apenas os aspectos negativos dessa política, que tem como mote a destruição programada de regulamentações e das instituições,³⁶ mas verificar os impactos dessas subjetivações no funcionamento da lógica jurídico-política criminal em vigor na atualidade. Essa reflexão se faz necessária na medida em que busca descobrir o ponto de partida. É certo que esse ponto inicial se encontra na teoria, na abstração, porém o seu impacto se dá na realidade, na dor, na privação de direitos fundamentais, na negação de uma existência digna.

3 O NEOLIBERALISMO E O ESTADO

Tendo como marco inicial a concepção de foucaultiana acerca do neoliberalismo, verifica-se, conforme expõe Dardot e Laval,³⁷ que o neoliberalismo antes de ser uma ideologia ou uma política econômica é antes uma racionalidade, e, por esse motivo, tende a estruturar e organizar não somente as ações dos governantes, mas também a dos governados.

Nesse sentido, conforme visto anteriormente, Foucault (2008) identifica como questão nevrálgica do neoliberalismo saber se, efetivamente, uma econômica de mercado pode servir de princípio, de forma e de modelo para um Estado, isto é, se essa racionalidade vai efetivamente conseguir fazer passar o que é seu verdadeiro objetivo: uma formalização geral dos poderes do Estado e da organização da sociedade a partir de uma economia de mercado.

Aponta, portanto, que não se trata apenas de deixar a economia livre, mas sim de saber até onde vão poder se estender os poderes de informação políticos e sociais da economia de mercado. Por esse motivo, a economia se torna o mote legitimador do Estado, pois:

[...] a economia, o desenvolvimento econômico, o crescimento econômico produz soberania, produz soberania política pela instituição e pelo jogo institucional que faz precisamente funcionar essa economia. A economia produz legitimidade para o Estado, que é seu avalista.³⁸

³⁶ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**. Boitempo Editorial, 2017.

³⁷ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**. Boitempo Editorial, 2017.

³⁸ FOUCAULT, M. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 114.

O neoliberalismo, portanto, impacta até mesmo na forma de legitimação do poder do estado, na medida em que os gastos sociais e os investimentos em um estado de bem estar social são suplantados por aquilo que é mais benéfico ao mercado, pois é esse que em última instância produz o consenso e a legitimação necessária. E esses dois objetivos raramente se confundem, o que inviabiliza a criação de um Estado Democrático Social.

Cabe pontuar o papel do sujeito dentro dessa lógica. De uma forma assustadoramente lúcida, e com uma grande capacidade preditiva, a ensaísta francesa Viviane Forrester³⁹ em 1997 já apontava que o novo holocausto se daria na perspectiva econômica. A autora em sua obra “O horror econômico” indaga quais seriam as perspectivas de quatro quintos da população frente à uma economia modernizada que tem repugnância em custear as sobrevivências desse contingente populacional. Suas conclusões são no sentido de que a massa dos excluídos será eliminada por ser inviável no Estado Neoliberal.

Pontua ainda que não se trata de um apocalipse, mas de um novo eixo da história no qual somente os melhores, os economicamente arianos deverão sobreviver. Isso porque a economia financeirizada vicejante na lógica neoliberal expôs o indivíduo a uma fragilização nunca antes experimentada:

Houve, sem dúvida, tempos de angústia mais amarga, de miséria mais acerba, de atrocidades sem medidas, de crueldades infinitamente mais ostensivas; mas jamais houve outro tempo tão fria, geral e radicalmente perigoso. Se a ferocidade social sempre existiu, ela tinha limites imperiosos, porque o trabalho oriundo das vidas humanas era indispensável para aqueles que detinham o poder. Ele não o é mais; pelo contrário, tornou-se incômodo. E aqueles limites esboroam-se. Será que se entende o que isso significa? Jamais o conjunto dos seres humanos foi tão ameaçado na sua sobrevivência. Qualquer que tenha sido a história da barbárie ao longo dos séculos, até agora o conjunto dos seres humanos sempre se beneficiou de uma garantia: ele era tão essencial ao funcionamento do planeta como à produção, à exploração dos instrumentos do lucro, do qual representavam uma parcela. Elementos que o preservavam. Pela primeira vez, a massa humana não é mais necessária materialmente, e menos ainda economicamente, para o pequeno número que detém os poderes e para o qual as vidas humanas que evoluem fora do seu círculo íntimo só tem interesse, ou mesmo existência – isso se percebe cada dia mais-, de um ponto de vista utilitário.⁴⁰

³⁹ FORRESTER, V. **O horror econômico**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

⁴⁰ FORRESTER, V. **O horror econômico**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 136.

A autora apontou que após a exploração do homem pelo homem em nome do capital, seria neoliberalismo o responsável pela exclusão de grande parte do gênero humano. Essa exclusão tem como característica o fato de que os excluídos se sentem responsáveis por sua própria exclusão:

Esses viventes que parecem assistir, incrédulos e condescendentes, à sua própria exclusão do *planning* mundializado, e que se apressam em considerar sua trágica fragilidade social a sequência lógica e até banal de lacunas e erros pelos quais eles seriam os únicos responsáveis, cabendo a eles, só a eles, pagar – até mesmo por uma fatalidade.⁴¹

E, sob essa perspectiva da trágica fragilidade social que pune o indivíduo não habilitado a sobreviver no mercado, a jornalista arremata pontuando que, dentro dessa racionalidade governamental, o valor humano é medido pelo seu rendimento econômico:

Resignação devida talvez, ao recalque daquela descoberta aterradora, inassimilável, sobre o único valor real, dramaticamente redutor, poderosamente decepcionante, que é e certamente foi atribuído a eles: o valor medido pelo seu “rendimento” econômico, distinto de qualquer outra qualidade, o que faz que sejam avaliados *abaixo* do nível das máquinas. E que não lhes confere ouros diretos – no limite, nem mesmo o de viver -, a não ser aqueles ligados ao seu trabalho, enquanto se esboroam as condições que lhes davam acesso a esses direitos.⁴²

A perspectiva posta por Viviane Forrester se coaduna com aquilo que Foucault definiu como governamentalidade, que é o encontro entre as técnicas de dominação exercidas sobre ou outros e as técnicas de si. Na racionalidade neoliberal o Estado se abstém de sua função de combater à pobreza e passa a agir em prol do mercado, para manter sua constante expansão e assim assegurar consenso e legitimidade.

Nesse ponto, o Estado realiza a passagem do seu objeto: não mais combater a pobreza, mas sim combater os pobres, isto é, punir aqueles indivíduos que fracassaram no seu próprio gerenciamento e autogoverno, que não se habilitaram enquanto consumidores e, por consequência, não se qualificam enquanto cidadãos dotados de direitos e garantias. É nesse ponto que a questão da política criminal ganha contornos, já que a razão neoliberal possui diversas estratégias para setorizar

⁴¹ FORRESTER, V. **O horror econômico**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 139.

⁴² FORRESTER, V. **O horror econômico**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 139.

e gerenciar os sujeitos transformados em mercadorias. Na sequência se buscará discorrer acerca das funções reais da pena na lógica neoliberal.

4 NEOLIBERALISMO E SUAS IMPLICAÇÕES NA POLÍTICA CRIMINAL

Em sua obra “punir os pobres”, Loïc Wacquant aborda a transformação da política criminal estadunidense, precipuamente no que diz respeito à transmutação de um Estado caritativo para um Estado que pune as consequências da miséria. A despeito de sua obra refletir suas análises a partir da realidade estadunidense, muitas de suas conclusões podem também se aplicar ao cenário brasileiro. Isso porque as características aventadas se inserem no bojo de uma economia política neoliberal, situação política e econômica também experimentada pelo Brasil, ressalvado, por óbvio, as características inerentes ao fato de o Brasil ser um país da periferia do capitalismo.

Essa transição experimentada tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil possui como pressuposto a doutrina do *'laissez faire, laissez passer'*, e escancara a paradoxal situação no qual o estado se mostra absentéista nas relações sociais, e paternalista na sua interferência criminal. Demonstra, ainda, o fim do Estado caritativo, na medida em que a guerra contra a pobreza se transforma numa guerra contra os pobres.

Sob essa égide, incute-se no âmago do indivíduo a responsabilização pelo seu fracasso econômico, levando-o a sentir vergonha de si e a se sujeitar a qualquer tipo de trabalho, independentemente de suas condições. Wacquant aponta a passagem do Estado caritativo para um estado de constante vigilância, pautado em uma política estatal de criminalização das consequências da pobreza, que segrega esses pobres e os identifica como sendo uma classe perigosa.⁴³

Cabe, portanto, conter repressivamente esses pobres. Tanto os Estados Unidos quanto o Brasil possuem como características em comum a imensa população carcerária. Não somente por serem países com um grande contingente populacional, mas, respeitadas as proporções, por restringir a liberdade em grande escala.

⁴³ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**. A nova gestão da miséria. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

É nesse ponto que reside um grande contrassenso: o aniquilamento das garantias sociais e trabalhistas se dão sob a justificativa orçamentária,⁴⁴ porém o encarceramento em massa enseja despesas em grande escalas.

Conforme expõe Wacquant, existe um grande contraste entre os cortes financeiros nos programas sociais e os investimentos maciços no sistema penal. Isso escancara os dois pesos e as duas medidas aplicadas ao caso: de um lado, a voracidade orçamentária do Estado penal, e do outro as restrições e estrangulamentos dos custos sociais. O enxugamento em uma ponta, desaguando no aumento da demanda de gastos na outra. Isso porque aqueles desprovidos de proteção social serão recepcionados pela prisão.⁴⁵ Wacquant escancara o viés segregacionista que essa lógica opera nos Estados Unidos:

A destruição deliberada do Estado social e a hipertrofia súbita do Estado penal transatlântico no curso do último quarto de século são dois desenvolvimentos concomitantes e complementares. [...] Juntos, eles participam do estabelecimento de um “novo governo da miséria” no seio do qual a prisão ocupa uma posição central e que se traduz pela colocação sob tutela severa e minuciosa dos grupos relegados às regiões inferiores do espaço social estadunidense.⁴⁶

O autor se refere aos guetos estadunidenses, e em boa medida essa análise pode ser trasladada às favelas brasileiras. Essa formação política é definida pelo autor como uma espécie de “Estado centauro”, composto de uma cabeça liberal sobre um corpo autoritário, que trata de forma liberal as causas das desigualdades sociais, mas com sanha brutalmente paternalista e punitiva quando se trata das consequências dessas desigualdades. O pesquisador aponta que dois são os desdobramentos dessa política estatal de criminalização das consequências da miséria.

O primeiro deles, e menos visível, consiste em transformar os serviços sociais em instrumentos de vigilância e controle das novas ‘classes perigosas’. Dessa forma, o beneficiário deve aceitar toda ordem de emprego que lhe seja proposto, independentemente das condições ou remuneração oferecida, sob pena de perder

⁴⁴ Vide no Brasil a Emenda Constitucional nº 95/2016 que instituiu um novo regime fiscal no qual estipula o teto dos gastos públicos por dez anos, o que inviabiliza novos investimentos em setores sociais.

⁴⁵ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**. A nova gestão da miséria. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

⁴⁶ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**. A nova gestão da miséria. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 55.

seu direito à assistência. Essa lógica também se aplica à participação em programas de pseudo-estágios de formação sem objeto nem perspectiva.⁴⁷

O segundo desdobramento diz respeito ao recurso maciço e sistemático ao encarceramento. “Depois de ter diminuído em 12% durante a década de 60, a população carcerária americana explodiu, passando de menos de 200 mil detentos em 1970 a cerca de 825 mil em 1991, ou seja, um crescimento [...] de 314% em vinte anos.”⁴⁸ Cabe pontuar o caráter racial dessa segregação: “o número de detentos afro-americanos multiplicou-se por cinco desde 1970, depois de ter caído 7% durante o decênio precedente. Pela primeira vez em sua história, as prisões nos Estados Unidos encerram mais negros do que brancos [...]”⁴⁹

Assim como no Brasil, a causa-mestra desse grande crescimento da população carcerária é a política de guerra às drogas, “[...] política que desmerece o próprio nome, pois designa na verdade uma guerrilha de perseguição penal aos vendedores de rua, dirigida contra a juventude dos guetos para quem o comércio a varejo é fonte de emprego mais diretamente acessível.”⁵⁰ Tanto nos Estados Unidos como no Brasil, países marcados pela escravidão colonial, os guetos e as favelas possuem como característica comum ser o espaço possível de habitação àqueles que, pela ausência de uma política justa de distribuição de terras, foram libertos mais pelo ponto de vista formal que material.

O cárcere, portanto, passa a ser utilizado como instrumento de contenção de uma mocidade pobre oriunda dos guetos e favelas, e perde o seu ideário reabilitador:

Assim recolocada na trajetória histórica completa da dominação racial nos Estados Unidos, a flagrante crescente “desproporcionalidade racial” que há três décadas aflige os afro-descendentes em matéria de encarceramento pode ser interpretada como resultante das funções “extra-penalógicas” que o sistema penitenciário teve que assumir em seguida à crise do gueto. O principal motor da expansão astronômica do Estado penal americano na era pós-keynesiana e a razão de sua política de promoção preferencial dos afro-descendentes à entrada na prisão (*carceral affirmative action*) não é a criminalidade: é a necessidade de reforçar uma clivagem de castas que tem se desgastado apoiando ao mesmo tempo o regime emergente do salariado insocializado, ao qual a maioria dos negros está fadada em virtude de sua

⁴⁷ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**. A nova gestão da miséria. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

⁴⁸ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**. A nova gestão da miséria. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 28.

⁴⁹ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**. A nova gestão da miséria. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 29.

⁵⁰ ADLER 1995 *apud* WACQUANT 2003, p. 29.

carência de capital cultural solvível e ao qual os mais desamparados deles resistem tentando escapar para a economia informal de rua.⁵¹

Portanto, a pena na lógica neoliberal funciona como um instrumento de neutralização. Um mecanismo que segrega da sociedade os indesejáveis, a massa dos excluídos que são inviáveis no Estado Neoliberal. Não há que se falar em ressocialização. Trata-se da mais simples e pura exclusão social. Por esse motivo, se por um lado os gastos com políticas públicas sociais, especificamente aquelas voltadas ao auxílio desse grupo de risco, são condenáveis na lógica neoliberal, os gastos com o encarceramento em massa não têm esse mesmo efeito.

“Enquanto o peso orçamentário dos programas sociais é um *leitmotiv* do debate nacional sobre o *welfare*, a questão do custo do encarceramento de massa nunca é colocada como tal no espaço público americano, exceto para anunciar a idéia preconcebida, cuja evidencia se impôs através de um trabalho de sabotagem ideológica dos *think tanks* neoconservadores, segundo o qual a prisão “funciona” – sem que se saiba jamais através de que critérios.”⁵²

O cárcere, portanto, é visto por Wacquant como a forma de armazenar os refugos do mercado, isto é aqueles não habilitados para o consumo. Nesse mesmo sentido, Zigmund Bauman os classificam como sendo redundantes, desnecessários, um problema financeiro, são as “baixas colaterais do progresso.”⁵³ São redundantes justamente porque são consumidores falhos: “pessoas carentes do dinheiro que lhes permita ampliar a capacidade do mercado consumidor, e que criam um novo tipo de demanda a que a indústria de consumo, orientada para o lucro, não pode responder nem colonizar de maneira lucrativa.”⁵⁴

O que se percebe na realidade é que penas alternativas são direcionadas àqueles que se enquadram no papel de consumidores, enquanto que aqueles excluídos dessa lógica de produção e consumo devem ser extirpados da sociedade. Dessa forma, a lógica do aprisionamento se alterou: se antes sua razão de ser era a

⁵¹ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**. A nova gestão da miséria. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.108.

⁵² WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**. A nova gestão da miséria. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 88.

⁵³ BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Zahar. 2005, p. 21-23.

⁵⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Zahar. 2005, p. 53.

projeção da fábrica de disciplina, hoje sua função se aproxima mais daquele espaço reservado para os que não conseguem se afirmar na lógica consumerista.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um dos principais instrumentos de controle social, o poder penal no contexto neoliberal há muito deixou de ser visto como uma medida que visa a recuperação do condenado, com vistas a integrá-lo novamente ao mercado de trabalho. A lógica que opera na contemporaneidade é a de mera neutralização da massa dos excluídos, daqueles que não são úteis ao livre mercado. E essa neutralização se dá com cada vez mais ausência de limites ao exercício do poder estatal.

A tendência verificada é a de quem, no atual contexto jurídico-político-econômico, o Estado se abstém de interferir nas políticas sociais, e se agiganta em impor seu poder por meio da ampliação de sua teia penal, no qual cada vez mais condutas são tipificadas. A tipificação ocorre no sentido de punir aqueles que não integram a lógica econômica. Se no liberalismo do século XVIII se discutia os limites do Estado e questões afeitas à liberdade, no neoliberalismo vigente pugna para fazer do mercado a razão de ser do governo.

Essa lógica política não se atenta ao bem comum, de modo que cada vez mais direitos e garantias fundamentais são mitigados em prol de um barateamento nos custos sociais, conforme as demandas do mercado. A lógica, pautada no “cada um por si”, promove o esvaziamento do sujeito, empresário de si, e único responsável pela sua miséria. Nesse contexto viceja apenas mercadorias, de modo que o ser humano vale apenas o seu valor de troca. As pessoas que não produzirem ou consumirem não interessam à esse Estado e portanto são segregadas por essa sociedade punitiva. Conforme apontado por Wacquant, a prisão é a única política destinada aos pobres por esse estado, que há muito não mais é social.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Zahar. 2005

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**. Boitempo Editorial, 2017.

FORRESTER, V. **O horror econômico**. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997

FOUCAULT, M.; SENELLART, M. **Segurança, território, população**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, M. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008

FOUCAULT, M. **Resumo dos cursos do Collège de France** (1970-1982). Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

SANTOS, B. de S. **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2005

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**. A nova gestão da miséria. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

A TENDÊNCIA DA UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS TRABALHISTAS

TREND IN THE USE OF ARBITRATION IN LABOR CONTRACTS

Carla Vieira de Souza¹

Karina Ferreira Nunes²

Resumo: O presente artigo tem como objetivo discorrer sobre a arbitragem, mais especificamente sobre a arbitragem trabalhista, com enfoque na sua aplicação após a reforma trabalhista do ano de 2017, visto que há forte tendência à privatização dos tribunais a fim de desafogar o Poder Público. Assim aborda-se sobre a conceituação da arbitragem, sua característica e necessidades de regulamentação e inserção da mesma nos conflitos individuais do trabalho.

Palavras-chave: Arbitragem trabalhista. Regulamentação. Retrocesso.

Abstract: *This article aims to discuss arbitration, more specifically about labor arbitration, with a focus on its application after the labor reform in 2017, since there is a strong tendency towards the privatization of the courts in order to relieve the Public Power. Thus, it addresses the conceptualization of arbitration, its characteristics and needs for regulation and insertion of it in individual labor conflicts.*

Keywords: Labor arbitration. Regulation. Setback.

1 INTRODUÇÃO

Por longo tempo somente era de conhecimento social, que as causas de conflitos trabalhistas poderiam ser resolvidas por meio de sentença proferida por um Juiz representando o poder do Estado, e que apenas no Judiciário seria respeitado o devido processo legal bem como a única sentença a ter validade seria a do Juiz Togado.

Notadamente que a cultura Brasileira do procedimento para resolução de conflitos trabalhistas é muito resistente e conservadora, estaguinada na figura do Juiz, logo, isso prejudica a criação de novas formas para dirimir os problemas nos contratos individuais do trabalho.

¹ Advogada OAB/SC 45.428, Professora da FUCAP, Mestre em Direito pela UNESC. Pós Graduada em Direito e Processo do Trabalho (Faculdade Damásio). Email: carla.vsouza@outlook.com. CV lattes: <http://lattes.cnpq.br/1033928190240851>.

² Advogada OAB/SC 57.666. Email: karinafnunes.adv@gmail.com. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5151298041796442>

Ocorre que, as relações entre empregado e empregador não são as mesmas do passado, trata-se de novas gerações que se comportam de forma diferente e conseqüentemente criam novas situações, que poderiam ser resolvidas de outra forma também eficaz, mas seguem abarrotando o poder judiciário com processos de fácil solução, mas que acabam se tornando extensos em razão da enorme demanda acumulada ao longo do tempo.

Assim, o presente artigo objetiva discorrer sobre a arbitragem trabalhista, que é um método de solução de conflitos paralelo ao Poder judiciário, que já é realidade em vários países no mundo, mas aqui no Brasil ainda caminha de passos lentos. Todavia, pode-se dizer que com a criação da Lei 9.307/96 que já atuante e funcional no que consistem assuntos de cunho patrimonial.

Quanto aos assuntos sobre contratos individuais do trabalho a arbitragem ainda está em discussão e abre espaço para adaptação, criação de Lei específica, a fim de sua formalização, discorrendo sobre a importância e facilidade na aplicação deste método para resolver os problemas empregatícios.

Registre-se, ainda, que o trabalho adota o método indutivo e pesquisa bibliográfica e documental.

2 ARBITRAGEM

A mediação e arbitragem são institutos jurídicos utilizados em países de todo o mundo, no Brasil este sistema de resolução de conflitos é regido pela Lei 9.307 de 1997, e tomou proporção o direito do trabalho a partir da reforma trabalhista em 2017. Assim segue o instituto da arbitragem conforme as palavras de Pieroni:

Assim como a jurisdição, a arbitragem é uma forma de heterocomposição na qual um terceiro é nomeado para resolver o litígio existente entre as partes. A diferença, contudo, está no fato de que, na jurisdição, a nomeação do terceiro decorre de lei, enquanto na arbitragem a escolha se dá por indicação conjunta das partes.³

No tocando ao modo de cabimento da arbitragem, esta deve ser realizada quando as partes de livre vontade elegem um ou mais árbitros com poder de decisão

³ PIERONI, Claudio. **Utilização da arbitragem para resolução de conflitos trabalhistas**. 2018.

da controvérsia, ou seja, é um método de solução de conflitos extrajudicial.⁴

Todavia, no direito brasileiro é admitido que as partes optem pela arbitragem para suposta solução de conflitos, somente no que diz respeito a direitos patrimoniais disponíveis, e independente da proporção do problema deve-se analisar sua natureza jurídica para avaliar o cabimento ou não da arbitragem.⁵

Assim corrobora Parize:

Neste contexto exsurge a arbitragem como uma via possível, que muito se assemelha à jurisdição quanto a forma e procedimento, entretantes, decorre de ato volitivo das partes litigantes, que escolhem esta forma para solver a pendência existente, bem como o árbitro ou Corte Arbitral que vai analisá-lo. Por expressa previsão legal, tal instituto somente pode ser aplicado a direitos patrimoniais disponíveis.⁶

O fato é que na realidade o poder público judicial não é a única forma de resolução das controvérsias, e com vistas a acompanhar a tendência privada é importante pensar em tribunais privados que não culturalmente são utilizados judiciário. A pertinência do assunto é em buscar outras para formas de adequar e acompanhar de modo eficaz na tramitação de processos trabalhistas assim, buscando-se novas opções e a adaptação de outras práticas já aplicadas em demais ramos do judiciário.⁷

Por longo tempo foi utilizado somente o poder do Estado para dirimir os conflitos das relações empregatícias, e não poderia ocorrer de outro modo senão a sobrecarga do mesmo, o que já é uma realidade, conforme discorre Parize:

Os conflitos envolvendo as relações de trabalho fazem parte da história da humanidade. Analisando grandes acontecimentos históricos, sem maior dificuldade, colhem-se até mesmo guerras e grandes revoluções cujo vetor foi exatamente um melhor cenário aos trabalhadores, assegurando-lhes direitos ou contra os privilégios da burguesia face à classe operária; dos quais podemos citar exemplificativamente a revolução francesa e as duas revoluções industriais. As tensões envolvendo trabalhadores versus os tomadores de serviço existem desde as mais primitivas sociedades organizadas e persistirão até o fim dos tempos.⁸

⁴ MOURA, Mayara Barbosa Soares Santos. **Arbitragem no Direito do Trabalho com a reforma trabalhista**: reforma trabalhista. 2017.

⁵ MALLETT, Estevão. **O futuro do trabalho no mundo globalizado**: arbitragem em litígios trabalhistas individuais. 2018.

⁶ PARIZE, Felipe Rudi. **A arbitragem no âmbito do Direito do Trabalho**. 2018.

⁷ PARIZE, Felipe Rudi. **A arbitragem no âmbito do Direito do Trabalho**. 2018.

⁸ PARIZE, Felipe Rudi. **A arbitragem no âmbito do Direito do Trabalho**. 2018.

No tocando aos dados concretos das demandas judiciais aponta Parize:

O número de reclamações trabalhistas distribuídas nos últimos anos vem crescendo em escala considerável. Segundo dados do Relatório da Justiça em Números, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2016, p. 206), apenas no ano de 2015 a Justiça do Trabalho recebeu aproximadamente 4 milhões de processos. Embora a fase de conhecimento não aponte tempo maior do que o suficiente à sua tramitação, na fase de execução há um gargalo que carece de solução.⁹

Em continuidade as condições da arbitragem, é cabível discorrer que o procedimento arbitral proporciona às partes que a escolhem inúmeras vantagens não utilizadas em demandas judiciais, como exemplo, pode-se dizer que mais comumente mais célere; tem caráter especializado, pois em regra as partes escolhem árbitros especialistas nos assuntos da demanda que pretendem resolver; bem como seu caráter sigiloso se as partes assim convencionarem.¹⁰

Assim corrobora Parize:

O (s) árbitro (s) terá (ao) como principal obrigação proferir a sentença arbitral no prazo legal ou naquela ajustado pelas partes. Nesse mister deverão agir com independência, diligência, discrição e imparcialidade na apreciação da controvérsia, aplicando-se em face destes as previsões do CPC (arts. 144 e 145) referentes à suspeição e impedimento, devendo revelar antes de aceitar qualquer situação que possa interferir em tal seara (§1º do art. 14 da LA).¹¹

Todavia, ainda há doutrinadores que vão além das vantagens citadas acima, enaltecendo as condições que favorecem a escolha pela arbitragem, como hipótese de um acordo salutar e outros mais conforme relata Parize:

São várias as vantagens apresentadas pela arbitragem, podendo ser citadas a título exemplificativo: i) rapidez; ii) simplicidade; iii) a informalidade e maleabilidade do procedimento; iv) decisões com maior embasamento e qualidade técnica, posto que o árbitro poderá ser especialista no assunto; v) mais opções de decisão do que necessariamente ganhar ou perder a questão, como ocorre na jurisdição; vi) a discrição nos trâmites do procedimento; vii) tendência mais forte ao entendimento entre os envolvidos; viii) como as próprias partes escolheram o árbitro, há uma intenção forte à eficácia e acatamento da decisão.¹²

⁹ PARIZE, Felipe Rudi. **A arbitragem no âmbito do Direito do Trabalho**. 2018.

¹⁰ PIERONI, Claudio. **Utilização da arbitragem para resolução de conflitos trabalhistas**. 2018.

¹¹ PARIZE, Felipe Rudi. **A arbitragem no âmbito do Direito do Trabalho**. 2018.

¹² PARIZE, Felipe Rudi. **A arbitragem no âmbito do Direito do Trabalho**. 2018.

Entre os cuidados para plena validade na aplicação da arbitragem, é necessário que se realize documento esclarecendo que o empregado escolheu por instituir o procedimento arbitral ou declare manifestamente sua concordância expressa pelo procedimento arbitral.¹³

Pertinente para consolidar a validade da aplicação do uso da arbitragem, o referido instituto vem acompanhado de especificações que pode acontecer de pôr cláusula compromissória, estabelecido pela vontade das partes, na qual as mesmas estipulam que, se um suposto conflito ocorra entre elas, não desejam utilizar o Poder Judiciário, mas sim se valerão de resolução no juízo arbitral.¹⁴

Assim, uma vez existente a cláusula compromissória antecipadamente no contrato de trabalho, cria-se um pressuposto negativo, pois entende-se que se uma das partes procurar por uma ação judicial, a outra poderá arguir do pressuposto negativo para pedir a extinção do referido processo judicial sem a resolução mérito (artigo 337 do Código de Processo Civil).

Obviamente que com a ressalva que comprovar vÍCIO de vontade no momento do pacto ensejando assim a anulação do acordo. Já tratando de outro que é chamado de compromisso arbitral, este acontece depois de ocorrido o conflito, assim as partes submetem-se a arbitragem composta por um ou mais árbitros.¹⁵

As partes que compõem o contrato estabelecem de livre vontade que um provável conflito entra elas deverá ser submetido a um terceiro escolhido por ambas, o qual poderá ser denominado de árbitro ou uma corte arbitral composta por um conjunto de pessoas. Indica-se o número ímpar, na sequência tomará conhecimento do caso, se examinará com cautela e terá uma decisão que muito se assemelha a uma sentença judicial. Todavia, o que as difere é que a sentença não necessariamente deve ser estabelecida em detrimento de lei, mas sim com base no bom-senso ou o que se entender conveniente ao caso concreto.¹⁶

Ressalta-se que para que tudo finalize bem é necessário se atentar nos pressupostos de validação da arbitragem trabalhista, para que a mesma não seja passível de questionamento posteriormente. Assim indica-se a existência de um documento no qual o empregado tenha como iniciativa instituir o procedimento arbitral

¹³ PIERONI, Claudio. **Utilização da arbitragem para resolução de conflitos trabalhistas**. 2018

¹⁴ PIERONI, Claudio. **Utilização da arbitragem para resolução de conflitos trabalhistas**. 2018.

¹⁵ PIERONI, Claudio. **Utilização da arbitragem para resolução de conflitos trabalhistas**. 2018.

¹⁶ PARIZE, Felipe Rudi. **A arbitragem no âmbito do Direito do Trabalho**. 2018.

ou que deixe manifestamente expresso concordância escolha da arbitragem. Por fim, logo que o árbitro ou os árbitros (depende da escolha das partes) profere(m) uma sentença arbitral, a mesma se constituirá em título executivo judicial, estabelecida de modo irrecorrível e conseqüentemente pode ser cumprida de ofício por uma das partes ou executada no juízo competente.¹⁷

Contribui FILHO:

Daí em diante, serão obedecidas as regras fixadas pelos contratantes, pelos órgãos arbitrais ou pelos árbitros. Entretanto, há limites que devem ser respeitados. São aqueles entendidos como fundamentais a um verdadeiro processo legal: contraditório, igualdade das partes, imparcialidade e livre convencimento do julgador. Estes princípios, se não observados, podem eivar de nulidade da sentença arbitral. Por fim, o árbitro proferirá a sentença, a qual tem força de título executivo judicial, passível de processo de execução.¹⁸

A celeuma se estende sobre a capacidade de conhecimento de causa e deveres legais dos árbitros em relação aos juízes do Estado, cabível esclarecer que os mesmos respondem caso haja descumprimento de seus deveres legais ou contratualmente previstos, existindo assim reponsabilidade civil, bem como indenização pelas perdas e danos que vierem decorrer de seus atos enquanto árbitros, sendo nestes casos arguidos por meio de ação judicial autônoma.

Na mesma esteira, também podem ser responsabilizados penalmente, pois são considerados equiparados aos funcionários públicos (art. 17 da LA), além da hipótese de responsabilidade administrativa para aqueles que compõem instituições arbitrais, por descumprimento de imposições estatutárias.¹⁹

Consolidando a importância da arbitragem conforme as palavras de FILHO:

Definitivamente, a arbitragem NÃO É o “remédio para todos os males” e nossa intenção nunca foi fazer reles proselitismo em seu favor. A arbitragem realmente é uma das formas mais avançadas de solução de conflitos, pois incentiva a autonomia dos atores sociais, afastando a muitas vezes perniciosa intervenção estatal nas relações de Direito Material.²⁰

Superado esta temática, abordar-se-á a arbitragem especificamente no Direito do Trabalho, após a Reforma Trabalhista.

¹⁷ PIERONI, Claudio. **Utilização da arbitragem para resolução de conflitos trabalhistas**. 2018.

¹⁸ LUCENA FILHO, Humberto Lima de. A arbitragem aplicada aos contratos individuais de trabalho na era da globalização. **Revista Complejus**. v.1. n.1 - jan./jun. 2010, p. 125.

¹⁹ PARIZE, Felipe Rudi. **A arbitragem no âmbito do Direito do Trabalho**. 2018. apud. ROCHA 2008.

²⁰ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Atualizando uma visão didática da arbitragem na área trabalhista**. Teresina: Jus Navigandi, 2006.

3 APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM APÓS REFORMA TRABALHISTA

A pretensão do presente trabalho é discorrer sobre a atual situação do sistema jurídico trabalhista, das possibilidades e formas de resolução de conflitos no que tange a arbitragem, bem como das possibilidades cabíveis de sua aplicação no contrato de trabalho após a reforma da Consolidação das leis do Trabalho no ano de 2017.

O instituto de arbitragem desde sempre foi possível sua utilização na esfera do direito material do trabalho, porém, de modo restrito, pois era pertinente somente ao cabimento de representação de categoria específica ao direito coletivo de empregados, isso posto instaurado dissídio coletivo para resolução do conflito conforme dispõe o artigo 114, § 1º da CF\88.²¹

O método não se estendia ao contrato individual de trabalho, porque o legislador temia sob as fragilidades que permeiam às relações de emprego, pois estende seu olhar para a vulnerabilidade do obreiro em relação ao empregador, bem como protegê-los de possíveis fraudes com objetivo direto de burlar os direitos dos trabalhadores. Por este motivo há extrema resistência quanto a utilização da arbitragem na esfera trabalhista para resolução de dissídios individuais, especialmente aos contratos em curso, por outro lado não há óbice em aplicar arbitragem nos dissídios coletivos.²²

Contudo, com o advento da reforma trabalhista no ano de 2017 por meio da Lei 13.467 que entrou em vigor em 11 de novembro do mesmo ano, passou a dispor que é plenamente possível a arbitragem no contrato individual de trabalho.

Conforme explica Moura:

Acontece que, antes da reforma trabalhista, a regra quanto a arbitragem nos direitos individuais segundo posicionamento pacífico da jurisprudência trabalhista, é que não comportava exceção, porém, com a lei 13.467\17 a CLT ganhou o artigo 507-A, que prevê a possibilidade de arbitragem nos contratos individuais de trabalho respeitando alguns requisitos.²³

²¹ MOURA, Mayara Barbosa Soares Santos. **Arbitragem no Direito do Trabalho com a reforma trabalhista**: reforma trabalhista. 2017.

²² PARIZE, Felipe Rudi. **A arbitragem no âmbito do Direito do Trabalho**. 2018.

²³ MOURA, Mayara Barbosa Soares Santos. **Arbitragem no Direito do Trabalho com a reforma trabalhista**: reforma trabalhista. 2017.

Conforme estudos, anteriormente a Reforma da CLT, as jurisprudências dos Tribunais Trabalhistas se mostravam contrárias a utilização ao uso do procedimento arbitral nos casos de dissídios individuais de contrato de trabalho, pois partiam do pressuposto de que os direitos dos trabalhadores são irrenunciáveis e, considerando-os incompatíveis com o método de arbitragem. Por outro viés, colocamos a análise no âmbito constitucional e não se encontra qualquer vedação legal que proíba a utilização da arbitragem na esfera dos contratos individuais trabalhista, pois é pertinente que a arbitragem é autorizada de forma infraconstitucional.²⁴

Notadamente se percebe as mudanças de cenários com flexibilização de novas tendências na esfera dos direitos trabalhistas, ganha força o acordo de vontades em contratos individuais. Não obstante o Governo Federal também colabora com projetos de reestruturação legal laboral, indicando que poderá acontecer transformações, bem como incentivos para introduzir formas de soluções extrajudiciais de conflitos também individuais, dentre estas transformações assinala para arbitragem.²⁵

Pertinente apontar as dificuldades para que desponte o uso da arbitragem, conforme Filho, a arbitragem é uma forma privada de para solução de conflitos e isso consiste em desembolso de pelas partes, questão essa que difere da justiça do trabalho comum que se encontra cada vez mais próximos de um regime de gratuidade para trabalhador.

Em seguida encontra-se dificuldade cultural, que segue quase que exclusivamente pelo vínculo jurídico do Juiz, bem como costume sistêmico de valer-se do acúmulo de demandas para procrastinar decisão e receber uma sentença condenatória. Todavia, tende-se para superação de tais obstáculos a fim de conseguir uma nova criação cultural de conflitos resolvidos em câmaras privadas, reservando o Poder Judiciário Estatal somente para casos complexos com dificuldades de conciliação de direitos não disponíveis.²⁶

O poder judiciário tenta impedir a utilização da arbitragem por motivos que o próprio poder Judiciário pratica, tornando seus argumentos inválidos.

Discorre:

²⁴ PIERONI, Claudio. **Utilização da arbitragem para resolução de conflitos trabalhistas**, 2018.

²⁵ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Atualizando uma visão didática da arbitragem na área trabalhista**, 2006, p. 23.

²⁶ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Atualizando uma visão didática da arbitragem na área trabalhista**. 2006, p. 26.

Diante do exposto, é possível depreender que o temor da violação dos direitos trabalhistas quando da aplicação da arbitragem é desarrazoado. Se feito um estudo detalhado, constatar-se-á que se há alguma instituição procedendo à flexibilização e, por vezes, homologando verdadeiras renúncias à direitos trabalhistas é a Justiça do Trabalho. Antes de combater a práticas supostamente atentatórias ao rol de protetivo laboral é necessário que o Judiciário e os guerreiros da jurisdição estatal observem suas próprias práticas e reflitam sobre o que disse Jesus Cristo, no Evangelho de Mateus, capítulo 7, versículo 5: “Hipócrita, tira primeiro a trave do teu olho e, então, cuidarás em tirar o argueiro do olho do teu irmão.”²⁷

A declaração ampla da necessidade de implantação de novo método de resolução de conflitos, e das formas que entende ser possível que campanhas de incentivos e programas de estudos aplicados já em bancos universitários podem fortalecer o uso da arbitragem:

Todavia, foi visto que, do ponto de vista jurídico e conceitual, é perfeitamente possível sua aplicação ao direito individual do trabalho e que pode se revelar como uma arma poderosa e potencializadora da efetividade do Judiciário. Como isto pode ocorrer? Através de campanhas patrocinadas pelo próprio governo federal no sentido de incentivar a utilização de tal técnica, fortalecimento dos sindicatos, dada a necessidade de se consolidar o poder de negociação dos empregados e, sobretudo, a divulgação e estudo da arbitragem nos bancos universitários com o fomento da pesquisa/extensão. Ações como estas marcariam o início de uma nova era na pacificação das relações humanas e, sem dúvida, refletiriam nas condutas dos trabalhadores, empregadores e na percepção destes e daqueles do sentido de pacificação de suas divergências.²⁸

Por fim, o que se pode concluir é que ainda não há uma lei específica para tratar dos assuntos da aplicação do método de Arbitragem Trabalhista, fator que seria demasiado importante, tendo em vista as peculiaridades próprias da relação jurídica laboral.

Portanto, haja vista a citada ausência de dispositivos específicos, em detrimento de optar pelo uso da arbitragem afim de solucionar determinado conflito trabalhista, atualmente ainda será sob os ditames da Lei de Arbitragem 9.307/96.²⁹

²⁷ LUCENA FILHO, Humberto Lima de. A arbitragem aplicada aos contratos individuais de trabalho na era da globalização. **Revista Complejus**. v.1. n.1 - jan./jun. 2010, p. 123.

²⁸ LUCENA FILHO, Humberto Lima de. A arbitragem aplicada aos contratos individuais de trabalho na era da globalização. **Revista Complejus**. v.1. n.1 - jan./jun. 2010, p. 123.

²⁹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Atualizando uma visão didática da arbitragem na área trabalhista**. 2006, p. 22.

4 REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA ARBITRAGEM NO CONTRATO INDIVIDUAL APÓS A REFORMA TRABALHISTA

As decisões majoritárias dos Tribunais indicavam a arbitragem como um método incompatível com as relações de contratos individuais do Direito do Trabalho, sendo cabível somente para assuntos relacionados aos direitos coletivos, entendendo-se que o primeiro é dotado de princípios fundamentais de ordem pública, de caráter irrenunciável e indisponível.³⁰

Ainda que traga muita polêmica sobre o assunto e que seja de interesse de muitos que a arbitragem trabalhista tivesse regulamentação própria, pode-se dizer que está acontecendo abertura para inicialização desse instituto, pois a nova CLT já permite que alguns casos de conflitos nos contratos individuais de trabalho, sejam resolvidos pela arbitragem, porém, com algumas ressalvas, quais sejam:

Dentre as profundas alterações propostas, a citada Lei inovou ao estabelecer, por meio da inserção do art. 507 – A, da Consolidação das leis do Trabalho (CLT), a possibilidade de pactuação de cláusula compromissória de arbitragem nos contratos individuais de trabalho de empregados cuja remuneração “seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios da Regime Geral da Previdência Social”.³¹

Neste contexto observa-se que a CLT permitiu o uso da arbitragem, porém, com critério de objetividade, presumindo que o empregado com interesse em resolver seu conflito com empregador não se encontre em estado de vulnerabilidade em relação a este.³²

Fortalecendo a mesma ideia, de que receber duas vezes o limite do Regime Geral da Previdência Social é uma remuneração relevante, pressupõem que se trata de empregado com capacidade negocial, a fim de não dispor de seus direitos fundamentais em favor do empregador, assim corrobora Mallet:

É certo que a concreta capacidade negocial de todos os trabalhadores não é igual. Ela varia de acordo com muitos elementos, como, entre outros, a

³⁰ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Reforma na Lei de Arbitragem e contrato individual de trabalho**: 2015, p. 28.

³¹ GALVÃO, Gustavo Oliveira. A cláusula compromissória de arbitragem nas relações individuais do trabalho prevista no novel art. 507- A. **Revista LTr**. 2018.

³² GALVÃO, Gustavo Oliveira. A cláusula compromissória de arbitragem nas relações individuais do trabalho prevista no novel art. 507- A. **Revista LTr** 2018.

capacidade econômica de cada um, a atividade exercida, o grau de amadurecimento intelectual, a experiência de vida, o estágio da carreira profissional, a formação acadêmica, a idade, a situação familiar e emocional etc.³³

Todavia, não se trata de uma preocupação para com empregado, haja vista análise dos acordos desproporcionais realizados em pelo Poder Público, conforme Filho:

Ademais, talvez já seja a hora de assumir, sem hipocrisias, que os direitos trabalhistas talvez não sejam tão irrenunciáveis assim, mas a própria possibilidade da conciliação judicial por valores menores do que o efetivamente devido já demonstra a real disponibilidade na prática (e com a chancela judicial!).³⁴

E é exatamente sobre a discussão em torno do requisito exigido pela nova regra da CLT que esta pesquisa vem discorrer, bem como pela resistência de uma reforma ampla que permita realmente o uso da arbitragem num trabalho paralelo ao Poder Judiciário, haja vista que doutrinadores conseguem claramente demonstrar motivos infundados utilizando da irrenunciabilidade de direitos do trabalhador, conforme palavras de Parize:

Porém, seriam os direitos trabalhistas absolutamente irrenunciáveis pelo trabalhador? Supomos que, após o termo de uma relação de emprego, o obreiro sente-se lesado por não ter recebido determinada verba de seu antigo empregador, hipoteticamente, referente a horas-extras, prêmios mensais ajustados, adicional de insalubridade, todos os reflexos destes inclusive nas verbas rescisórias e ainda diz ter sofrido assédio moral. Contudo, na audiência inaugural desta demanda, faz acordo com o reclamado exclusivamente no tocante ao assédio moral, abrindo mão das demais verbas. Não estaria o reclamante renunciando a direitos disponíveis?³⁵

Na mesma esteira, alegar que utilizar arbitragem estará utilizando de um método fraudulento à legislação trabalhista, implica em negar validade a institutos aceitos pelo próprio Estado. Pois utilizar-se do método não é prática de simulação conforme mencionado pelo ministro do TST. Logo o método é extrajudicial, cercado

³³ MALLETT, Estevão. **O futuro do trabalho no mundo globalizado**: arbitragem em litígios trabalhistas individuais. 2018.

³⁴ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Atualizando uma visão didática da arbitragem na área trabalhista**. 2006, p. 24.

³⁵ PARIZE, Felipe Rudi. **A arbitragem no âmbito do Direito do Trabalho**. 2018.

de natureza processual, prezando pela isonomia real das partes no conflito trabalhista.³⁶

Assim, numa tendência crescente para mudanças tanto na vida pessoal quanto profissional das pessoas rumo a modernização e facilitação de um modo geral, é evidente que os direitos trabalhistas no plano individual acompanham toda esta flexibilização, amparada pela assistência das entidades sindicais, ganhando cada vez mais força.³⁷

Por fim, nas palavras de Parize:

Porém, seriam os direitos trabalhistas absolutamente irrenunciáveis pelo trabalhador? Supomos que, após o termo de uma relação de emprego, o obreiro sente-se lesado por não ter recebido determinada verba de seu antigo empregador, hipoteticamente, referente a horas-extras, prêmios mensais ajustados, adicional de insalubridade, todos os reflexos destes inclusive nas verbas rescisórias e ainda diz ter sofrido assédio moral. Contudo, na audiência inaugural desta demanda, faz acordo com o reclamado exclusivamente no tocante ao assédio moral, abrindo mão das demais verbas. Não estaria o reclamante renunciando a direitos disponíveis?³⁸

Assim, fica a reflexão para o conteúdo apresentado que discorre sobre a mediação e arbitragem trabalhista, suas características, impedimentos e necessidades de regulamentação para a mesma.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o exposto, apesar de o instituto da mediação e arbitragem ser um método de resolução de conflito já utilização em vários países no mundo, aqui no Brasil ainda não é amplamente aplicado, atrasando assim a evolução de um método privado paralelo ao Poder Judiciário, que age com mais rapidez e sigilo para as partes.

A arbitragem é instituto seguro que visa celeridade processual, bem como também preza pelo devido processo legal, porém, é independente e somente é utilizado se for com acordo de vontade das partes, que tem a liberdade de escolher um árbitro ou mais para dirimir determinado conflito, e é neste sentido que a celeuma

³⁶ LUCENA FILHO, Humberto Lima de. A arbitragem aplicada aos contratos individuais de trabalho na era da globalização. **Revista Complejus**. v.1. n.1 - jan./jun. 2010, p. 120.

³⁷ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Atualizando uma visão didática da arbitragem na área trabalhista**. 2006, p. 24.

³⁸ PARIZE, Felipe Rudi. **A arbitragem no âmbito do Direito do Trabalho**. 2018.

se aplica, pois, culturalmente é usual a figura do Juiz que representa o Poder do Estado.

Apesar de ser novidade, é necessário à nossa adaptação, haja vista todo contexto de acúmulo de processos, não obstante está a esfera trabalhista, que apesar da reforma na CLT em 2017 já ter dado seus primeiros passos a modernização da demanda, ainda não se posicionou em regulamentar a arbitragem nos contratos individuais do trabalho.

Abertamente já se está verificando sobre a necessidade das câmaras privadas de resolução de conflitos trabalhistas, logo se opor a esta situação é um retrocesso jurídico, assim, pode-se dizer que a tendência é realmente adaptar empregados e empregadores a utilizar este método para tratar de seus conflitos da forma menos dolorosa e prejudicial possível, que uma das principais características da arbitragem.

Por fim, o método que ainda não é exercido de forma plena por todos os cidadãos empregados e empregadores, logo se tornará possível, ainda que haja resistência por parte de alguns, o movimento em seu favor tende a crescer e ganhar força, até que tudo seja regulamentado e devidamente usual.

REFERÊNCIAS

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. A arbitragem aplicada aos contratos individuais de trabalho na era da globalização. **Revista Complejus**. v.1. n.1 - jan./jun. 2010.

GALVÃO, Gustavo Oliveira. A cláusula compromissória de arbitragem nas relações individuais do trabalho prevista no novel art. 507- A, da CLT: **Revista LTr**. v. 82, n. 05, mai. 2018.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Reforma na Lei de Arbitragem e contrato individual de trabalho. **RST**, n. 317, nov. 2015. Assunto especial – doutrina.

MALLET, Estevão. **O futuro do trabalho no mundo globalizado**: arbitragem em litígios trabalhistas individuais. 2018. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018_06_0847_0901.pdf. Acesso em: 01 de out. 2020.

MOURA, Mayara Barbosa Soares Santos. **Arbitragem no Direito do Trabalho com a reforma trabalhista**: reforma trabalhista. 2017. Disponível em: <https://mayarabmoura.jusbrasil.com.br/artigos/499234528/arbitragem-no-direito-do-trabalho-com-a-reforma-trabalhista>. Acesso em: 01 de out. 2020.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Atualizando uma visão didática da arbitragem na área trabalhista. **Jus Navigandi**, Teresina, 2006.

PARIZE, Felipe Rudi. **A arbitragem no âmbito do Direito do Trabalho**. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70596/a-arbitragem-no-ambito-do-direito-do-trabalho>. Acesso em: 01 de out. de 2020.

PIERONI, Claudio. **Utilização da arbitragem para resolução de conflitos trabalhistas**. 2018. Disponível em: <https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/trabalhista-ij/utilizacao-da-arbitragem-para-resolucao-de-conflitos-trabalhistas>. Acesso em: 01 de out. 2020.

REFLEXÃO SOBRE O DESCUMPRIMENTO INVOLUNTÁRIO DO CONTRATO E A PANDEMIA DA COVID-19

REFLECTION ON INVOLUNTARY BREACH OF CONTRACT AND THE COVID-19 PANDEMIC

Claudinéia Onofre de Assunção Mota¹

Resumo: O presente artigo aborda parâmetros do descumprimento involuntário de uma contratação decorrente da pandemia da Covid-19. Apresenta a conceituação do contrato. Discorre, sucintamente, acerca das possibilidades de extinção do contrato, com foco na inexecução involuntária. Averigua decisões judiciais que tratam de contratações e os reflexos advindos com a pandemia. Conclui com a necessária ponderação no estudo do tema.

Palavras-chave: Contrato. Descumprimento. Involuntário. Pandemia.

Abstract: *This article addresses parameters of the involuntary non-compliance of a contract arising from the Covid-19 pandemic. It presents the conceptualization of the contract. It discusses, briefly, about the possibilities of termination of the contract, focusing on involuntary inperformance. It investigates court decisions dealing with hiring and the repercussions arising from the covid-19 pandemic. It concludes with the necessary consideration in the study of the theme.*

Keywords: *Contract. Breach. Involuntary. Pandemic.*

1 INTRODUÇÃO

Não há dúvidas que, diariamente, inúmeros contratos são celebrados, com diversas obrigações assumidas pelas partes.

Também é incontestável que uma contratação gera expectativas e almeja o cumprimento integral do assumido, quando, então, por fim, o contrato será extinto.

Todavia, por vezes, são percebidas causas que desencadeiam na extinção prematura de contratos.

Tais causas podem ser, até mesmo, anteriores ou contemporâneas à celebração, como na hipótese das nulidades, cláusulas que imponham uma condição resolutive, direito de arrependimento.

¹ Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Especialista em Direito Constitucional. Pós-graduada em Direito Civil. Docente da Disciplina de Direito Civil III, FUCAP. Palestrante Semana Acadêmica 2019 – FUCAP “Direito Sistêmico”.

Outra possibilidade é a ocorrência de causa superveniente, referindo-se à resolução, à rescisão e à rescisão.

E, ao tratar da resolução por inadimplemento é plausível a extinção por inexecução involuntária do contrato.

Isto é, o cumprimento da obrigação assumida torna-se impossível sem a vontade do contratante. Fatos alheios impedem o cumprimento, como caso fortuito ou força maior.

E, assim sendo, não haverá, em regra, consequências negativas, como a condenação em perdas e danos.

E, neste ponto, em época da pandemia da Covid-19, que muitos contratos foram descumpridos, o entendimento pela inexecução involuntária do contrato é relevante e merece discussão.

Portanto, o objetivo desta explanação, não exauriente, é analisar alguns aspectos das contratações por ocasião da atualidade desafiadora que se enfrenta no corrente ano.

O presente Relatório de Pesquisa encerra-se com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre as contratações involuntariamente descumpridas.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação² foi utilizado o Método Indutivo,³ na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano,⁴ e, o Relatório dos Resultados expresso no presente Artigo é composto na base lógica indutiva. Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente,⁵ da Categoria,⁶ do Conceito Operacional⁷ e da Pesquisa,

² “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido[...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 10. ed. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2007. p. 101.

³ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. p. 104.

⁴ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22

⁵ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. p. 62.

⁶ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. p. 31.

⁷ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. p. 45.

predominantemente, Bibliográfica.⁸

2 O CONTRATO

Muitos são os contratos celebrados na atualidade, haja vista a diversidade de relações negociais.

Neste caminhar, contrato revela-se, em síntese, na convergência de interesses dos contratantes, gerando efeitos jurídicos.

Diniz leciona:

[...] poder-se-á dizer que contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial [...]⁹

Gonçalves acrescenta que “O contrato é a mais comum e a mais importante fonte de obrigação, devido às suas múltiplas formas e inúmeras repercussões no mundo jurídico.”¹⁰

Desta feita, percebe-se que uma contratação gera efeitos e obrigações, a serem observadas pelos contratantes, resultando consequências para o caso de desrespeito.

Intuito principal de um contrato é que o conteúdo acordado seja cumprido na sua íntegra, encerrando com o esgotamento das obrigações estabelecidas.

Ocorre que, por vezes, de forma prematura, impõe-se um termo, até mesmo involuntariamente, objeto de análise no decorrer deste artigo.

2.1 DA EXTINÇÃO DOS CONTRATOS

A respeito, cumpre consignar que a extinção de um contrato, com objetivo primordial, deve ocorrer com a execução do seu objeto, mormente com seu pagamento, ao que se fala em extinção por causa natural.

⁸Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 32. v. 3.

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 21. v. 3.

Gonçalves afirma: “Os contratos, como os negócios jurídicos em geral, têm também um ciclo vital: nascem do acordo de vontades, produzem os efeitos que lhes são próprios e extinguem-se.”¹¹

Todavia, causas *anormais* podem resultar no encerramento do contrato, ainda que o objeto não tenha sido ou não possa ser cumprido.

Com efeito, há causas anteriores ou contemporâneas à formação do contrato que levam a sua extinção.

Dentre as quais, por uma nulidade que viola os pressupostos de validade do negócio jurídico.

Diniz leciona:

[...] O contrato, para ter validade, precisará observar as normas jurídicas atinentes a seus requisitos subjetivos, objetivos e formais, sob pena de não produzir consequências jurídicas. [...] A *nulidade absoluta* (CC, arts. 166, I a VII, e 167) é a sanção cominada ao contratante que transgredir preceito de ordem pública, operando de pleno direito, de sorte que o contrato não poderá ser confirmado, nem convalescerá pelo decurso do tempo, da mesma forma que não produzirá efeitos desde a sua formação (CC, art. 169). [...]. A *nulidade relativa* (CC, art. 171) é uma sanção que apenas poderá ser pleiteada pela pessoa a quem a lei protege e que se dirige contra os contratos celebrados por relativamente incapazes ou por pessoas cujo consentimento se deu por erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores. Tais contratos, porém, subsistirão até o instante de sua anulação, produzindo efeitos durante algum tempo, admitindo, ainda, confirmação e purificando-se com o decurso do tempo (CC, arts. 172 a 174). [...] ¹² (grifo do autor)

Quanto à nulidade relativa, Diniz entende que não deve constar no rol de causas para dissolução contratual, enquanto Gonçalves reafirma que inserção nas causas de extinção, ressaltando, apenas, que não extinguirá o contrato enquanto não haja ação que a decrete.¹³

Tem-se, ainda, o implemento de condição resolutiva e exercício do direito de arrependimento como causas para extinção.

Concernente à condição resolutiva, pode ser expressa, quando convencionada entre as partes, produzindo efeitos extintivos imediatos; bem como tácita, que não

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 181. v. 3.

¹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 179. v. 3.

¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 183. v. 3.

haverá dissolução de pleno direito, exigindo pronunciamento judicial (arts. 474¹⁴ e 475¹⁵ do Código Civil).¹⁶

O direito de arrependimento, por sua vez, decorre de vontade das partes ou de previsão legal, consoante se percebe do art. 420¹⁷ do Código Civil e 49¹⁸ da Lei n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor.

Diniz pontua:

Havendo mútuo consenso, formar-se-á o contrato e as partes ficarão vinculadas juridicamente, não mais podendo eximir-se do ajuste *ad nutum*. Todavia, a força vinculante da convenção poderá romper-se excepcionalmente, como, por ex., se houver direito de arrependimento.¹⁹ (grifo do autor)

Cassettari acrescenta as causas posteriores à celebração do contrato que culminam na sua extinção: resolução e rescisão.

A resolução decorre do descumprimento com culpa ou sem culpa por um dos contratantes. Subdividindo-a em inadimplemento voluntário, inadimplemento involuntário, cláusula resolutiva tácita e resolução por onerosidade excessiva.²⁰

Nota-se, assim, que Cassettari situa a cláusula resolutiva tácita como forma de resolução, não como causa anterior à formação do contrato.

¹⁴ “Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 5 out. 2020).

¹⁵ “Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 5 out. 2020).

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. pp. 180-1. v. 3.

¹⁷ “Art. 420. Se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Neste caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 5 out. 2020).

¹⁸ “Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.” (BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 5 out. 2020).

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 181. v. 3.

²⁰ CASSETTARI, Christiano. **Elementos do Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, pp. 269-270.

Gonçalves elenca como causas supervenientes à formação do contrato a resolução por inadimplemento voluntário, involuntário ou por onerosidade excessiva, a rescisão, a morte e a rescisão.²¹

No que diz respeito à resolução contratual por inadimplemento voluntário é de se identificar a culpa de um dos contratantes, o dano causado ao outro e o nexo de causalidade entre o comportamento ilícito do agente e o prejuízo. Refletindo, em suma, na extinção do contrato, atingindo, eventualmente, direitos creditórios de terceiros, assim como sujeitando o inadimplente ao ressarcimento das perdas e danos.²²

Na sequência, Gonçalves afirma:

A resolução pode também decorrer de fato não imputável às partes, como sucede nas hipóteses de ação de terceiro ou de acontecimentos inevitáveis, alheios à vontade dos contraentes, denominados *caso fortuito* ou *força maior*, que impossibilitam o cumprimento da obrigação.²³ (grifos do autor)

E acrescenta: “Há de ser *objetiva*, isto é, não concernir à própria pessoa do devedor, pois deixa de ser involuntária se de alguma forma este concorre para que a prestação se torne impossível.”²⁴ (grifos do autor)

Citando Orlando Gomes, Gonçalves discorre que:

A impossibilidade deve ser, também, *total*, pois se a inexecução for parcial e de pequena proporção, o credor pode ter interesse em que, mesmo assim, o contrato seja cumprido. Há de ser, ainda, *definitiva*. Em geral a impossibilidade temporária acarreta apenas a suspensão do contrato.²⁵ (grifo do autor)

Como se percebe, a inexecução involuntária do contrato diz respeito ao descumprimento não querido pelo contratante, mas que se tornou inevitável, atingindo total e definitivamente seu objeto.

²¹GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. pp. 189-190. v. 3.

²²DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. pp. 182-183. v. 3.

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 196. v. 3

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. pp. 196-197. v. 3

²⁵GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.197. v. 3.

Com base na doutrina de Orlando Gomes, Gonçalves aponta que uma ressalva excepcional deve-se fazer acerca da mera dificuldade de cumprimento, mesmo econômica, pois o objeto da obrigação não é impossível de ser executado, salvo em se identificando onerosidade excessiva.²⁶

A resolução por inexecução involuntária gera desoneração do contraente, em regra, do pagamento de perdas e danos, reflexo jurídico de suma importância.

Farias e Rosenthal, neste aspecto, esclarecem que

[...] tratando-se de inexecução involuntária, autoriza-se a resolução sem culpa (ou a manutenção da obrigação originária), sem a possibilidade de se exigir ressarcimento por perdas e danos, regra esta que, apesar de excepcional, é válida para o inadimplemento das obrigações em geral (art. 392, CC).²⁷

Já Cassettari apresenta resumo importante acerca das consequências da inexecução em foco:

[...] O contrato se resolve quando há caso fortuito ou força maior, em regra, SEM perdas e danos (*caput* do art. 393 do CC), ou haverá responsabilidade: b.1) se houver previsão contratual (art. 393 do CC); b.2) se o devedor estiver em mora (art. 399 do CC); b.3) se houver previsão legal (art. 538 do CC).²⁸ (grifo do autor)

Desta feita, vislumbra-se, com propriedade, que, constatada a inexecução sem culpa do contratante, em regra, não responderá negativamente pelo encerramento do contrato.

Todavia, caso a mora esteja caracterizada ou haja previsão legal impondo responsabilização, ainda que a impossibilidade de cumprimento decorra de caso fortuito ou força maior, incidem os efeitos jurídicos do descumprimento citados nos arts. 399 e 583, acima transcritos.

Um contrato, também, pode ser extinto por onerosidade excessiva, quando uma das prestações torna-se desarrazoada, em consideração ao momento de celebração do pacto, por fato imprevisível e extraordinário.

Assim reza o art. 478 do Código Civil:

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 197. v. 3.

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 3. ed. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2013. pp. 613-614. v. 3.

²⁸ CASSETTARI, Christiano. **Elementos do Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 270.

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.²⁹

Não se desconhece a possibilidade de preservação do contrato, com a readequação, de modo a trazer equilíbrio, consoante arts. 479 e 480 do Código Civil³⁰ e art. 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor,³¹ o que não é objeto de estudo no presente artigo.

Ainda, o contrato pode ser encerrado por resilição, através de cuja denominação o contratante exerce vontade de pôr fim aquele.

Cassettari sintetiza:

- a) **bilateral**: aquela em que haverá vontade de todas as partes em realizá-la, sendo também chamada de **distrato**. [...].
- b) **unilateral**: aquela que ocorre pela vontade de uma das partes em casos previstos em lei [...].³² (grifo do autor)

A respeito da resilição o art. 472³³ do Código Civil trata do distrato e o art. 473³⁴ do Código Civil apresenta a resilição unilateral.

E, não se pode deixar de mencionar a rescisão de contrato, a qual é usualmente utilizada para a grande maioria dos encerramentos contratuais. Porém, tecnicamente, a rescisão ocorre com a configuração de lesão ou celebração em estado de perigo.

Farias e Rosenvald afirmam que

²⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 5 out. 2020.

³⁰ “Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato. Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 5 out. 2020).

³¹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;” (BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 5 out. 2020).

³² CASSETTARI, Christiano. **Elementos do Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 271.

³³ “Art. 472. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 14 out. 2020).

³⁴ “Art. 473. A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 14 out. 2020).

À luz do ordenamento jurídico vigente, definimos a rescisão como a *desconstituição do negócio jurídico por um vício objetivo anterior à celebração do negócio jurídico*.³⁵ (grifo do autor)

Gonçalves revela:

A *lesão* é defeito do negócio jurídico que se configura quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação assumida pelo outro contraente (CC, art. 157).³⁶ [...] (grifo do autor)

Quanto à celebração de contratos em estado de perigo, “[...] a premência possui conhecimento existencial,”³⁷ conforme art. 156³⁸ do Código Civil.

Desta feita, identificadas, sucintamente, as possibilidades de extinção de contratos, é de se adequar a espécie a cada caso concreto e suas consequências.

2.2 DA INEXECUÇÃO INVOLUNTÁRIA DE CONTRATOS EM RAZÃO DA PANDEMIA DA COVID - 19

É público e notório que o momento atual aponta para uma realidade diferenciada, advinda de circunstâncias, a princípio, inimagináveis.

A pandemia de Covid -19³⁹ causou e, ao que parece, trará consequências jurídicas nas mais diversas áreas.

Aliás, culminou, inclusive, no fechamento, ainda que temporário, de empreendimentos, por imposição governamental.

Com foco nos negócios jurídicos, pode-se refletir na inexecução de contratos sem que o contratante tenha agido para tanto.

Com efeito, por vezes, deixou de honrar com suas obrigações decorrentes de uma impossibilidade objetiva por fato extraordinário e imprevisível.

³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 3. ed. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 600. v. 3.

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. pp. 212-213. v. 3.

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 3. ed. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 599. v. 3.

³⁸ “Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 14 out. 2020).

³⁹ OPAS. **Organização Pan-Americana da Saúde**. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: 14 out. 2020.

Assim, tem-se a possibilidade de resolução involuntária do contrato, que, em regra, impedirá a responsabilização de contratante pela extinção.

Diniz, com propriedade, afirma:

A total inexecução contratual pode advir, algumas vezes, de fatos alheios à vontade dos contratantes, que impossibilitam o cumprimento da obrigação que incumbe a um deles, operando-se de pleno direito, então, a resolução do contrato, sem ressarcimento das perdas e danos, por ser esta uma sanção aplicada a quem agiu culposamente, e sem intervenção judicial, exonerando-se o devedor do liame obrigacional [...]⁴⁰

Isto é, não pode um contratante responder por perdas e danos se os fatos que impediram o cumprimento do contrato não poderiam ser evitados por aquele.

A compreensão desta espécie de extinção contratual representa salvaguarda para diversos contratantes, nos mais variados contratos.

Evidentemente, o caso concreto apontará a melhor forma de equalizar uma contratação descumprida.

Ressalva merece, porém, que, quando o contratante, antes mesmo da impossibilidade decorrente de caso fortuito ou força maior, já estava faltoso com suas obrigações, arcará com o descumprimento.

A este devedor o Código Civil impõe a responsabilização, porquanto não pode ser beneficiada por fato posterior.

Neste sentido, cumpre destacar:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.

Art. 583. Se, correndo risco o objeto do comodato juntamente com outros do comodatário, antepuser este a salvação dos seus abandonando o do comodante, responderá pelo dano ocorrido, ainda que se possa atribuir a caso fortuito, ou força maior.⁴¹ (grifo nosso)

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 183. v. 3.

⁴¹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm. Acesso em: 5 out. 2020.

Entende-se que muitas discussões acontecerão, uma vez que a realidade continua em mutação.

E, de modo a ilustrar, cita-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO. IMPUGNAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. TÉCNICOS. CONTRATAÇÃO NÃO REALIZADA. EXTINÇÃO E DILAÇÃO. - INDEFERIMENTO NA ORIGEM. PRAZO DE CUMPRIMENTO. PANDEMIA. EXCEPCIONALIDADE. EXTINÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DILAÇÃO. ACOLHIMENTO. - A necessária burocracia que orienta o Poder Público não pode ancorar descumprimento de decisão judicial, restando inviável a pretendida extinção. - Todavia, **considerando os nefastos e incalculáveis prejuízos decorrentes da pandemia Covid 19, nada obstante a executividade do decidido em obrigação de fazer, orientam os postulados de razoabilidade e de proporcionalidade, e decisões desta Corte, que seja conferido prazo mais elástico para o adimplemento da obrigação, sob pena de agravamento da crise administrativa instalada.** DECISÃO MANTIDA. RECURSO PROVIDO.⁴² (grifo nosso)

Com a mora caracterizada anteriormente à pandemia, decidiu o egrégio Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESPEJO. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. INTERLOCUTÓRIO OBJURGADO QUE relega O CONHECIMENTO DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA PARA FASE POSTERIOR AO OFERECIMENTO DE RESPOSTA. EVIDENTE PREJUÍZO. ATO DECISÓRIO QUE NÃO SE CONFUNDE COM SIMPLES DESPACHO. ATO JUDICIAL CAPAZ DE CAUSAR EVIDENTE GRAVAME A DEMANDANTE EM RAZÃO DA IMPIEDOSA INCIDÊNCIA DO TEMPO NO PROCESSO. AUSÊNCIA DAS GARANTIAS ESTABELECIDAS NO ART. 37 DA LEI FEDERAL N. 8.245/91. **PANDEMIA MUNDIAL - COVID 19 QUE NÃO INFLUENCIOU NO ATRASO DOS ALUGUÉIS. MORA ANTECEDENTE. PRESENÇA DOS REQUISITOS E ESPECÍFICOS AUTORIZADORES DO DEFERIMENTO DA TUTELA EMERGENCIAL.** "O ato judicial que posterga a análise do pedido de antecipação dos efeitos da tutela para momento posterior ao oferecimento de resposta não se trata de um mero despacho, mas sim de uma decisão interlocutória, porquanto capaz de causar evidente gravame ao postulante em razão da impiedosa incidência do tempo no processo, sendo referido decisum, portanto, passível de impugnação por meio de agravo de instrumento [...] demonstrando o agravante à impossibilidade de, no caso concreto, aguardar a manifestação do juízo de origem acerca do pleito emergencial formulado deve o tribunal ad quem apreciar o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, sem que isso importe em supressão de instância" (AI n. 2007.012459-0, Des. Joel Dias Figueira Júnior). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.⁴³ (grifo nosso)

⁴² SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 401893091.2019.8.24.0000**. Relator: Desembargador Henry Petry Junior. Florianópolis, 16 de junho de 2020. Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 15 out. 2020.

⁴³ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 5020586-32.2020.8.24.0000**. Relator: Desembargador José Agenor Aragão. Florianópolis, 24 de setembro de 2020. Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 15 out. 2020.

Como se vê, a reflexão é pertinente e motivadora de debates.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, imperioso o reconhecimento da importância do tema em debate.

O mundo moderno é permeado por diversas contratações, das quais se extrai a convergência de interesses e a expectativa dos contratantes no cumprimento do acordo.

Mas, nem sempre, os contratos alcançam o termo final com o cumprimento da obrigação, que se revestiria na extinção por causa natural.

Há causas que podem culminar na extinção de forma prematura.

É o que se percebe com a existência de nulidade, que macula a própria celebração do contrato.

Da mesma forma, o exercício do direito de arrependimento poderá encerrar a contratação.

Por sua vez, a hipótese de resolução do contrato é viável pelo descumprimento voluntário, involuntário e por onerosidade excessiva.

Ainda, tem-se a resilição e a rescisão como causas que põem fim aos contratos.

Porém, é a possibilidade de extinção por inexecução involuntária do contrato que, no presente artigo, merece atenção.

A inexecução involuntária do contrato diz respeito ao descumprimento que se tornou inevitável, atingindo total e definitivamente seu objeto.

Não se trata de mera dificuldade econômica, mas de impossibilidade inarredável.

E, com a pandemia da Covid-19, é cabível a percepção de que muitos contratos foram desonrados, todavia, sem a intenção dos contratantes.

Isto porque, com a decretação daquela, a muitos estabelecimentos, por exemplo, foi imposto o fechamento, de modo a coibir a disseminação do coronavírus.

Conseqüentemente, muitas obrigações não puderem ser cumpridas, por fato alheio a vontade do contratante.

Assim, não se pode descartar a aplicação dos ditames do descumprimento involuntário, sem reflexos negativos ao “descumpridor”.

Ressalva-se, todavia, a hipótese da mora anterior do contratante, quando, então, mesmo com caso fortuito ou força maior haverá responsabilização.

A jurisprudência vem, aos poucos, dedicando estudos para a interpretação caso a caso das contratações descumpridas, suas responsabilidades e a pandemia descrita.

Desta feita, oportuna a apresentação do presente tema, que merece constante reavaliação, haja vista a mudança da realidade e dos parâmetros jurídicos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n. 8.078**, de 11 de setembro de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 5 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 5 out. 2020.

CASSETTARI, Christiano. **Elementos do Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 3.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: contratos**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 4.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 3.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OPAS. Organização Pan-Americana da Saúde. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em: 14 out. 2020.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 10. ed. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2007.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 401893091.2019.8.24.0000**. Relator: Desembargador Henry Petry Junior. Florianópolis, 16 de junho de 2020. Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 15 out. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 5020586-32.2020.8.24.0000**. Relator: Desembargador José Agenor Aragão. Florianópolis, 24 de setembro de 2020. Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 15 out. 2020.

**APLICAÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR PREVISTA NO ARTIGO 117,
INCISO III, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL:
UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE**

***APPLICATION OF HOME PRISON PURSUANT TO ARTICLE 117,
ITEM III, OF THE CRIMINAL EXECUTION LAW:
AN ANALYSIS OF CATARINIAN JURISPRUDENCE***

Gilse Pickler Bratti¹

Resumo: A Lei de Execução Penal, em seu artigo 117, inciso III, traz a possibilidade de concessão de prisão domiciliar às genitoras presas com filhos menores ou com deficiência física ou mental. Com base nisso, o presente trabalho tem por objetivo conceituar o termo “pena” e fazer uma breve análise acerca dos principais aspectos da execução penal, discorrer algumas especificidades do cárcere feminino e por fim, analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no período compreendido entre 1º de janeiro de 2019 e 31 de agosto de 2020, relacionada aos pedidos de prisão domiciliar em razão da existência de filhos nas citadas condições. Por fim, concluiu-se que, apesar de legislação não trazer nenhum outro requisito específico para a concessão da prisão domiciliar, além do cumprimento da pena no regime aberto (situação que está sendo flexibilizadas pelos Tribunais Superiores) e a existência de filhos menores ou deficientes, o Tribunal de Justiça Catarinense tem exigido a comprovação da inequívoca necessidade da presença da genitora junto à criança, de modo que, se ali não permanecesse a genitora, estaria o infante desamparado ou em alguma situação de risco ou vulnerabilidade.

Palavras-chave: Prisão domiciliar. Genitora. Pena.

Abstract: *The Penal Execution Law, in its article 117, item III, provides for the possibility of granting home detention to imprisoned mothers with minor children or with physical or mental disabilities. Based on this, the present work aims to conceptualize the term “penalty” and to make a brief analysis about the main aspects of criminal execution, to discuss some specificities of female prison and, finally, to analyze the jurisprudence of Santa Catarina’s Court of Law in period from January 1, 2019 and August 31, 2020, related to requests for house arrest due to the existence of children under the aforementioned conditions. Finally, it was concluded that, although legislation does not bring any other specific requirements for the granting of house arrest, in addition to compliance with the open regime (a situation that is being made more flexible by the Superior Courts) and the existence of minor or disabled children, the Catarinense Court of Justice has demanded proof of the need for the presence of*

¹ Especialista em Direito Processual Penal. Assistente de Promotoria no Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Professora assistente das disciplinas de Direito Penal I e Direito Processual Penal II na FUCAP Univinte. E-mail: gilse_bratti@hotmail.com.br.

the mother with the child, so that if the mother does not remain there, the infant will be helpless or in some situation of risk or vulnerability.

Key-words: Home arrest. Parent. Penalty.

1 INTRODUÇÃO

Em tempos em que o sistema penitenciário brasileiro não oferece condições mínimas para a concretização das prescrições da Lei de Execução Penal, o instituto da prisão domiciliar tem adquirido considerável importância em face, principalmente, da carência de vagas nos estabelecimentos prisionais.

Diante disso, o presente trabalho tem como objetivo verificar os requisitos exigidos para a concessão da prisão domiciliar às genitoras presas com filhos menores ou com deficiência física ou mental, prevista no artigo 117, inciso II, da LEP.

No primeiro tópico, conceitua-se o termo “pena” e aborda-se alguns aspectos sobre a execução da pena, em especial sobre os tipos de penas, de regimes de penas e da progressão de regime.

No segundo tópico, faz-se uma análise acerca do cárcere feminino, aborda-se o crescente número de mulheres presas nos últimos dez anos, bem como a dupla penalidade que recai sobre as mulheres condenadas.

Por fim, elucida-se o tema prisão domiciliar trazido ao ordenamento jurídico, destacando-se a hipótese prevista no inciso III do artigo 117 da LEP, que trata, especificamente das genitoras. Ainda, apresenta-se o resultado extraído da análise da jurisprudência catarinense acerca do tema.

Para o presente trabalho foi utilizado o método de abordagem dedutivo, com pesquisa a fontes indiretas, bibliográficas, jurisprudencial e institucional.

2 APONTAMENTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE A EXECUÇÃO DA PENA

O termo “pena” sofreu diversas mudanças com o passar dos anos e com a evolução das formas de tratamento da pessoa como um ser digno de respeito, dotado de importância e garantidor de direitos.

Sobre as penas nos moldes atuais, Guilherme de Souza Nucci afirma que: [...] é a sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado, e a prevenção a novos crimes.²

A origem da pena está intimamente ligada à história do direito penal, que nasceu para regular o convívio dos homens em comunidade a fim de estabelecer regras que pautassem a vida de forma comunitária.

Ney Moura Teles enfatiza que: “A pena surge como necessária reação de defesa dos interesses dos indivíduos, e, mais tarde, também do grupo, do clã, da tribo, que precisam ser protegidos dos ataques.”³

Nesse contexto, surgem os mais variados tipos de pena. No início, as penas tinham caráter de vingança e com requintes de crueldade aos olhos de toda a comunidade, inclusive com sofrimento prolongado.

Com a evolução da sociedade, a pena evoluiu gradativamente e aos poucos surgiu a ideia de que o tratamento cruel não causava mais o efeito esperado e com a participação da Igreja, aliada às correntes filosóficas, sociológicas e jurídicas que enalteciam, de certa forma, os princípios humanizadores para a punição do delinquente, a pena privativa de liberdade se tornou a forma principal de punição, substituindo, então, as penas bárbaras e cruéis.

Na atualidade, o Código Penal adota três tipos de penas: privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa. Entretanto, a pena privativa de liberdade é a única punição que restringe o direito fundamental da liberdade, sendo o autor do crime isolado do convívio social.

No Brasil vigora o princípio progressivo de cumprimento das penas privativas de liberdade que resume-se em transferir o condenado de um regime mais gravoso para outros mais brandos a partir do implemento de lapsos temporais (requisito objetivo) e conduta carcerária do apenado (requisito subjetivo), consoante dispõe o §2º do artigo 33 do Código Penal:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. [...]

² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 391.

³ TELES, Ney Moura. **Direito Penal**: parte geral, arts. 1º a 120. v. 1. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 315.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso.⁴

Por sua vez, a Lei de Execução Penal, em seu artigo 112, também dispõe sobre o sistema progressivo:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: [...]⁵

Cumprir registrar, ainda, que o regime fechado de cumprimento de pena é realizado em estabelecimento de segurança máxima ou média, tratando-se de penitenciárias, cujo regramento e disciplina revela-se mais rígido, acomodando-se presos condenados a penas superiores a oito anos, inicialmente. O trabalho é permitido internamente, sendo o serviço externo permitido apenas em obras e serviços públicos e desde que cumpridos os requisitos objetivos e subjetivos trazidos pela Lei de Execução Penal.

Por regime semiaberto entende-se aquele em que a execução da pena se dá em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, destinados aos condenados não reincidentes, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda e oito anos. Durante o período diurno o preso fica sujeito ao trabalho em comum, sendo também admissível o trabalho externo, inclusive na iniciativa privada.

Já o regime aberto é utilizado por presos não reincidentes, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, sendo executada em casas de albergado ou estabelecimento adequado. Tal regime baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade, devendo o condenado trabalhar, frequentar cursos ou exercer outra atividade autorizada fora do estabelecimento e sem vigilância durante o período diurno. Todavia, deverá permanecer recolhido no estabelecimento no período noturno e dias de folga.

Por força do seu abrandamento no que tange à disciplina e fiscalização, é justamente no regime aberto que é autorizada a modalidade de prisão domiciliar,

⁴ BRASIL, Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 30 de ago. de 2020.

⁵ BRASIL, Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 30 de ago. de 2020.

prevendo a legislação a excepcionalíssima possibilidade de cumprir o restante da pena do condenado na sua própria residência, desde que presentes certas peculiaridades.

3 ESPECIFICIDADES SOBRE O CÁRCERE FEMININO

Os primeiros atos de ilicitudes praticados por mulheres ocorreram a partir do século XI, quando as mulheres eram associadas à bruxaria e à prostituição.

Entretanto, a primeira Penitenciária Feminina do Brasil foi criada apenas em 1937, no Estado do Rio Grande do Sul, não pelo Estado, mas sim por freiras da Igreja Católica. Até então, as mulheres cumpriam penas em estabelecimentos mistos, onde frequentemente eram estupradas pelos detentos.

O cárcere feminino tem crescido muito nos últimos anos. Em 2010 a taxa de ocupação feminina nos estabelecimento prisionais era em torno de 28.000. Em 2019 este número subiu para mais de 37.000 femininas presas.⁶

Rogério Greco⁷ salienta:

Infelizmente, tem crescido no mundo o número de mulheres presas. Isso se deve, sobretudo, ao tráfico de drogas, que arregimenta todas as pessoas para fazerem parte de sua nefasta “empresa.” O chamado “amor bandido,” também é um dos fatores de crescimento do número de mulheres no cárcere, que se apaixonam por criminosos normalmente ligados ao tráfico de drogas. Essa união explosiva acaba fazendo com que as mulheres também enveredem na prática de ilícitos penais, tendo como consequência a sua privação de liberdade juntamente com seu companheiro.

Analisando-se o contexto histórico das mulheres no cárcere brasileiro, percebe-se a presença de uma dupla penalidade. Isso porque, além de ser punida com a privação da liberdade a mulher também recebe como pena a perda do vínculo familiar, seja do esposo/companheiro, seja do distanciamento com sua prole, que se dá em uma maior proporção do que a figura masculina quando também em condições de privação de liberdade.

⁶ BRASIL, DEPEN. Departamento Nacionais e Informações Penitenciárias. **Aprisionamento feminino**. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjojN2ZlZWVmNzktNjRlZi00MjNiLWVhYmYtNjExNmMyNmYxMjRkIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 3 de set. de 2020.

⁷ GRECO, Rogério. **Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 209.

Nesse sentido, afirma Marcia de Lima:

Sendo assim, a mulher em situação de aprisionamento leva para a prisão os estereótipos sócio-culturais já introjetados na sua existência, além de ganhar outros, ao infringir o papel que lhe é determinado ao longo da sociedade, como companheira e mãe, devendo estar ao lado da família, no espaço privado, doméstico, e não no espaço prisional.⁸

Além disso, o sistema prisional brasileiro não atende as especificidades do gênero feminino no tocante à maternidade, atendimentos médicos ginecológicos, principalmente, além dos problemas nas edificações das prisões que acabam afetando as condições de saúde da mulher.

4 ASPECTOS DA PRISÃO DOMICILIAR NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ÀS MULHERES COM FILHOS

4.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS ACERCA DA PRISÃO DOMICILIAR NO BRASIL

A prisão domiciliar foi trazida ao ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei n. 5.256/67 que determinava o recolhimento do preso provisório em sua própria residência nas localidades onde não houvessem estabelecimento adequado àqueles que tinham direito à prisão especial.⁹

Denota-se, portanto, que quando ainda não prevista na atual lei de execução penal, a finalidade da prisão domiciliar era completamente diversa dos fins que a norteiam atualmente.

Hoje, o instituto da prisão domiciliar como modalidade de cumprimento de pena está previsto na Lei n. 7.210/84, denominada Lei de Execução Penal, onde o legislador optou por mantê-la, porém, com aspectos diversos, que o fez no artigo 117 da referida lei:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

⁸ LIMA, Marcia de. **Da visita íntima à intimidade da visita: a mulher no sistema prisional**. Dissertação de mestrado em saúde materno infantil. Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, 2006. p. 12.

⁹ BRASIL. **Lei n. 5.256 de 6 de abril de 1967**. Dispõe sobre a prisão especial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5256.htm. Acesso em: 3 set. de 2020.

- I - condenado maior de 70 (setenta) anos;
- II - condenado acometido de doença grave;
- III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
- IV - condenada gestante.¹⁰

Sobre esta alteração legislativa, Bittencourt explica:

A prisão domiciliar, indiscriminadamente concedida durante a vigência da lei anterior, com graves prejuízos à defesa social, recebeu restrições na Reforma Penal de 1984. Mas, apesar da crise pelo seu mau uso antes da Reforma Penal, o legislador brasileiro não a suprimiu. Ao contrário, adotou-a. porém, restringiu e estabeleceu com precisão as suas hipóteses.¹¹

Importante registrar que a prisão domiciliar não se confunde com a prisão-albergue que é a modalidade de prisão cumprida no regime aberto. A prisão domiciliar é a modalidade de segregação em residência própria, longe de qualquer casa/estabelecimento prisional, concedida àqueles presos os quais não se recomendam a sua permanência em estabelecimento coletivo. Contudo, permanece a mesma restrição de liberdade que é intrínseca às penas privativas de liberdade, entretanto, com melhores condições de vivência e permanência, ao que se presume, ao menos.

Nota-se que o *caput* do artigo 117 da LEP limita a aplicação desta modalidade de pena apenas aos presos recolhidos no regime aberto, entretanto, a jurisprudência tem admitido a concessão da prisão domiciliar aos condenados que se encontrem em regime semiaberto e fechado, em situações excepcionalíssimas.

4.2 ANÁLISE DOS REQUISITOS EXIGIDOS PELA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA PARA A CONCESSÃO DA PRISÃO DOMICILIAR ÀS GENITORAS

O inciso III do artigo 117 da LEP diz respeito à condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental. Observa-se que referido inciso não traz qualquer outro requisito para a concessão da benesse à genitora, assim, a simples comprovação da existência de filho nas citadas circunstâncias autorizaria a concessão da benesse.

¹⁰ BRASIL. **Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 30 ago. de 2020.

¹¹ BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 524.

Entretanto, observadas as peculiaridades do caso concreto, e diante da hipótese genérica prevista em lei, é preciso muito cuidado na concessão da referida prisão domiciliar, pois muitas vezes é utilizada como forma de prosseguir na atividade criminosa.

Diante disso, a jurisprudência tem caminhado no sentido de ser necessária a comprovação real da necessidade da presença da genitora junto à criança, de modo que, se ali não permanecer a genitora, estará o infante desamparado ou em alguma situação de risco ou vulnerabilidade.

Chega-se a esta conclusão em razão de pesquisa realizada no site do TJSC de agravos em execução julgados no período compreendido entre 1º de janeiro de 2019 e 31 de agosto de 2020. Para a referida pesquisa, utilizou-se as palavras-chave “agravo”, “domiciliar”, “genitora” e “117”. No total, colheu-se 16 acórdãos de processos de execução penal com origem de 9 comarcas diferentes.

Dos 16 julgados encontrados, 15 foram oriundos de agravo em execução interposto pela defesa da apenada requerendo a reforma da decisão que indeferiu o pedido de prisão domiciliar, sendo todos eles desprovidos em razão da ausência de comprovação de imprescindibilidade da genitora aos cuidados dos filhos.

Neste sentido:

EXECUÇÃO PENAL. RECURSO DE AGRAVO (LEP, ART. 197). INSURGÊNCIA DA DEFESA. DECISÃO QUE MANTEVE O INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR. PRECLUSÃO TEMPORAL VERIFICADA. TESE NÃO ARGUIDA NO MOMENTO PROCESSUAL OPORTUNO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. APENADA MÃE DE CRIANÇA MENOR DE 12 ANOS DE IDADE. MEDIDA INCABÍVEL. ARTS. 318 E 318-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E HC COLETIVO 143.641/SP NÃO APLICÁVEIS AO CASO EM TELA. CRIME COMETIDO COM EMPREGO DE VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA CONTRA PESSOA. **CUMPRIMENTO DE PENA DEFINITIVA. INCIDÊNCIA DO ART. 117 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. NÃO VERIFICADO. REGIME SEMIABERTO. EXCEPCIONALIDADE NÃO CONSTATADA. IMPRESCINDIBILIDADE DA PRESENÇA DA GENITORA PARA OS CUIDADOS DOS INFANTES NÃO COMPROVADA.** RECURSO NÃO CONHECIDO.¹²

Ainda:

¹² BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de Execução Penal n. 0000571-73.2020.8.24.0018**. Chapecó. Rel. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal. Julgado em: 09-07-2020. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=agravo.%20domiciliar.%20genitora.%20117&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAIAAHeskAAR&categoria=acordao_5. Acesso em: 3 set. de 2020.

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA DA DEFESA CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR, COM OU SEM MONITORAMENTO ELETRÔNICO, FORMULADO PELA REEDUCANDA. APENADA CONDENADA, EM DECISÃO JÁ TRANSITADA EM JULGADO, À PENA DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIALMENTE FECHADO, PELA PRÁTICA DE TRÁFICO DE DROGAS. **APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO, NOS TERMOS DO ARTIGO 117, INCISO III, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA DA IMPRESCINDIBILIDADE DA PRESENÇA DA GENITORA PARA OS CUIDADOS DA FILHA MENOR. INFANTE QUE VEM RECEBENDO OS DEVIDOS CUIDADOS DE SEUS AVÓS MATERNOS, ESTANDO INSERIDA EM AMBIENTE FAMILIAR SADIO E PROPÍCIO AO SEU ADEQUADO DESENVOLVIMENTO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL E DA NECESSIDADE DA PRESENÇA DA MÃE PARA O CUIDADO DA CRIANÇA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A existência de comprovação documental de que a agravante é mãe de uma filha menor não serve, isoladamente, como fator para determinar o recolhimento domiciliar da reeducanda, devendo ser analisado o caso em concreto.**¹³

Apenas em um caso o recurso de agravo em execução foi interposto pelo Ministério Público em razão do deferimento da prisão domiciliar em primeira instância. Referido recurso foi provido, mantendo-se a prisão domiciliar concedida à apenada, tendo em vista a comprovação da necessidade da presença da genitora aos cuidados de um dos filhos:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE DEFERIU A PRISÃO DOMICILIAR À REEDUCANDA PARA CUIDADO DE TRÊS FILHOS MENORES DE 12 ANOS. INSURGÊNCIA MINISTERIAL. **ALEGADA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA VULNERABILIDADE E DE IMPOSSIBILIDADE DE CUIDADOS POR OUTRO FAMILIAR. TESES NÃO ACOLHIDAS. AGRAVADA MÃE DE TRÊS FILHOS, TODOS MENORES DE 12 ANOS, E UM DELES PORTADOR DE EPILEPSIA, PARALISIA CEREBRAL, HEMIPLEGIA E DEFICIÊNCIA INTELECTUAL. CRIANÇA QUE NECESSITA DE CUIDADOS ESPECIAIS. AUXÍLIO INSUFICIENTE DO GENITOR DOS TRÊS MENORES. NECESSIDADE DE UM DOS PAIS EM ACOMPANHAMENTO SEMANAL A PROFISSIONAIS DE SAÚDE. COMPROVAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE DA PRESENÇA DA GENITORA NO CONVÍVIO DAS CRIANÇAS. EXCEPCIONALIDADE DO CASO ATESTADA. PREVALÊNCIA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA [...]**¹⁴

Observa-se, além disso, que em todos os casos analisados pelo Tribunal de Justiça Catarinense foi determinada a realização de estudo social na residência da

¹³ BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de Execução Penal n. 0000237-62.2019.8.24.0054**. Rio do Sul. Rel. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal. Julgado em: 03-10-2019. Acesso em: 3 set. de 2020.

¹⁴ BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de Execução Penal n. 0001684-36.2019.8.24.0038**. Joinville. Rel. Antônio Zoldan da Veiga, Quinta Câmara Criminal. Julgado em: 18-06-2019. Processo em segredo de justiça. Acesso em: 3 set. de 2020.

genitora presa a fim de constatar a indispensabilidade dela aos cuidados do seu filho, tendo, em 15 deles, referido estudo constatado que a criança estava sob os cuidados de algum parente da genitora, não sendo a presença da apenas imprescindível para os cuidados de seu filho. Em apenas um caso o estudo social foi no sentido de ser necessária a presença da genitora aos cuidados de seu filho com múltiplas deficiências.

Registra-se que referido posicionamento também é adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME FECHADO. **PRISÃO DOMICILIAR HUMANITÁRIA. ART 117, INCISO III, DA LEP. CUIDADOS PARA COM AS FILHAS MENORES. INDEFERIMENTO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPRESCINDIBILIDADE NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DECISÃO MANTIDA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. A jurisprudência vigente no Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, embora o ordenamento jurídico preveja a possibilidade de concessão de prisão domiciliar para as sentenciadas com filhos menores de 12 (doze) anos de idade, nos termos do art. 117, inciso III, da LEP, o deferimento do benefício requer a necessária comprovação da imprescindibilidade da medida. 2. Na hipótese, o Tribunal de origem fundamentou o indeferimento da concessão de prisão domiciliar à agravante, que cumpre pena em regime fechado pelo crime de tráfico de drogas, ao consignar que não ficou comprovada a imprescindibilidade da sentenciada aos cuidados para com as duas filhas menores, registrando que "nada existe nos autos sobre as condições das meninas", a fim de demonstrar a excepcionalidade concreta do caso que pudesse justificar a concessão da benesse na fase da execução da pena, com fundamento no art. 117, inciso III, da Lei de Execução Penal. 3. Para modificar o entendimento das instâncias ordinárias de que não se demonstrou a peculiaridade da situação concreta para a concessão do benefício, seria necessário o reexame do acervo fático-probatório, inviável na via eleita. 4. Mantém-se a decisão singular que não conheceu do habeas corpus, por se afigurar manifestamente incabível, e não concedeu a ordem de ofício, em razão da ausência de constrangimento ilegal a ser sanado. 5. Agravo regimental desprovido.¹⁵**

Assim, percebe-se que a autorização da prisão domiciliar na hipótese de condenadas definitivas com filhos menores ou com deficiência física ou mental não se dá com a simples existência de filho, pois os tribunais superiores têm exigido a demonstração inequívoca da necessidade da presença da genitora junto à criança, o que sob o ponto de vista afetivo, seria um tanto quanto óbvio.

¹⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC 516.440/SP**. Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, Julgado em: 15-10-2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=101712340&num_registro=201901762918&data=20191023&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 3 set. de 2020.

Entendem os Tribunais Superiores ser necessária a presença do referido requisito no caso concreto a fim de evitar a continuidade delitiva por essas mulheres encarceradas e que muitas vezes continuariam no crime durante a prisão domiciliar.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista a existência de uma população carcerária crescente e que a cada dia se distancia mais da reabilitação para o retorno à sociedade, aliado, ainda, a uma população revoltada pela tamanha criminalidade que se insiste em ser presente, o Brasil iniciou um intenso debate em busca de alternativas à resolução destes problemas, identificando, de forma emergencial, alternativas urgentes e pontuais para evitar violações nos direitos já assegurados.

Uma destas alternativas se refere ao instituto da prisão domiciliar disposta no artigo 117 da Lei de Execução Penal.

A prisão domiciliar é modalidade de pena alternativa, excepcional, adotada em situações de peculiaridades previstas em lei, cuja finalidade precípua é não frustrar os fins da execução e assim, proporcionar um efetivo e digno cumprimento da pena.

Registra-se que o artigo 117, *caput* e inciso III, traz apenas a necessidade de a condenada estar cumprindo pena em regime aberto (requisito objetivo) aliado ao fato de ser mãe de filho menor ou com deficiência física ou mental (requisito subjetivo).

Assim, para a legislação, a simples comprovação da filiação autorizaria a concessão da prisão domiciliar. Entretanto, como visto, não é este o posicionamento dos Tribunais Superiores, em especial o Tribunal de Justiça Catarinense, tendo em vista que filiam-se ao entendimento de que a prisão domiciliar poderá ser concedida às genitoras condenadas definitivamente somente em situações excepcionais, ou seja, desde que comprovada a necessidade de cuidados indispensáveis ao seu filho menor ou com deficiência, cuja comprovação se dá por meio de estudo social realizado na residência da genitora.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 30 ago. de 2020.

BRASIL, DEPEN. Departamento Nacionais e Informações Penitenciárias. **Aprisionamento feminino**. Disponível em <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiN2ZlZWVmNzktNjRlZi00MjNiLWFhYmYtNjExNmMyNmYxMjRkIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em 3: set. de 2020.

BRASIL. **Lei n. 5.256 de 6 de abril de 1967**. Dispõe sobre a prisão especial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5256.htm. Acesso em: 3 set. de 2020.

BRASIL. **Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984**. Lei de execução penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 30 ago. de 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC 516.440/SP**. Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, Julgado em: 15-10-2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=101712340&num_registro=201901762918&data=20191023&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 3 set. de 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de Execução Penal n. 000571-73.2020.8.24.0018**. Chapecó. Rel. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal. Julgado em: 09-07-2020. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=agravo.%20domiciliar.%20genitora.%20117&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAIAAHeskAAR&categoria=acordao_5. Acesso em: 3 set. de 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de Execução Penal n. 000237-62.2019.8.24.0054**. Rio do Sul Rel. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal. Julgado em: 03-10-2019. Acesso em: 3 set. de 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de Execução Penal n. 0001684-36.2019.8.24.0038**. Joinville. Rel. Antônio Zoldan da Veiga, Quinta Câmara Criminal. Julgado em: 18-06-2019. Processo em segredo de justiça. Acesso em: 3 set. de 2020.

GRECO, Rogério. **Direito humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Marcia de. **Da visita íntima à intimidade da visita: a mulher no sistema prisional**. Dissertação de mestrado em saúde materno infantil. Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal**: parte geral, arts. 1º a 120. 2. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2006.

A OBRIGAÇÃO DAS PARTES NA CONTRIBUIÇÃO PARA A SOLUÇÃO DOS LITÍGIOS: O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL

THE PARTIES' OBLIGATION TO CONTRIBUTE TO THE SETTLEMENT OF DISPUTES: THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH

Giovana da Silva Rosa¹

Resumo: O presente estudo busca difundir na comunidade acadêmica a obrigatoriedade das partes em contribuir para a solução das demandas. A dinâmica do novo Código de Processo Civil trouxe novos nuances que modernizaram de forma dinâmica a participação das partes no processo civil, apesar de não restar estabelecido expressamente as regras de comportamento. Para tanto foi utilizado o método hipotético-dedutivo, com base em pesquisas bibliográficas, obras dos principais doutrinadores do Direito Processual Civil, sendo também explorado as decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Direito processual civil. Princípios jurídicos. Boa-fé.

Abstract: *This study seeks to disseminate in the academic community the obligation of the parties to contribute to the solution of the demands. The dynamics of the new Civil Procedure Code brought new nuances that dynamically modernized the participation of the parties in the civil process, although the rules of behavior have not yet been expressly established. For this purpose, the hypothetical-deductive method was used, based on bibliographic research, works by the main indoctrinators of Civil Procedural Law, and the judicial decisions of the Brazilian Superior Court of Justice were also explored.*

Key-words: *Civil procedural law. Legal principles. Good faith.*

1 INTRODUÇÃO

O Processo Civil Brasileiro sofreu grandes alterações a partir da entrada em vigor do 'Novo' Código de Processo Civil em 2015. Os operadores do Direito necessitaram colocar um 'novo' olhar sobre as demandas judiciais, advogados, juízes e até as partes mergulharam em um universo jurídico onde se busca de todas as formas, a resolução do conflito e não a sua perpetuidade sobre a proteção do Estado.

Encontramos no novo ordenamento processual civil brasileiro, como princípio fundamental, que os comportamentos de todos os sujeitos processuais deveriam estar pautados na boa-fé objetiva.

¹ Acadêmica do Curso de Direito da FUCAP Univinte. E-mail: giovanadasilvarosaa@gmail.com.

A boa-fé objetiva determina um dever de conduta, pois tem relação com o comportamento que se espera nas relações jurídicas, logo, não se dedica apenas à análise do estado mental subjetivo, ou seja, se houve ou não realmente má intenção das partes. Para Santana “[...] basta uma análise perfunctória para se constatar que o dispositivo projetado impõe uma boa-fé comportamental; trata-se de necessária probidade e lealdade que deve nortear as condutas perpetradas durante o processo.”²

O Código de Processo Civil de 1973 já continha a regulamentação da litigância de má-fé, que envolvia o dever de lealdade e de boa-fé, lealdade aqui no sentido de sinceridade, fidelidade, honestidade. A lealdade que se exigia é a consciência de não agir de modo manifestamente contrário ao direito, de que há alguma possibilidade no pleito e de que a hipótese aventada não é absurda ou grosseira. Está de boa-fé no processo aquele que se comporta de forma aceitável, segundo padrões de conduta socialmente adequados.³

Neste trabalho acadêmico, busca-se contribuir para os estudos de Direito Processual Civil, demonstrando a evolução do Princípio da Boa-Fé, consagrado pelo Código de Processo Civil de 2015 e recepcionado pelos tribunais superiores.

2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

A doutrina do universo jurídico e da jurisprudência brasileira vêm constantemente abordando e cada vez com mais frequência fazendo referência aos Princípios Processuais e as suas funções para a resolução das demandas levadas ao Poder Judiciário.

Porém, antes mesmo de descrever os principais Princípios Jurídicos⁴ aplicados ao Processo Civil brasileiro, é de suma importância compreender o conceito, bem como, a sua finalidade no ordenamento jurídico.

² SANTANA, Alexandre Ávalo. Os preceitos constitucionais e as normas fundamentais do novo CPC. *In: Novo CPC: análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro*. Campo Grande: Contemplar, 2015. v. 1. p. 57.

³ MIDIEIRO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

⁴ Não podemos deixar de citar neste artigo o conceito de Princípio exposto pelo Doutrinador Celso Antônio Bandeira de Melo: “Princípio é o mandamento nuclear de um sistema, uma disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência.” *In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 545.

Para Streck, “...o princípio só se realiza a partir de uma regra. E não há princípio sem alguma regra. Por trás de uma regra necessariamente haverá um princípio.”⁵

E complementa o autor:

Nestes termos, os princípios jurídicos devem ser compreendidos a partir da tese da descontinuidade como normas que possuem imperatividade e que instituem o mundo prático ao Direito no atravessamento da porosidade das regras (é nisso que ocorre a transcendência). Assim, servem como um “fechamento” interpretativo, sendo, portanto, um entrave à discricionariedade judicial.⁶

Por seu turno, Zanon Júnior entende que:

Os princípios jurídicos, como todos os demais elementos decisórios, devem ser encarados como vetores de redução do leque de opções disponíveis ao hermenauta e aplicador, de modo a proporcionar uma maior limitação quanto à amplitude dos possíveis efeitos jurídicos, por auxiliarem na circunscrição do espectro decisório, majorando assim a certeza do direito.⁷

No mesmo sentido, Reale⁸ defende que os princípios devem ser entendidos como juízos fundamentais, servindo de alicerce ou como garantia de certeza.

Dessa forma, pode-se afirmar que os Princípios Jurídicos são normas que objetivam a orientação e interpretação da Lei, acarretando no direcionamento, não só do jurista, como também das partes, ou então como define Ávila: “[...] os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido.”⁹

Para Dworkin, Princípios devem ser entendidos como norma de eficácia geral, um modelo que deva ser alcançado quando da aplicação da lei. Para o autor norte-americano, “[...] Princípios são proposições que descrevem direitos...[...]. o standard de que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma diretriz (política), e o standard de que não pode lucrar com a própria injustiça é um princípio.”¹⁰

⁵ STRECK LUIZ, Lenio. **Dicionário de hermenêutica**. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 375.

⁶ STRECK LUIZ, Lenio. **Dicionário de hermenêutica**. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 375. (Parênteses conforme o original).

⁷ ZANON JUNIOR, Luiz Orlando. **Teoria complexa do Direito**. 3. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanc, 2019. p. 155.

⁸ “Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários”. *In*: REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 60.

⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 79.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos sério**. São Paulo: WWF, 2010. p. 90.

Os Princípios para Dworkin servem então para motivar o aplicador da lei para a tomada de decisão, mas ainda devem sofrer um dimensionamento de seu peso.¹¹

Para ele, diferentemente das regras, os Princípios não são aplicáveis levando-se em conta uma dimensão de peso ou de importância. Quando dois Princípios entram em colisão, ganha aplicação aquele Princípio que, pelas circunstâncias concretas do caso, mereça primazia sem que isso importe na invalidade do outro. Diversamente, se duas regras entram em conflito, afirma Dworkin, uma delas definitivamente não pode ser considerada válida. O confronto dos Princípios portanto, segundo Dworkin, resolve-se na dimensão de peso e o eventual conflito entre regras resolve-se no plano da validade.¹²

No âmbito jurídico temos Princípios que atuam diretamente e outros que atuam indiretamente. Ávila, que em sua obra afirma que as regras, ao contrário dos princípios, têm um componente descritivo de comportamento que é permitido, obrigatório ou proibido, sobre a eficácia interna direta assim se pronuncia:

No plano da eficácia direta, os princípios exercem uma *função integrativa*, na medida em que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras. Mesmo que um elemento inerente ao fim que deve ser buscado não esteja previsto, ainda assim o princípio irá garanti-lo.¹³

No que diz respeito a eficácia interna indireta pontua, ainda, Ávila:

A *eficácia indireta* traduz-se na atuação com intermediação ou interposição de um outro (sub) princípio ou regra. No plano da eficácia indireta, os princípios exercem várias funções.¹⁴

Sendo assim, os princípios que atuam diretamente possuem por objeto integrar elementos ausentes em determinada norma, enquanto que os princípios indiretos possuem diversas funções, em específico intermediar outra norma.

Como visto, os princípios podem ainda ser designados como (sobre) princípio e (sub)princípio. Em resumo, um subprincípio é considerado uma norma menos ampla que atua na função definitiva de normas mais amplas que são os (sobre)princípios.¹⁵

¹¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos sério**. São Paulo: WWF, 2010.

¹² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos sério**. São Paulo: WWF, 2010.

¹³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 97.

¹⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 98.

¹⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

Diante disso, entende-se que o Princípio da boa-fé processual, objeto principal do presente estudo, é tido como um subprincípio do princípio do devido processo legal que neste caso é considerado como um (sobre)princípio.¹⁶

Porém, antes de ingressarmos no centro deste estudo, discorreremos sucintamente acerca dos Princípios Constitucionais aplicados ao Processo Civil Brasileiro que entendemos mais relevantes para a compreensão deste Artigo.¹⁷

3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS AO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Dentre os Princípios Constitucionais presentes no âmbito processual cível, analisar-se-á o Princípio do Devido Processo Legal, da Isonomia, e do Contraditório e Ampla Defesa, que são os Princípios que possuem maior relevância neste estudo.

3.1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O Princípio do devido processo legal, para Nelson Nery Junior,¹⁸ é princípio constitucional fundamental do processo civil, considerado como a base e sustentação para todos os outros princípios e regras.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LIV, determina que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Conforme Theodoro, o devido processo legal é assimilado a um processo justo. Neste sentido o jurista, citando Nicolò Trocker, assim argumenta:

Como justo, para efeito da nova garantia fundamental, não se pode aceitar qualquer processo que se limite a ser regular no plano formal. Justo, como esclarece Trocker, “é o processo que se desenvolve respeitando os parâmetros fixados pelas normas constitucionais e pelos valores consagrados pela coletividade. E tal é o processo que se desenvolve perante um juiz imparcial, em contraditório entre todos os interessados, em tempo razoável, como a propósito estabelece o art. 111 da Constituição” (italiana).¹⁹

¹⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 57.

¹⁷ Neste Artigo entendemos que, apesar de tratados na doutrina, os Princípios do Juiz Natural, da Proibição da prova ilícita, do Duplo grau de jurisdição e da Publicidade dos atos processuais não necessitam ser trabalhados no presente estudo.

¹⁸ NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição federal**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Também neste pensamento de que o devido processo legal institui o direito ao processo justo, Marinoni escreveu:

O procedimento, visto como garantia de participação das partes, relaciona-se com o “*devido processo legal*” (obviamente aqui compreendido em sentido processual, art. 5º, LIV, CF/1998). Somente é o “devido processo legal” o procedimento que obedece aos direitos fundamentais processuais insculpidas na Constituição, tais como o contraditório, a imparcialidade do juiz, a publicidade e a motivação. A observância do “devido processo legal” – ou, mais propriamente, do direito ao “processo justo” – legitima o exercício da jurisdição e, de outro ângulo, constitui garantia das partes diante do poder estatal.²⁰

Logo, o referido Princípio, tem como função garantir acesso a um processo judicial justo delineado pela Constituição, ou seja, assegurando a efetividade dos direitos fundamentais.²¹ Assim, compreende-se que a apreciação do Princípio do devido processo legal é indispensável para que se obtenha decisões justas e efetivas.

3.2 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

A Constituição Federal, no *caput* do artigo 5º, ao disciplinar que todos são iguais perante a lei, traz expresso o Princípio da isonomia.

Nery Jr. leciona acerca do Princípio da isonomia voltado ao Processo Civil, vejamos:

A CF 5º. *Caput* e I estabelece que todos são iguais perante a lei. Relativamente ao processo civil, verificamos que o princípio da igualdade significa que os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico. Assim, a norma do CPC 125 I teve recepção integral em face do novo texto constitucional. Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.²²

Ainda sobre o tema, Nery Jr. esclarece que:

Por isso é que são constitucionais dispositivos legais discriminadores quando desigualam corretamente os desiguais, dando-lhes tratamentos distintos; e são inconstitucionais os dispositivos legais discriminadores, quando desigualam incorretamente os iguais, dando-lhes tratamentos distintos. Deve

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 493.

²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

²² NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição federal**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 132.

buscar-se na norma ou no texto legal a razão da discriminação: se justa, o dispositivo é constitucional; se injusta, é inconstitucional.²³

No mesmo sentido, Marinoni²⁴ ensina que o direito à igualdade determina a aplicação de maneira uniforme da lei processual. E ainda, afirma que “O processo só pode ser considerado justo se as partes dispõem das *mesmas oportunidades* e dos *mesmos meios* para dele participar. Vale dizer: se dispõem das *mesmas armas*.”

Como se pode notar com o supracitado, o Princípio da isonomia busca a igualdade no tratamento das partes nas relações processuais, o que significa dizer que a aplicação da lei deve ter o mesmo peso para os litigantes. Assim sendo, resta claro a importância deste Princípio, o qual deve servir de base para toda e qualquer relação jurídica.

3.3 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

A Constituição Federal traz expresso o Princípio do contraditório e da ampla defesa no artigo 5º, inciso LV, que determina: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. ”

Fredie Didier, citando Delosmar Mendonça Jr., assim aborda:

Tradicionalmente, a doutrina distinguia ambas as garantias, embora reconhecesse que entre elas havia forte conexão. Bem ilustrativo desta concepção é o entendimento de Delosmar Mendonça Jr.: “...são figuras conexas, sendo que a ampla defesa qualifica o contraditório. Não há contraditório sem defesa. Igualmente é lícito dizer que não há defesa sem contraditório. (...) O contraditório é o instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, esta se realiza através do contraditório.”²⁵

Ainda, segundo entendimento de Didier,²⁶ a ampla defesa trata-se de um direito fundamental das partes, que em síntese consiste no conjunto de meios adequados para a prática do contraditório.

²³ NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição federal**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 132.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

²⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 99.

²⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

Diante disso, vejamos o que Nery estabelece a respeito do Princípio do contraditório e da ampla defesa:

O princípio do contraditório e da ampla defesa está expresso no texto constitucional vigente. (...) O princípio do contraditório, além de se constituir fundamentalmente em manifestação do princípio do *estado de direito*, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e ampla defesa, quer significar que tanto o *direito de ação* quanto o *direito de defesa* são manifestações do princípio do contraditório.²⁷

Partindo-se dessa premissa, considera-se que o Princípio do contraditório e da ampla defesa, no âmbito processual, por exemplo, é entendido como o direito das partes de apresentarem suas contrariedades e por consequência, restará assegurado o seu direito à ampla defesa.²⁸

4 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL

O Código de Processo Civil, especificamente em seu artigo 5º, traz expresso que: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comporta-se de acordo com a boa-fé.

Da leitura do referido artigo fica evidente a vedação de agir com má-fé no âmbito processual, e conseqüentemente impõe de forma específica a boa-fé objetiva.

Como bem ensina Theodoro Junior:

O princípio da boa-fé objetiva consiste em exigir do agente a prática do ato jurídico sempre pautado em condutas normativamente corretas e coerentes, identificados com a ideia de *lealdade e lisura*. Com isso, confere-se segurança às relações jurídicas, permitindo-se aos respectivos sujeitos confiar nos seus efeitos programados e esperados.²⁹

Assim, agir com boa-fé no âmbito processual, significa comportar-se com lealdade, eticidade e honestidade, visando a segurança jurídica a fim de alcançar a solução da lide de maneira justa.

²⁷ NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição federal**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 248.

²⁸ NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição federal**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

²⁹ THEODORO JR., Humberto. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 135.

A propósito, continua Theodoro Júnior:

Consiste o princípio da boa-fé objetiva em exigir do agente que pratique o ato jurídico sempre pautado em valores acatados pelos costumes, identificados com a ideia de *lealdade* e *lisura*. Com isso, confere-se segurança às relações jurídicas, permitindo-se aos respectivos sujeitos confiar nos seus efeitos programados e esperados.³⁰

O princípio da boa-fé processual é na verdade uma *norma de conduta*, vez que, determina como deve ser o comportamento do sujeito processual, impondo e proibindo condutas.³¹

No que diz respeito a vedação das condutas pautadas pela má-fé, Didier Jr. assim ensina:

É fácil constatar que o princípio da boa-fé é a fonte normativa da proibição inadmissível de posições jurídicas processuais, que podem ser reunidas sob a rubrica do “abuso do direito” processual¹¹² (desrespeito à boa-fé objetiva). Além disso, o princípio da boa-fé processual torna ilícitas as condutas processuais animadas pela má-fé (sem boa-fé subjetiva). Ou seja, a boa-fé objetiva processual implica, entre outros efeitos, o dever de o sujeito processual não atuar imbuído de má-fé, considerada como fato que compõe o suporte fático de alguns ilícitos processuais.³²

Conforme mencionado alhures, o Princípio da boa-fé processual, estabelece como deve ser o comportamento do sujeito processual. Mas quem pode ser considerado um sujeito processual neste caso?

Ora, o referido Princípio disciplinado no artigo 5º do Código de Processo Civil, estabelece o dever de agir com boa-fé para todos os envolvidos nos atos processuais, ou seja, abrange as partes (autor e réu), advogados, magistrado, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, e até mesmo aqueles que participam eventualmente, como por exemplo, testemunhas e perito judicial.³³

Acerca dos destinatários do Princípio da boa-fé processual, Nunes leciona:

Tal princípio no campo processual tem como destinatários todos os sujeitos processuais e não somente as partes, alcançando juízes e tribunais. Ele se torna uma das grandes premissas do processo cooperativo/participativo

³⁰ THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 79.

³¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 119.

³² DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 127.

³³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de Processo Civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 152.

encampado pelo novo CPC, de modo a estabelecer diálogo transparente e eficiente entre os sujeitos do processuais, com assunção plena de responsabilidades, mas vedando o comportamento que infrinja as finalidades da atividade processual.³⁴

Como se pode notar com o supracitado, todos os participantes do processo estão obrigados a não frustrar a confiança razoável do outro, comportando-se de maneira ética, honesta e leal, que é o que se espera de uma pessoa de boa-fé.³⁵

Desta forma, é possível constatar que para um processo ser considerado justo, é necessário que seja regrado com condutas éticas e leais, ou seja, é necessário que haja a cooperação dos sujeitos processuais envolvidos.³⁶

Dito isso, verifica-se que o Princípio da Boa-fé Processual impõe ainda o dever de cooperar entre os sujeitos do processo.³⁷

Assim, estando o Princípio da Cooperação interligado com a boa-fé processual, resta demonstrado a importância de se fazer breves apontamentos sobre este princípio no presente estudo.

O artigo 6º do Código de Processo Civil traz ainda expreso o Princípio da cooperação ao determinar que: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

Conforme se observa, o Princípio da cooperação assim como o da boa-fé processual, tem por escopo buscar a resolução da lide de maneira justa, e para que isso seja possível, se faz imprescindível a imposição de condutas, que neste caso trata-se da cooperação.

Para Theodoro Júnior:

A cooperação, assim entendida, compreende o esforço necessário dos sujeitos processuais para evitar imperfeições processuais e comportamentos indesejáveis que possam dilatar injustificadamente a marcha do processo e comprometer a *justiça* e a *efetividade* da tutela jurisdicional.³⁸

³⁴ JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015. p. 67.

³⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

³⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 124.

³⁷ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 112.

³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 84.

Como bem destacado pelo autor, o Princípio da cooperação visa a organização do processo, com o intuito de obter uma decisão justa sem prejudicar a marcha processual.

Nessa linha leciona Marinoni:

A colaboração no processo é um princípio jurídico. Ela impõe um estado de coisas que tem de ser promovido. O fim da colaboração está em servir de elemento para organização de um processo justo idôneo a alcançar uma decisão de mérito justa e efetiva (art. 6.º, CPC), além de viabilizar a formação de precedentes devidamente dialogados no âmbito da Justiça Civil. Para que o processo seja organizado de forma justa os seus participantes têm de ter posições jurídicas equilibradas ao longo do procedimento.³⁹

Desta forma, tem-se que, além da obrigação de agir com boa-fé no decorrer do processo, é esperado que os envolvidos cooperem entre si. Os deveres de cooperação são imputados a todos os sujeitos processuais, sendo este um princípio extremamente necessário para que se obtenha um processo leal.⁴⁰

Não há como esperar outra atuação das partes a não ser a de colaborar para a solução do problema que trouxeram para o Poder Judiciário e, com o 'novo' Código de Processo Civil a posição dos tribunais tem se revelado cada vez mais firme nesta 'exigência' de colaboração.

Em decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso em Habeas Corpus nº 99.606 – SP (2018/0150671-9) a Ministra Relatora Nancy Andrighi em seu voto discorre acerca da dos Princípios da boa-fé objetiva e da cooperação no Direito Processual Civil, destacando a importância desses Princípios para a entrega da resolução da lide em prazo razoável e de maneira satisfativa. Deixa claro na decisão que este princípio impõe a todos os envolvidos na relação jurídica deveres de conduta, "...relacionados à noção de ordem pública e à de função social de qualquer bem ou atividade jurídica".

E continua:

A efetiva entrega dos resultados de direito material esperados por meio do processo ganha novas cores sob a égide do CPC/15, que passou a prever, de modo expresso, novas lógicas fundamentais, capazes de alterar significativamente os parâmetros vigentes na ordem processual revogada. Com efeito, uma plêiade de novos princípios foi estabelecida pelo legislador

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de Processo Civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 154.

⁴⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 143.

do Novo CPC com o propósito de garantir o direito das partes – e da sociedade – de obter, em prazo razoável, a resolução integral do litígio, inclusive com a atividade satisfativa, conforme disposto no art. 4º de referido diploma legal. Entre esses princípios, encontram-se interligados o dever de boa-fé (objetiva) processual e o de cooperação das partes com o processo e seu resultado.⁴¹

Para Andrichi, o Princípio da Boa-fé Processual nada mais é do que um dever de conduta, uma vez que, gera aos envolvidos na relação jurídica, a obrigação de agirem com um comportamento que não venha a frustrar a confiança do outro.

No que diz respeito ao Princípio da cooperação, a Ministra Relatora entende que, trata-se de um desdobramento do Princípio da Boa-fé Processual, o qual também gera deveres recíprocos para os sujeitos processuais. Havendo o comportamento cooperativo dos sujeitos processuais, conseqüentemente resultará na resolução pacífica do litígio.

Por fim, citando Diego Krainovic, a Ministra Nancy Andrichi assim conclui:

Assim, ao prever o princípio-dever de boa-fé processual (art. 5º do CPC/15) se está fazendo referência à boa-fé objetiva, que consiste no comportamento merecedor de fé do sujeito, que não frustra a confiança do outro, e não abusa de suas posições jurídicas.

[...]

Diante desses princípios, da boa-fé processual e da cooperação, “as partes possuem o ônus de auxiliar o juiz na formação da decisão e que, ao não fazê-lo, devem arcar com as suas conseqüências”⁴²

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus 99.606/SP**. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. CABIMENTO. RESTRIÇÃO DO DIREITO DE DIRIGIR. SUSPENSÃO DA CNH. LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. VIOLAÇÃO DIRETA. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIOS DA RESOLUÇÃO INTEGRAL DO LITÍGIO, DA BOA-FÉ PROCESSUAL E DA COOPERAÇÃO. ARTS. 4º, 5º E 6º DO CPC/15. INOVAÇÃO DO NOVO CPC. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. ART. 139, IV, DO CPC/15. COERÇÃO INDIRETA AO PAGAMENTO. POSSIBILIDADE. SANÇÃO. PRINCÍPIO DA PATRIMONIALIDADE. DISTINÇÃO. CONTRADITÓRIO PRÉVIO. ART. 9º DO CPC/15. DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 489, § 1º, DO CPC/15. COOPERAÇÃO CONCRETA. DEVER. VIOLAÇÃO. PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE. ART. 805, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/15. ORDEM. DENEGAÇÃO. Recorrente: Arnaldo Rodrigo Cosato. Recorrido: Celi José da Silva. Relatora: Nancy Andrichi, 13 de novembro de 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201801506719&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 12 nov. 2020.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus 99.606/SP**. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. CABIMENTO. RESTRIÇÃO DO DIREITO DE DIRIGIR. SUSPENSÃO DA CNH. LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. VIOLAÇÃO DIRETA. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIOS DA RESOLUÇÃO INTEGRAL DO LITÍGIO, DA BOA-FÉ PROCESSUAL E DA COOPERAÇÃO. ARTS. 4º, 5º E 6º DO CPC/15. INOVAÇÃO DO NOVO CPC. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. ART. 139, IV, DO CPC/15. COERÇÃO INDIRETA AO PAGAMENTO. POSSIBILIDADE. SANÇÃO. PRINCÍPIO DA PATRIMONIALIDADE. DISTINÇÃO. CONTRADITÓRIO PRÉVIO. ART. 9º DO CPC/15. DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 489, § 1º, DO CPC/15. COOPERAÇÃO CONCRETA. DEVER. VIOLAÇÃO. PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE. ART. 805, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/15. ORDEM.

Percebe-se assim, que a inovação trazida pelo Novo Código de Processo Civil, impõe aos envolvidos no processo a obrigação de agirem de maneira ética com base nos princípios da boa-fé e da cooperação, possibilitando na solução dos litígios de forma justa e efetiva.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Certo é que o dever da boa-fé processual e sua evolução para o princípio da a cooperação, ambos previstos no ordenamento legal brasileiro, através das disposições do Código de Processo Civil, devem fazer com que os operadores do Direito tenham uma nova postura no universo das demandas judiciais e também porque não dizer, nas tratativas de mediação e arbitragem.

Esta evolução do Processo Civil, corroborada em peso com a orientação doutrinária e com as decisões dos tribunais superiores, traz para a sociedade uma esperança de agilidade na prestação jurisdicional do Estado.

O Código de Processo Civil brasileiro, neste ponto, tem como base, cobrar um comportamento justo das partes, desprovido de maldade ou segundas intenções. É uma forma de repulsar a má fé subjetiva, ou seja, a conduta dolosa que visa lesar a outra parte no processo. Considera-se inadmissível o comportamento que tem como objetivo atrasar o processo ou colocar dificuldades para a parte contrária e assim prejudicá-la. Por outro lado, existe a preocupação com a cooperação das partes, dando suporte para a colaboração, visando à conciliação e mediação dos conflitantes, o que notoriamente é o principal objetivo da legislação processual civil em vigor.

O Princípio da Boa-fé Processual deve constituir elemento fundamental para que as partes não encontrem no processo judicial um ambiente que permita expedientes contrários à solução dos litígios, pois é para isso que serve a Justiça.

A boa-fé como norma fundamental, e de caráter concreto no universo jurídico, deve cada vez mais trilhar todos os operadores jurídicos a uma participação ética na solução dos conflitos, gerando um ambiente de segurança jurídica, esta, almejada por todos.

DENEGAÇÃO. Recorrente: Arnaldo Rodrigo Cosato. Recorrido: Celi José da Silva. Relatora: Nancy Andrighi, 13 de novembro de 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201801506719&totalRegistrosPorPagina=40&apliacao=processos.ea>. Acesso em: 12 nov. 2020.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus 99.606/SP**. Recorrente: Arnaldo Rodrigo Cosato. Recorrido: Celi José da Silva. Relatora: Nancy Andrichi, 13 de novembro de 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201801506719&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 12 nov. 2020.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos sério**. São Paulo: WWF, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de Processo Civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MIDIEIRO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição federal**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

SANTANA, Alexandre Ávalo. Os preceitos constitucionais e as normas fundamentais do novo CPC. *In: Novo CP: análise doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro*. Campo Grande: Contemplar, 2015.

STRECK LUIZ, Lenio. **Dicionário de hermenêutica**. 2 ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

THEODORO JR., Humberto. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense. 2015.

ZANON JUNIOR, Luiz Orlando. **Teoria complexa do Direito**. 3. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanc, 2019.

A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE INCORPORATION OF INTERNACIONAL TREATIES AND CONVENTIONS INTO THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Karoliny Coelho Guarezi¹

Resumo: A proposta do presente artigo é estabelecer as diferenças entre Tratados e Convenções internacionais, elucidar os caminhos para a incorporação no Ordenamento Jurídico Brasileiro destas Fontes do Direito, bem como analisar a hierarquia que estas adquirem no âmbito interno. Para tanto foi utilizado o método de abordagem dedutivo, com a consulta de legislação, doutrinas e julgados do Supremo Tribunal Federal. Para se chegar ao objetivo do trabalho utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica. Neste trabalho, primeiramente foram realizados alguns breves apontamentos acerca dos conceitos de Tratados e Convenções Internacionais. Em seguida, discorreu-se sobre a incorporação dos Tratados e Convenções Internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, analisou-se a hierarquia dos Tratados comuns e dos Tratados sobre direitos humanos na ordem jurídica nacional. Diante disso, percebe-se que os Tratados e Convenções internacionais, no Brasil, desde a anuência, até a aplicação, devem ser analisados à luz da Constituição Federal, respeitando o procedimento, princípios e controle ali dispostos.

Palavras-chave: Direito internacional. Tratados. Convenções internacionais. Soberania.

Abstract: *The purpose of this article is to establish the differences between international treaties and conventions, in order to elucidate the ways for incorporating these Sources of Law into the brazilian Legal system, as well to analyze the hierarchy that they acquire in this system. For that, the deductive approach method was used, with the consultation of legislation, doctrines and cases of the brazilian Supreme Federal Court. To reach the objective of the work, the bibliographic research technique was used. In this work, first some brief notes about the concepts of International Treaties and Conventions were made. Then, it was discussed the incorporation of International Treaties and Conventions in the brazilian legal system. Finally, the hierarchy of common treaties and human rights treaties in the national legal order was analyzed. In light of this, it is clear that international treaties and conventions in Brazil, from consent to application, must be analyzed in the light of the Federal Constitution, respecting the procedure, principles and control therein.*

Key-words: *International law. Treaties. Conventions. Sovereignty.*

¹ Acadêmica do Curso de Direito da FUCAP Univinte. E-mail: karoliny@jailsonpereira.com.br.

1 INTRODUÇÃO

Do agrupamento de pessoas com características em comum, nos primórdios do desenvolvimento humano, fez surgir a ideia de Sociedade,² depois de nação, conseqüentemente se formou o Estado. Com o desenvolvimento da humanidade, além das balizas físicas que inicialmente se tinha noção, nasceu a necessidade de se impor limites de relacionamento, a fim de que os agrupamentos humanos pudessem coexistir pacificamente.³ Os contratualistas definiram essa relação como “contrato social”, que demarca o início da criação do Estado e seu vínculo com os seres humanos.⁴

Com o crescente fenômeno da globalização, tido como um processo de aprofundamento internacional, de integralização econômica, social, cultural, política, etc., surge a necessidade de que o Direito, como ciência, acompanhe a demanda, e transcenda os limites territoriais da soberania dos Estados, a fim de que o intercâmbio social seja regido por normas capazes de garantir o interesse dos seres humanos em primeiro plano. Para que isso seja possível, é necessária intensa cooperação entre os Estados, através da aplicação do direito internacional.

Strenger, fazendo citação ao mestre Clóvis Beviláqua afirma que:

Acompanhando a doutrina de *Savigny* da “comunhão de direito”, admite que essa comunidade entre povos independentes realiza-se pela adoção de um sistema harmônico de soluções de conflitos entre as legislações, pressupondo necessidade e aspirações comuns, as quais determinam a criação de instituições semelhantes desenvolvidas pela sociedade internacional que, espontaneamente, se foi organizando nos diferentes Estados.⁵

² “(...) se a Categoria **ESTADO** merece ser grafada com a letra E maiúscula, muito mais merece a Categoria **SOCIEDADE** ser grafada com a letra S em maiúscula, porque, afinal, a SOCIEDADE é a criadora e mantenedora do Estado! **Por coerência, pois, se a criatura/mantida (Estado) vem grafada com E maiúsculo, também e principalmente a criadora/mantenedora (Sociedade) deve ser grafada com o S maiúsculo!**”. Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: EMAIS, 2018, p. 179.

³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

⁴ Thomas Hobbes, na obra *Leviatã* desenvolve a teoria política de que as pessoas firmam um acordo com uma instituição, o Estado. O *Leviatã* seria o Estado totalitário e pelo contrato social que firma com as pessoas garante a estabilidade da sociedade.

⁵ STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. 3. ed. São Paulo: LTR, 1996. p.37.

O direito positivo⁶ é o reflexo da cultura de uma Sociedade. No âmbito interno, os Estados, em observância às necessidades e anseios de seus povos, criam um conjunto de valores os quais refletem e regulamentam o viver em sociedade. No Direito Internacional também assim o é, seguindo o desenvolvimento, ambições e necessidades das nações soberanas na instância das relações internacionais. O Direito Internacional é, primordialmente, reflexo da política mundial, fixando sua atenção nos Estados independentes, respeitando a sua soberania legal.⁷

Nas palavras de Shaw:

O Estado, dentro de seus limites internos, é supremo; como deseja conservar externamente sua soberania e precisa relacionar-se com outros Estados num mundo em que a interdependência é cada vez maior, é obrigado a reconhecer direitos alheios.⁸

Os Tratados Internacionais, assim como as Convenções, têm conquistado cada vez mais importância no âmbito das relações internacionais, vez que exteriorizam a vontade das partes (Estados) de cooperar entre si, garantindo benefícios próprios e coletivos, não podendo nunca desvencilhar ambos, pois acredita só ser possível conviver pacificamente e obter vantagens individuais caso os interesses estejam alinhados, e respeitem princípios claros de humanidade, coletividade e individualidade, bem como os limites de Soberania de cada Estado.

Nesse sentido é que vigia o preâmbulo da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados:

Reconhecendo a importância cada vez maior dos tratados como fonte do Direito Internacional e como meio de desenvolver a cooperação pacífica entre as nações, quaisquer que sejam seus sistemas constitucionais e sociais, [...] Afirmando que as controvérsias relativas aos tratados, tais como outras controvérsias internacionais, devem ser solucionadas por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da Justiça e do Direito Internacional, [...] Conscientes dos princípios de Direito Internacional incorporados na Carta das Nações Unidas, tais como os princípios da igualdade de direitos e da

⁶ “A conduta humana disciplinada por um ordenamento normativo ou é uma ação por este ordenamento determinada, ou a omissão de tal ação. A regulamentação da conduta humana por um ordenamento normativo processa-se por uma forma positiva e por uma forma negativa. A conduta humana regulada positivamente por um ordenamento positivo, desde logo, quando ao indivíduo é prescrita a realização ou a omissão de um determinado ato (quando é prescrita a omissão de um ato, este ato é proibido).”
In: KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 4. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1976. p. 35. Tradução de João Baptista Machado. Título original: *Reine Rechtslehre*.

⁷ SHAW, Malcom N. **Direito Internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 37.

⁸ SHAW, Malcom N. **Direito Internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 37.

autodeterminação dos povos, da igualdade soberana e da independência de todos os Estados. [...] ⁹

Os Estados, dotados de Soberania, têm autonomia para aderir ou não aos Tratados e Convenções internacionais, sendo que, quando signatários, estão cientes de que atrairão obrigações para si. O Brasil, como um estado democrático de Direito, obedece ao procedimento discriminado em sua Carta Política a fim de ter os Tratados e Convenções Internacionais incorporados no ordenamento jurídico interno, submetendo-se eles, ainda, aos princípios e controles também dispostos na Carta Maior.

2 TRATADOS INTERNACIONAIS

Os Tratados internacionais são acordos escritos através dos quais dois ou mais sujeitos de direito internacional – Estados, entidades ou organismos internacionais - se obrigam e se dispõem, legal e expressamente, a estabelecerem ou regulamentarem entre si determinadas relações, com capacidade de produzir efeitos jurídicos internacionais.

Segundo a definição exposta no artigo 2º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, Tratado é “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica.” ¹⁰

Os Tratados entre os sujeitos de Direito Internacional Público são acordos de vontade bastante semelhantes aos contratos do ordenamento jurídico brasileiro, em razão disso são também conhecidos como Tratados-contratos. Exigem um consentimento expreso das partes envolvidas, sendo baseados nos princípios da boa-fé e da *pacta sunt servanda*, obrigando as partes às disposições estabelecidas.

Conforme bem preceituou Piovesan:

⁹ CONVENÇÃO de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em: https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/legislacao/convencoes/convencao_viena_direito_tratados.pdf. Acesso em: 19 out. 2020.

¹⁰ BRASIL. **Decreto nº 7.030** Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em 19 out. 2020.

[...] os tratados são, por excelência, expressão de consenso. Apenas pela via do consenso podem os tratados criar obrigações legais, uma vez que Estados soberanos, ao aceitá-los, comprometem-se a respeitá-los. A exigência de consenso é prevista pelo art. 52 da Convenção de Viena, quando dispõe que o tratado será nulo se a sua aprovação for obtida mediante ameaça ou pelo uso da força, em violação aos princípios de Direito Internacional consagrados pela Carta da ONU.¹¹

Em respeito ao princípio da Soberania dos Estados, bem como obedecendo ao disposto na Convenção de Viena, que estabelece a necessidade de expresse consentimento das partes envolvidas, os Tratados apenas se aplicam aos Estados-partes, ou seja, não criam obrigações àqueles que não consentiram.¹²

Porém, a partir do consentimento expresse – a sistemática fica a critério de cada Estado - os tratados acarretam em obrigações legais, e o descumprimento, por alguma das partes do estabelecido no tratado enseja a possibilidade de acionar as vias conhecidas de solução judiciária internacional.

A Convenção de Viena sobre o direito dos Tratados, em seu artigo 26, é bem enfática, e aduz que “Todo tratado em vigor é obrigatório em relação às partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé.”¹³ Ainda, em seu artigo 27,¹⁴ “Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado”.

Piovesan salienta:

Consagra-se, assim, o princípio da boa-fé, pelo qual cabe ao Estado conferir plena observância ao tratado de que é parte, na medida em que, no crivo de exercício de sua soberania, o Estado contraiu obrigações jurídicas no plano internacional.¹⁵

Os Tratados têm importante papel no âmbito internacional, sendo apontados como a fonte mais importante das relações entre pessoas jurídicas internacionais, vez que exteriorizam o consentimento expresse das partes contratantes, que criam

¹¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 108.

¹² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 108.

¹³ BRASIL. **Decreto nº 7.030** Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹⁴ BRASIL. **Decreto nº 7.030** Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 108.

obrigações vinculantes para si mesmas, superiores, inclusive aos costumes, que são fontes internacionais de acordos tácitos.

3 CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

As Convenções Internacionais, apesar de não raramente confundidas com o termo “Tratados Internacionais”, atribuindo a ambos o mesmo significado, destes diferem por tratarem aquelas de normas gerais de interesse internacional, reflexas do direito consuetudinário internacional, discutidas em conferências internacionais com a participação de diversos Estados, a fim de estabelecerem diretrizes, assemelhando-se a um regulamento.

As Convenções são espécies de tratados-leis, que exigem a participação de um grande número de Estados, vinculando a todos, sem exceção, à medida que estabelecem diretrizes que devem ser seguidas por quem detiver interesse em manter relações negociais com os signatários. Não refletem um acordo de vontades em específico, mas tratam de normas gerais que servirão de fonte para a elaboração de leis, no âmbito interno, e de Tratados internacionais entre os países signatários. Tratam de assuntos de interesse geral e estabelecem formas, regras e princípios aos quais os futuros Tratados devem obedecer.

Segundo Shaw, citando a Convenção de Viena (1969) sobre o Direito dos Tratados, a Convenção: “[...]reflete parcialmente o direito consuetudinário e constitui arcabouço básico para qualquer discussão sobre a natureza e características dos tratados”.¹⁶

O mesmo Autor afirma ainda que as Convenções internacionais - buscando diferenciá-las o máximo possível dos Tratados - são como fontes do direito internacional, superiores às obrigações contratuais pactuadas entre sujeitos particulares de Direito Internacional:

É neste contexto que podemos compreender o termo “tratados-leis”. [...] Os tratados-leis são aqueles acordos pelos quais os Estados desenvolvem seus pontos de vista acerca de um campo qualquer do direito internacional, ou estabelecem novas regras, que devem, no futuro, orientar sua conduta internacional.¹⁷

¹⁶ SHAW, Malcom N. **Direito Internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 671.

¹⁷ SHAW, Malcom N. **Direito Internacional**. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 2010. p. 75.

Para Mazzuoli, atualmente, principalmente após a Convenção de Viena de 1969, os termos tratados, convenções, acordos, etc., acabam possuindo o mesmo valor sinonímico. Porém lembra que, etimologicamente, “tratado” sugere o debate, as negociações, o que difere de “convenção”, que pressupõe a formalização de um acordo pré-ajustado, “criador de normativa geral de direito das gentes”. Merece atenção a diferenciação, pois há países, a exemplo do Brasil, que preferem mencionar ambos os termos em suas Cartas Políticas.¹⁸

Mazzuoli continua, e assim leciona:

A expressão *convenção* conota então aquele tipo de tratado solene (e multilateral) em que a vontade das partes não é propriamente divergente, como ocorre nos chamados tratados-contrato, mas paralela e uniforme, ao que se atribui o nome de tratados-leis ou tratados-normativos [...].¹⁹

Não há dúvida que é mais adequado diferenciar tratados de convenções, reservando o termo convenção “para os atos multilaterais, oriundos de conferências internacionais, que versem sobre assunto de interesse geral”,²⁰ apesar de que ambos os termos ainda se confundem quando da análise de seus textos normativos.

3 A CELEBRAÇÃO E A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS E CONVENÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 cuidou de regulamentar a forma como os Tratados e Convenções Internacionais são introduzidos no direito brasileiro. Em seu artigo 21,²¹ a Carta Magna estabelece que compete à União manter relações com os Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais. Prescreve, ainda, em seu artigo 84, que compete privativamente ao Presidente da República: “[...] VIII

¹⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 178.

¹⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 178.

²⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 178

²¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 out. 2020.

– celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.”²²

Não há dúvida de que os Estados têm a obrigação geral de agir de acordo com as normas de direito internacional e serão responsabilizados por toda violação cometida contra este por qualquer um dos três poderes: legislativo, executivo ou judiciário.

Porém ressalta Mazzuoli: “A vontade o Estado apenas sucumbe caso tenha ele anteriormente reconhecido a possibilidade de a vontade coletiva de outros Estados ser vinculante em relação a si.”²³

É autonomia do Chefe do Poder Executivo ser ou não signatário de um tratado ou convenção internacional, em respeito ao princípio maior do direito internacional: a soberania dos Estados.

Segundo se extrai do artigo 84, inciso VIII, da Constituição Brasileira, os Tratados e Convenções (ou quaisquer atos internacionais) são celebrados, de forma privativa, pelo Presidente da República. Porém, para que sejam introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro é necessária, após a celebração pelo Chefe do Poder Executivo, a análise do Congresso Nacional, que, segundo o artigo 49,²⁴ inciso I, possui competência exclusiva para resolver de forma definitiva sobre a incorporação dos Tratados, acordos ou atos internacionais, mediante decreto legislativo.

Tal procedimento de consulta ao Parlamento, segundo preceitua Mazzuoli é próprio das democracias, “firmando-se a tese de que a conjugação de vontades é sempre necessária para que o tratado passe a valer como ato jurídico perfeito,”²⁵ e que a vontade do Executivo, por si só, “não se aperfeiçoará enquanto a decisão do Congresso Nacional sobre a viabilidade de se aderir àquelas normas não for

²² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 out. 2020.

²³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 49.

²⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 out. 2020.

²⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 327.

manifestada”, consagrando assim a colaboração entre o Executivo e o Legislativo na conclusão de cada ato internacional.²⁶

Nas palavras de Piovesan, a imprescindibilidade de aprovação do Congresso Nacional “busca limitar e descentralizar o poder de celebrar tratados, prevenindo o abuso desse poder.”²⁷ O Poder Legislativo exerce, portanto, função de controle e fiscalização dos atos do Executivo, enquanto incube a este a defesa da nação no cenário internacional.²⁸

Os Tratados importam em comprometimento da Soberania nacional. Por esta razão, necessitam de aprovação do Congresso Nacional, vez que este materializa a vontade do povo.

O Chefe do Poder Executivo, no Brasil, tem a função de presidir a política externa,²⁹ e tem, segundo a prerrogativa concedida pela Constituição de 1988, a privativa competência para celebrar tratados e convenções internacionais³⁰ A Constituição Federal de 1988 deu ao Presidente da República autonomia para representar o Estado no âmbito externo e para celebrar contratos (na acepção ampla do termo) internacionais, ficando a convencionalidade a seu exclusivo critério, ressalvando, entretanto, que, para que estes contratos (convenções, tratados ou atos) surtam os efeitos no âmbito interno, eles necessitam de aprovação do Legislativo, impondo assim limites ao arbítrio do Executivo.

Sendo assim, o Presidente da República, satisfeito com o acordo celebrado por ele no exercício de sua competência e autonomia, submete o texto ao crivo do Parlamento,³¹ que é chamado a se manifestar por meio da elaboração de decreto

²⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O poder legislativo e os tratados internacionais. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org). **Doutrinas essenciais**: Direito Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 501.

²⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 80.

²⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O poder legislativo e os tratados internacionais. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org). **Doutrinas essenciais**: Direito Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 510.

²⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O poder legislativo e os tratados internacionais. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org). **Doutrinas essenciais**: Direito Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 508.

³⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 nov. 2020.

³¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O poder legislativo e os tratados internacionais. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org). **Doutrinas essenciais**: Direito Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 508.

legislativo (artigo 59, inciso VI, CF/1988).³² O decreto legislativo, nas palavras de Mazzuoli, “materializa o que ficou resolvido sobre os tratados, acordos ou atos internacionais.”³³

Pode o Presidente, posteriormente a celebração, decidir-se por insatisfeito com o acordo celebrado. Neste caso poderá mandar arquivá-lo, não havendo sequer análise por parte do poder legislativo, tampouco elaboração do texto normativo.³⁴ Porém, se a insatisfação se der através do Congresso Nacional, quando chamado a se manifestar, este apenas comunicará a sua decisão de rejeição ao Chefe do Executivo, mediante mensagem, não havendo, também, sequer a edição da normativa.³⁵

Segundo preceitua Mazzuoli, a competência do Congresso Nacional é *ad referendum*, não admitindo qualquer interferência no conteúdo da norma, limitando-se exclusivamente à aprovação ou rejeição do texto convencional.³⁶

O Brasil é signatário da Convenção de Havana sobre Direito dos Tratados, de 1928, que impõe absoluta necessidade de ratificação para todos os tratados, sem exceção.³⁷

Nas palavras do Mestre Rezek, “[...]ratificação é o ato unilateral com que a pessoa jurídica de direito internacional, signatária de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se.”³⁸

No ato da assinatura os Estados-partes exteriorizam o seu consentimento, a sua inclinação a comprometer-se. O ato de assinatura, entretanto, não representa

³² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 nov. 2020.

³³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O poder legislativo e os tratados internacionais. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org). **Doutrinas essenciais: Direito Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 509.

³⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O poder legislativo e os tratados internacionais. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org). **Doutrinas essenciais: Direito Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 508.

³⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O poder legislativo e os tratados internacionais. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org). **Doutrinas essenciais: Direito Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 509.

³⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O poder legislativo e os tratados internacionais. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org). **Doutrinas essenciais: Direito Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 510.

³⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O poder legislativo e os tratados internacionais. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org). **Doutrinas essenciais: Direito Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 504.

³⁸ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 50.

qualquer perspectiva de ratificação,³⁹ sendo aquela mera disposição de vontade. Com a assinatura do Chefe do Executivo, o tratado internacional existe, porém, antes de ser aprovado, não entra no mundo jurídico como negócio jurídico perfeito. Somente após a aprovação do Legislativo, mediante decreto, é que ele tem condições de ser ratificado, ou seja, assumido no plano internacional por quem te voz exterior para fazê-lo.⁴⁰ Antes da ratificação equivale a dizer que, mesmo que o tratado já tenha entrado em vigor internacionalmente, ainda não houve o comprometimento da Nação no cenário internacional.⁴¹

Segundo preceitua Martins, o trâmite – assinatura, aprovação interna e ratificação - é uma harmônica coordenação entre os Poderes Legislativo e Executivo da União, onde “ao Legislativo é atribuída a incumbência de examinar, uma vez consumada a celebração do ato pelo Presidente, se tal decisão pode ser mantida, em nome do interesse nacional.”⁴²

Vejamos que ao Presidente da República, por intermédio de atribuição constitucional, compete privativamente a celebração dos tratados, tendo a última palavra em matéria de ratificação. A manifestação do Congresso, portanto, só ganha força definitiva quando *desaprova* o texto do tratado anteriormente assinado pelo Chefe do Executivo, vezes em que este fica impedido de concluir o acordo mediante ratificação.⁴³

O Congresso pode se retratar da aprovação, desde que o tratado ainda não tenha sido ratificado pelo Chefe do Executivo. Também é possível que o Parlamento revogue, por decreto, igual diploma que tenha anteriormente aprovado o acordo.⁴⁴

³⁹ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 46.

⁴⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O poder legislativo e os tratados internacionais. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org). **Doutrinas essenciais: Direito Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 512.

⁴¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O poder legislativo e os tratados internacionais. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org). **Doutrinas essenciais: Direito Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 510.

⁴² MARTINS, Estevão de Rezende. A apreciação de tratados e acordos internacionais pelo congresso nacional. *In*: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (Editor). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O poder legislativo e os tratados internacionais. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org). **Doutrinas essenciais: Direito Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 511.

⁴⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O poder legislativo e os tratados internacionais. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org). **Doutrinas essenciais: Direito Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 510.

Importante frisar o que Fraga leciona a respeito do decreto legislativo, afirmando que “... não tem ele o condão de transformar o acordo assinado pelo Executivo em norma a ser observada, quer na orbita interna, quer na internaciona.”⁴⁵

Ainda, segundo a mesma autora:

Embora siga quase o mesmo processo destinado a gerar a lei, o decreto legislativo, que aprova o tratado, não pode ser a ela equiparado. A lei, em sentido estrito, é ato conjunto do Legislativo e do Executivo, isto é, exige a participação de ambos os Poderes, para converter-se em norma obrigatória depois de publicada. O decreto legislativo se distingue da lei pela matéria; por concluir-se com a aprovação, não sendo suscetível nem de sanção, nem de veto; por ser promulgado pelo Presidente do Senado [...].⁴⁶

E mais, esclarece que a concordância do Congresso é apenas uma das fases da elaboração de um tratado, e o decreto legislativo (com a devida promulgação do Presidente do Senado) é o ato de *autorização* para que o Executivo possa concluir o acordo.

Com a autorização do Congresso para concluir o acordo, o Presidente da República ratifica e deposita o instrumento, dando publicidade e assumindo o compromisso internacional. Posteriormente, e também mediante Decreto, o Chefe do Executivo Nacional promulga e manda publicar no Diário Oficial da União, conferindo caráter obrigatório ao acordo em todo território nacional.⁴⁷

Há a possibilidade de o Congresso Nacional produzir o Decreto Legislativo e o Presidente vir a não promulgar o tratado. Neste caso, peculiar, o Brasil estaria comprometido no plano internacional, mas não no plano jurídico interno. Entretanto, diante de tal situação, acaso o país viesse a infringir alguma norma, poderia ser responsabilizado internacionalmente.⁴⁸

Pontes de Miranda afirma que o Presidente da República pode pedir a *aprovação* do Congresso antes da *ratificação* perante o Estado ou os Estados contraentes, como também pode ratificar, frisando que depende de aprovação do Congresso Nacional.⁴⁹ Neste último caso, após a aprovação do Congresso, basta que

⁴⁵ FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de Direito Internacional**: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 56.

⁴⁶ FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de Direito Internacional**: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.57-58.

⁴⁷ CAPARROZ, Roberto. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 50.

⁴⁸ CAPARROZ, Roberto. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 51.

⁴⁹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969. t. III**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 105.

seja o instrumento depositado e que o Decreto Executivo seja promulgado e publicado no Diário Oficial da União a fim de que adquira caráter obrigatório.

Caparroz ressalta que a competência do Presidente da República para promulgar os tratados e convenções internacionais (e “fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”)⁵⁰ decorre do disposto no artigo 84, inciso IV, da Constituição, e não do inciso VIII do mesmo artigo que lhe confere a competência para *celebrar* tratados.⁵¹

A participação do Legislativo em ato de competência privativa do Executivo, como é o caso da celebração dos Tratados internacionais, sem a qual este não se consuma, demonstra a complexidade dos poderes da União, o que a doutrina chama de *teoria dos atos complexos*, como bem lembrou Mazzuoli.⁵²

O Poder Judiciário, por sua vez, tem papel apenas depois que os tratados já se encontrem incorporados no ordenamento jurídico brasileiro. Os tratados não podem contrariar a Constituição Federal,⁵³ e estão sujeitos ao controle de constitucionalidade.

Segundo se extrai do artigo 102, inciso III, alínea “b”, da Lei Maior, é competência do Supremo Tribunal Federal “julgar, mediante recurso extraordinário, [...] quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.”⁵⁴ O artigo 105, inciso III, alínea “a”, estabelece que compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, mediante recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, quando a decisão contrariar tratado ou negar-lhes a vigência.⁵⁵ Dos dispositivos se extrai que o Judiciário tem o dever de fazer valer os Tratados internacionais no âmbito interno, todavia, sempre à luz da Constituição Federal.

⁵⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 nov. 2020.

⁵¹ CAPARROZ, Roberto. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 50.

⁵² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O poder legislativo e os tratados internacionais. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org). **Doutrinas essenciais: Direito Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.p. 512.

⁵³ TENÓRIO, Oscar. O problema da interpretação uniforme dos tratados de direito uniforme. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org). **Doutrinas essenciais: Direito Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 353.

⁵⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 nov. 2020.

⁵⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 nov. 2020.

4 A HIERARQUIA DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Após serem incorporados no ordenamento jurídico de determinado Estado, os tratados e convenções passam a coexistir com as normas de direito interno. Muitas vezes essas normas podem conflitar, suscitando a problemática da hierarquia.⁵⁶

A Constituição Federal, com relação à hierarquia dos tratados e convenções internacionais, faz menção expressa apenas àqueles que versem sobre direitos humanos. O artigo 5º, §3º, da Carta Magna, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, mandamenta:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.⁵⁷

A omissão do constituinte com relação aos demais tratados e convenções internacionais, bem como a condição de equivalência a uma norma tão importante que atribuiu aos tratados e convenções sobre direitos humanos, nos permite concluir que intencionalmente optou-se por discriminá-los dos demais tratados, dando-os atenção especial.

Coube, assim, à jurisprudência e à doutrina pátria estabelecerem o entendimento acerca da posição dos tratados e convenções que versarem sobre os demais assuntos. O entendimento do Superior Tribunal Federal, desde 1977, é de que os tratados comuns, uma vez formalizados, entram no ordenamento jurídico interno com força de lei ordinária.

Segundo entendimento do Ministro Alexandre de Moraes, as normas previstas nos tratados (atos, pactos, etc.), ao serem incorporadas na ordem jurídica interna equiparam-se às leis ordinárias, ou seja, possuem natureza infraconstitucional, salvo a hipótese do §3º do artigo 5º da Constituição, a qual prevê a equivalência às emendas constitucionais. Aduz, entretanto, que é discricionariedade do Congresso Nacional

⁵⁶ ACCIOLY, Hildebrando; E SILVA, G. E do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 226.

⁵⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 nov. 2020.

incorporar os tratados sobre direitos humanos mediante normativa do §3º, do artigo 5º,⁵⁸ ou do artigo 49, inciso I,⁵⁹ com *status* de Emenda ou de lei ordinária, a depender do quórum.⁶⁰

O entendimento do Supremo com relação à natureza infraconstitucional dos Tratados e acordos internacionais (os comuns) possibilita um norte com relação aos conflitos que poderão surgir entre tratado e lei interna: se aplica o critério da *lex posterior derogat priori*. O Tratado pode revogar as disposições em contrário, ou ser revogado, considerando o critério cronológico.⁶¹

Para Mazzuoli:

Tratando-se de instrumentos internacionais comuns (à exceção dos tratados de direitos humanos), a jurisprudência do STF tem adotado a possibilidade de *treaty override* no Direito brasileiro, entendendo ser possível a superação de um tratado em virtude de edição de lei posterior.⁶²

Decisão recente do STF:

[...] Salvo quando versem sobre direitos humanos, os tratados e convenções internacionais ingressam no direito brasileiro com status equivalente ao de lei ordinária. Em princípio, portanto, as antinomias entre normas domésticas e convencionais resolvem-se pelos tradicionais critérios da cronologia e da especialidade.⁶³

Ocorre que, conforme bem lembrou Mazzuoli, ao consolidar tal entendimento, o Supremo Tribunal Federal deixou de se ater ao fato de que os tratados internacionais têm sua forma própria forma de revogação, qual seja, a denúncia, e que o

⁵⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 nov. 2020.

⁵⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 nov. 2020.

⁶⁰ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 460-462.

⁶¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 366.

⁶² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário n. 766618**. Conflito entre lei e tratado. Indenização. Prazo prescricional previsto em convenção internacional. Aplicabilidade. [...] Relator: Roberto Barroso, 25 de maio de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur377088/false>. Acesso em: 11 nov. 2020.

descumprimento interno de um compromisso assumido internacionalmente pode acarretar em graves consequências internacionais.⁶⁴

A Convenção de Viena preceitua que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.”⁶⁵ “A ressalva apenas se dá se a violação se der em respeito a uma norma de importância fundamental.”⁶⁶

Daí se entende o que quis dizer Mazzuoli, que os tratados estão sujeitos ao clássico controle de constitucionalidade, porém, as leis internas posteriores a eles, devem passar por um controle de convencionalidade e supralegalidade. No entendimento do autor, os tratados, mesmo aqueles que versarem sobre assuntos alheios aos direitos humanos, são superiores às normas infraconstitucionais e devem ser compatíveis com àqueles.⁶⁷

Grande problema não se enfrenta com relação aos tratados internacionais que versarem sobre direitos humanos, vez que a Carta Política cuidou de forma expressa da posição hierárquica na ordem interna. Sendo assim, quando há conflito entre um tratado internacional de direitos humanos e a legislação infraconstitucional, independentemente da ordem cronológica, prevalece o tratado. Neste sentido o STF:

O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.⁶⁸

Merece ainda rápida menção ao artigo 178 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 7 de 1985, que possui a seguinte redação:

⁶⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 367.

⁶⁵ BRASIL. **Decreto n. 7.030** Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em 13 nov. 2020.

⁶⁶ BRASIL. **Decreto n. 7.030** Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em 13 nov. 2020

⁶⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org). **Doutrinas essenciais: Direito Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 559-560.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 349703**. Prisão civil do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos. Interpretação da parte final do inciso LXVII do art. 5o da Constituição brasileira de 1988. [...] Relator: Carlos Britto, Relator P/ Acórdão: Gilmar Mendes, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87952/false>. Acesso em: 11 nov. 2020.

Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

O Supremo possui tese consolidada sobre o assunto. Neste caso em específico, a Constituição cuidou de estabelecer “regra especial de solução de antinomias, no sentido da prevalência dos tratados sobre a legislação doméstica, seja ela anterior ou posterior àqueles.”⁶⁹ O artigo 178 pressupõe que a os tratados e convenções que versarem sobre transporte internacional têm prevalência inclusive sobre o Código de Defesa do Consumidor.

Acerca da hierarquia dos Tratados Internacionais sobre direitos humanos que respeitem o *quórum* do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, não há entrave: são equivalentes às emendas constitucionais, superiores às normas infraconstitucionais. Quanto aos tratados e convenções comuns, o entendimento majoritário, inclusive do STF, é que eles possuem *status* de lei ordinária, ou seja, de norma infraconstitucional, e respeitam-se os critérios de cronologia e especialidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Tratados e Convenções Internacionais são um importante instrumento de cooperação entres os povos e de respeito à Soberania dos Estados e aos direitos fundamentais do ser humano.

No Brasil, a competência para celebrar Tratados é atribuída de forma privativa ao Presidente da República, que é o representante do Estado na ordem internacional. Ao Chefe do poder Executivo Nacional é dada a autonomia para decidir sobre a conveniência em celebrar um acordo internacional.

O ordenamento jurídico brasileiro optou por submeter os acordos internacionais à aprovação do Congresso Nacional, que é a representação do povo, para que só então possam ser assumidos no plano internacional. Para que sejam incorporados, de fato, no ordenamento jurídico interno, após a aprovação das Casas Legislativas, é

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário n. 766618**. Conflito entre lei e tratado. Indenização. Prazo prescricional previsto em convenção internacional. Aplicabilidade. [...] Relator: Roberto Barroso, 25 de maio de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur377088/false>. Acesso em: 11 nov. 2020.

necessário que o Chefe do Executivo emita o decreto e promulgue o acordo, fazendo com o os acordos tenham força de lei.

Verificando tudo que foi exposto sobre os tratados e seu procedimento de incorporação no ordenamento jurídico brasileiro, conclui-se que os Tratados estão sujeitos aos diversos controles, inclusive judiciais, e, quando incorporados, têm força de lei, gerando obrigações a todos internamente, e ao Estado, no âmbito internacional, tendo seu espaço delimitado pela hierarquia posta no texto constitucional.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; E SILVA, G. E do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 7.030**. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 19 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário n. 766618**. Conflito entre lei e tratado. Indenização. Prazo prescricional previsto em convenção internacional. Aplicabilidade. [...] Relator: Roberto Barroso, 25 de maio de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur377088/false>. Acesso em: 11 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 349703**. Interpretação da parte final do inciso LXVII do art. 5º da constituição brasileira de 1988. [...] Relator: Carlos Britto, Relator p/ Acórdão: Gilmar Mendes, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87952/false>. Acesso em: 11 nov. 2020.

CAPARROZ, Roberto. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONVENÇÃO de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em: https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/legislacao/convencoes/convencao_viena_direito_tratados.pdf. Acesso em: 19 out. 2020.

FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de Direito Internacional**: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1976. Tradução de: João Baptista Machado. Título original: *Reine Rechtslehre*.

MARTINS, Estevão de Rezende. A apreciação de tratados e acordos internacionais pelo congresso nacional. *In*: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (Editor). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. San José: Instituto Interamericano de *Derechos Humanos*, 1996.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O poder legislativo e os tratados internacionais. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org). **Doutrinas essenciais: Direito Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 504.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria do controle de convencionalidade no Direito brasileiro. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org). **Doutrinas essenciais: Direito Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969. t. III**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: EMAIS, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SHAW, Malcom N. **Direito Internacional**. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 2010.

STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. 3. ed. São Paulo: LTR, 1996.

TENÓRIO, Oscar. O problema da interpretação uniforme dos tratados de direito uniforme. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org). **Doutrinas essenciais: Direito Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

**ABORDAGEM DO SHARENTING NO DIREITO BRASILEIRO:
UMA ANÁLISE SOBRE A SUPEREXPOSIÇÃO DAS CRIANÇAS E
ADOLESCENTES NAS REDES SOCIAIS**

**SHARENTING'S APPROACH IN BRAZILIAN LAW:
AN ANALYSIS ON THE OVER-EXPOSURE OF CHILDREN AND ADOLESCENTS
ON SOCIAL NETWORKS**

Joanna da Silveira Corrêa¹

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar o fenômeno do *sharenting* no direito brasileiro, abordando, entre outros fatores, a possibilidade de responsabilização civil dos pais pela superexposição de seus filhos nas redes sociais. O estudo analisa casos reais em que a superexposição, além de gerar desconforto as crianças e/ou adolescentes, pode acarretar em sérias consequências e riscos, tanto presentes quanto futuros. Será abordado ainda, a possível violação dos direitos personalíssimos, como de imagem e privacidade, bem como o direito a intimidade, direitos esses inerentes às crianças e adolescentes pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Analisa-se ainda o papel do Ministério Público, como garantidor dos direitos supracitados, adotando medidas em caso de sua violação. Para a presente pesquisa utilizou-se o método de abordagem dedutivo e para a coleta de dados foram utilizadas a entrevista, a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental com análise de jurisprudência. Assim, a conclusão obtida é de que é necessário que os pais busquem uma educação digital para si, bem como restrinjam suas redes sociais a somente familiares e amigos íntimos, já que podem ser responsabilizados civilmente pela prática do *sharenting*, dada a falta de consentimento dos filhos e a presunção de dano.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. *Sharenting*. Redes sociais. Superexposição.

Abstract: *This article aims to analyze the phenomenon of sharenting in Brazilian law, addressing, among other factors, the possibility of civil liability of parents for over-exposure of their children on social networks. The study analyzes real cases in which overexposure, besides generating discomfort to children and/or adolescents, can lead to serious consequences and risks, both present and future. It will also address the possible violation of personal rights, such as image and privacy, as well as the right to privacy, rights inherent to children and adolescents by the Federal Constitution and the Statute of the Child and Adolescent (ECA). The role of the Public Prosecutor's Office as guarantor of the aforementioned rights is also analyzed, adopting measures in case of their violation. For the present research, the deductive approach method was used and for the data collection interview, bibliographic research and documentary research with jurisprudence analysis were used. Thus, the conclusion reached is that it is*

¹ Acadêmica do Curso de Direito da FUCAP Univinte. E-mail: joannascorrea@gmail.com.

necessary that parents seek a digital education for themselves, as well as restrict their social networks to only relatives and close friends, since they can be held civilly responsible for the practice of sharenting, given the lack of consent of their children and the presumption of harm.

Key-words: Civil responsibility. Sharenting. Social networks. Overexposure.

1 INTRODUÇÃO

Com o avanço crescente da internet no mundo, as redes sociais foram criadas inicialmente como formas de entretenimento, compartilhamento de ideias e uma forma de comunicação com os familiares e amigos que moram em distantes localidades.

A utilização das redes sociais para o compartilhamento de conteúdos privados e íntimos ganhou um expressivo aumento nas últimas décadas, e boa parte desses conteúdos são informações de filhos compartilhadas por seus genitores, bastando uma busca rápida nas redes sociais, como *Instagram* e *Facebook*, para verificar que a quantidade de perfis de crianças e adolescentes é absurdamente grande, muitos deles gerenciados pelos próprios pais.

Com a exposição prematura dos filhos, os pais acabam “sem querer” criando desde muito cedo rastros digitais que podem acompanhar seus filhos durante toda a sua vida. Para descrever e/ou caracterizar a prática abundante e exagerada dos pais de exporem seus filhos, por meio de publicação de dados/informações nas redes sociais foi criado² o termo *Sharenting*, junção das palavras *share* (compartilhar) e *parenting* (parentalidade).

A responsabilidade e o dever de limitar a prática do *Sharenting* (superexposição), zelando pela privacidade das crianças e/ou adolescentes são dos pais, que por muitas vezes acabam perdendo o controle do que se deve ficar *off-line*, como por exemplo, quando publicam fotos e informações íntimas e/ou constrangedoras dos filhos, tais como fotos de uniforme, onde terceiros possam identificar a escola em que estudam, de choros ou brincadeiras que possam trazer certo desconforto e constrangimento a essa criança/adolescente. É preciso analisar que aquela foto que até então pode parecer engraçadinha, poderá acarretar em sérias consequências tanto presentes quanto futuras, na vida das crianças e adolescentes.

² LYCHTER, Aliison. **Oversharenting**: parents juggle their kids' lives online. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/BL-JB-15164>. Acesso em: 08 set. 2020.

Primeiramente, será realizada exposição fática e conceitual sobre o fenômeno supracitado, bem como suas características, depois passará a análise da relação dos pais e filhos no mundo virtual, trazendo exemplos de casos reais em que a superexposição gerou desconforto e consequências a crianças e/ou adolescentes expostos no mundo virtual.

Em segundo plano, será analisada a possível violação dos direitos constitucionais das crianças e/ou adolescentes por seus genitores, com a prática do *Sharenting*, como os direitos personalíssimos e o direito a intimidade. Ainda, será abordado o papel do Ministério Público como responsável por tutelar os direitos referentes às crianças e/ou adolescentes, função a ele atribuída pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Em resumo, o objetivo do presente artigo é analisar o *sharenting* no direito brasileiro, verificando, dentre outros aspectos, a possibilidade de responsabilização civil da conduta dos pais no mundo virtual em relação à exposição dos filhos, sem o consentimento destes, haja vista os possíveis danos que tal prática poderá acarretar, causando impactos presentes e futuros na vida das crianças e/ou adolescentes expostos.

2 SHARENTING: O COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES PESSOAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Com o avanço crescente da *internet* e seus meios de comunicação, as redes sociais passaram a fazer parte do cotidiano de muitas pessoas, desde o simples desejo de bom dia a fotos do passeio de domingo, as pessoas compartilham quase todas as suas atividades diárias nas redes sociais, sendo que na maioria das vezes são conteúdos de caráter privado e íntimo.

Boa parte desses conteúdos refere-se a informações de filhos compartilhadas por seus genitores, resultando na prática do chamado *Sharenting*³ junção dos termos *share* (compartilhar) e *parenting* (parentalidade), assim sendo caracterizado pela

³ TEFFE, Chiara Spadaccini de; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil. Análise a partir do Marco Civil da Internet.** Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/6272/pdf>. Acesso em: 26 jun. 2020.

prática dos pais de postarem informações sobre os seus filhos por meio das redes sociais de maneira abundante/exagerada e detalhada, sem o consentimento destes.

O *Sharenting* é um fenômeno causado pelo grande avanço dos meios de comunicação, sendo que a primeira intenção dos pais ao publicarem fotos de seus filhos é de compartilharem suas primeiras experiências da maternidade/paternidade, bem como o crescimento do seu filho com os amigos próximos e parentes que residem em localidades distantes, os quais proporcionam orgulho e alegria.

Os tipos de publicações são diversos, fotos, vídeos, comentários, relatos, localização, até mesmo a escola em que estudam, e ocorrem a todo o momento, sendo que muitas vezes a criança ainda nem nasceu e já é exposta de maneira exagerada nas redes sociais. Ainda mais, quando os pais já estão inclusos nas redes sociais, já possuindo fama e vários seguidores, como os influenciadores digitais.⁴ Como consequência, os pais influenciadores, acabam inserindo os filhos desde muito cedo no mundo digital, tendo em vista que o conteúdo gerado por esses, muitas vezes muda o segmento e se torna somente sobre os seus filhos e das novas experiências que a maternidade/paternidade fornece.

Sobre a precocidade da inclusão das crianças nas redes sociais, destaca o Guia de Segurança Virtual On-line da AVG:⁵

A precocidade na construção da chamada “identidade digital” deve ser uma preocupação dos pais. Cada vez mais, os bebês têm sua presença on-line estabelecida bem antes do nascimento. Às vezes, trata-se apenas de um anúncio dos pais ansiosos, animados com a chegada da futura criança. Alguns descrevem tudo em seus blogs pessoais, principalmente as mães, que relatam o dia-a-dia da gravidez, registram cada chute que sentem na barriga, o crescimento do feto e muitos outros detalhes, antes só acessíveis aos íntimos ou ao médico.⁶

Em uma era em que os mecanismos de comunicação são utilizados em demasia, sendo que a *internet* há muito tempo deixou de ser utilizada somente como

⁴ Pessoa que trabalha influenciando outras pessoas nas redes sociais, seja na compra de um determinado produto, ou até mesmo na prática de certos padrões de consumo – tradução livre da autora.

⁵ AVG é uma empresa de segurança on-line que oferece produtos e serviços relacionados à privacidade e segurança de dados de pessoas e empresas. AVG. **AVG - Dedicada à sua segurança online.** Disponível em: <https://www.avg.com/pt-br/profile>. Acesso em: 20 ago. 2020.

⁶ SANCHES, C.; CARDELINO, L.; RAMOS, T. **Guia de segurança on-line**, 2014. Disponível em: http://www.roteirokids.com.br/site/wpcontent/uploads/2014/01/AVG_EBOOK.pdf. Acesso em 21 ago. 2020.

um buscador de informações, as famílias contemporâneas vivem atualmente sob frequente influência das mídias e tecnologias, contudo, devem ter o zelo de que as fotos, vídeos, ou ainda, outro tipo de publicação que até então parecem inofensivos, podem acarretar sérias consequências às crianças e adolescentes expostos, senão tomada às precauções necessárias no mundo virtual.

3 SUPEREXPOSIÇÃO: A RELAÇÃO DE PAIS E FILHOS NAS REDES SOCIAIS

Atualmente, para se identificar a prática do *Sharenting*, basta uma busca rápida na rede social *Instagram*, para verificar que a exposição se inicia logo cedo, desde o positivo da gravidez, o primeiro ultrassom, as primeiras palavras, os primeiros passos, os aniversários, o primeiro dia na escola, até os lugares preferidos, bem como, a exposição de seu comportamento e temperamento. Os pais acabam “sem querer”, criando desde muito cedo rastros digitais que podem acompanhar os seus filhos durante toda a sua vida, podendo resultar em impactos presentes e futuros.

Não há dúvidas que as crianças dessa geração já nascem carregadas de publicações, *posts*,⁷ *likes*⁸ e seguidores, porém, tais ações podem gerar consequências a crianças e/ou adolescentes devido a sua superexposição, haja vista que nem sempre eles gostam e aprovam a atitude de seus pais.

Um exemplo concreto, em que exemplifica o fato de que nem sempre os filhos aprovam a conduta dos pais, no que tange a exposição feita por eles e que ainda dividiu opiniões dos usuários nas redes sociais foi quando a atriz Gwyneth Paltrow publicou uma foto junto com a sua filha Apple Martin em uma estação de esqui, onde a menina de 14 anos não gostou da exposição e comentou: “Mãe, nós já discutimos isso. Não poste nada sem meu consentimento”. E a mãe ainda, respondeu: “Não dá nem para ver seu rosto”, se referindo ao fato de que a menina estava com a máscara de esqui.⁹ Muitos usuários comentaram a favor de Paltrow, haja vista que essa como mãe tem o direito de postar fotos ao lado de sua filha, já alguns defenderam Apple, concordando que quando a mãe quiser postar fotos com a filha, consulte-a antes.

⁷ Mensagem que é publicada em alguma página na *internet* – tradução livre da autora.

⁸ Nas redes sociais, significa curtir uma foto, vídeo ou um post publicado – tradução livre da autora.

⁹ GWYNETH Paltrow posta foto com a filha e leva bronca da garota: “Não poste nada sem meu consentimento”. **Estrelando**. 2019. Disponível em: <https://www.estrelando.com.br/nota/2019/03/26/gwyneth-paltrow-posta-nota-com-a-filha-e-leva-bronca-da-garota-nao-poste-nada-sem-meu-consentimento-236054/foto-1>. Acesso em: 17 ago. 2020.

Sobretudo, tem-se que é dever dos pais defender seus filhos dos perigos externos, e que essa é uma das suas maiores preocupações, recomendações que os filhos estão muitas vezes exaustos de ouvir, tais como, não falar com estranhos, não aceitarem caronas, não aceitar coisas, etc., porém, ao exporem seus filhos nas redes sociais, todo esse cuidado e preocupação evaporam¹⁰, ao acreditarem que é **somente excluir a publicação**, não sabendo esses, “que postar algo na *internet* é quase o mesmo que postar algo para a eternidade.”¹¹

Na maioria das vezes, a criança já possui seu perfil próprio nas redes sociais, desde uma idade muito precoce, sendo este normalmente gerenciado por seus genitores, no qual ali publicam todo o cotidiano da criança, como suas tarefas diárias (acordando, o que comeu no café da manhã, seu almoço, etc.), bem como ainda, informações que a caracterizam, como seu animal de estimação, o bichinho de pelúcia favorito, o *look* do dia, as brincadeiras, o que gosta de fazer, a escola em que estuda, os amigos, etc., tudo disponível para quem quiser ver, tão expostos que qualquer estranho a conheceria tão bem, quanto um familiar ou amigo íntimo, haja vista o fácil acesso a informações privadas de seus filhos.

Um importante fato a ser analisado pelos pais, antes de publicarem fotos ou quaisquer informações de seus filhos nas redes sociais, e evitar aborrecimentos, é de que esses não possuem noção do impacto que toda a visibilidade pública gera, sendo que nem possuem ainda capacidade de discernir o uso de suas imagens e informações íntimas, uma vez que não participam da decisão do que gostariam que fosse compartilhado ao seu respeito com milhares de pessoas, sendo a maioria desses, desconhecidos, que dependendo da publicação feita, podem vir a serem alvos de humilhação, como a prática do *bullying*.¹²

Outro exemplo de caso real, em que a exposição gerou repercussão na *internet*, e uma *simples* publicação gerou consequências, virando *bullying*, foi o do

¹⁰ LISBOA, Roberto Senise. CHRISTÓFARO, Danilo Fernandes. **Sociedade da informação**: dano e responsabilidade civil decorrente da prática de *Sharenting*. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/0ds65m46/41oo8qd1/QfIJXdcms7SfNjh2.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2020.

¹¹ EBERLIN, F. B. T. *Sharenting*, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 256-274, 2017.

¹² *Bullying* é a prática de atos violentos, intencionais e repetidos, contra uma pessoa indefesa, que podem causar **danos físicos e psicológicos** às vítimas. SIGNIFICADO de *Bullying*. **Significados**. 2020. Disponível em: <https://www.significados.com.br/bullying/#:~:text=Bullying%20%C3%A9%20a%20pr%C3%A1tica%20de,na%20tradu%C3%A7%C3%A3o%20para%20o%20portugu%C3%AAs>. Acesso em: 27 ago. 2020.

menino Jameson, que virou *meme* e ainda foi comparado a um cachorro da raça *pug*, após sua mãe Alice Ann Meyer¹³ publicar uma foto sua comendo chocolate. Jameson sofre de uma síndrome chamada de Pfeiffer, a qual provoca a fusão prematura do crânio, e conseqüentemente altera a forma da cabeça e da face.

Notório que no caso acima a intenção da mãe jamais foi provocar algum dano ao pequeno Jameson, e é compreensível estar chateada com todo o ocorrido, mas se ela não tivesse publicado a foto, ou ainda, se Jameson pudesse escolher não ser exposto na internet, tal fato certamente não teria ocorrido.

Além do não consentimento das crianças e/ou adolescentes das publicações feitas por seus pais, essas podem sentir-se envergonhadas, constrangidas e ansiosas, bem como suas informações podem cair em mãos erradas e virem a serem utilizadas de modo diverso a qual foi publicada, como o exemplo supracitado, ou ainda, em *sites* de pedofilia infantil, usadas em perfis falsos, estando à família vulneráveis a assaltos e sequestros, haja vista que todos os seus passos, e o de seus pais, são publicados no meio virtual.

Cabe ressaltar que a *internet* e suas tecnologias comunicacionais são de grande importância nos dias atuais, tendo em vista o fácil acesso de comunicação entre as pessoas, o compartilhamento de ideias, troca de experiências e informações, porém, com a prática do *Sharenting*, os pais a utilizam de forma inadequada, ou até mesmo inocente, e acabam esquecendo que todo o cuidado é pouco quando estamos nos referindo à *internet*.

Steinberg analisa que os pais tornam-se narradores da vida de seus filhos, construindo para eles uma identidade digital, sem os consentirem, acarretando no conflito entre direito à liberdade de expressão dos pais e o direito à privacidade/imagem dos filhos.¹⁴

Cumpramos ressaltar, que nem sempre os genitores estão atentos a termos de privacidade, bem como deixam seus perfis nas redes sociais no modo público, não limitando quem pode acessar seus dados e/ou informações, como suas fotos, já que

¹³ MÃE luta para banir memes na internet com foto do filho deficiente. **Correio Braziliense**. 2016. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2016/02/01/interna_mundo,516149/mae-luta-para-banir-memes-na-internet-com-foto-do-filho-deficiente.shtml. Acesso em: 29 mai. 2020.

¹⁴ STEINBERG 2017 Sharenting: Children's Privacy in the Age of Social Media. **Emory Law Journal**; University of Florida Levin College of Law Research Paper No. p. 16-41. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2711442. Acesso em 22 ago. 2020.

em vista dos diversos recursos existentes, tais como os chamados *prints*,¹⁵ é difícil os pais terem o controle de quem consegue ter acesso às informações publicadas. Sem a devida cautela na *internet*, é como se os pais deixassem as janelas de suas casas escancaradas e os momentos íntimos familiares, e especialmente de seus filhos, tornam-se públicos.

Com relação aos adolescentes, e todas as descobertas que são feitas nessa idade, bem como a busca pela própria identidade para se encaixarem na sociedade, eles não gostam de ter suas imagens e informações pessoais expostas em páginas na *internet*, assim como, se sentem envergonhados quando seus pais postam fotos com eles, principalmente quando utilizam a *hashtag*¹⁶ bebê da mamãe e/ou do papai.

É importante que os pais analisem se eles expõem seus filhos nas redes por que ambos gostam e é de maneira saudável, ou se é devido a algum desejo deles de se auto promoverem, ou ainda, de gozarem dos benefícios que “ser famoso” na *internet* oferece, como presentes, *status* e prestígio social.

Em suma, a criança que é exposta de forma prematura na *internet*, por meio das redes sociais, e a sua conseqüente fama precoce, além de sua precoce **adultização**, crescem com a pressão de que tudo que devem fazer, seja na vida particular quanto profissional, deve ser perfeito, tendo em vista que diversas pessoas a acompanham e de alguma forma são influenciadas por ela. Ainda, lidam com pressão de serem aceitas socialmente, e com medo de que as suas fotos e/ou publicações, não tenham a quantidade de *likes* suficientes, sendo que no **mundo virtual**, é fator determinante para saber quem é famoso e bom o bastante para aquele meio, havendo a valorização da beleza em primeiro lugar, não levando em conta que somente devem se preocupar em serem crianças.

A criança em tenra idade vê as fotos, os vídeos que são feitos dela, como uma brincadeira, visto que todos a sua volta acham graça e ficam felizes, a criança naquele momento só responde as expectativas exigidas pelos pais, entendendo aquele momento como uma atenção que seus genitores e/ou familiares estão dando a ela. O problema está quando, a criança cansa daquela **brincadeira**, sendo muitas vezes

¹⁵ Nome dado às capturas de tela de smartphones – tradução livre da autora.

¹⁶ A Hashtag é usada nas redes sociais com o objetivo de direcionar o usuário para uma página com publicações sobre o mesmo tópico. É muito usada no *Twitter*, *Facebook*, *Instagram* e *TikTok*. DUBSCKY, Luiza. Entenda o que é hashtag (#) para que elas servem e como utilizá-las. **Blog da Rock Content**. 2019. Disponível em: <https://rockcontent.com/br/blog/o-que-e-hashtag/>. Acesso em: 22 ago. 2020.

forçada a vestir roupas e/ou fantasias desconfortáveis, bem como a sorrir e fazer poses, causando-a irritação e estresse.

Acrescente-se que é necessário que os pais, busquem uma maneira de compartilhar as alegrias da maternidade/paternidade, de maneira saudável para ambos, visando sempre em primeiro lugar o interesse da criança e/ou adolescente, bem como a melhor forma de introduzi-los na *internet* de modo seguro, não os deixando vulneráveis aos perigos digitais, considerando que poderão ainda ferir direitos legais e constitucionais de suas proles.

Nesse sentido Maria Celina Bodin de Moraes e Joyceane Bezerra de Menezes, entendem:

Os interesses pessoais da criança e do adolescente devem ser levados em consideração, assim como a sua capacidade de agir, na medida de sua maturidade e discernimento, especialmente no que tange às decisões existenciais.¹⁷

Os pais são os responsáveis em criar, assistir e educar seus filhos, e parece tanto quanto estranho que os próprios pais possam expor suas proles aos perigos digitais, bem como violarem direitos legais e constitucionais inerentes a criança e/ou adolescente, com a prática do *Sharenting*.

Em resumo, faz-se necessário à educação digital dos genitores, restringindo suas redes sociais para que somente pessoas selecionadas (familiares e amigos próximos) possam ter acesso a suas informações íntimas e pessoais, bem como analisem que a superexposição que realizam de seus filhos na *internet*, pode ser prejudicial para ambos, e antes de postarem qualquer foto e/ou informação indaguem se colocariam na parede de sua sala de estar, tendo em vista quem em ambas diversas pessoas terão acesso.

¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de; MORAES, Joyceane Bezerra de. Autoridade parental e privacidade do filho menor: o desafio de cuidar para emancipar. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. v. 20. n. 2. mai/ago. 2015. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7881/4466>. Acesso em: 27 ago. 2020.

3.1 PARECER TÉCNICO SOBRE OS EFEITOS PSICOLÓGICOS - PRESENTES E FUTUROS – DA SUPEREXPOSIÇÃO

Para elucidar o tema sobre os efeitos psicológicos do *sharenting* foi realizada uma entrevista com a psicóloga Catarina Costa Marques, Médica Hebeatra (Especialista em Adolescentes) e Psicóloga inscrita no CRM/SC 6742 e no CRP 12/08067.¹⁸ A entrevista aconteceu de forma online, haja vista o momento de pandemia pela COVID-19, sendo encaminhada, no dia 04 de setembro de 2020, uma série de perguntas para o endereço eletrônico da entrevistada, sendo as respostas recebidas no dia 14 do mesmo mês e ano.¹⁹

Questionada sobre as consequências da prática do *Sharenting*, a Dra. Catarina esclarece que por ser um fenômeno recente, não é possível ainda saber quais repercussões psicológicas tal fenômeno poderá causar, no entanto esclarece que é preciso ter a consciência que a postagem de fotos de bebês, crianças e adolescentes podem causar constrangimento e ainda, serem utilizadas para a prática do *cyberbullying*,²⁰ através das redes sociais.

Em um segundo momento, ressalta a entrevistada que tudo que é postado na *internet* pode ser reproduzido em outras fontes e em diferentes contextos, podendo ser utilizado para meios fraudulentos e sexuais, destacando a importância dos pais de estarem atentos às políticas de privacidade de suas redes sociais, para que desconhecidos não a acessem, tendo em vista que alguns pais postam imagens dos filhos apenas para compartilhar alguns momentos em família, já outros, exibem seus filhos como “troféus”, expondo-os de forma intensa e exaustiva, seja pelo seu bom desempenho em esportes, rendimento escolar ou até mesmo pela beleza estética.

¹⁸ MARQUES, Catarina Costa **Quem sou**. Disponível em: <http://www.catarinacostamarques.com.br/>. Acesso em: 02 out. 2020.

¹⁹ RESPONSABILIDADE civil dos pais: uma análise sobre *sharenting* das crianças e adolescentes nas redes sociais. Entrevistadora: Joanna da Silveira Corrêa. Entrevistada: Catarina Costa Marques. Florianópolis, 04 set. 2020.

²⁰ Violência praticada contra alguém, através da internet ou de outras tecnologias relacionadas ao mundo virtual. Sendo a ação com o objetivo de agredir, perseguir, ridicularizar e/ou assediar. SILVA, Carolina Cristina da. *Cyberbullying: o que é?* **Politize!** 2018. Disponível em: <https://www.politize.com.br/cyberbullying-o-que-e/#:~:text=Cyberbullying%20%C3%A9%20a%20viol%C3%Aancia%20praticada,%20ridicularizar%20e%20Fou%20assediar>. Acesso em: 03 out. 2020.

Quanto às repercussões psicológicas da superexposição, expõe que podem ser diversas, dependendo de diversas variáveis, como autoestima, temperamento, e até mesmo o do vínculo com os seus cuidadores e suas relações interpessoais.

Por fim, tendo em vista a possibilidade de os pais que praticam a superexposição estarem projetando nos seus filhos suas frustrações e da realização através do sucesso dos mesmos, de forma equivocada, é recomendado que os pais fiquem atentos e publiquem imagens dos seus filhos nos seus perfis privados, para que assim estranhos não tenham acesso. Destacando ainda, a importância dos genitores estarem cientes do tipo de fotos que publicam, evitando imagens da criança sem roupa, ou em situações constrangedoras, haja vista que essas fotos de infância poderão trazer consequências na vida dos expostos (crianças e/ou adolescentes), e até mesmo repercutir na vida adulta.

4 A POSSIBILIDADE FUTURA DE RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS FILHOS PELA SUPEREXPOSIÇÃO

Embora, muitos tenham a errônea ideia de que na *internet* pode-se tudo, considerando a liberdade de criação, edição e propagação de informações, entendendo-a como **uma terra sem lei**, onde não há consequências de seus atos, é importante ressaltar que mencionada liberdade encontra limites no próprio ordenamento jurídico, proibindo-se determinados comportamentos, principalmente no que diz respeito à violação de direitos, causando danos a outrem.²¹

Conforme o Código Civil, precisamente em seus dispositivos 186 e 187, esses dispõem que “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, comete ato ilícito “o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. De forma complementar, esclarece o dispositivo 927 do Código supracitado, “aquele que causar dano a outrem ficará obrigado a repará-lo”.

Acerca da responsabilidade, Rui Stoco, esclarece:

²¹ LISBOA, Roberto Senise. CHRISTÓFARO, Danilo Fernandes. **Sociedade da informação: dano e responsabilidade civil decorrente da prática de *Sharenting***. Disponível em: <http://conpedi.danilojr.info/publicacoes/0ds65m46/41oo8qd1/QfIJXdcms7SfNjh2.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2020.

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim **respondere**, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana.”²²

Denota-se, assim, que as mesmas regras aplicadas ao **mundo real**, aplicam-se ao **mundo virtual**, considerando, a possibilidade de gerar dano a outrem, como o uso indevido de sua imagem, violando direitos personalíssimos, tais como a honra, a moral e a privacidade.

Tratando-se de direitos absolutos, os direitos supracitados são aplicados a todos, sem distinção,²³ assim sendo, aplicados também, às crianças e aos adolescentes, bem como a responsabilidade e o dever de limitar a prática do *Sharenting*²⁴ (superexposição), zelando pela privacidade das crianças e/ou adolescentes é dos pais, que por muitas vezes acabam perdendo o controle do que se deve ficar *off-line*.

Nesse sentido, aponta Caio Mário da Silva Pereira:

O direito assegura ao indivíduo o direito à própria imagem. A lei proíbe a sua divulgação por qualquer meio – fotografia, cinema, gravação no vídeo – e reprime a infração como atentado à privacidade, de qual cada um é senhor exclusivo.²⁵

Considerando que, embora os Tribunais Superiores não tenham tratado especificadamente a respeito do assunto ainda, tendo em vista o fenômeno do *Sharenting* ser recente, podemos extrair alguns ensinamentos da jurisprudência sobre o direito de imagem, o qual aplica-se também as crianças e/ou adolescentes.

Nesse sentido, o Recurso Especial n. 1.698.701 o qual teve como Relator o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Recorrente a atriz Giovanna Antonelli e como

²² STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 114.

²³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. [...]. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 11 set. 2020.

²⁴ *Share*, termo em inglês que significa compartilhar e *parenting*, termo em inglês que significa parentalidade – tradução livre da autora.

²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 1. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Recorrido Dermo Formulações Farmácia de Manipulação Ltda – ME, originou-se a partir de uma Ação de Indenização proposta pela Recorrente em virtude do uso não autorizado de seu nome e da sua imagem em campanha publicitária pelo Recorrido.²⁶

No tocante ao direito de imagem, o Superior Tribunal de Justiça utilizou como fundamento o Artigo 5º, X, da Constituição Federal, o qual dispõe ser inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e **imagem** das pessoas, **assegurando ainda o direito à indenização** pelo dano material ou moral decorrentes de sua violação,²⁷ e de forma complementar, o artigo 20, do Código Civil.²⁸

Ainda a Súmula n. 403, do Superior Tribunal de Justiça dispõe que “o uso não autorizado de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais dá ensejo ao dever de reparação dos danos morais e materiais independentemente de prova do prejuízo.”²⁹

Assim, conforme entendimento da decisão e da súmula proferida pelo STJ, esse entendeu que constatado o uso não autorizado do nome e imagem da Recorrente em campanha publicitária vinculada ao Recorrido, com fins comerciais, é devida a reparação integral dos danos morais e patrimoniais.

Com base no entendimento acima descrito, aplicando-se ao fenômeno do *Sharenting*, pode-se verificar que alguns pais utilizam os perfis nas redes sociais em nome próprio ou de seus filhos, não só com o objetivo de partilhar experiências familiares, mas também com objetivo comercial, o que explica a grande quantidade

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.698.701/RJ**. Recurso Especial. Direito Civil. Uso indevido de imagem. Fins comerciais. Enriquecimento sem causa. Art. 884 do Código Civil. Justa causa. Ausência. Dever de restituição. Lucro da intervenção. Forma de quantificação. Recorrente: Giovanna Antonelli. Recorrido: Dermo Formulações Farmácia de Manipulação LTDA. Relatora: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 02 de outubro de 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701556885&dt_publicacao=08/10/2018. Acesso em: 04 set. 2020.

²⁷ [...] 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. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 set. 2020.

²⁸ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. BRASIL. Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 12 set. 2020.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 403**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014_38_capSumula403.pdf. Acesso em: 29 set. 2020.

de “miniblogueiras(os)” ou “miniinfluenciars”, utilizando determinado produto de determinada marca, induzindo outros pais e filhos a consumir e comprar.

No momento atual, as redes sociais se tornaram um “novo gerador de empregos”. De maneira que, os pais passaram a expor os seus filhos com o objetivo de obter lucro, obrigando-os a mostrar tudo o que fazem, o que usam, o que comem e o que gostam. Ressaltando ainda, que uns dos principais produtos que as crianças e/ou adolescentes “comercializam” nas redes sociais é no ramo de vestuário, sendo que na maioria das vezes as roupas que usam não condizem com a sua idade, principalmente as meninas, que já são induzidas a utilizar maquiagem, salto alto e roupas curtas e justas, momentos os quais as crianças e/ou adolescentes não sabe discernir se o que estão fazendo é diversão ou propaganda.

Não há ainda, legislação específica que regule a prática do *Sharenting*, pelo fato de ser um tema muito recente, contudo, temos o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que foi baseado nas normas fundamentais da atual Constituição Federal, passando assim a tutelar direitos inerentes a esses, enquanto pessoas em desenvolvimento.

Além do direito fundamental à liberdade, ao respeito e à dignidade, a Lei n. 12.010/2009, inseriu no Estatuto da Criança e Adolescente doze princípios³⁰ que, segundo a doutrina, devem orientar todo o sistema, sendo um deles a **privacidade**, onde a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva de sua vida privada.

Sobre o direito à privacidade, Alexandre de Moraes dispõe:

O direito à privacidade ou a vida privada engloba o direito à intimidade. A intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo de uma pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto a privacidade ou vida privada é mais ampla e envolve todos os relacionamentos sociais.³¹

Bem como, sobre o direito de imagem, defende Fábio Ulhoa:

Para ser objeto de proteção como direito da personalidade, deve possibilitar a imediata identificação do titular do direito. Assim, o retrato do rosto, de frente ou de perfil, normalmente encontra-se sob a tutela do direito à

³⁰ BRASIL. **Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990 – ECA**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 04 jun. 2020.

³¹ MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 53.

imagem. Reprodução de outras partes do corpo também podem ser objeto de proteção, desde que, por meio dela, se possa identificar a pessoa.³²

Desta maneira, conforme o Artigo 2º do Código Civil,³³ a partir do nascimento, as crianças adquirem personalidade civil, tornando-se sujeitos dos direitos acima tratados, devendo ser protegidas sua imagem, opiniões e bem como, sua moral.

A Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente outorgam ao Ministério Público a responsabilidade juntamente com o Poder Público de zelarem pelos direitos das crianças e dos adolescentes, cabendo a eles, portanto, a proteção da prática do *Sharenting*, nesse sentido afirma o Artigo 201, VIII, do Estatuto da Criança e do Adolescente,

Compete ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis.³⁴

Ainda, entende Hugo Mazzilli,

Como os direitos e interesses ligados à proteção da criança e do adolescente sempre têm caráter social ou indisponível, conseqüentemente não se pode excluir a iniciativa ou a intervenção ministerial em qualquer feito judicial em que se discutam esses interesses. Assim, tanto interesses sociais ou interesses individuais indisponíveis ligados à proteção da criança e do adolescente merecem tutela pelo Ministério Público; o mesmo se diga dos interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos ligados à infância e à juventude.³⁵

Assim, o Ministério Público desempenha a função de fiscal da ordem jurídica, garantindo a defesa dos direitos individuais, coletivos ou difusos relativos à infância e à adolescência, propondo ação cível, nos termos do Artigo 201, V e 210, I do ECA,³⁶ bem como nos casos em que este não for autor, obrigatoriamente, deverá ser dado vistas, o qual atuará como parte.

³² ULHOA, Fábio. **Curso de Direito Civil**: parte geral. v. 1. ed. 7. São Paulo: Saraiva, 2014.

³³ BRASIL. Senado Federal **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 ago. 2020.

³⁴ BRASIL. **Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990 – ECA**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 04 jun. 2020.

³⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público no Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://mazzilli.com.br/pages/artigos/mpnoeca.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2020.

³⁶ BRASIL. **Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990 – ECA**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 04 jun. 2020.

Exemplo da intervenção do Ministério Público em face da prática do *Sharenting*, em que mais uma vez a exposição exacerbada de crianças repercutiu, foi em relação ao caso da menina Maísa no ano de 2009,³⁷ onde houve a proibição pelo Ministério Público da utilização de Maísa no quadro “Pergunte para a Maísa”, no Programa Sílvio Santos, exibido na emissora SBT.

Segundo o Ministério Público, a exposição de Maísa, feria os direitos assegurados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, tais como à liberdade e o respeito à dignidade do ser humano em desenvolvimento, haja vista, episódios constrangedores em que a menina era submetida.

Um recentemente caso, que também repercutiu em veículos de comunicação e levantou discussões acerca da exposição de filhos pelos pais nas redes sociais, foi em relação ao canal no *You Tube* “Bel para meninas,”³⁸ que conta com 7,6 milhões de inscritos. Os vídeos do canal passaram a chamar a atenção devido a situações constrangedoras e desconfortáveis em que Bel era submetida por sua mãe, Fran.

Dentre os polêmicos vídeos, um mostrava a garota sendo obrigada por sua mãe a ingerir um estranho líquido e logo depois vomitava, enquanto sua mãe ao invés de prestar auxílio à filha, que aparentemente passava mal, jogou o líquido na cabeça da mesma, outro ainda, a mãe pede que os seguidores escolham qual mochila a Bel deve usar, no entanto, a garota tem preferência por uma e quando demonstra isso é notório o descontentamento da mãe e o medo de Bel. Ainda a garota é submetida a perguntas e situações embaraçosas que demonstram nitidamente que não está confortável e que faz os vídeos obrigados por sua mãe.

Considerando todo o exposto, cristalino que a prática do *Sharenting* fere a honra, a imagem, e a dignidade da pessoa humana, bem como sua moral, podendo trazer graves danos à pessoa, que no caso são crianças e adolescentes, tanto no momento de sua propagação quanto na sua vida adulta.

Por fim, dispondo que a responsabilidade civil possui como um de seus principais pressupostos, a existência do nexa causal entre o ato (ação e omissão) e o dano por ele gerado, mesmo que a conduta praticada não foi com a intenção de violar

³⁷ PORTÍRIO, Fernando. Justiça proíbe Maísa de participar de programa de TV. **Conjur**. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-mai-22/justica-proibe-maissa-participar-programa-silvio-santos>. Acesso em: 04 jun. 2020.

³⁸ CASO ‘Bel para meninas’, e a exposição infantil nas redes. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2020/05/caso-bel-para-meninas-e-a-exposicao-infantil-nas-redes.shtml>. Acesso em: 29 mai. 2020.

direitos legais e constitucionais, será passível de reparação, independentemente ainda de quem o faça, mesmo esses sendo os genitores.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo realizado acima, percebe-se que com o avanço crescente da *internet* e suas formas de uso, em destaque os seus meios de comunicação, as pessoas utilizam a ferramenta para mostrar quase todo seu cotidiano, compartilhando na *internet*, por meio de suas redes sociais, informações de caráter íntimo e privado. Com a maternidade/paternidade, os pais passam a também expor seus filhos, seja por suas próprias mídias sociais ou criam uma para os menores.

Com a prática de exposição cada vez mais frequente, foi criado um termo para caracterizar a exposição exacerbada (superexposição) dos filhos nas redes sociais por seus pais, chamado de *Sharenting*. Tal fenômeno é caracterizado pelo compartilhamento excessivo de informações dos filhos por seus genitores, pela exposição de sua imagem e intimidade, seja com fins comerciais ou não.

Considerando o fácil acesso as informações compartilhadas pelos genitores, por diversas pessoas, na maioria estranhas, em vários lugares do mundo, e ainda, a falta de consentimento dos filhos, e a incapacidade de discernimento desses sobre os impactos que a visibilidade pública gera, tendo em vista que os pais compartilham diversas informações (fotos, vídeos, comentários, etc.), sem pensar nas consequências e riscos, destaca-se que as crianças e adolescentes se tornam fáceis alvos de pessoas mal intencionadas, como a prática de *bullying*, *memes* e outras humilhações originadas na *internet*, como nos casos reais citados, da mesma forma para a prática de crimes sexuais, como a pedofilia.

Importante ressaltar, que além dos riscos citados, há as repercussões psicológicas que podem surgir com a superexposição precoce nas redes sociais, além do amadurecimento precoce, destaca-se problemas com autoestima, temperamento, e até mesmo o do vínculo com os seus cuidadores e suas relações interpessoais.

No campo legal, com a prática do fenômeno *sharenting*, os pais violam direitos personalíssimos, como o direito de imagem, privacidade, bem como o da intimidade, tutelados pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), fundando-se pelo fato de que pela falta de seu consentimento, essas crianças

e adolescentes podem vir a sofrer consequências tanto presentes, quanto futuras em sua vida adulta, com imagens ou informações de sua infância/adolescência que gere desconforto e constrangimento, bem como a violação de preceitos constitucionais e legais, haja vista que assim como os adultos esses gozam dos mesmos direitos.

Deste modo, as condutas aparentemente inofensivas praticadas pelos pais, os quais compartilham informações de caráter íntimo e privado de seus filhos, sem o consentimento desses, e ainda, com a violação dos direitos da personalidade, será passível de reparação civil do dano gerado.

O estudo do presente trabalho, concluiu que a exposição dos filhos nas redes sociais por seus genitores, não é e nem deve ser proibida, tendo em vista a ausência de legislação e julgados específicos sobre o tema por se tratar de um fenômeno recente, e que as gerações prejudicadas ainda não possuem a capacidade de entender os impactos da prática pelos genitores, entretanto, acredita-se que o ordenamento jurídico em breve começará a tratar sobre o tema, haja vista as consequências no campo legal que tal tema ocasionará, bem como o dever de proteção aos bens jurídicos tutelados.

Com o avanço cada vez mais crescente da *internet*, as relações serão cada vez mais virtuais, contudo, os pais devem zelar pela proteção e vontade dos filhos em não serem expostos, tendo em vista que os direitos personalíssimos, protegidos pela Constituição Federal, como o direito de imagem e privacidade, bem como o direito a intimidade da criança e do adolescente devem ser protegidos, e caso violados poderão gerar dano, e conseqüentemente a responsabilização civil, independentemente de serem terceiros ou os próprios pais, cabendo ainda ao Ministério Público à tutela dos direitos supracitados, conforme estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Diante disso, se faz necessário que os pais, busquem educação digital, para que também possam ensinar seus filhos, bem como tenham a consciência de que tudo que é postado na *internet* é para sempre, ressaltando a importância dos termos de privacidade das redes sociais, deixando em modo privado, e caso as crianças e adolescentes já possuem mídias próprias que os pais sempre ficam atentos aos tipos de fotos que seus filhos postam, bem como as pessoas com quem conversam e têm acesso a seus conteúdos, para que assim as gerações futuras se adaptem as novas

formas de interação entre as pessoas, utilizando com sabedoria a preciosa ferramenta que possuem.

Levando-se em conta o que foi observado, os pais devem refletir que quando se trata de cuidado, não se faz referência a impor a sua vontade, e sim zelar pela proteção dos filhos, e conseqüentemente propiciar a esses o desenvolvimento saudável, extraíndo as melhores experiências que os novos meios de comunicação e interação podem oferecer.

REFERÊNCIAS

AVG. **AVG - Dedicada à sua segurança online**. Disponível em: <https://www.avg.com/pt-br/profile>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Senado Federal **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 403**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj_revista_sumulas-2014_38_capSumula403.pdf. Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990 – ECA**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.698.701/RJ**. Recurso Especial. Direito Civil. Uso indevido de imagem. Fins comerciais. Enriquecimento sem causa. Art. 884 do Código Civil. Justa causa. Ausência. Dever de restituição. Lucro da intervenção. Forma de quantificação. Recorrente: Giovanna Antonelli. Recorrido: Dermo Formulações Farmácia de Manipulação LTDA. Relatora: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 02 de outubro de 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701556885&dt_publicacao=08/10/2018. Acesso em: 04 set. 2020.

CASO ‘Bel para meninas’, e a exposição infantil nas redes. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2020/05/caso-bel-para-meninas-e-a-exposicao-infantil-nas-redes.shtml>. Acesso em: 29 mai. 2020.

CARDOSO, Jessica Ferreira. O papel do Ministério Público no contexto do direito da criança e adolescente. **Jus.com.br**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67759/>

o-papel-do-ministerio-publico-no-contexto-do-direito-da-crianca-e-do-adolescente. Acesso em: 28 ago. 2020.

DUBSCKY, Luiza. Entenda o que é hashtag (#) para que elas servem e como utilizá-las. **Blog da Rock Content**. [S.l.] 2019. Disponível em: <https://rockcontent.com/br/blog/o-que-e-hashtag/>. Acesso em: 22 ago. 2020.

EBERLIN, F. B. T. Sharenting, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 256-274, 2017.

GWYNETH Paltrow posta foto com a filha e leva bronca da garota: “Não poste nada sem meu consentimento”. **Estrelando**. [S.l.] 2019. Disponível em: <https://www.estrelando.com.br/nota/2019/03/26/gwyneth-paltrow-posta-nota-com-a-filha-e-leva-bronca-da-garota-nao-poste-nada-sem-meu-consentimento-236054/foto-1>. Acesso em: 17 ago. 2020.

LISBOA, Roberto Senise. CHRISTÓFARO, Danilo Fernandes. **Sociedade da informação**: dano e responsabilidade civil decorrente da prática de *Sharenting*. Disponível em: http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/0ds65m46/41oo8_qd1/QfIJXdcms7SfNjh2.pdf. Acesso em: 17 ago. 2020.

LYCHTER, Allison. **Oversharenting**: parents juggle their kids’ lives online. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/BL-JB-15164>. Acesso em: 08 de set. 2020.

MÃE luta para banir memes na internet com foto do filho deficiente. **Correio Braziliense**. [S.l.] 2016. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2016/02/01/interna_mundo,516149/mae-luta-para-banir-memes-na-internet-com-foto-do-filho-deficiente.shtml. Acesso em: 29 mai. 2020.

MARQUES, Catarina Costa **Quem sou**. Disponível em: <http://www.catarinacostamarques.com.br/>. Acesso em: 02 out. 2020.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público no Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://mazzilli.com.br/pages/artigos/mpnoeca.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 53.

MORAES, Maria Celina Bodin de. MORAES, Joyceane Bezerra de. Autoridade parental e privacidade do filho menor: o desafio de cuidar para emancipar. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. v. 20. n. 2. mai/ago 2015. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7881/4466>. Acesso em: 27 ago. 2020.

ORESTEINS, José. **O que é Sharenting e qual o limite da prática na era do Instagram**. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2017/06/11/O->

que-%C3%A9-sharenting.-E-qual-o-limite-da-pr%C3%A1tica-na-era-do-Instagram. Acesso em: 28 de maio 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v.1. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PORTÍRIO, Fernando. Justiça proíbe Maísa de participar de programa de TV. **Conjur**. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-mai-22/justica-proibe-maissa-participar-programa-silvio-santos>. Acesso em: 04 jun. 2020.

RESPONSABILIDADE civil dos pais: uma análise sobre *Sharenting* das crianças e adolescentes nas redes sociais. Entrevistadora: Joanna da Silveira Corrêa. Entrevistada: Catarina Costa Marques. Florianópolis, 04 set. 2020.

SANCHES, C.; CARDELINO, L.; RAMOS, T. **Guia de segurança on-line**, 2014. Disponível em: http://www.roteirokids.com.br/site/wpcontent/uploads/2014/01/AVG_EBOOK.pdf. Acesso em: 21 ago. 2020.

SIGNIFICADO de *Bullying*. **Significados**. [S.l.] 2020. Disponível em: <https://www.significados.com.br/bullying/#:~:text=Bullying%20%C3%A9%20a%20pr%C3%A1tica%20de,na%20tradu%C3%A7%C3%A3o%20para%20o%20portugu%C3%AAs>. Acesso em: 27 ago. 2020.

SILVA, Carolina Cristina da. *Cyberbullying: o que é?* **Politize!** 2018. Disponível em: <https://www.politize.com.br/cyberbullying-o-que-e/#:~:text=Cyberbullying%20%C3%A9%20a%20viol%C3%Aancia%20praticada,%20C%20ridicularizar%20e%20Fou%20a%20seducir>. Acesso em: 03 out. 2020.

STEINBERG 2017 *Sharenting: children's privacy in the age of social media*. **Emory Law Journal**; University of Florida Levin College of law research paper n. p. 16-41. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2711442. Acesso em: 22 ago. 2020.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 114.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil**. Análise a partir do Marco Civil da Internet. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/6272/pdf>. Acesso em: 26 de jun. 2020.

ULHOA, Fábio. **Curso de Direito Civil: parte geral**. v. 1.7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ZAGO, G. A possibilidade de responsabilização civil de terceiros por comentários na internet. **Anagrama**, v. 4, n. 1, p. 1-16, 2010. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/anagrama/article/view/35484>. Acesso em: 26 de jun. 2020.

FRAGMENTOS DOS DIREITOS SOCIAIS WEIMARIANOS NO REPERTÓRIO
CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: ANÁLISE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
NA CONSTITUIÇÃO DE 1934

*FRAGMENTS OF WEIMARIAN SOCIAL RIGHTS IN THE BRAZILIAN
CONSTITUTIONAL REPERTOIRE: ANALYSIS OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN
THE 1934 BRAZILIAN CONSTITUTION*

José Gustavo Bononi¹

Resumo: Sabe-se que a Constituição de Weimar de 1919 foi responsável por referenciar inúmeras outras Constituições no mundo, entre elas a brasileira de 1934, com relação à temática dos direitos fundamentais sociais. Todavia, nota-se que há poucos estudos que explicitem os detalhes histórico-discursivos dessas referências. Visto isso, este artigo busca analisar os pontos de contato históricos e discursivos entre as Constituições de Weimar e a Constituição brasileira de 1934, no que tange aos direitos sociais prestacionais, procurando evidenciar diferenças e similaridades normativas. Para isso, lança-se mão das técnicas metodológicas do direito comparado, da análise histórico-crítica e de análise bibliográfica, com estabelecimento de fichas analíticas para cotejo e compreensão dos resultados perscrutados. Procura-se com este trabalho contribuir para o campo científico do Direito e especificamente para os estudos em História do Direito, História das Constituições e Direito Constitucional.

Palavras-chave: Constituição de 1934. Constituição de Weimar. História das constituições. Direito Constitucional.

Abstract: *It is known that the Weimar Constitution of 1919 referred countless other Constitutions in the world, among them the Brazilian one of 1934, specially in relation to the theme of fundamental social rights. However, there are few studies that explain the historical-discursive details of these references. In view of this, this article seeks to analyze the historical and discursive points of contact between the Weimar Constitution and the Brazilian Constitution of 1934, with regard to social welfare rights, seeking to highlight normative differences and similarities. For that, it uses the methodological techniques of comparative law, historical-critical analysis and bibliographic analysis, establishing analytical files in order to compare and understand the searched results. This work seeks to contribute to the scientific field of Law and specifically to studies in the History of Law, History of Constitutions and Constitutional Law.*

Keywords: *Brazilian Constitution of 1934. Weimar's Constitution. History of constitutions. Constitutional law.*

¹ Acadêmico do Curso de Direito da FUCAP/UNIVINTE. E-mail: gustavobononi@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

É consenso na literatura especializada que a Constituição de Weimar promoveu, ao lado de sua irmã mexicana de 1917, o florescimento da constitucionalização dos direitos sociais prestacionais em outras Constituições, de outros Estados, no globo, dando sentido àquilo que, juntamente com os direitos econômicos e culturais, é denominado pela doutrina como direitos de *segunda dimensão*.² Nas palavras de Luis Roberto Barroso, mesmo em meio à turbulência política, “tornou-se um dos documentos constitucionais mais influentes da história,”³ inclusive em países onde vigora o sistema jurídico *Common Law*.⁴ Para Karl Loewenstein, “a *Constitución de Weimar contribuyó esencialmente a popularizar y extender los derechos sociales; su catálogo de derechos fundamentales es una curiosa mezcla entre un colectivismo moderno y liberalismo clásico*.”⁵ No mesmo sentido, Bobbio, Matteuci e Pasquino lembram que, das Constituições dos países europeus do início do século XX, ao lado das austríaca e tchecoslovaca, de 1920, e, mais tarde, na península ibérica, da Constituição espanhola, de 1931, a alemã, de 1919 mereceu “sempre um interesse particular.”⁶ Para os autores, “muitas dessas Constituições tentavam, não só oferecer uma disposição racionalizada da organização constitucional, como também garantir ao lado dos tradicionais direitos libertários, os chamados direitos sociais.”⁷

No que se refere especificamente às referências da Constituição de Weimar na Constituição brasileira de 1934, a doutrina não duvida, pelo contrário, além de

² Trata-se de classificação genérica dos direitos fundamentais sociais, culturais e econômicos, que tem como marco a Constituição mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919. *Segunda dimensão*, pois traz em seu bojo os chamados direitos coletivos e da coletividade. Conforme ensina Pedro Lenza, a doutrina mais recente opta por utilizar o termo “dimensões” em contraposição ao que antes era chamado de “gerações”, pois, como ensina Lenza, “uma nova ‘dimensão’ não abandonaria as conquistas da ‘dimensão’ anterior” expressão mais adequada “no sentido de proibição de evolução reacionária” [grifo do autor]. LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1174.

³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 57.

⁴ Sobre isso, cf. COFFEY, Donal K. *The Influence of the Weimar Constitution on the Common Law World. Rechtsgeschichte – Legal History*. Rg 27, 2019. pp. 222 – 230.

⁵ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1979. p. 401.

⁶ BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 5. ed. Brasília: UnB e Imprensa Oficial do Estado, 2000. p. 267.

⁷ BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 5. ed. Brasília: UnB e Imprensa Oficial do Estado, 2000. p. 267.

pacífica, é enfática, em reconhecer tal influência. Todavia, percebe-se certa carência de estudos acadêmicos que cotejem e esmiúcem os elementos discursivos presentes em ambas as Constituições, e que permitam afirmar de que modo essas referências adentraram na semântica constitucional brasileira, ressaltando diferenças e semelhanças mais pormenorizadas.

Deste modo, busca-se neste artigo atualizar a discussão acadêmica deste tema, demonstrando a chegada dessas novas ideias no repertório constitucional pátrio,⁸ ressaltando semelhanças e diferenças discursivas e tendo como percurso metodológico a crítica histórica somada ao direito comparado. Empreende-se a análise do cotejo das Constituições a partir da classificação normativo-constitucional sugerida pelo constitucionalista português Jorge Miranda, a saber: normas constitucionais exequíveis por si mesmas, normas preceptivas não exequíveis por si mesmas e normas programáticas.⁹ Desta forma, a partir das fichas de análise bibliográfica e do cotejo analítico da Constituição de Weimar com a brasileira de 1934, e desta, com sua predecessora de 1891 no que tange aos direitos fundamentais, sobretudo ao tema social dos direitos fundamentais, chegou-se aos resultados que aqui serão apresentados.

Para isso, este artigo foi dividido em quatro itens: introdução; item dois, em que se busca jogar luz aos direitos fundamentais inscritos na Constituição de Weimar de 1919, com foco, obviamente, na emergência da temática social; item três, em que se analisa os direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1934, focando nos pontos de contato com a Constituição de Weimar no que tange ao tema social; e por fim, as considerações finais, em que se faz um balanço do estudo feito, exaltando

⁸ Entende-se aqui por repertório constitucional o conjunto léxico e semântico que sedimenta as camadas discursivas das Constituições escritas em âmbito geral e em âmbito particular. Sabe-se que algumas Constituições referenciam a tessitura discursiva de outras Constituições em Estados distintos ou nos próprios Estados, então, acredita-se ser pertinente se pensar tanto em um repertório constitucional global (as próprias dimensões de direitos que ecoam em praticamente todos os Estados democráticos comprovam isso), quanto em um repertório constitucional local (de um determinado Estado em específico).

⁹ Sobre isso, Miranda leciona que: “quer as normas programáticas, quer as normas preceptivas não exequíveis por si mesmas, caracterizam-se pela relevância específica do tempo, por uma conexas auto-limitação e pela necessidade de concretização, e não só de regulamentação legislativa. Separam-se, no entanto, pôr as normas preceptivas não exequíveis por si mesmas postularem apenas a intervenção do legislador, actualizando-as ou tornando-as efectivas, e as normas programáticas exigirem mais do que isso, exigirem não só a lei como providências administrativas e operações materiais. As normas não exequíveis por si mesmas preceptivas dependem apenas de factores jurídicos e de decisões políticas; as normas programáticas dependem ainda (e sobretudo) de factores económicos e sociais”. Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo 11. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 248.

pontos críticos do tema relativos a contemporaneidade. Pretende-se, enfim, suprir lacunas e lançar bases iniciais para estudos futuros que perscrutem saber quais foram as referências discursivas e históricas que advieram a partir da assinatura da Constituição de Weimar, na Constituição brasileira de 1934 – primeira Constituição erigida após a ruptura institucional da República dos anos 1930.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR 1919: A EMERGÊNCIA DA TEMÁTICA SOCIAL

A Constituição de Weimar vigorou na Alemanha entre os anos de 1919 e 1945, período em que no início da breve “era dos extremos,”¹⁰ aquele Estado foi protagonista tanto de uma tentativa de digna reconstrução democrática após a tragédia representada pela *grande guerra* do século XX, quanto de uma guinada a um extremismo político inigualável com a ascensão de Adolf Hitler (1889 - 1945). Apesar desse recorte temporal em vigor, a Constituição weimariana teve de fato eficácia em curto período durante a República de Weimar (1919-1933), perdendo totalmente o sentido, apesar de continuar válida, nos tempos da ditadura do Terceiro Reich. Segundo Luís Roberto Barroso,

Com a chegada de Adolf Hitler ao poder, deu-se a superação da Constituição de Weimar pela realidade política. Em março de 1933, foi publicada a “lei de autorização” (*Ermächtigungsgesetz*), que permitia a edição de leis diretamente pelo governo imperial – na prática, pelo Chanceler Adolf Hitler – ainda quando divergissem do texto constitucional.¹¹

Deve-se lembrar que, antes da promulgação da Constituição weimariana, esteve em vigor a Constituição do Império Alemão, assinada em 16 de abril de 1871 – ano da unificação do Estado Alemão –, chamada pelos historiadores alemães de *Bismarcksche Reichsverfassung* (Constituição Imperial do Bismarck).¹² Nesta, no que tange aos direitos fundamentais, notam-se resguardados em seu art. 3º apenas os direitos individuais relativos à cidadania, ou seja, trata-se de uma Constituição que se debruça quase que inteiramente na forma do Estado, não havendo capítulos ou

¹⁰ Citando célebre título de consagrada obra do historiador inglês Eric Hobsbawm. Cf. HOBBSAWM, Eric. **A Era dos extremos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 57.

¹² Referente ao chanceler alemão Otto Eduard Leopold von Bismarck-Schönhausen (1815 - 1898).

mesmo artigos específicos em que se afirmem direitos individuais ou coletivos (destinados à legislação infraconstitucional). Nesse ponto, cotejando-a com a Constituição de Weimar que a sucede, nota-se transformação considerável no repertório constitucional alemão, sobretudo pelo fato de se ter a previsibilidade de direitos fundamentais positivados em texto constitucional.

Composta por 165 artigos dispostos em dois livros (dualista), a Constituição alemã de 1919 é fruto dos interdiscursos que levaram à ratificação do Tratado de Versalhes, o qual impôs graves encargos econômicos ao país, e que seria, indubitavelmente, a causa maior para a ascensão do totalitarismo, anos mais tarde. Em 9 de julho de 1919 é ratificado o Tratado de Versalhes, e em 11 de agosto promulgado o texto constitucional, elaborado por Hugo Preuß (1860 -1925), e que daria corpus discursivo à República Federativa constituída por 17 estados.

O Livro I, não tão importante para os objetivos que foram traçados neste artigo, dispõe acerca da 'Estrutura e Fins da República' Alemã, dividindo-se em sete capítulos os quais versam sobre: Capítulo I – A República e os Estados; Capítulo II – O Parlamento; Capítulo 3 – O Presidente da República e o Governo Federal; Capítulo IV O Conselho da República; Capítulo V – A legislação da República; Capítulo VI – A Administração da República; e Capítulo VII – A Administração da Justiça.

Já no Livro II é a parte em que são encontrados os chamados "Direitos e Deveres Fundamentais do Cidadão Alemão", livro que, como se deve imaginar, será objeto de análise mais detida. O Livro é formado respectivamente pelo Capítulo I – A pessoa individual; Capítulo II – A vida social; Capítulo III – Religião e agrupamentos religiosos; Capítulo IV – Educação e Escola; e Capítulo V – A vida econômica.

Faz-se necessário destacar que, mesmo organizados e sistematizados, os direitos fundamentais positivados estão dispersos nos 165 artigos da Constituição.¹³ Um exemplo disso é o direito de petição, conquista individual clássica de caráter liberal que se encontra justamente no capítulo denominado 'a vida social' – capítulo em que se espera a leitura dos direitos sociais que tanto caracterizam a Constituição weimariana na história.

¹³ DEUTSCHES Reich. *Die Verfassung des Deutschen Reichs ["Weimarer Reichsverfassung"]*. Schwarzburg, 1919. **Reichsgesetzblatt**. 1919, n. 152, pp. 1383-1418. Todos os artigos da Constituição Alemã de 1919 que aqui serão analisados foram referenciados e traduzidos a partir desta fonte original do governo Alemão. Buscar-se-á realizar a tradução e citação direta em notas apenas dos direitos de segunda dimensão, objetivo central deste trabalho.

De qualquer modo, nota-se que, apesar de inovar em termos temáticos trazendo os direitos sociais, as conquistas liberais estão consagradas na Constituição weimariana, não sofrendo revés político, de modo que é possível se encontrar ali positivados, entre outros, os direitos à igualdade (Art. 109), – entre homens e mulheres (Art. 109, § 1º), juridicamente entre cônjuges (Art. 119) e filhos (Art. 121), de acesso a cargos públicos (Art. 128) –, à nacionalidade (Art. 110), ao voto secreto (Art. 125), de petição (Art. 126), às liberdades – de circulação (Art. 111 e Art. 112), de expressão (Art. 118), de reunião (Art. 123), de associação (Art. 124), de crença (Art. 135) e de associação religiosa (Art. 137, § 1º) –, à inviolabilidade de domicílio (Art. 115), à irretroatividade da lei penal (Art. 116), ao sigilo de correspondência (Art. 118, § 1º) e à vedação a censura (Art. 117).¹⁴

Mas o certo é que foi por aquilo que tange aos direitos prestacionais então positivados que a Constituição de Weimar chamou a atenção e adquiriu fama no mundo jurídico-constitucional e acadêmico do Direito neste início do século XX. Deste modo, através da cristalização da Constituição weimariana, passam a ter *status* de garantias constitucionais os direitos à proteção à maternidade,¹⁵ à seguridade social,¹⁶ à educação pública, gratuita e obrigatória¹⁷ (incluindo a gratuidade do material escolar

¹⁴ DEUTSCHES Reich. *Die Verfassung des Deutschen Reichs* ["Weimarer Reichsverfassung"]. Schwarzburg, 1919. **Reichsgesetzblatt**. 1919, n. 152.

¹⁵ Art. 119, §§ 1º e 2º - A manutenção da pureza, a integridade e o avanço social da família são tarefa do estado e das comunas. Famílias de muitas crianças têm direito a alívio financeiro. A maternidade tem direito à proteção e ao cuidado do estado. Traduzido do original Alemão: *Die Reinerhaltung, Gesundheit und soziale Förderung der Familie ist Aufgabe des Staats und der Gemeinden. Kinderreiche Familien haben Anspruch auf ausgleichende Fürsorge. Die Mutterschaft hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge des Staats*; e Art. 161 (abaixo). DEUTSCHES REICH. *Die Verfassung des Deutschen Reichs* ["Weimarer Reichsverfassung"]. Schwarzburg, 1919. **Reichsgesetzblatt**. 1919, n. 152. p. 1406.

¹⁶ Art. 161 - Para a conservação da saúde e da capacidade de trabalho, para a proteção da maternidade e para prevenir os resultados econômicos da velhice, enfermidade e as vicissitudes da vida, o Império deve criar um sistema abrangente de seguro, sob cooperação dominante do segurado. Traduzido do original Alemão: *Zur Erhaltung der Gesundheit und Arbeitsfähigkeit, zum Schutz der Mutterschaft und zur Vorsorge gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Schwäche und Wechselfällen des Lebensschafft das Reich ein umfassendes Versicherungswesen unter maßgebender Mitwirkung der Versicherten*. DEUTSCHES Reich. *Die Verfassung des Deutschen Reichs* ["Weimarer Reichsverfassung"]. Schwarzburg, 1919. **Reichsgesetzblatt**. 1919, n. 152. p. 1414.

¹⁷ Art. 145 - Existe educação obrigatória universal. Seu cumprimento será servido, fundamentalmente, em escolas primárias com pelo menos oito anos letivos, conectadas por escolas de continuação até o décimo oitavo ano de vida completo. A instrução e o material escolar nas escolas primárias e continuadas devem ser fornecido gratuitamente. Traduzido do original Alemão: *Es besteht allgemeine Schulpflicht. Ihrer Erfüllung dient grundsätzlich die Volksschule mit mindestens acht Schuljahren und die anschließende Fortbildungsschule bis zum vollendeten achtzehnten Lebensjahre. Der Unterricht und die Lernmittel in den Volksschulen und Fortbildungsschulen sind unentgeltlich*. DEUTSCHES Reich. *Die Verfassung des Deutschen Reichs* ["Weimarer Reichsverfassung"]. Schwarzburg, 1919. **Reichsgesetzblatt**. 1919, n. 152. p. 1410. A educação é regulada em sua realidade fática dos artigos 145 ao 149 da Constituição.

e a possibilidade de subvenção pública para estudos),¹⁸ o acesso pelos cidadãos ao serviço público,¹⁹ à pensão por morte e à aposentadoria de funcionários públicos e oficiais do exército,²⁰ à função social da propriedade,²¹ ao trabalho,²² ao seguro desemprego,²³ e à participação de Conselhos Operários e Econômicos nas condições,

¹⁸ Art. 146, § 2º - Para a admissão dos menos abastados nas escolas intermediárias e superiores, os meios públicos devem ser fornecidos pelo Império, Terras e Comunas, especialmente assistência para os pais na criação dos filhos considerados aptos para o treinamento em escolas intermediárias e superiores, até o término do treinamento. Traduzido do original Alemão: *Für den Zugang Minderbemittelter zu den mittleren und höheren Schulen sind durch Reich, Länder und Gemeinden öffentliche Mittel bereitzustellen, insbesondere Erziehungsbeihilfen für die Eltern von Kindern, die zur Ausbildung auf mittleren und höheren Schulen für geeignet erachtet werden, bis zur Beendigung ihrer Ausbildung.* DEUTSCHES Reich. *Die Verfassung des Deutschen Reichs* ["Weimarer Reichsverfassung"]. Schwarzburg, 1919. **Reichsgesetzblatt.** 1919, n. 152. p. 1411.

¹⁹ Art. 128 - Todos os cidadãos, sem distinção, são elegíveis para cargos públicos de acordo com o estatuto e de acordo com sua capacidade e suas realizações. Todas as disposições excepcionais contra funcionárias são removidas. Os princípios básicos das relações oficiais devem ser regulamentados por estatuto Imperial. Traduzido do original Alemão: *Alle Staatsbürger ohne Unterschied sind nach Maßgabeder Gesetze und entsprechend ihrer Befähigung und ihren Leistungen zu den öffentlichen Ämtern zuzulassen. Alle Ausnahmebestimmungen gegen weibliche Beamte werden beseitigt. Die Grundlagen des Beamtenverhältnisses sind durch Reichsgesetze zu regeln;* Art. 129 - A nomeação dos funcionários é vitalícia, desde que não seja estipulado de outra forma por estatuto. As pensões e os cuidados com os dependentes sobreviventes são regulamentados por lei. Os direitos devidamente adquiridos dos funcionários são invioláveis [...] Traduzido do original Alemão: *Die Anstellung der Beamten erfolgt auf Lebenszeit, soweit nicht durch Gesetz etwas anderes bestimmt ist. Ruhegehalt und Hinterbliebenenversorgung werden gesetzlich geregelt. Die wohlerworbenen Rechte der Beamten sind unverletzlich.* DEUTSCHES Reich. *Die Verfassung des Deutschen Reichs* ["Weimarer Reichsverfassung"]. Schwarzburg, 1919. **Reichsgesetzblatt.** 1919, n. 152. p. 1407.

²⁰ Supracitado.

²¹ Art. 153, e §§ °1 2º- A propriedade é garantida pela Constituição. Seu conteúdo e suas limitações serão definidos pelos estatutos. A expropriação só pode ser feita para o bem comum e por motivos estatutários. É tida com a adequada compensação, na medida em que estatuto imperial fornecer. Em caso de disputa sobre o valor da indenização, os tribunais ordinários devem ser abertos para alívio, na medida em que os estatutos imperiais fornecerem. Expropriação pelo Império contra Terras, Comunas e associações que atendem ao público só podem ser feitas mediante compensação. A propriedade obriga. Seu uso é para ser ao mesmo tempo serviço para o melhor bem comum. Traduzido do original Alemão: *Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen. Eine Enteignung kann nur zum Wohle der Allgemeinheit und auf gesetzlicher Grundlage vorgenommen werden. Sie erfolgt gegen angemessene Entschädigung soweit nicht ein Reichsgesetz etwas anderes bestimmt. Wegen der Höhe der Entschädigung ist im Streitfalle der Rechtsweg bei den ordentlichen Gerichten offen zu halten, soweit Reichsgesetze nichts anderes bestimmen. Enteignung durch das Reich gegenüber Ländern, Gemeinden und gemeinnützigen Verbänden kann nur gegen Entschädigung erfolgen. Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste.* DEUTSCHES Reich. *Die Verfassung des Deutschen Reichs* ["Weimarer Reichsverfassung"]. Schwarzburg, 1919. **Reichsgesetzblatt.** 1919, n. 152. p. 1412.

²² Art. 157 - O trabalho está sob a proteção especial do Império. O Império deve criar uma lei trabalhista uniforme. Traduzido do original Alemão: *Die Arbeitskraft stehtunter dem besonderen Schutz des Reichs. Das Reich schafft ein einheitliches Arbeitsrecht;* e 162 - O Império deve defender uma regulamentação internacional do status legal dos trabalhadores, que devem se esforçar para obter uma medida mínima universal de direitos para toda a classe trabalhadora da humanidade. Traduzido do original Alemão: *Das Reich tritt für eine zwischenstaatliche Regelung der Rechtsverhältnisse der Arbeiter ein, die für die gesamte arbeitende Klasse der Menschheit ein allgemeines Mindestmaß der sozialen Rechte erstrebt.* DEUTSCHES Reich. *Die Verfassung des Deutschen Reichs* ["Weimarer Reichsverfassung"]. Schwarzburg, 1919. **Reichsgesetzblatt.** 1919, n. 152. pp. 1413-1414.

²³ Art. 163, § 1º - Todo alemão deve ter a possibilidade de ganhar a vida com o trabalho econômico. E então na medida em que não pode ser demonstrado que ele tem uma condição adequada para

acordos e políticas trabalhistas.²⁴ Tratou-se evidentemente da construção de um repertório sem precedentes no continente europeu que deu sentido à lógica da constitucionalização dos direitos sociais prestacionais no mundo ocidental.

Apesar da consagração indiscutível da Constituição da república Alemã desse início de século no mundo do Direito, sobretudo no que tange à construção de um repertório constitucional acerca dos direitos sociais prestacionais, sobre a legitimidade social da Constituição weimariana, Bonavides explicita certo caráter duvidoso de sua eficácia, “em virtude de sua própria natureza de direitos que exige do Estado determinadas prestações materiais.”²⁵ A análise do emérito constitucionalista brasileiro não deixa de ser provida de sentido histórico-fático se notado que, entre a data da sua assinatura em 11 de agosto de 1919, até a crise econômica de 1923, também é difícil se pensar em uma eficácia social abrangente, já que havia total instabilidade política e social,²⁶ o que Norbert Elias chama de “Estado rudimentar.”²⁷ Todavia, mesmo assim, não há dúvidas que a primeira Constituição republicana alemã já dotava de sentidos a estrutura do novo governo desde a primeira eleição democrática de Friedrich Ebert (1871 - 1925) como *Reichspräsident* em 21 de agosto de 1919, e com isso, era cunhada a lógica positiva do Estado em garantir direitos sociais, o que viria a ser adotado posteriormente por diversos outros Estados, em novas Constituições, no mundo.

trabalhar, o necessário e a manutenção serão fornecidos. Os detalhes serão fornecidos por estatutos. Traduzido do original Alemão: *Jedem Deutschen soll die Möglichkeit gegeben werden, durch wirtschaftliche Arbeit seinen Unterhalt zu erwerben. Soweit ihm angemessene Arbeitsgelegenheit nicht nachgewiesen werden kann, wird für seinen notwendigen Unterhalt gesorgt. Das Nähere wird durch besondere Reichsgesetze bestimmt.* DEUTSCHES Reich. *Die Verfassung des Deutschen Reichs [“Weimarer Reichsverfassung”]*. Schwarzburg, 1919. **Reichsgesetzblatt**. 1919, n. 152. p. 1414.

²⁴ Art. 165 - Trabalhadores e empregados são chamados a participar, em igualdade de direitos na cooperação com os empregadores, na regulamentação das condições de vencimentos, salários e trabalho e também em todo o desenvolvimento econômico das forças produtivas. As organizações de ambas as partes e seus acordos devem ser reconhecidos. Traduzido do original Alemão: *Die Arbeiter und Angestellten sind dazu berufen, gleichberechtigt in Gemeinschaft mit den Unternehmern an der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie an der gesamten wirtschaftlichen Entwicklung der produktiven Kräfte mitzuwirken. Die beiderseitigen Organisationen und ihre Vereinbarungen werden anerkannt.* DEUTSCHES Reich. *Die Verfassung des Deutschen Reichs [“Weimarer Reichsverfassung”]*. Schwarzburg, 1919. **Reichsgesetzblatt**. 1919, n. 152. p. 1415.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 564.

²⁶ A historiadora estadunidense Mary Fulbrook esclarece que já em agosto de 1918 se criou o mito da “fachada nas costas” em cima do que representou o Tratado de Versalhes para a Alemanha, “acusando os inimigos internos (como judeus e socialistas) de derrubarem um exército invicto no exterior, mas traído dentro do próprio país. O mito foi inflado no outono de 1919 e se tornou comum no círculo de oposição à República”. FULBROOK, Simone Viana. **História concisa da Alemanha**. Tradução: Bárbara Duarte. São Paulo: Edipro, 2012. p. 179.

²⁷ ELIAS, Norbert. **Os alemães: a luta pelo poder e a evolução do *habitus* nos séculos XIX e XX**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997. p. 199.

Assim, rompendo com certa lógica liberal de Estado garantidor de apenas alguns direitos individuais, pode-se afirmar que se consagraram no rol dos direitos fundamentais constitucionais, a partir da experiência weimariana, os direitos sociais prestacionais. Ou seja, altera-se então a concepção negativa no papel do Estado, que antes consagrava apenas a igualdade formal ante a lei, e as liberdades individuais, e passa-se para uma concepção positiva, isto é, o dever agir do Estado para garantir as condições materiais de vida digna aos cidadãos, bem como proteção aos necessitados. Mas quais são os direitos sociais de prestação positiva por parte do Estado que emergem com a Constituição de Weimar em 1919? Foram eles, sobretudo: o direito ao trabalho e dos trabalhadores a condições dignas de trabalho, a proteção à maternidade e aos vulneráveis sociais, a educação pública, gratuita e obrigatória, a função social da propriedade, e o direito à saúde e à previdência social. Ao lado de garantias não menos inéditas de âmbito cultural e econômico, deram azo à formação daquilo que a melhor doutrina chama de direitos de segunda dimensão.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1934: PONTOS DE CONTATO COM A CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR NO TEMA SOCIAL

Antes de proceder a uma análise mais detida da Constituição brasileira de 1934, faz-se necessária uma breve incursão analítica da Constituição que a precede, de fins do século XIX, no que se refere aos direitos fundamentais positivados no *corpus* constitucional. Busca-se identificar aquilo que, enquanto elemento discursivo, permanece, no que tange aos direitos fundamentais, de outros Estados, no mundo, bem como aquilo que se transforma, ou seja, enquanto ruptura paradigmática no repertório Constitucional do Brasil.

A Constituição de 1891, primeira da república brasileira, foi moldada para atender os anseios da elite militar política que buscou a ruptura institucional com o governo monárquico. Reforça esse ponto de vista Celso Ribeiro Bastos, ao explicar que tudo em tal ruptura “se cifrou a um movimento de tropas situadas no Rio de Janeiro, a que a nação limitou-se a assistir.”²⁸ O intuito do Poder Originário neste momento era o de erigir uma república federalista e então o modelo buscado para a

²⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 105.

tessitura discursiva constitucional foi o texto estadunidense,²⁹ complementado por disposições da Constituição suíça e da Constituição argentina, conforme leciona José Afonso da Silva.³⁰ Para o autor, por este motivo, a Constituição de 1891 “não teve eficácia social, não regeu os fatos que previra, não fora cumprida.”³¹

A Constituinte foi anunciada já no Decreto n° 1, de 15 de novembro de 1889, o que, conforme registro do jurista Marcello Cerqueira, foi motivo da resistência do generalíssimo Manuel Deodoro da Fonseca (1827 – 1892), “apoiado por parte do primeiro ministério da República e pelos positivistas, partidários de uma estrutura de poder fortemente centralizada.”³² O modelo que constituía forma aos Estados Unidos do Brasil em 1891 não apresentava aquilo que se entende por direitos sociais, ou os direitos de segunda dimensão, que se perscruta neste estudo. Todavia, fazem-se presente no *corpus* constitucional os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão, sobretudo na Seção II denominada de *Declaração de Direitos*, que se inicia a partir do Art. 72 que conta com 31 parágrafos, e vai até o art. 78.³³

A Constituição de 1934, por sua vez, segunda Constituição republicana, e primeira tecida após a ruptura institucional getulista, teve a Constituinte organizada a partir do Decreto n° 21.402 de 14 de maio de 1932, o qual estipulou o dia 3 de maio de 1933 para as eleições à Assembleia, bem como estabeleceu uma Comissão para criar um anteprojeto. “Documento de compromisso entre o liberalismo e o

²⁹ Pereira leciona que o modelo de Federação estadunidense “ecoou pelo mundo, balizando o modelo adotado por diversos países, incluindo o Brasil [...]”. PEREIRA, Jailson. *A consolidação do modelo Federalista Norte-Americano: reflexos para o mundo*. In: PEREIRA, Jailson; MELO, Ana C.C. (orgs.) **Direito em série 3**. Capivari de Baixo: Editora FUCAP, 2020. p. 37

³⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 80.

³¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 80.

³² CERQUEIRA, Marcello. **Cartas constitucionais: Império, República e Autoritarismo**. Ensaio, crítica, documentação. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pp.. 40-41.

³³ O Art. 72 que abre a Seção de direitos, não apenas resume, como também deixa claro o papel da Constituição tecida naquele momento como documento que “assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade de direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade”. Nota-se que os clássicos direitos liberais - liberdade, segurança e propriedade -, fazem-se presentes, e os parágrafos que seguem especificam-nos em elementos fáticos trazendo, entre outros, a igualdade formal (Art. 72, §2º), liberdade de culto (Art. 72, §3º), laicidade do Estado (Art. 72, §§4º, 5º e 7º) e ensino (Art. 72, §2º), liberdades de associação (Art. 72, §6º), de petição (Art. 72, §8º), de locomoção (Art. 72, §9º), de expressão (Art. 72, §10º), de exercício profissional (Art. 72, §12), inviolabilidades de domicílio (Art. 72, §24) e do sigilo de correspondências (Art. 72, §11), proteção às propriedades residencial (Art. 72, §17) e intelectual (Art. 72, §§ 25, 26 e 27º), e habeas corpus (Art. 72, §22).

intervencionismo,³⁴ como define José Afonso da Silva, é pacífico na melhor doutrina que traz para o repertório constitucional brasileiro os direitos sociais prestacionais norteados pelo modelo instituído em Weimar, colocando o Estado com atuação positiva para a redução das desigualdades nas relações sociais.

A Constituição de 1934 emerge no Brasil, de certo modo, em momento coerente com o contexto mundial, ou seja, como interlocutora de um momento de crise do Estado liberal clássico evidente nos principais eventos históricos que marcam desde a segunda metade do século XIX, mas mais evidente neste começo do século XX. A Constituição alemã se tornou modelo no mundo, justamente pelo espaço que ocupava no cenário político internacional com o pós-guerra. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, explica que “a primeira Constituição a adotar, em seu texto, essa nova inspiração foi a de 1934, no que foi seguida pelas posteriores.”³⁵

No Brasil, em meio às transformações políticas globais, há a ruptura política advinda com Getúlio Dornelles Vargas (1882 - 1954) nos anos 1930, neutralizando as oligarquias de poder formadas pelos estados de São Paulo e Minas Gerais, trazendo justamente o discurso de Estado prestativo no âmbito social. Forçado a elaborar uma Constituição, o governo Getúlio Vargas aprova um texto que representa certa *Zeitgeist* que forma o *corpus* discursivo que adentra a política e conseqüentemente o repertório do direito constitucional do Estado.

Apesar de ser considerada uma Constituição progressista, é fato que foi formada a partir da união de forças políticas diversas e de interesses, por vezes, totalmente antagônicos, rompendo com o anteprojeto criado pela Comissão do Itamaraty, mais revolucionário em todo o texto. A Constituinte se reuniu em 15 de novembro de 1933 no Palácio Tiradentes com muitas limitações estabelecidas pelo então governo provisório de Getúlio Vargas, o que foi alvo de muitas críticas – dentre essas interferências, o destaque político da não permissão de participação dos paulistas, os quais se fizeram presentes no dia da instalação da Assembleia. A nova Constituição foi efetivamente promulgada em 16 de julho de 1934, com seus 187 artigos, e, apesar de revolucionária em vários aspectos, nas palavras de Ronaldo Poletti, fizeram-se valer “as influências da República Velha, as repercussões do

³⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 80.

³⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 84.

movimento revolucionário paulista e a desconfiança dos constituintes pelo executivo.”³⁶

Fora subdividida em Título I – *Da organização Federal*; Título II – *Da Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios*; Título III – *Da Declaração de Direitos*; Título IV – *Da Ordem Econômica e Social*; Título V – *Da família, Da Educação e da Cultura*; Título VI – *Da Segurança Nacional*; e, Título VII – *Dos Funcionários Públicos* (além das *Disposições Transitórias* ao final). Nota-se que, de modo análogo à Constituição de 1891, os direitos fundamentais liberais individuais clássicos estão classificados em tópico denominado *Da Declaração de Direitos*, mas agora, no Título III. Todavia, assim como notado na Constituição de Weimar, os direitos fundamentais – agora incluindo os sociais – estão dispersos no texto constitucional.

Quantos aos direitos e garantias individuais dispostos no texto, nota-se que se encontram dispostos entre os artigos 113 e 114 da primeira Constituição brasileira dos anos 1930, logo depois dos Direitos Políticos e de cidadania, os quais, por sua vez, estão delimitados entre os artigos 106 e 113. Neles estão previstos praticamente todas os direitos estabelecidos na Constituição elaborada pela chamada República da Espada, mas com mais previsibilidade de algumas garantias e direitos específicos como o mandado de segurança, ação civil pública e assistência judiciária gratuita. Estão positivados no *corpus* discursivo da Constituição de 1934, entre outros, os direitos à igualdade formal (Art. 113, n° 1), à liberdade de expressão (Art. 113, n° 4 e n° 9), de associação (Art. 113, n° 12), de exercício profissional (Art. 113, n° 13), de locomoção (Art. 113, 14), de crença e de exercício religioso (Art. 113, n° 5), ao sigilo de correspondência (Art. 113, n° 5), de peticionar ao poder público (Art. 113, n° 10), de proteção à propriedade privada (Art. 113, n° 17), industrial (Art. 113, n° 18) e intelectual (Art. 113, n° 20), à inviolabilidade de domicílio (Art. 113, n° 16), ao *habeas corpus* (Art. 113, n° 23), à anistia a estrangeiros (Art. 113, n° 31), ao mandado de segurança (Art. 113, 33), à assistência judiciária (Art. 113, n° 32), à impossibilidade de prisão por dívidas (Art. 113, n° 30) e à ação civil pública (Art. 113, n° 38).³⁷

No que se refere aos direitos sociais, nota-se que se encontram dispostos a partir do Artigo 115, iniciando com o Título IV – *Da Ordem Econômica e Social*, e

³⁶ POLETTI, Ronaldo. **Constituições brasileiras**: 1934. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos estratégicos, 2001. p. 44.

³⁷ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm Acesso em: 01 nov. 2020.

perpassando os Artigos que estão dispostos dos Títulos V – *Da Família, Da Educação e Da Cultura*, ao VII – *Dos Funcionários Públicos* (último Título da Constituição). José Afonso da Silva reforça isso explicando que a Constituição de 1934, sob a influência de Weimar, “ao lado da clássica declaração de direitos e garantias individuais, inscreveu um título sobre a ordem econômica e social e outro sobre a família, a educação e a cultura, com normas quase todas programáticas.”³⁸

3.1 O AMPARO AO TRABALHO E À FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

O Título IV, *Da Ordem Econômica e Social*, regula o que pode se entender por mundo do trabalho, e seus agentes, bem como as questões relativas à Economia do país e ao que é chamado no texto constitucional, de modo distinto, de *economia popular*. Neste Título, quanto ao tema aqui perscrutado, destaca-se o Art. 121 que aduz, em norma preceptiva não exequível por si mesma, bem como em normas programáticas, acerca do amparo estatal às condições do trabalho na cidade e no campo, da proteção ao trabalhador, da previdência e o amparo à velhice, e do atendimento às gestantes no trabalho. Há rol significativo de direitos ali elencados, tais como: proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; salário mínimo, conforme as condições de cada região; trabalho diário não excedente a oito horas; proibição de trabalho a menores de 14 anos; proibição de trabalho noturno a menores de 16 anos; proibição de trabalho a mulheres e menores de 16 em indústrias insalubres; repouso hebdomadário, com preferência aos domingos; férias anuais remuneradas; indenização a trabalhador dispensado sem justa causa; assistência médica e sanitária aos trabalhadores e gestantes; garantia de descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego às gestantes; instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte; regulamentação do exercício de todas as profissões; reconhecimento das convenções coletivas de trabalho.

³⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 84.

Assim, percebe-se que o texto constitucional brasileiro caminha semanticamente de modo análogo à Constituição weimariana, como se pode notar no Art. 157, Art. 162 e Art. 163 da Constituição de Weimar (cf. notas 22 e 23), dando status constitucional à proteção das condições do trabalho e do trabalhador. Do mesmo modo, ambas sugerem que a especificidade do assunto deve ser regulada por lei posterior infraconstitucional, tratando-se de normas preceptivas não exequíveis por si mesmas. Certamente, pelo fato da Constituição brasileira ter mais normas programáticas, há pontos mais detalhados de elementos fáticos que diferem do texto weimariano, que se caracteriza por dispor de modo mais genérico. Destaque neste ponto para o Art. 122 da Constituição brasileira que, em norma preceptiva não exequível por si mesma, institui a Justiça do Trabalho, no intuito de dirimir lides entre empregados e empregadores, algo que não se vê igual disposição na Constituição alemã.

No que tange à função social da propriedade, nota-se semântica também muito similar entre as Constituições cotejadas. Na brasileira, em meios às garantias individuais, o Art. 113 n° 17 garante, mas limita o direito à propriedade, questão sagrada da filosofia liberal, dispondo que, apesar de garantido este direito, ele não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo. Na Constituição alemã, o Art. 153, e §§ °1 e 2° (cf. nota 21) dispõe de modo similar, regulando, inclusive, os modos de expropriação em decorrência do interesse coletivo. Trata-se, ambas, de normas preceptivas não exequíveis por si mesmas.

3.2 O AMPARO À MATERNIDADE, À SAÚDE E À PREVIDÊNCIA

O amparo à maternidade pelo Estado, sobretudo com relação ao trabalho, é algo que tem previsibilidade temática comum entre as Constituições aqui estudadas. O Art. 121 da Constituição brasileira, em seu § 3°, dispõe acerca da proteção ao instituto em norma preceptiva não exequível por si mesma, algo que se lê de modo muito análogo no Art. 161 (cf. nota 16) da Constituição de Weimar.³⁹ Típica função prestativa positivada de modo inédito no repertório constitucional dos dois Estados

³⁹ A proteção à maternidade, prevista neste título é muito reiterada na Constituição brasileira de 1934, prevista nos seguintes dispositivos: Art. 121, 'h', 121, §3°, 131, 'c', e 141, *caput*.

estudados, sobretudo, tendo em vista a superação da precariedade dos vulneráveis sociais, seja por condição provisória, seja por condição permanente.

A saúde e previdência também são citadas em ambas as Constituições estudadas. Não há uma disposição no sentido de procurar organizá-las em normas programáticas, mas sim instituí-las em normas preceptivas. Há na Constituição brasileira apenas uma menção às expressões, especificamente no Art. 10 (Saúde) e no Art. 121, 'h' (previdência), esta, com previsibilidade no âmbito fático mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte. Na alemã, por sua vez, previdência e saúde são citadas no Art. 161 (cf. nota 16), norma preceptiva não exequível por si mesma, instituindo genérico sistema abrangente de *seguro*, sob cooperação dominante do segurado para conservação da saúde e da capacidade de trabalho, para a proteção de maternidade e para prevenir os resultados econômicos da velhice, enfermidade e as vicissitudes da vida. Como se vê, a diferença semântica entre elas é em quem recai o maior ônus de contribuição.

Serviços sociais outros também são previstos no Título IV, como o Art. 138 da Constituição brasileira que incumbe à União, Estados e Municípios assegurar garantias mínimas aos desvalidos, a criação de serviços especializados, amparar a maternidade e a infância, socorrer famílias de prole numerosa, proteger a juventude, erradicar mortalidade infantil, promover higiene social e cuidar da *higiene mental* [sic] dos cidadãos. Trata-se de norma programática. Neste ponto, notam-se disposições semânticas semelhantes no Art. 161 da Constituição alemã (cf. nota 16), apesar de não se observar na alemã conceitos advindos do higienismo social. Com relação à proteção à infância e juventude, a Constituição alemã positiva garantias no Art.122,⁴⁰ em norma preceptiva não exequível por si mesma, bem como subvenção a famílias de prole numerosa no Art. 119 §1º (cf. nota 15), em norma exequível por si mesma.

⁴⁰ Art. 122 - Os jovens devem ser protegidos contra a exploração e contra a negligência moral, mental ou física. Estado e município têm o necessário Instalações para atender. As medidas obrigatórias de bem-estar só podem ser ordenadas com base na lei. Traduzido do original Alemão: *Die Jugend ist gegen Ausbeutung sowie gegen sittliche, geistige oder körperliche Verwahrlosung zu schützen. Staat und Gemeinde haben die erforderlichen Einrichtungen zu treffen. Fürsorgemaßregeln im Wege des Zwanges können nur auf Grund des Gesetzes angeordnet werden.* DEUTSCHES Reich. *Die Verfassung des Deutschen Reichs ["Weimarer Reichsverfassung"]*. Schwarzburg, 1919. **Reichsgesetzblatt**. 1919, n. 152. p. 1406.

3.3 O AMPARO À FAMÍLIA, EDUCAÇÃO E CULTURA

O Título V - *Da Família, Da Educação e Da Cultura*, inicia-se com o capítulo pertinente à Família (do Art. 144 ao Art. 147), definição e declaração de proteção, assim como a Constituição alemã (Art. 119, *caput* [cf. nota 15]). Em ambas, o casamento tem *status* de fundamento familiar. A previsibilidade de gratuidade se encontra apenas na brasileira, não havendo nada próximo disso na alemã.

Já o tema Educação que abre o Capítulo II a partir do Art. 148, também se destaca pela similaridade de conteúdo com a Constituição weimariana, com exceção das normas programáticas presentes na brasileira, como por exemplo, o Art. 148 que dispõe ser dever dos três entes federados *favorecer e animar* [*sic*] o desenvolvimento das ciências, letras, artes, cultura em geral, bem como a proteção do patrimônio histórico e artístico e a assistência ao trabalhador intelectual, e o Art. 149, quando dispõe ser a educação um direito de todos, devendo ser ministrada pela família e pelos poderes públicos aos brasileiros e estrangeiros residentes no país. Neste ponto, apesar das conexões fortes entre estes artigos, respectivamente, com o Art. 150⁴¹ e o Art. 145 (cf. nota 17) da Constituição alemã, nota-se o texto alemão com caráter não programático, mas sim exequível por si mesmo. Há em ambas, declaração de proteção e de dever prestativo do Estado de oferta-la gratuitamente⁴² e subsidiá-la por meio de políticas públicas e ações programáticas – no caso do Brasil, previsto através do Plano Nacional de Educação. Neste ponto, apesar de não tão descritiva quanto a brasileira, a Constituição alemã em seu Art. 146 § 2º (cf. nota 18) traz igualmente norma programática.

No Capítulo II da Constituição brasileira há a menção à ideia de cultura, bem como patrimônio cultural (Art. 148). Já na Constituição alemã, não se encontra em nenhum momento do texto tal conceito (*Kultur*) – apesar dos alemães serem pioneiros em sua definição.

⁴¹ Art. 150 - Os monumentos da arte, da história e da natureza e também as paisagens gozam de proteção e cuidados do Estado. Traduzido do original Alemão: *Die Denkmäler der Kunst, der Geschichte und der Natur sowie die Landschaft genießen den Schutz und die Pflege des Staates*. DEUTSCHES Reich. *Die Verfassung des Deutschen Reichs* ["Weimarer Reichsverfassung"]. Schwarzburg, 1919. **Reichsgesetzblatt**. 1919, n. 152. p. 1412.

⁴² Na alemã, gratuito até o ensino intermediário, este subsidiado pelo Estado apenas para os casos de alunos menos abastados (Art. 146, § 2º - cf. nota 18).

É mister ressaltar que o Art. 150 da Constituição brasileira não apenas detalha em rol taxativo as atribuições da União com a temática educação, como sistematiza a lógica escolar, no parágrafo único e alíneas, criando critérios a serem definidos em lei federal e no Plano Nacional de Educação – neste ponto se caracteriza por trazer normas exequíveis por si mesmas, norma preceptiva não exequível por si mesma e normas programáticas em um mesmo dispositivo constitucional. A Constituição alemã, por sua vez, mormente no Art. 145, busca delimitar em norma exequível por si mesma no texto constitucional a sistemática do ensino primário e secundário – este último chamado de escolas de continuação – (cf. nota 17), primário com pelo menos oito anos letivos, e escolas de continuação até o décimo oitavo ano de vida completo do aluno. Destaque da Constituição brasileira neste tema é o Art. 155 que dispõe sobre a liberdade de cátedra, algo não previsto na Constituição alemã e que se perderá nos textos futuros.

Por fim, há que se destacar a obscenidade para tempos atuais, não tanto para o período, referente a alínea ‘b’ do Art. 138, que coloca como dever do Estado, “estimular a educação eugênica” (norma programática). Apesar da Alemanha ficar conhecida nos anos seguintes por suas políticas públicas eugênicas que levariam à catástrofe do holocausto, assim como ocorre com o conceito de higienismo social observado em outro momento do texto tão comum à época, não se encontra na Constituição Alemã de 1919 algo parecido com tal ignomínia do ponto de vista hodierno.

3.4 O AMPARO AOS SERVIDORES PÚBLICOS

Por fim, o Título VII – *Dos Funcionários Públicos*, traz outros pontos de contato entre as Constituições aqui estudadas que merecem destaque. O Art. 168 da Constituição brasileira versa sobre a garantia de acessibilidade aos cargos públicos para todos os brasileiros, assim como o Art. 128 da Constituição de Weimar (cf. nota 19). Não há diferenças significativas de conteúdo entre ambas neste ponto, tratando-se de típicas normas preceptivas não exequíveis por si mesmas. Já o Art. 169 da Constituição brasileira versa sobre a estabilidade do servidor, destituição em caso de sentença condenatória e tempo de estágio probatório (2 anos), norma exequível por si mesma. Curiosamente, os privilégios de classe dos funcionários públicos são mais

reforçados na Constituição de Weimar, sobretudo quando se lê o Art. 129 (cf. nota 19), o qual dispõe sobre a vitaliciedade dos cargos, desde que a excepcionalidade do estatuto não preveja de outro modo, a previsibilidade de pensões aos familiares, a garantia do direito adquirido, e penas que vão apenas de suspensão provisória ou temporária, à aposentadoria definitiva (uma conjugação de normas exequíveis por si mesmas e normas preceptivas não exequíveis por si mesmas). A Constituição brasileira em seu Art. 170 prevê a elaboração do Estatuto dos Funcionários Públicos pelo Poder Legislativo, norma que se vê com conteúdo muito próximo da Constituição alemã em seu Art. 128 (cf. nota 19), diferindo apenas quando estipula 10 preceitos genéricos de orientação, caracterizando a norma como programática.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cotejando as duas primeiras Constituições republicanas brasileiras, ou seja, a de 1891 e a de 1934, e do mesmo modo, posteriormente, cotejando a Constituição brasileira de 1934 com Constituição alemã de 1919, conforme objetivado neste artigo, notou-se formalmente a chegada discursiva dos direitos fundamentais de segunda dimensão no repertório constitucional pátrio, bem como o surgimento temático da prestação positiva do Estado brasileiro na redução das desigualdades sociais. A primeira comparação ressalta o caráter liberal e a total ausência de quaisquer garantias desta ordem no texto de 1891; e a segunda, por sua vez, produzida 15 anos após a comparada publicação weimariana, ressalta a inscrição da tendência internacional de novas Constituições que trazem em seu *corpus* discursivo algo muito pertinente àquilo que se encontra na Constituição de Weimar no que tange ao papel positivo do Estado na questão social.

Entretanto, percebeu-se diferenças ao cotejar a Constituição de 1934 com a Constituição de Weimar, no que se refere, justamente, à temática analisada, ou seja, os direitos fundamentais sociais. Notou-se então que a principal diferença entre os textos é de âmbito estilístico, a brasileira, mais descritiva, com mais elementos fáticos e previsibilidade de normas programáticas, a alemã, mais genérica e objetiva, o que provavelmente advém dos sistemas jurídicos históricos que referenciam as distintas realidades estudadas – e aqui fica uma sugestão de estudo posterior. Assim, apesar de se poder afirmar que há uma clara referência nas disposições de Weimar no que

diz respeito aos direitos fundamentais sociais na Constituição de 1934, notou-se que isso não se deu de forma tão direta e simplista. Há uma referência temática indiscutível, mas as fortes características que denotam a tessitura textual do repertório constitucional brasileiro permanecem no discurso dos direitos fundamentais sociais. Apesar de se notar que ambas as Constituições estudadas apresentam características analíticas e dirigentes, percebe-se que a Constituição brasileira 1934 traz elementos analíticos e programáticos em demasia, o que a difere da alemã – características que farão parte da estilística da tessitura textual constitucional brasileira em Constituições futuras.

Como pôde-se observar, utilizando-se de tipologia do eminente constitucionalista português Jorge Miranda, notou-se que, enquanto a Constituição alemã, no tocante às normas de direitos fundamentais sociais, utiliza-se mais de normas exequíveis por si mesmas, que surgem completas do texto constitucional, e de normas preceptivas não exequíveis por si mesmas, em que exige a atividade legislativa, e pouco de normas programáticas, a brasileira de 1934, além desses dois tipos, lança mão de modo comum de normas programáticas, as quais exigem uma terceira instância, isto é, “a instância política, administrativa e material, única com virtualidade de modificar as situações e os circunstancialismos econômicos, sociais e culturais subjacentes à Constituição”.⁴³

Por fim, é mister destacar que, pelo curto período de vigência e pela outorga da Carta autoritária três anos mais tarde, é certo que, apesar de se falar em eficácia mínima da Constituição de 1934, assim como a Constituição de Weimar, seu impacto e importância no Direito Constitucional brasileiro são indubitavelmente indiscutíveis. Gilmar Mendes e Paulo Branco reforçam isso quando lecionam que a Constituição de 1934 deu “forma a preocupações com um Estado mais atuante no campo econômico e social”.⁴⁴ Em todas as cinco Constituições posteriores elaboradas pela república brasileira, há os direitos sociais que emergiram a partir da realidade histórica da Constituição de 1934 positivados nos textos. Apesar disso, não é incomum se notar em tempos atuais o ilogismo de discussões aventadas sobre a real necessidade de se positivar direitos sociais em Constituição, discute-se, inclusive, a necessidade de

⁴³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo 11. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 249.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 151.

novel texto Constitucional, alegando excesso de direitos sociais. Bravatas passionais do campo político, despautérios que se formam quando direitos fundamentais são vistos como questão de opinião.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras**: 1891. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos estratégicos, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente**: a atualidade de Weimar. Rio de Janeiro, Azougue Editorial, 2004.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 5. ed. Brasília: UnB e Imprensa Oficial do Estado, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 01 nov. 2020.

CERQUEIRA, Marcello. **Cartas constitucionais**: Império, República e Autoritarismo. Ensaio, crítica, documentação. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

COFFEY, Donal K. The influence of the Weimar Constitution on the Common Law world. **Rechtsgeschichte – Legal History**. Rg 27, 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DEUTSCHES Reich. Die Verfassung des Deutschen Reichs ["Weimarer Reichsverfassung"]. Schwarzburg, 1919. **Reichsgesetzblatt**. 1919, n. 152, pp. 1383-1418.

ELIAS, Norbert. **Os alemães**: a luta pelo poder e a evolução do habitus nos séculos XIX e XX. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FULBROOK, Simone Viana. **História concisa da Alemanha**. Tradução: Bárbara Duarte. São Paulo: Edipro, 2012.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetivados direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Tese de doutorado (Tese em Direito) – UFPR. Curitiba, 2014.

HOBBSAWM, Eric. **A Era dos extremos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

IGLÉSIAS, Francisco. **Constituintes e Constituições brasileiras**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitucion**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1979.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **O pensamento político-constitucional de Carl Schmitt no contexto histórico-político da república de Weimar**. Dissertação (Dissertação em Direito) – UFSC. Florianópolis, 1996.

MEDEIROS, Orione Dantas. Direito constitucional comparado: breves aspectos epistemológicos. **Brasília**. n. 188, ano 47, out./dez. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo 11. Coimbra: Coimbra, 1996.

NEUMANN, F; TAVOLARI, B. O significado social dos direitos fundamentais na Constituição de Weimar. **Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade**, 22 (1), 2017.

PEREIRA, Jailson. A consolidação do modelo Federalista Norte-Americano: reflexos para o mundo. *In*: PEREIRA, Jailson; MELO, Ana C.C. **Direito em série 3**. Capivari de Baixo: Editora FUCAP, 2020.

PINHEIRO, Maria C. Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição mexicana de 1917. **Brasília**. n. 169 ano 43, jan./mar. 2006.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições brasileiras: 1934**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos estratégicos, 2001.

SACCO, Francisco. **Introdução ao Direito comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

**OS DESAFIOS PREVIDENCIÁRIOS PARA O TRABALHADOR INTERMITENTE:
A NECESSIDADE DE UNIFORMIDADE LEGISLATIVA**

***THE SOCIAL SECURITY CHALLENGES FOR THE INTERMITTENT EMPLOYEE:
THE NEED FOR LEGISLATIVE UNIFORMITY***

Rafael Leandro¹

Resumo: O presente artigo analisa o contrato de trabalho intermitente e a relação previdenciária do trabalhador. O problema da pesquisa é verificar os reflexos previdenciários ocasionados pelo contrato intermitente. Para buscar uma resposta à problemática, expõe-se um referencial teórico e legislativo acerca dos contratos de trabalho, com ênfase no contrato intermitente, bem como expõe-se o enfoque previdenciário a partir do enquadramento do trabalhador intermitente na norma do seguro social. A metodologia empregada quanto a análise dos resultados está composta na base lógica indutiva, enquanto as técnicas de pesquisa foram bibliográfica e documental. Ao final, verifica-se que há um descompasso entre a legislação trabalhista e previdenciária, o que representa uma seara de risco interpretativo para o trabalhador no momento de buscar algum benefício, essencialmente em razão do valor do salário-de-contribuição, carência e manutenção da qualidade de segurado.

Palavras Chave: Contrato de trabalho. Trabalho eventual. Trabalho intermitente. Previdência Social.

Abstract: *This article analyzes the intermittent employment contract and the employee's social security relationship. The research problem is to verify the social security effects caused by the intermittent contract. To seek an answer to the problem, a theoretical and legislative framework about employment contracts is exposed, with emphasis on the intermittent contract, as well as the social security approach based on the intermittent worker framework in the social insurance rule. The methodology used when analyzing the results is composed on the inductive logical basis, while the research techniques were bibliographic and documentary. At the end, it appears that there is a mismatch between the labor and social security legislation, which represents an area of interpretative risk for the worker when seeking some benefit, essentially due to the value of the contribution salary, lack and maintenance insured quality.*

Keywords: *Employment contract. Eventual work. Intermittent work. Social security.*

¹ Mestrando em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Bolsista UNIEDU/FUNDES/Pós-Graduação. Especialista em Direito Previdenciário e Direito e Processo do Trabalho pela Estácio de Sá. Professor de graduação no curso de Direito na Faculdade Capivari Univinte (Disciplinas: Direito da Seguridade Social, Prática Previdenciária e Teoria Geral do Processo). Servidor Público Federal - Assessor de Juiz Federal na 2ª Vara da Subseção Judiciária de Santa Catarina. E-mail: rafah21@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

A mão de obra informal é uma característica marcante do mercado de trabalho brasileiro, especialmente em períodos de crise, quando os contratos de trabalho tradicionais são rescindidos.

Criado em 2017, no contexto da Reforma Trabalhista, o contrato de trabalho intermitente buscou regulamentar atividades informais, por meio da possibilidade de pactuar o exercício da atividade eventual, à disposição do empregador.

A novidade encontrará seu primeiro desafio junto ao Supremo Tribunal Federal, que apreciará a constitucionalidade do instituto (ADI 6154), sob o argumento de que esse tipo de contrato viola princípios constitucionais como o da dignidade humana e do valor social do trabalho.

Todavia, a análise não deve ocorrer de forma restrita à relação de trabalho, mas também à previdenciária, haja vista se tratar de um seguro que visa substituir a renda do segurado em momento de cessação da atividade remunerada.

Neste artigo, busca-se estudar os reflexos previdenciários ocasionados pelo contrato intermitente. Para alcançar tal objetivo, dividiu-se o artigo em dois tópicos, com dois subtópicos em cada. No primeiro, fala-se dos contratos de trabalho, com ênfase no modelo intermitente. No segundo tópico, estuda-se a relação previdenciária com o contrato intermitente e os institutos previdenciários com reflexos diretos ao novel contrato de trabalho.

Quanto à metodologia empregada, a análise dos resultados está composta na base lógica indutiva, enquanto as técnicas de pesquisa foram bibliográfica e documental.

2 O CONTRATO INTERMITENTE – A LEGALIZAÇÃO DO TRABALHO EVENTUAL

2.1 OS MODELOS DE CONTRATO DE TRABALHO

O direito do trabalho prevê diversos modelos de contratação de mão de obra para atender as necessidades de tomadores de serviços em diversos segmentos do ramo de produção e serviços.

A forma mais comum de contrato de trabalho é aquele por prazo indeterminado, inexistindo, portanto, no ato da contratação, uma data de expiração da prestação de

mão de obra. Tal modelo possui um rol de “normas mais vantajosas” ao trabalhador e materializa o princípio “da continuidade da relação de emprego”, como afirma Delgado.²

Todavia, em razão da garantia da livre estipulação, estampada no artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), empregador e empregado podem transacionar “em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes,”³ servindo essas fontes do direito do trabalho como limitador da conduta dos modelos de contratação.

Além do contrato por tempo indeterminado, tem-se o contrato de trabalho por tempo determinado, contrato de trabalho temporário, contrato de trabalho de tempo parcial, contrato de teletrabalho e o contrato de trabalho intermitente.

O contrato por tempo determinado tem sua distinção no fato de haver a fixação do término da relação. Todavia, a CLT (artigo 443) trata-o como exceção e dispõe circunstâncias delimitadas para as quais pode haver a eleição de tal modelo de contrato; são elas: para “serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo”, “atividades empresariais de caráter transitório” e “contrato de experiência.”⁴ Essa é a modalidade utilizada pelo comércio em períodos sazonais de alta nas vendas, como Natal e Páscoa. Como consequência da sua já prevista não continuidade, o empregado não possuirá, na data da rescisão, por exemplo, ao direito ao aviso prévio e a multa de 40% sobre o saldo da conta do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS).

Por sua vez, o contrato de trabalho temporário encontra seu conceito estampado no artigo 2º, da Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974, com redação dada pela mais recente Lei 13.429, de 31 de março de 2017, que o define como

Aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.⁵

² DELGADO, Maurício Godinho. **O novo contrato por tempo determinado**. São Paulo: LTr, 1998.

³ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei 5.442, de 1 de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 28 set. 2020.

⁴ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei 5.442, de 1 de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 28 set. 2020.

⁵ BRASIL. **Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em 29 set. 2020.

Denota-se que o propósito do contrato temporário é atender o modelo de terceirização, por meio de uma empresa que fornece profissionais temporários para tomadores que necessitam compensar, provisoriamente, a falta de pessoal seja pela sua substituição ou pelo incremento do volume de atividade. O elemento temporal desta modalidade de trabalho encontra seu desfecho após 180 dias da contratação, admitida uma prorrogação por mais 90 dias, desde que justificada a partir da manutenção da razão que ensejou a contratação, sendo que o vínculo do trabalhador colocado à disposição da empresa tomadora de serviço se dá com a empresa de trabalho temporário, como dispõe o artigo 10, e seus parágrafos, da Lei 6.019/1974.⁶

O contrato por tempo parcial, diferente dos demais, limita a carga horária semanal de trabalho. O *caput* do artigo 58-A da CLT, com redação alterada pela Lei 13.429/2017, assim prevê:

Considera-se trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a trinta horas semanais, sem a possibilidade de horas suplementares semanais, ou, ainda, aquele cuja duração não exceda a vinte e seis horas semanais, com a possibilidade de acréscimo de até seis horas suplementares semanais.⁷

De outro norte, com diferença relacionada ao local da prestação de serviço, a modalidade de contrato de teletrabalho é uma forma diferenciada de exercício da atividade pelo empregado, pois ocorre fora da sede física do empregador, com auxílio de mecanismos informáticos conectados à internet.

A Lei 13.467/2017 também regulamentou esta modalidade, acrescentando à CLT os artigos 75-A ao 75-E. Importante ressaltar que esta modalidade de trabalho deve “deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho” (artigo 75-C da CLT)⁸ e a migração do trabalho presencial para o telepresencial deve ocorrer por meio de acordo entre os interessados, existindo liberdade para pactuação, por meio de aditivo contratual, acerca da responsabilidade pelo fornecimento e manutenção do equipamento adequado à atividade fora da sede do empregador.

Por fim, e de forma mais recente, tem-se o regime de trabalho intermitente, que será mais bem estudado no tópico seguinte em razão de suas importantes

⁶ BRASIL. **Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em 29 set. 2020.

⁷ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei 5.442, de 1 de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 28 set. 2020.

⁸ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei 5.442, de 1 de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 28 set. 2020.

distinções.

1.2 O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

O trabalho intermitente não é uma novidade no universo jurídico. Tal instituto já existe em alguns outros países, como na Espanha,⁹ Portugal¹⁰ e Inglaterra.¹¹ No Brasil, o modelo veio à tona no contexto das reformas legislativas, com impactos contundentes nas searas trabalhista e previdenciária.

Em 13 julho de 2017 foi promulgada a Lei n. 13.467 com o objetivo de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Dentre os diversos dispositivos alterados ou acrescentados à CLT, está o § 3º do artigo 443-A, que conceitua o contrato intermitente como aquele

No qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.¹²

Verifica-se que é excepcionada a jornada fixa de trabalho, pois não é contínua em razão de alternância e períodos de inatividade, sem que exista uma carga horária mínima para labor. Maeda,¹³ oportunamente aponta que não há limitação para o uso do modelo de contratação, bem como se trata de exceção da presunção de exercício da atividade em períodos à disposição do empregador:

(...) embora seja um contrato atípico, não há qualquer limitação quanto ao seu uso – independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador –, de modo que poderia até se expandir de forma sistemática no mercado de trabalho, apenas com a ressalva expressa dos aeronautas. Além

⁹ Chamado de trabalho “fixo-descontínuo” no artigo 16 do Estatuto dos Trabalhadores (ESPAÑA. **Status dos trabalhadores**. 1980. Disponível em: <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/37817/64929/S94ESP01.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.).

¹⁰ Previsto nos artigos 157 a 160 do Código do Trabalho português (PORTUGAL. **Código do Trabalho**. Lei 7/2009 de 12 de fevereiro. Disponível em: <http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT25092017.pdf#page=64>. Acesso em: 29 set. 2020.).

¹¹ Conhecido como *Zero Hour Contract* (UNITED KINGDOM. Government. **Contract types and employer responsibilities**. Disponível em: <https://www.gov.uk/contract-types-and-employer-responsibilities/zero-hour-contracts>. Acesso em: 28 set. 2020.).

¹² BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei 5.442, de 1 de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 28 set. 2020.

¹³ MAEDA, Patrícia. **Contrato de trabalho intermitente**: a importação do modelo britânico e seu potencial precarizante. São Paulo: USP, 2017. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4660419/mod_resource/content/1/Intermitente%20e%20ZHC.pdf. Acesso em: 28 set. 2020.

disso, esta modalidade contratual é também uma exceção à regra geral da norma protetiva contida no art. 4º da CLT, que considera tempo de trabalho o período em que o empregado fica à disposição do empregador. No trabalho intermitente, apenas o tempo de prestação de serviços é contado como tempo de trabalho, como se infere do parágrafo 5º do art. 452-A.¹⁴

Em relação à remuneração, o artigo 452-A garante a celebração das regras por contrato escrito, bem como a fixação do valor da hora de trabalho não inferior ao valor horário do salário mínimo ou, em razão de equiparação, à remuneração daqueles que exercem a mesma atividade, seja na modalidade intermitente ou não. Afinal, tal espécie pressupõe que o trabalhador seja convocado conforme a demanda do empregador e seja remunerado com base nas horas que efetivamente prestar serviço.¹⁵

Todavia, em que pese a remuneração horária tenha um piso, não há um valor mínimo a ser recebido pela jornada, porquanto será proporcional às horas, efetivamente, laboradas. Significa, então, a possibilidade de o empregado perceber remuneração inferior a um salário-mínimo, como ressalta Maeda.¹⁶

O trabalhador entrará em atividade quando for convocado pela empresa, com antecedência mínima de três dias, sendo que a ausência de resposta, pelo empregado, até o dia útil seguinte, será considerada como uma recusa, o que não desfaz o vínculo de trabalho, como se extrai dos §§ 1º a 3º do artigo 452-A da CLT:

Art. 452-A. (...)

§ 1º O empregador convocará, por qualquer meio de comunicação eficaz, para a prestação de serviços, informando qual será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência.

§ 2º Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa.

§ 3º A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente.¹⁷

Outra situação que pode ocorrer é, após a oferta ou o aceite, a empresa não

¹⁴ MAEDA, Patrícia. **Contrato de trabalho intermitente**: a importação do modelo britânico e seu potencial precarizante. São Paulo: USP, 2017. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4660419/mod_resource/content/1/Intermitente%20e%20ZHC.pdf. Acesso em: 28 set. 2020.

¹⁵ ALVES, Amauri Cesar. Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica. **Revista Eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, v. 8, n. 74, jan., 2019. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/150638>. Acesso em: 28 set. 2020. p. 57.

¹⁶ MAEDA, Patrícia. **Contrato de trabalho intermitente**: a importação do modelo britânico e seu potencial precarizante. São Paulo: USP, 2017. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4660419/mod_resource/content/1/Intermitente%20e%20ZHC.pdf. Acesso em: 28 set. 2020. p. 4.

¹⁷ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei 5.442, de 1 de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 28 set. 2020.

fornecer o trabalho ou o trabalhador não comparecer. Para tais caso, a Lei (artigo 452-A, § 4º, da CLT) também prevê uma multa de 50% da remuneração que seria devida, a ser compensada em até 30 dias. É nessa situação que Maeda¹⁸ a possibilidade de o trabalhador precisar “pagar para trabalhar”:

No entanto, com o aceite do trabalhador, caso ele não compareça ao trabalho, ficará sujeito a pagar multa, assim como o empregador que não fornecer o trabalho já combinado. A multa, correspondente a 50% da remuneração que seria devida, poderá ser compensada no prazo de 30 dias. Uma vez que não há um mínimo de horas trabalhadas ou de remuneração garantida num mês, é possível chegar à absurda situação que antes era simples força de expressão: “pagar para trabalhar”.

Por fim, dentre os destaques, as disposições particulares sobre o contrato de trabalho intermitente podem ser tratadas em convenções coletivas e acordos coletivos, com prevalência às normas expressas na Lei, conforme se extrai do artigo 611-A, inciso VIII, da CLT.¹⁹

Entretanto, é salutar perceber que a variação salarial do empregado contratado nesta modalidade causará reflexos na previdência, no que toca, especialmente, aos salários-de-contribuição, que são a base de incidência da contribuição social.

3 A PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR INATIVO – A NECESSÁRIA ATENÇÃO ÀS REGRAS DO SISTEMA

3.1 A PREVIDÊNCIA E O TRABALHO INTERMITENTE

O direito previdenciário possui um conceito de trabalhador mais amplo do que o do direito do trabalho, objetivando, com foco na proteção social, amparar, mediante incidência de contribuição social sobre o resultado da atividade remunerada.

Todavia, no contexto do trabalho intermitente, para fins de comparação, analisa-se a figura do empregado, na forma prevista na Lei 8.213, de 24 de julho de 1991. O artigo 11 da referida Lei conceitua o empregado como “aquele que presta

¹⁸ MAEDA, Patrícia. **Contrato de trabalho intermitente**: a importação do modelo britânico e seu potencial precarizante. São Paulo: USP, 2017. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4660419/mod_resource/content/1/Intermitente%20e%20ZHC.pdf. Acesso em: 28 set. 2020. p. 3.

¹⁹ Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: (...) VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado” (inciso I, alínea ‘a’)²⁰ – o que é bem próximo ao conhecido conceito disposto no artigo 3º da CLT²¹, como explica Amado.²² “(...) exige-se a remuneração, a habitualidade, a pessoalidade e a subordinação para a configuração do vínculo empregatício, inclusive o diretor empregado.”

Por sua vez, como empregado, a Lei de regência previdenciária também enquadra a figura do trabalhador temporário,

Contratado por empresa de trabalho temporário, definida em legislação específica, presta serviço para atender à necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços de outras empresas (artigo 11, I, b, da Lei 8.213)²³

A Lei que regulamente o trabalho temporário, como já citada é a n. 6,019/74, com redação alterada pela Lei 13.429/2017.

Ocorre que em nenhuma das duas figuras é possível enquadrar o trabalhador intermitente, isso porque enquanto o empregado, com registro em CTPS, não realiza sua atividade de forma intermitente, o trabalhador temporário terá prazo estipulado para a o termo de seu contrato.²⁴

Por exclusão e não atendimento aos requisitos para outras espécies de segurados,²⁵ resta a figura do Contribuinte Individual, regulamentado no inciso V do artigo 11 da Lei 8.213/1991, no qual dentre as hipóteses há o “trabalhador eventual”:

Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

²⁰ BRASIL. **Lei 8.213, de 24 de julho de 1991**. 1991a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em 29 set. 2020.

²¹ Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário (BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei 5.442, de 1 de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 28 set. 2020.).

²² AMADO, Frederico. **Curso de Direito e processo previdenciário**. 10. ed. Salvador: Jus Podvum, 2018. p. 225.

²³ BRASIL. **Lei 8.213, de 24 de julho de 1991**. 1991a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em 29 set. 2020.

²⁴ O contrato de trabalho temporário, com relação ao mesmo empregador, não poderá exceder ao prazo de cento e oitenta dias, consecutivos ou não, podendo ser prorrogado por até noventa dias consecutivos ou não, quando comprovada a manutenção das condições que o ensejaram (AMADO, Frederico. **Curso de Direito e processo previdenciário**. 10. ed. Salvador: Jus Podvum, 2018. p. 288-289).

²⁵ Segurado avulso, segurado empregado doméstico, segurado especial e segurado facultativo, todos previstos no artigo 11 da Lei 8.213/1991.

(...)

V - como contribuinte individual:

(...)

g) quem presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego;²⁶

O ponto de semelhança entre o contribuinte individual (do inciso V, alínea 'g', da Lei 8.213/1991) e o trabalhador intermitente é a presença da eventualidade. Porém, também se verifica, de pronto, um aparente impeditivo no que se refere à relação de emprego: o trabalhador intermitente a possui, diferente do contribuinte individual.

Ou seja, resta evidente que a modificação da legislação trabalhista não foi acompanhada da previdenciária, pois, de forma expressa, não haveria um modelo preciso para enquadramento deste trabalhador intermitente, o que tem potencial relevância para discussões na via administrativa e jurisdicional.

Outro ponto nefrágico é a atenção que deve haver, por parte do trabalhador, enquanto segurado do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), é o recolhimento da contribuição social previdenciária.

2.2 A RELAÇÃO CONTRIBUTIVA DO TRABALHADOR INTERMITENTE

A contribuição direcionada à Previdência Social possui natureza eminentemente tributária. Entretanto, considerando a sua importância para manutenção da segurança do trabalhador, tanto a Lei Trabalhista como a Previdenciária regulam a sua incidência.

A CLT, no artigo 452-A, § 8º,²⁷ transfere a responsabilidade do recolhimento da contribuição do empregado para o empregador, atuando como sujeito passivo responsável pela obrigação tributária principal.²⁸

A Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, que regulamenta o custeio do RGPS,

²⁶ BRASIL. **Lei 8.213, de 24 de julho de 1991**. 1991a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em 29 set. 2020.

²⁷ § 8º O empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações (BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei 5.442, de 1 de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 28 set. 2020.).

²⁸ O Código Tributário Nacional (Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966), artigo 121, I, conceitua o sujeito passivo responsável pela obrigação tributária principal como aquele “quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.” (BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Lei. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 29 set. 2020.).

explicita que a incidência alíquota da contribuição previdenciária:

Art. 20. A contribuição do empregado, inclusive o doméstico, e a do trabalhador avulso é calculada mediante a aplicação da correspondente alíquota sobre o seu salário-de-contribuição mensal, de forma não cumulativa, observado o disposto no art. 28, (...).²⁹

O salário-de-contribuição, por sua vez, como explica Amado,³⁰

É um instituto exclusivo do Direito Previdenciário, regulado pelo artigo 28 da Lei 8.212/1991, sendo utilizado para a fixação do salário-de-benefício e, por conseguinte, para o cálculo dos benefícios do RGPS, com exceção do salário-família, salário-maternidade e auxílio-reclusão.

O artigo 28 da Lei 8.212/1991 contém todas as verbas percebidas pelo trabalhadores que caracterizam o salário-de-contribuição, sobre o qual incidirá a contribuição previdenciária.³¹ Como não é o objetivo do presente estudo a análise do salário-de-contribuição, mas sim o reflexo do contrato intermitente, destaque-se que o seu limite mínimo (ou piso) é de um salário-mínimo (artigo 28, § 3º, da Lei 8.212/1991). Neste ponto, já se prevê a real possibilidade de a renda do trabalhador intermitente auferir, ao final do mês, remuneração inferior ao salário mínimo, pois, inclusive, é um permissivo do artigo 452-A da CLT ao garantir tão somente o “valor horário do salário mínimo.”³²

A celeuma, então, reside no efeito previdenciário de uma possível contribuição

²⁹ BRASIL. **Lei 8.212, de 24 de julho de 1991**. 1991b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em 29 set. 2020.

³⁰ AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 10. ed. Salvador: Jus Podvum, 2018. p. 353.

³¹ A Reforma da Previdência (Emenda Constitucional 103, de 12 de novembro de 2019) alterou as alíquotas da contribuição social previdenciária, antes previstas no artigo 20 da Lei 8.212/1991, com incidência progressiva (similar ao Imposto de Renda Pessoa Física – IRPF): “Art. 28. Até que lei altere as alíquotas da contribuição de que trata a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, devidas pelo segurado empregado, inclusive o doméstico, e pelo trabalhador avulso, estas serão de:

I - até 1 (um) salário-mínimo, 7,5% (sete inteiros e cinco décimos por cento);

II - acima de 1 (um) salário-mínimo até R\$ 2.000,00 (dois mil reais), 9% (nove por cento);

III - de R\$ 2.000,01 (dois mil reais e um centavo) até R\$ 3.000,00 (três mil reais), 12% (doze por cento);

e

IV - de R\$ 3.000,01 (três mil reais e um centavo) até o limite do salário de contribuição, 14% (quatorze por cento).

§ 1º As alíquotas previstas no caput serão aplicadas de forma progressiva sobre o salário de contribuição do segurado, incidindo cada alíquota sobre a faixa de valores compreendida nos respectivos limites.” (BRASIL. **Emenda Constitucional 103, de 12 de novembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 29 set. 2020.).

³² BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei 5.442, de 1 de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 28 set. 2020.

abaixo de um salário-mínimo efetuado pelo trabalhador intermitente (contribuição esta que será recolhida pelo empregador). Isso porque, inicialmente, a Medida Provisória 808, de 14 de novembro de 2017, que incluiu na CLT o artigo 911-A, estabeleceu que caberia ao trabalhador buscar a Previdência para recolhimento complementar, sob pena de não ser considerada “para fins de aquisição e manutenção de qualidade de segurado do Regime Geral de Previdência Social nem para cumprimento dos períodos de carência para concessão dos benefícios previdenciários.”³³ A MP não foi convertida em Lei e perdeu os seus efeitos.

Em 2020, por meio da Portaria 450, de 3 de abril de 2020, o Ministério da Economia (que administra a Previdência Social), regulamentou, em seu artigo 28 que

A competência cujo recolhimento seja inferior à contribuição mínima mensal não será computada para nenhum fim, ou seja, para o cálculo do valor do benefício, para a carência, para a manutenção da qualidade de segurado, além do tempo de contribuição.³⁴

Na sequência, publicou-se o Decreto 10.410, de 30 de junho de 2020, dentre as diversas alterações no Regulamento da Previdência Social (o Decreto 3.048, de 6 de maio de 1999) a partir da EC 103/2019 (Reforma da Previdência), fixou que

O segurado que receber remuneração inferior ao limite mínimo mensal do salário de contribuição somente manterá a qualidade de segurado se efetuar os ajustes de complementação, utilização e agrupamento a que se referem o § 1º do art. 19-E e o § 27-A do art. 216.³⁵

Os textos atuais, portanto, deixam claro que a remuneração mensal inferior ao salário mínimo deverá ser complementada pelo trabalhador caso tenha interesse no exercício de seus direitos previdenciário, o que o coloca em situação de risco, levando em conta o perfil de do trabalhador a quem é direcionado este modelo de contratação (formalização do “bico”).³⁶

Institutos como carência e qualidade de segurado são de notável importância,

³³ BRASIL. **Medida Provisória 808, de 14 de novembro de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm#art1. Acesso em: 29 set. 2020.

³⁴ BRASIL. **Portaria 450, de 3 de abril de 2020**. 2020a. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-450-de-3-de-abril-de-2020-251287830>. Acesso em: 29 set. 2020.

³⁵ BRASIL. **Decreto 10.410, de 30 de junho de 2020**. 2020b. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.410-de-30-de-junho-de-2020-264503344>. Acesso em: 29 set. 2020.

³⁶ SILVA, Leda M. M.; RODRIGUES, Ana Paula. A (In)Vulnerabilidade do Trabalhador Intermitente? Uma Análise Crítica sob a Perspectiva dos Direitos da Personalidade. **Revista do Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho**. v. 6, n. 1, p. 111-130, jan/jun., 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadtmat/article/view/6720/pdf>. Acesso em: 29 set. 2020. p. 125.

pois são requisitos objetivos para a concessão de eventual benefício previdenciário, especialmente os que albergam situações de incapacidade (temporária ou permanente) e reclusão³⁷. Tais sinistros previdenciários são destacados haja vista a sua imprevisão e a necessidade de uma renda substitutiva no período de inatividade ou quando o segurado instituidor vier a faltar para o seu dependente.

Carência “é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências” (artigo 24 da Lei 8.213/1991).³⁸ Para o trabalhador intermitente, embora o exista o vínculo de emprego (registro em CTPS), não há a garantia da disponibilidade de atividade para que aufera renda e, assim, a contribuição previdenciária sequer em valor superior a um salário-mínimo ao final do mês.

A manutenção da qualidade de segurado é tratada como uma exceção do modelo contributivo³⁹. Contudo, como recorda Amado⁴⁰

Em observância ao princípio da Solidariedade, pedra fundamental do nosso regime previdenciário, não seria justo que após a cessação das contribuições a pessoa perdesse imediatamente a condição de segurada, deixando de estar coberta pelo seguro social, justamente no momento em que enfrenta grandes dificuldades, em especial por não mais desenvolver atividade laborativa remunerada.

Assim, o artigo 15 da Lei 8.213/1991, dentre as diversas hipóteses de manutenção da qualidade de segurado está a garantia de “até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem

³⁷ Independem de carência, conforme previsão no artigo 26 da Lei 8.213/1991: Pensão por morte; salário-família; auxílio-acidente; auxílio-doença e aposentadoria por invalidez nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho; salário-maternidade para as seguradas empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica (BRASIL. **Lei 8.213, de 24 de julho de 1991**. 1991a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 29 set. 2020.).

³⁸ BRASIL. **Lei 8.213, de 24 de julho de 1991**. 1991a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 29 set. 2020.

³⁹ O *caput* do artigo 201 da Constituição Federal de 1988 assim dispõe: A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei (...) (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 29 set. 2020.).

⁴⁰ AMADO, Frederico. **Curso de Direito e processo previdenciário**. 10. ed. Salvador: Jus Podvum, 2018. p. 605.

remuneração.”⁴¹ Para um empregado convencional, não surgem dúvidas sobre o fim da atividade remunerada. Entretanto, para o trabalhador eventual, tendo em vista que a última contribuição (logo, com exercício de atividade remunerada) pode ocorrer muito antes da rescisão formal do contrato de trabalho, qual data será considerada para manutenção da qualidade de segurado? A da última contribuição vertida ou da cessação do vínculo de trabalho? Afinal, parece não ser o caso de suspensão ou licenciamento sem remuneração, já que a eventualidade já é a característica principal do contrato intermitente.

Outro ponto em aberto é se o trabalhador intermitente poderá recolher contribuição previdenciária nos meses que não receber remuneração em razão de não existir oferta de atividade pelo empregador. Isso porque, o fato gerador da contribuição previdenciária do trabalhador é o exercício de atividade remunerada, seja ela formal ou informal, nos termos do artigo 201, I, do Decreto 3.048/1999.⁴² Ora, o trabalhador intermitente possui vínculo de trabalho com registro em CTPS, o que aparentemente conduziria à condição de segurado empregado; todavia, sua atividade é eventual. Assim, também não será contribuinte individual, pois, justamente, possui o registro em CTPS. Então, mesmo com registro de trabalho formal, parece existir a possibilidade de recolhimento, por exclusão, na qualidade de segurado facultativo⁴³ (destinado àqueles que não se enquadrem em outras hipóteses previstas no artigo 11 da Lei 8.213/1991) nas competências com ausência de atividade remunerada.

Denota-se um caminho de incertezas no campo previdenciário a ser enfrentado pelo trabalhador, pois embora o contrato intermitente tenha sido regulamentado em 2017, os efeitos previdenciários estão em aberto às situações que serão apreciadas a partir dos requerimentos dos segurados junto a Autarquia, porquanto a legislação do Seguro Social ainda não está em compasso com a laboral.

⁴¹ BRASIL. **Lei 8.213, de 24 de julho de 1991**. 1991a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 29 set. 2020.

⁴² BRASIL. **Decreto 3.048, de 6 de maio de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 29 set. 2020.

⁴³ Art. 13. É segurado facultativo o maior de 14 (quatorze) anos que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social, mediante contribuição, desde que não incluído nas disposições do art. 11. (BRASIL. **Lei 8.213, de 24 de julho de 1991**. 1991a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 29 set. 2020.).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa desenvolvida demonstra que a conciliação entre as esferas trabalhistas e previdenciárias precisa ser refinada, no que toca ao amparo legal previdenciário destinado aos trabalhadores que se enquadrem em contratos intermitentes de mão de obra.

O primeiro capítulo relaciona os modelos de contratação como forma de introdução ao novel contrato de trabalho intermitente, cujas características foram abordadas a partir da regulamentação pela Lei 13467/2017.

O segundo capítulo apresenta um introito previdenciário e indica o desafio que há no enquadramento do trabalhador em uma das modalidades de segurado, já que divergentes dos conceitos de empregado convencional; bem como o direcionamento da responsabilidade para o trabalhador na complementação da contribuição previdenciária nos meses em que houver remuneração inferior a um salário-mínimo e o risco de sofrer prejuízos no cômputo de carência e manutenção de qualidade de segurado para fins de concessão de benefícios, tendo em vista a obscuridade de situações abstratas, mas factíveis.

O estudo, portanto, mostra-se relevante porquanto elucida um campo de descompasso entre a legislação trabalhista e previdenciária, o que representa uma seara de risco interpretativo para o trabalhador no momento de buscar suas contraprestações previdenciárias, servindo como um alerta e incentivo ao debate acadêmico e político para uma avaliação sensível dos pontos abordados.

REFERÊNCIAS

ALVES, Amauri Cesar. Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica. **Revista Eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, v. 8, n. 74, jan., 2019. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/150638>. Acesso em: 28 set. 2020

AMADO, Frederico. **Curso de Direito e processo previdenciário**. 10. ed. Salvador: Jus Podvum, 2018.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei 5.442, de 1 de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De15452compilado.htm. Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. **Lei 8.212, de 24 de julho de 1991**. 1991b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em 29 set. 2020.

BRASIL. **Lei 8.213, de 24 de julho de 1991**. 1991a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em 29 set. 2020.

BRASIL. **Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em 29 set. 2020.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Lei. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional 103, de 12 de novembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória 808, de 14 de novembro de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm#art1. Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. **Decreto 3.048, de 6 de maio de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em 29 set. 2020.

BRASIL. **Decreto 10.410, de 30 de junho de 2020**. 2020b. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.410-de-30-de-junho-de-2020-264503344>. Acesso em: 29 set. 2020.

BRASIL. **Portaria 450, de 3 de abril de 2020**. 2020a. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-450-de-3-de-abril-de-2020-251287830>. Acesso em: 29 set. 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **O novo contrato por tempo determinado**. São Paulo: LTr, 1998.

ESPANHA. **Status dos trabalhadores**. 1980. Disponível em: <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/37817/64929/S94ESP01.htm>. Acesso em: 29 set. 2020.

MAEDA, Patrícia. **Contrato de trabalho intermitente: a importação do modelo britânico e seu potencial precarizante**. São Paulo: USP, 2017. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4660419/mod_resource/content/1/Intermitente%20e%20ZHC.pdf. Acesso em: 28 set. 2020.

PORTUGAL. **Código do Trabalho**. Lei 7/2009 de 12 de fevereiro. Disponível em: <http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT25092017.pdf#page=64>. Acesso em: 29 set. 2020.

SILVA, Leda M. M.; RODRIGUES, Ana Paula. A (in)vulnerabilidade do trabalhador intermitente? Uma análise crítica sob a perspectiva dos direitos da personalidade. **Revista do Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho**. v. 6, n. 1, p. 111-130, jan/jun., 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadtmat/article/view/6720/pdf>. Acesso em: 29 set. 2020.

UNITED KINGDOM. Government. **Contract types and employer responsibilities**. Disponível em: <https://www.gov.uk/contract-types-and-employer-responsibilities/zero-hour-contracts>. Acesso em: 28 set. 2020.

**A (IM) POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE* NO BRASIL:
ESTUDO E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL À LUZ DO
INFORMATIVO Nº 385 DO STJ**

***A (IM) POSSIBILITY OF ADOPTION *INTUITU PERSONAE* IN BRAZIL:
JURISPRUDENTIAL STUDY AND ANALYSIS IN LIGHT OF THE STJ
NEWSLETTER Nº 385***

Sandra Muriel Zadorski Zanette¹

Tairini Barbosa²

Resumo: O presente artigo tem como objeto de estudo a (im) possibilidade da adoção *intuitu personae*, diante da inexistência da inscrição e habilitação ao Cadastro Nacional de Adoção, tendo em vista o informativo n° 385 do STJ. Esta modalidade de adoção, não amparada pelo ordenamento jurídico brasileiro, por não observar ao processo de habilitação ao cadastro de adoção, vem gerando grande divergência no meio doutrinário e jurisprudencial. A adoção é considerada uma das formas de colocação em família substituta e, para que haja a sua concessão, faz-se necessário preencher os requisitos básicos exigidos por lei, dentre eles estar previamente habilitado e cadastrado no Cadastro Nacional de Adoção. Exige-se a obrigatoriedade pelo seguimento da ordem cronológica estabelecido pelo cadastro de adoção, sendo que para pessoas previamente não cadastradas, o deferimento da adoção apenas ocorre quando preenchidas as hipóteses excepcionais trazidas pelo 50, §13 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Desse modo, o presente trabalho vem analisar a adoção *intuitu personae*, que consiste na entrega voluntária do filho pelos genitores à pessoa determinada, sem que seja observado o cadastro de adoção. A temática de estudo ainda gera divergência no âmbito doutrinário e jurisprudencial, uma vez que tal instituto não é amparado pela legislação brasileira, além de não observar o referido cadastro. Assim, o presente estudo tem como objetivo, verificar a (im) possibilidade da adoção *intuitu personae*, tendo em vista o informativo n° 385 do Superior Tribunal de Justiça. Verifica-se pelas análises dos julgados que o STJ vem flexibilizando a aplicação das regras do cadastro, uma vez que não é absoluto, diante da presença do vínculo afetivo.

Palavras-chave: Adoção *Intuitu Personae*; Cadastro Nacional de Adoção; Informativo n°385 do Superior Tribunal de Justiça; Vínculo afetivo.

Abstract: *The purpose of this article is to study the (im) possibility of adopting intuitu personae, given the inexistence of registration and qualification to the National*

¹ Doutoranda em Direito pela UFSC, sob orientação da Professora Doutora Josiane Rose Petry Veronese. Mestre em Direito (UFSC). Graduada em Direito e Administração (Unesc/Criciúma). Advogada. Pesquisadora do NEJUSCA – Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente e do Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade do Centro de Ciências Jurídicas/UFSC. E-mail: smurielz@hotmail.com

² Bacharel em Direito pela Escola Superior de Criciúma – ESUCRI. E-mail: tai.goudinho@gmail.com

*Adoption Register, given STJ newsletter n° 385. This type of adoption, not supported by the Brazilian legal system for not observing the qualification process for the adoption register, has been generating great divergence in the doctrinal and jurisprudential environment. Adoption is considered one of the forms of placement in a substitute family and, to be granted, it is necessary to fulfill the basic requirements required by law, among them to be previously qualified and registered in the National Adoption Register. It is mandatory to follow the chronological order established by the registration of adoption, and for people previously unregistered, the approval of the adoption only occurs when the exceptional hypotheses brought by the article 50, §13 of the Statute of the Child and Adolescent are fulfilled. By doing so, the present work analyzes the *intuitu personae* adoption, which consists on the voluntary surrender of the child by the parents to the specific person, without observing the adoption record. The study theme still generates divergence in the doctrinal and jurisprudential scope, since such an institute is not supported by Brazilian legislation, in addition to not observing the referred register. Thus, the present study aims to verify the (im) possibility of adopting *intuitu personae*, considering the information n° 385 of the Superior Court of Justice. It appears from the analyzes of the judges that the STJ has been making the application of the registration rules more flexible, since it is not absolute, given the presence of the affective bond.*

Keywords: *Intuitu personae* adoption; National adoption registry; Newsletter N°385 of the Higher Court of Justice; Affective bond.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo a (im) possibilidade da adoção *intuitu personae*, diante da inexistência da inscrição e habilitação ao Cadastro Nacional de Adoção, tendo em vista o informativo n° 385 do STJ.

A adoção *intuitu personae*, trata-se de um debate ainda comum nos dias atuais, em que há o desejo dos pais biológicos em escolher a família substituta para seu filho, sem que haja a interferência do poder judiciário. Esta modalidade de adoção, não amparada pelo ordenamento jurídico brasileiro, por não observar ao processo de habilitação ao cadastro de adoção, vem gerando grande divergência no meio doutrinário e jurisprudencial.

Para tanto, analisar a possibilidade, ou mesmo a impossibilidade dessa modalidade de adoção, o artigo divide-se em três tópicos. No primeiro, traz-se um pouco da história da adoção, bem como seu conceito e suas características, apresentando as modalidades existentes de adoção, juntamente com os seus requisitos exigidos para a sua concessão.

O segundo item será dedicado ao estudo da modalidade de adoção *intuitu personae* perante a legislação brasileira, traçando-se seu conceito, as divergências

doutrinárias acerca da possibilidade da escolha da família substituta pelos genitores, bem como elencando a possibilidade desta modalidade de adoção pela existência dos vínculos afetivos entre o adotando e o adotante.

Derradeiramente, analisar-se-á decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre a adoção *intuitu personae*, demonstrando o seu posicionamento perante o deferimento ou não dessa modalidade de adoção, levando-se em consideração a consolidação dos laços afetivos formados entre o adotando e o adotante.

2 O INSTITUTO DA ADOÇÃO

A palavra “adoção” tem origem do latim, de *adoptio*, e apresenta como significado “tomar alguém como filho.”³ Consiste em atribuir a alguém o estado de filho, concedendo a filiação de parentesco civil, em linha reta em primeiro grau, uma vez que há a desvinculação consanguínea, gerando assim, uma nova situação jurídica.⁴

Maria Helena Diniz denomina a adoção como ato jurídico pelo qual há o vínculo fictício de filiação:

Adoção é o ato jurídico pelo qual, observados os requisitos legais, se estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente lhe é estranha.⁵

A adoção é uma das formas de colocação do infante adolescente em família substituta quando há o caso de excepcional necessidade, isto é, quando esgotadas as possibilidades da manutenção da criança ou do adolescente com sua família natural ou extensa.⁶

³ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**: direito de família. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁶ DIGIÁCOMO, Murillo. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

Ela estabelece vínculo de filiação por decisão judicial de caráter irrevogável, atribuindo ao adotado conforme descreve o artigo 227, §6º da Constituição Federal de 1988, a condição de filho para todos os efeitos, não sofrendo qualquer distinção à filiação biológica, salvo os impedimentos matrimoniais disposto no artigo 1.521 do Código Civil.⁷

Desse modo a adoção significa muito mais que um ato jurídico solene estabelecido entre duas pessoas, criando uma relação análoga daquela que resulta da paternidade e da filiação.⁸ É constituída por ato voluntário cercado pelo afeto, gerando a aceitação de alguém estranho como filho, concedendo toda a assistência para a construção da integridade física, moral e psicológica. É a concretização dos laços afetivos acima dos laços consanguíneos.⁹

Ressalta-se que ao atribuir a condição de filho ao adotado, e em consonância com o princípio da igualdade entre os filhos independentemente da origem da filiação, o adotado passará a utilizar os patronímicos de quem o adotou, inclusive há o cancelamento da certidão de nascimento e lavra-se uma nova, constando os dados do adotante. Podendo ainda em algumas situações a permissão para alterar o prenome do adotado.¹⁰

Na esfera patrimonial cabe salientar que o adotado além de participar da sucessão dos bens, terá também ao direito a alimentos, por ser reconhecido como filho do adotante, transfere-se a este o dever de sustento, referindo-se a um dos atributos do poder familiar.¹¹

⁷ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

⁸ SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção**: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹⁰ VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

¹¹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. *In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). Curso de Direito da criança e do adolescente*: aspectos teóricos e práticos. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

O instituto da adoção é um dos mais antigos, possuindo significativa evolução, desde os seus primórdios, até os dias atuais.¹² Conhecido pelos povos da antiguidade, a adoção foi instituída com sentido religioso, a fim de que a família fosse perpetuada.¹³

A grande preocupação dos povos antigos era velar pela continuidade da religião doméstica, da salvação do fogo sagrado e da continuação pelo culto a memória dos seus ancestrais, elementos que uniam os membros da família, proporcionando para os que não possuíssem filhos o direito de adotar, configurando como um último recurso para evitar o fim do culto.¹⁴

Isto é, nessa época a adoção expressava apenas um direito para as famílias ameaçadas, sendo um último recurso para evitar o seu fim e não uma alternativa para solucionar o problema de crianças abandonadas.¹⁵

Na Idade Média os sistemas jurídicos eram influenciados pela religião cristã. Como reflexo da intervenção da instituição sagrada, houve a contribuição para que os direitos das crianças e adolescentes, começassem a serem reconhecidos. Desta forma, sua proteção era defendida pela igreja, aplicando penas corporais e espirituais para os pais que abandonavam seus filhos.¹⁶

O significado da adoção passou a sofrer inúmeras alterações com o decorrer dos tempos, todavia nos dias atuais, possui o sentido de dar uma família a quem não tem, evoluindo de um caráter protestativo para um caráter assistencialista.¹⁷

Seguindo o sistema de assistência caritativa existente em Portugal, a adoção no Brasil do período colonial até meados do século XIX, foi caracterizada pelos sistemas formal e informal. O sistema informal era marcado pela adoção de crianças por família tendo como objetivo, exercer os princípios religiosos cristão, e também com intuito econômico, em que a entrada de uma criança na família poderia significar

¹² BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

¹³ SILVA FILHO, Artur Marques da. **O regime jurídico da adoção estatutária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

¹⁴ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: das Américas, 1961. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/cidadeantiga.html>. Acesso em: 12 mar. 2020.

¹⁵ PAIVA, Leila Dutra de. **Adoção: significados e possibilidades**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

¹⁶ AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹⁷ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

mão de obra gratuita. Já o sistema formal era atribuído as Câmaras Municipais, que desenvolvia a tarefa de prover a assistência aos enjeitados.¹⁸

Quando as Câmaras Municipais não conseguiam assistir seus pequenos abandonados por falta de recursos, transferiam a tarefa para as Santas Casas de Misericórdia, colocando em funcionamento as Rodas dos Expostos, primeira instituição de proteção à infância. Nas cidades onde não funcionava a roda dos expostos, contratavam-se pelas Câmaras Municipais, amas de leite, afim de cuidar das crianças até o desmame.¹⁹

As Rodas dos Expostos também conhecidas por Rodas dos Enjeitados, desempenhavam a finalidade de resguardar tanto a identidade dos pais que abandonavam, como a vida das crianças, proporcionando aos casais que não podiam ter filhos a busca por uma criança por meio das Rodas dos Expostos.²⁰

Este sistema esteve ativo até a segunda metade do século XX, onde se iniciou a preocupação do Estado em atender a pressão social, decorrente da enorme massa de excluídos. Foram então, criadas iniciativas públicas e privadas para oferecer às crianças medidas de caráter filantrópico e assistencial.²¹

A legislação recepcionada pelo Código Civil de 1916, foi a que tratou pela primeira vez da adoção no Brasil, ou seja, a de 1828, contemplando sob a perspectiva de gerar uma solução para as famílias sem filhos, já que para os casais com filhos, esta medida era proibida. Estabelecia o limite mínimo de 50 anos para os adotantes, e para o adotado qualquer idade, desde que respeitada a diferença de 18 anos em relação aos adotantes. A adoção era ato revogável e não anulava os vínculos com a família biológica.²²

É no Código Civil de 1916 que a adoção passou a ser disciplinada de forma sistematizada, tratando sobre a adoção tanto de adultos quanto de crianças e

¹⁸ MARTINS, Fernanda Flaviana de Souza. Da história da institucionalização no Brasil ao Estatuto da Criança e do Adolescente. *In*: MOREIRA, Jacqueline de Oliveira; SALUM, Maria José Gontijo; OLIVEIRA, Rodrigo Torres (org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente**: refletindo sobre sujeitos, direitos e responsabilidades. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2016.

¹⁹ MARCILIO, Maria Luiza. A roda dos expostos e a criança abandonada na história do Brasil: 1726-1950. *In*: FREITAS, Marcos Cezar de (org.). **História social da infância no Brasil**. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2016.

²⁰ SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção**: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

²¹ CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da criança e do adolescente**. Criciúma, SC: Unesc, 2009.

²² PAIVA, Leila Dutra de. **Adoção**: significados e possibilidades. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

adolescentes.²³ O Código Civil recepcionou alteração anos depois, atualizando a adoção, a fim de gerar maior aplicabilidade ao instituto, reduzindo a idade mínima do adotante para 30 anos e estabelecendo diferença mínima de 16 anos.²⁴

Considerado um marco na legislação brasileira, o Código de Menores de 1979 se caracterizou por tratar da situação irregular do menor de idade, condenando as crianças pobres como menores e delinquentes.²⁵ Neste contexto, a Doutrina do Menor estabeleceu a adoção de adultos por meio do Código Civil, e a de crianças e adolescentes regida pelo Código menorista, subdividindo em adoção simples e plena.²⁶

A adoção simples era aplicada aos menores de 18 anos, em situação irregular, utilizando-se os dispositivos do Código Civil no que fossem pertinentes. A adoção plena era aplicada aos menores de 7 anos de idade, mediante procedimento judicial, tendo caráter assistencial, vindo a substituir a figura da legitimação adotiva. A adoção plena conferia ao adotando a situação de filho, desligando-o totalmente da família biológica.²⁷

Logo, a Constituição Federal de 1988, trouxe a consagração do princípio de igualdade para o instituto da família, juntamente com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, tornando-o democrática com enfoque social, criando um novo modelo da proteção integral.²⁸ Rompeu-se a estigmatização da pobreza e da delinquência, abandonando-se o termo “menor.”²⁹

Desse modo, em 1990 surge o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), definindo uma nova sistemática para a adoção de crianças e adolescentes, passando à condição de sujeitos de direitos. Houve então, o desencadeamento de medidas para

²³ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Comentários à Lei Nacional da Adoção - Lei 12.010 de 3 de agosto de 2009:** e outras disposições legais: Lei 12.003 e Lei 12.004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

²⁴ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

²⁵ PASSETTI, Edson. Crianças carentes e políticas públicas. *In*: PRIORE, Mary del (org.). **História das crianças no Brasil.** 7. ed. São Paulo: Contexto, 2018.

²⁶ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Comentários à Lei Nacional da Adoção - Lei 12.010 de 3 de agosto de 2009:** e outras disposições legais: Lei 12.003 e Lei 12.004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

²⁷ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

²⁸ AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

²⁹ PASSETTI, Edson. Crianças carentes e políticas públicas. *In*: PRIORE, Mary del (org.). **História das crianças no Brasil.** 7. ed. São Paulo: Contexto, 2018.

resguardar os direitos das crianças e adolescentes, atribuindo a responsabilidade à família, escola, entidades de atendimento, sociedade e ao Estado, a fim de assegurar as garantias dos direitos da criança e do adolescente.³⁰

Nesse período, tem-se dois regramentos para a adoção: um pelo ECA, restrita para crianças e adolescentes, e a adoção para maiores de 18 anos regulamentada pelo Código Civil de 1916.³¹

Por sua vez, em 2002 o Código Civil, unificou a adoção atribuindo o vínculo familiar com a efetiva participação do Poder Público, determinando ainda a existência apenas da adoção plena, revogando a adoção simples. Dentre outras medidas, definiu que a aplicação do ECA somente seria realizado em casos que não contrariasse as disposições civilistas.³²

Por fim, a nova redação do Código Civil, revogou os artigos que tratavam da adoção e constituiu a matéria de adoção de crianças, adolescentes ou adultos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.³³ Em 2009 criou-se a Lei de Adoção (12.010/09), adequando as regras de adoção disposta no ECA, conferindo unicidade ao instituto, trazendo a proteção integral à criança e ao adolescente, garantindo a convivência familiar, o caráter assistencial e protetor.³⁴

O ECA, com a finalidade de agilizar o processo de adoção, determina em seu artigo 50 sobre o cadastro duplo em cada comarca ou foro regional, um referente a crianças e adolescentes aptas a serem adotadas e outro contendo os interessados à adoção.³⁵ O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) possui a responsabilidade em regulamentar o Cadastro Nacional de Adoção – CNA, centralizando as informações de todas as Varas da Infância e Juventude do país, tendo como objetivo facilitar a adoção, isto é, o encontro entre o adotante e o adotado.³⁶

³⁰ VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

³¹ PAIVA, Leila Dutra de. **Adoção**: significados e possibilidades. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

³² ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Comentários à Lei Nacional da Adoção - Lei 12.010 de 3 de agosto de 2009**: e outras disposições legais: Lei 12.003 e Lei 12.004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

³³ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Comentários à Lei Nacional da Adoção - Lei 12.010 de 3 de agosto de 2009**: e outras disposições legais: Lei 12.003 e Lei 12.004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

³⁴ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

³⁶ VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

Nessa perspectiva é importante apontar que a existência dos cadastros se faz obrigatória, uma vez que além de dispor sobre as informações dos cadastros em cada comarca do país, a autoridade judiciária tem a responsabilidade de enviar esses dados para a Comissão Estadual Judiciária de Adoção (CEJA), que dispõe sobre adoção internacional. Logo o CEJA esgotará primeiramente a possibilidade da adoção nacional, verificando os cadastros das pessoas aptas a adotar, e em último caso a possibilidade da colocação em família substituta estrangeira, por meio de um cadastro próprio.³⁷

Os requisitos que devem ser preenchidos para que haja a concessão da adoção, estão dispostos nos artigos 1.618 ao 1.629 do Código Civil e também no ECA em seus artigos 39 a 52. Dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente sobre os requisitos necessários para que se realize a adoção:³⁸

Requisitos necessários trazidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para a realização da adoção legal: a) idade mínima de 18 anos para o adotante (ECA, art. 42, caput); b) diferença de dezesseis anos entre adotante e adotado (art. 42, §3º); c) consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem se deseja adotar (art. 45, caput); d) concordância deste se contar mais de 12 anos (art. 28, §2º); e) processo judicial (art. 47, caput); f) efetivo benefício para o adotando (art. 43).³⁹

Compreende-se do dispositivo supracitado que a idade do adotante para 18 anos traz uma adequação a maioridade civil, período em que se considera pessoa plenamente capaz para os atos da vida civil e penal.⁴⁰

Ao se referir sobre a diferença de dezesseis anos entre o adotado e o adotante, esse requisito visa favorecer a relação paterno-filial, além de conferir cunho biológico à família adotiva, ou seja, assegurar uma composição etária semelhante à família biológica.⁴¹

³⁷ DIGIÁCOMO, Murillo. *In*: VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

³⁸ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. *Adoção*. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

³⁹ BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *In*: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 13 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 09 mar. 2020.

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

⁴¹ DIGIÁCOMO, Murillo. *In*: VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

É exigido o consentimento dos pais ou dos representantes legais do adotado, que será manifestado em audiência, uma vez que a colocação em família substituta pela adoção rompe o vínculo de parentesco com a família biológica, criando um novo vínculo a partir da constituição da nova família, assim, tanto os pais quanto os representantes legais (tutor ou curador) possuem legitimidade para confrontar o ingresso do filho em uma família substituta. No entanto, cabe a dispensa do consentimento quando os pais se encontrarem destituídos do poder familiar ou pais biológicos desconhecidos.⁴²

A concordância do adotando maior de 12 anos será realizada por meio da sua oitiva, momento que possui para expressar sua opinião. A adoção é condicionada a processo judicial, tendo como obrigatoriedade o estágio de convivência no prazo máximo de 90 dias, prorrogável por igual período. Esta fase de convivência poderá ser dispensada caso haja a guarda legal ou tutela. Na hipótese de adoção internacional, o estágio de convivência terá o prazo mínimo de 30 e máximo de 45 dias, podendo também ser prorrogado uma única vez.⁴³

O último requisito para adoção trata da aplicabilidade do princípio do superior interesse da criança e da proteção integral, devendo conferir ao adotando reais vantagens, assegurando que seus interesses sejam bem atendidos.⁴⁴

Atualmente no Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente apresenta duas espécies de adoção: a unilateral e a bilateral.

A adoção unilateral descrita no artigo 41, §1º do ECA, caracteriza-se pela permanência do vínculo de filiação com um dos pais biológicos, gerando o vínculo civil com o cônjuge do genitor, alterando uma das linhas de parentesco. Tal espécie não requer o cumprimento do procedimento atual de cadastro, podendo ser direcionada a pessoa determinada.⁴⁵

Por outro lado, a adoção bilateral prevista no artigo 42, §2º do ECA, chamada também de adoção conjunta, consiste no rompimento total dos vínculos biológicos e

⁴² BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

⁴³ ZAPATER, Maria. **Direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

⁴⁴ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

⁴⁵ ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

determina a destinação da criança ou adolescente ao procedimento de adoção. A lei estipula como restrição a essa espécie de adoção que os adotantes sejam casados ou vivem em união estável.⁴⁶

Além disso, existem diversas modalidades de adoção, sendo elas: adoção de maiores, adoção à brasileira, adoção internacional, adoção de nascituro, adoção por casais homossexuais, adoção póstuma e adoção *intuitu personae*.

Assim, visto um breve histórico da legislação sobre o instituto da adoção, cabe agora abordar de maneira mais específica sobre a adoção *intuitu personae*.

3 ADOÇÃO INTUITU PERSONAE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A modalidade de adoção *intuitu personae*, também chamada de adoção dirigida, consiste na escolha da família substituta pelos pais biológicos, há um prévio acordo entre eles visando a adoção da criança. Observa-se, portanto, a vontade de entregar o seu filho a pessoa determinada, em razão de motivos financeiros ou emocionais, abrindo mão do poder familiar e transferindo a outrem, com o intuito de que o filho tenha uma qualidade de vida melhor.⁴⁷

Destaca-se que a escolha e entrega da criança de forma direta, ocorre sem qualquer intervenção do Poder Judiciário, vindo mais tarde a conhecimento deste, a fim de regularizar a situação ilegal.⁴⁸

Não obstante, salienta-se que esta modalidade de adoção não pode ser confundida com a da adoção à brasileira, na qual consiste em situações em que há o registro do filho de outra pessoa, reconhecendo-o como seu descendente, praticando o crime tipificado no artigo 242 do Código Penal brasileiro.⁴⁹

Além do mais a lei 13.509/2017 trouxe alterações na matéria de adoção, dentre elas estabeleceu em seu artigo 19-A, a possibilidade da entrega de forma voluntária

⁴⁶ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Comentários à Lei Nacional da Adoção - Lei 12.010 de 3 de agosto de 2009:** e outras disposições legais: Lei 12.003 e Lei 12.004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁴⁷ SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção:** regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁴⁸ SANCHES, Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral e o direito fundamental de crianças e adolescentes à convivência familiar. *In:* VERONESE, Josiane Rose Petry (org.). **Direito da criança e do adolescente:** novo curso - novos temas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

⁴⁹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. *In:* MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

da criança pela gestante ou mãe, antes ou logo após o nascimento, todavia será encaminhada para a Vara da Infância e Juventude, a fim de ser ouvida pela equipe interprofissional, sendo que sua manifestação de vontade deverá ser realizada por meio de audiência.⁵⁰

Verifica-se que a alteração da lei estabeleceu um procedimento para que seja realizado a manifestação livre do consentimento dos genitores, detalhando a entrega do próprio filho para a adoção, atendendo o princípio da dignidade da pessoa humana e da condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos. Isto é, a modificação trazida pela lei não estabelece autorização para que os pais indiquem a família substituta para seu filho.⁵¹

Logo o Estatuto da Criança e do Adolescente aduz sobre o respeito à ordem cronológica do cadastro de adoção, dispondo no bojo do artigo 50 sobre a necessidade do cadastro duplo em cada comarca. Contudo, observa-se que para preencher os requisitos e conceder a adoção legal, faz-se importante atender ao prévio cadastramento dos adotantes, conforme apresenta o artigo 197-A do Estatuto da Criança e do Adolescente.⁵²

Ressalta-se ainda que preenchidos os requisitos essenciais, autoriza-se a habilitação dos interessados, inserindo-os no cadastro de adoção, conhecida também como fila de adoção, sua convocação para adotar somente será realizada de acordo com a ordem cronológica de habilitação, e conforme a disponibilidade de crianças ou adolescentes aptos a serem adotados.⁵³

A existência dos cadastros é obrigatória e deverá ser estabelecida em cada comarca sob pena de responsabilidade. O Conselho Nacional de Justiça ao implementar o Cadastro Nacional de Adoção visou por centralizar os dados de todas as comarcas do País, com o intuito de facilitar a busca por crianças ou adolescentes passíveis de serem adotados, bem como os interessados habilitados para adoção.⁵⁴

⁵⁰ ZAPATER, Maria. **Direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

⁵¹ SILVEIRA, Mayra; VERONESE, Josiane Rose Petry. *In*: VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

⁵² ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente: comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁵³ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

⁵⁴ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

As exigências tanto da prévia habilitação quanto da existência dos cadastros, primam pela moralidade do instituto da adoção, satisfazendo os interesses da criança ou do adolescente, definindo critérios para o chamamento dos interessados, sempre que houver criança ou adolescente capazes de serem adotados.⁵⁵

Com a existência do cadastro de pessoas interessadas em adotar e devidamente habilitadas, segundo a legislação brasileira, tem-se a obrigatoriedade do respeito ao mesmo. Será observado a ordem sequencial da fila de adoção e surgindo uma criança ou adolescente que se enquadre nas características estabelecidas, deverá ser chamada as pessoas previamente cadastradas e não qualquer outra que tenha interesse na criança e não preencha os requisitos legais.⁵⁶

Apesar da obrigatoriedade da adoção ser deferida para pessoas previamente habilitadas e cadastradas, respeitando a ordem cronológica das inscrições, o artigo 50, §13 do Estatuto da Criança e do Adolescente aduz hipóteses excepcionais quanto a exigência do prévio cadastramento dos adotantes, quais sejam:

Hipóteses excepcionais para o deferimento da adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente, trazidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente: a) Pedido de adoção unilateral; b) Pedido de adoção formulado por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade; c) Pedido oriundo de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou crimes de subtração de criança ou adolescente para colocação em lar substituto ou, promessa ou efetivação de entrega de filho a terceiro mediante paga ou recompensa.⁵⁷

Diante das situações excepcionais previstas no dispositivo referenciado, cabe mencionar que deverá ser comprovado durante o procedimento, o preenchimento de todos os requisitos necessários para a concessão da adoção, além da necessidade

⁵⁵ DIGIÁCOMO, Murillo. *In*: VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

⁵⁶ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. *Adoção*. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

⁵⁷ BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *In*: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 13 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 09 mar. 2020.

de analisar sob a ótica dos interesses da criança ou do adolescente, a presença de vínculos de afinidade e afetividade.⁵⁸

A possibilidade do deferimento da adoção *intuitu personae* gera muita polêmica no âmbito jurídico, existem muitos obstáculos para a concessão dessa modalidade de adoção.⁵⁹

Além do não cumprimento obrigatório pela ordem sequencial, estabelecida pelo Cadastro Nacional de Adoção, determinada por lei, compactuam-se muitos argumentos contra esta possibilidade de adoção não amparada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Ao permitir a entrega direta do seu filho a outrem, estariam os pais praticando a venda da criança ou adolescente, podendo receber algum dinheiro ou favorecimento dos futuros adotantes em troca da criança, violando um dos princípios fundamentais que é a dignidade da pessoa humana.⁶⁰

Sobre a ótica de Leila Dutra de Paiva:

Outras justificativas contrárias a esta modalidade de adoção, referem-se às dificuldades na apuração dos motivos que levam a mãe biológica a escolher determinadas pessoas, levando-se em consideração que a decisão pode estar pautada em interesses pessoais ou financeiros, sentimentos de gratidão e/ou culpa, coerção entre outros. Em razão disso, alguns juízes chegam a proibir essa modalidade de adoção, levando em conta somente as solicitações feitas através do cadastro de pretendentes.⁶¹

Outra argumentação, refere-se a não haver certeza se os interessados em adotar, possuirão as devidas condições para criar e exercer o papel de pai e mãe, não possuindo meios de proporcionar àquela criança o seu pleno desenvolvimento.⁶²

Com efeito, a criação e o respeito pela ordem do cadastro, confere além da celeridade ao processo de adoção, maior segurança jurídica ao mesmo, possibilitando uma eficaz fiscalização das adoções processadas em todo o território nacional. Além

⁵⁸ DIGIÁCOMO, Murillo. *In*: VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

⁵⁹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

⁶⁰ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

⁶¹ PAIVA, Leila Dutra de. **Adoção**: significados e possibilidades. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

⁶² BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

disso, possui o objetivo de tornar mais justo e democratizado, ao elencar a estrita observância à ordem de habilitação trazida pelo Estatuto, evitando vantagens indevidas.⁶³

Apesar da lei estabelecer como regra o cadastramento de pessoas interessadas em adotar, nos termos do artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, há a ocorrência de inúmeros casos de adoção *intuitu personae* no dia a dia. Verifica-se que esta prática social não amparada pelo ordenamento jurídico brasileiro traz grande controvérsia e insegurança jurídica.⁶⁴

Diante disso, encontra-se em tramitação o Projeto de Lei nº 369 de 2016 sugerindo a alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente, a fim de acrescentar no §13 do artigo 50 a modalidade da adoção *intuitu personae*, visando regulamentar uma prática já existente, proporcionando para as partes maior segurança jurídica. O projeto dispõe também sobre a necessidade de comprovação da existência do vínculo afetivo entre o adotando e adotante, para criança maior de dois anos. Ademais, inclui que os interessados em adotar submetam-se ao procedimento de habilitação no curso do processo de adoção, e veda esta possibilidade para adoção internacional.⁶⁵

A existência do vínculo afetivo para o deferimento da adoção, deverá ser reconhecido pelos pareceres sociais e psicológicos dos profissionais que compõe a vara da infância e juventude. O reconhecimento do afeto como valor jurídico, vem sendo construído pela doutrina e jurisprudência. O afeto é um dos elementos mais importante nas relações familiares, atribuindo sustentação a elas.⁶⁶

Há uma divergência doutrinária quanto a formação do vínculo afetivo, alguns doutrinadores defendem que sejam criados critérios para reconhecer a existência da ligação afetiva. Estabelecendo como critério a divisão do tempo de vida da criança, entendendo que crianças até 6 meses de vida, não criaram ainda o vínculo afetivo.

⁶³ LOBO, Fabíola Albuquerque. Adoção consentida e o Cadastro Nacional de Adoção: harmonização que se impõe. **Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 21, n. 2, mar/ago. 2016. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/4373>. Acesso em: 5 abr. 2020.

⁶⁴ LOBO, Fabíola Albuquerque. Adoção consentida e o Cadastro Nacional de Adoção: harmonização que se impõe. **Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 21, n. 2, mar/ago. 2016. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/4373>. Acesso em: 5 abr. 2020.

⁶⁵ BRASIL. **Projeto de Lei nº 369 de 2016**. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para dispor sobre adoção *intuitu personae*. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4179214&ts=1574860854812&disposition=in_line. Acesso em: 20 mar. 2020.

⁶⁶ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Desta forma o não reconhecimento do vínculo afetivo, acarreta na busca e apreensão da criança, entregando-a para pessoas devidamente cadastradas ou acolhendo-a em uma instituição.⁶⁷

Todavia há posicionamentos contrários, defendendo o surgimento do vínculo afetivo em crianças inferiores a 6 meses, pois se observa que desde muito pequenas as crianças já reconhecem e demonstram por meio de estímulos a ligação afetiva com as quais convivem diariamente. Logo, salienta-se a importância de avaliar cada situação com bom senso, para que seja assegurado os direitos fundamentais da criança e do adolescente.⁶⁸

Aos que defendem a aplicação da lei fria em relação ao cumprimento obrigatório da ordem cronológica do cadastro, permitindo que as crianças sejam retiradas dos braços daqueles que já cuidam delas com todo o carinho e afeto, apenas por não estarem previamente cadastradas, afastam-se dos ensinamentos principiológicos do direito da criança e do adolescente. Uma vez que o vínculo afetivo consolidado entre o adotante e o adotado não é reconhecido.⁶⁹

Dessa maneira, observado a falta de regulamentação da modalidade de adoção *intuitu personae* no Brasil e verificado a importância do estudo sobre o tema, faz-se necessário abordar sobre a sua possibilidade de deferimento, levando-se em consideração o princípio da afetividade.

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE* NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Possuindo como tema adoção *intuitu personae*, o presente estudo analisa, neste tópico, decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ). A pesquisa teve início no dia 10 de abril de 2020, com a busca pelas palavras “adoção *intuitu personae*”, resultando em 4 decisões colegiadas e 49 decisões monocráticas. Com as palavras “adoção *intuito personae*”, resultou-se em 1 decisão colegiada e 45 decisões

⁶⁷ ALMEIDA, Júlio Alfredo de. **Adoção *intuitu personae***: uma proposta de agir. Disponível em: http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1279044932.pdf. Acesso em: 5 abr. 2020.

⁶⁸ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

⁶⁹ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

monocráticas. Destaca-se que as decisões encontradas foram prolatadas entre 01 de janeiro de 2015 à 31 de dezembro de 2019.

As primeiras abordagens serão acerca das decisões colegiadas e as razões utilizadas pelo Tribunal para decidir sobre o tema.

4.1. ANÁLISES DAS DECISÕES COLEGIADAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Das 5 decisões colegiadas encontradas sobre o tema, 3 não se correlacionavam ao presente estudo, sendo eles: Recurso Especial nº 1.696.214/SP⁷⁰, Agravo Interno no *Habeas Corpus* nº 476.777/SC⁷¹ e o *Habeas Corpus* nº 468.691/SC.⁷² Os 2 outros julgados que discorriam sobre o tema são: Recurso Especial nº 1.628.245/SP⁷³ e *Habeas Corpus* nº 487.812/CE.⁷⁴

O Recurso Especial nº 1.628.245/SP, julgado em 13 de dezembro de 2016, teve o Ministro Raul Araújo como relator. Neste julgado, houve o provimento do recurso especial, reformando o acórdão recorrido, afastando a impossibilidade jurídica do pedido e determinando o retorno dos autos à instância de origem, para o devido processamento da ação de adoção.⁷⁵

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.696.214-SP**. Recorrente: Mercado Bitcoin Serviços Digitais Ltda. Recorridos: Itaú Unibanco S/A. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 09 de outubro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1735391&num_registro=201702244334&data=20181016&formato=PDF. Acesso em: 12 abr. 2020.

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Habeas Corpus nº 476.777-SC**. Agravante: M. B. outro. Agravados: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Antônio Carlos Ferreira. Julgado em 04 de dezembro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1779115&num_registro=201802881443&data=20181212&formato=PDF. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 468.691-SC**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 3 de abril de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=81960255&num_registro=201800530160&data=20180405. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.628.245-SP**. Recorrente: L. M. Recorridos: L. C. D. e V. de A. Relator: Min. Raul Araújo. Julgado em 13 de dezembro de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1563570&num_registro=201102855563&data=20161215&formato=PDF. Acesso em: 12 abr. 2020.

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 487.812-CE**, da Terceira Turma do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 26 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?Componente=ITA&sequencial=1797274&num_registro=201900003075&data=20190301&formato=PDF. Acesso em: 12 abr. 2020.

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.628.245-SP**. Recorrente: L. M. Recorridos: L. C. D. e V. de A. Relator: Min. Raul Araújo. Julgado em 13 de dezembro de 2016.

Cuida-se na origem de uma ação de adoção ajuizada pela guardiã de fato contra os genitores em relação ao infante, alegando estar cuidando-o desde o nascimento com o consentimento dos mesmos. Portanto, ajuizou a demanda para regularizar a guarda de fato.⁷⁶

O juiz de primeiro grau julgou extinto o processo sem resolução do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido. Baseou sua fundamentação na falta da prévia inscrição da autora no Cadastro Nacional de Adoção.⁷⁷

Inconformada apelou ao Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual negou provimento, alegando que a pretendente não se encontra inscrita no cadastro de adoção e, também não se enquadra em algumas das situações excepcionais trazidas pelo artigo 50, §13º do ECA. Além disso, o exíguo lapso de convivência com o infante é inferior a um mês, da propositura da ação e mesmo quando do julgamento da apelação. Isto é, inexistente formação de vínculos afetivos sólidos, sendo assim a impossibilidade jurídica do pedido é devidamente caracterizada.⁷⁸

Desse modo, a pretendente interpôs recurso especial no STJ, sustentando que o não cadastro e habilitação não são absolutos por grande parte da doutrina e jurisprudência. Alegou que o vínculo afetivo já se estabeleceu durante o tempo em que a criança se encontrava sob seus cuidados.⁷⁹

O STJ entendeu que a situação concreta é outra, pois apesar da extinção do pedido de adoção pelas instâncias inferiores, a criança com atualmente 6 anos,

Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1563570&num_registro=201102855563&data=20161215&formato=PDF. Acesso em: 12 abr. 2020.

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.628.245-SP**. Recorrente: L. M. Recorridos: L. C. D. e V. de A. Relator: Min. Raul Araújo. Julgado em 13 de dezembro de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1563570&num_registro=201102855563&data=20161215&formato=PDF. Acesso em: 12 abr. 2020.

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.628.245-SP**. Recorrente: L. M. Recorridos: L. C. D. e V. de A. Relator: Min. Raul Araújo. Julgado em 13 de dezembro de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1563570&num_registro=201102855563&data=20161215&formato=PDF. Acesso em: 12 abr. 2020.

⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.628.245-SP**. Recorrente: L. M. Recorridos: L. C. D. e V. de A. Relator: Min. Raul Araújo. Julgado em 13 de dezembro de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1563570&num_registro=201102855563&data=20161215&formato=PDF. Acesso em: 12 abr. 2020.

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.628.245-SP**. Recorrente: L. M. Recorridos: L. C. D. e V. de A. Relator: Min. Raul Araújo. Julgado em 13 de dezembro de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1563570&num_registro=201102855563&data=20161215&formato=PDF. Acesso em: 12 abr. 2020.

encontra-se ainda sob os cuidados da autora. Ocorre que atualmente se estabeleceu o vínculo afetivo durante todos esses anos de convivência. Desta forma, o cadastro nacional de adoção não pode ser um óbice intransponível, pois não é absoluto. Foge ao regramento quando é observado o princípio do melhor interesse da criança, na existência da formação de vínculos afetivos. Sendo assim, a quarta turma por unanimidade proveu o recurso especial nos termos do voto do relator.⁸⁰

No *Habeas Corpus* nº 487.812/CE, foi julgado no dia 26 de fevereiro de 2019, sendo o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino como relator. Foi impetrado em favor da criança, em face da decisão do Tribunal de Justiça que em agravo de instrumento em processo de adoção, negou pedido de agregação de efeito suspensivo ao recurso. Manteve a decisão do juízo *a quo*, que determinou a busca e apreensão da criança, bem como sua institucionalização.⁸¹

A sentença se baseou ao fato da criança ter sido entregue ao casal pela genitora, dias depois no nascimento, configurando burla ao cadastro de adoção. Uma vez que o casal desrespeitou o procedimento legal da adoção, por não estar inserido ao referido cadastro. A criança permaneceu aos cuidados do casal até os 10 meses de vida, em que foi retirada por decisão judicial.⁸²

O Tribunal de Justiça manteve a sentença, sendo assim, o casal impetrou o presente *Habeas Corpus* ao STJ, que concedeu de ofício a ordem, por unanimidade, determinando a recondução da criança ao ambiente familiar em que se encontrava, até o trânsito em julgado do agravo de instrumento que deu origem ao *Habeas Corpus*. A decisão foi fundamentada, pois o acolhimento familiar atende o melhor interesse da

⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.628.245-SP**. Recorrente: L. M. Recorridos: L. C. D. e V. de A. Relator: Min. Raul Araújo. Julgado em 13 de dezembro de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1563570&num_registro=201102855563&data=20161215&formato=PDF. Acesso em: 12 abr. 2020.

⁸¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 487.812-CE**, da Terceira Turma do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 26 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1797274&num_registro=201900003075&data=20190301&formato=PDF. Acesso em: 12 abr. 2020.

⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 487.812-CE**, da Terceira Turma do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 26 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1797274&num_registro=201900003075&data=20190301&formato=PDF. Acesso em: 12 abr. 2020.

criança, sendo a institucionalização medida de exceção, aplicada somente em casos em que há riscos físicos e psíquicos à criança.⁸³

Diante do exposto, pode-se sintetizar as decisões referente ao tema no período avaliado com seus respectivos julgados pelo quadro a seguir:

Quadro 1- Decisões Colegiadas do Superior Tribunal de Justiça

Julgado	Síntese
Recurso Especial nº 1.628.245/SP	O recurso especial foi provido por unanimidade, reformando o acórdão recorrido. Afastou a impossibilidade jurídica do pedido e determinou o retorno dos autos à instância de origem, para o devido processamento da ação de adoção. Cadastro não é absoluto, deve-se observar o melhor interesse da criança. Vínculo afetivo consolidado durante os anos de convivência.
<i>Habeas Corpus</i> nº 487.812/CE	A ordem foi concedida por unanimidade, determinando a recondução da criança ao ambiente familiar em que se encontrava. O acolhimento institucional é medida de exceção, apenas aplicada em casos em que há riscos físicos e psíquicos à criança.

Fonte: Autoras (2020).

A seguir será abordada as decisões monocráticas e as razões utilizadas pelo Tribunal para decidir sobre o tema.

4.2. ANÁLISES DAS DECISÕES MONOCRÁTICAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tratando-se das 49 decisões monocráticas encontradas sobre adoção *intuitu personae*, 27 delas não se correlacionavam com o presente tema. Além disso, 5 julgados não foram conhecidos pelo STJ, por não preencherem os pressupostos de admissibilidade, quatro julgados se repetiram e um julgado, o STJ entendeu que não constituía a via adequada para exame aprofundado de provas, um julgado restou prejudicado seu objeto, haja vista que se voltava contra a decisão que determinou o acolhimento institucional da criança. Todavia durante o processo ocorreu o desacolhimento do infante, que iniciou estágio de convivência com casal devidamente inscrito no Cadastro Nacional de Adoção.

⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 487.812-CE, da Terceira Turma do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 26 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1797274&num_registro=201900003075&data=20190301&formato=PDF. Acesso em: 12 abr. 2020.

Contudo, 11 julgados discorriam sobre o tema, sendo eles: Agravo em Recurso Especial nº 220.138/RN,⁸⁴ Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 671.329/ES,⁸⁵ Recurso Especial nº 1.353.581/RN,⁸⁶ Recurso Especial nº 1.637.868/SP,⁸⁷ *Habeas Corpus* nº 404.545/CE,⁸⁸ Agravo em Recurso Especial nº 853.694/RN,⁸⁹ Recurso Especial nº 1.678.098/CE,⁹⁰ Agravo Interno no Agravo em

⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 220.138-RN**. Agravante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Agravados: S. F. de A. L. M. e outro. Relator: Min. Marco Buzzi. Julgado em 25 de maio de 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=48221726&num_registro=201201761837&data=20150605. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 671.329-ES**. Agravantes: U.X.de.A.J. e L.L.do.N. Agravado: E.V.A.C. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 19 de agosto de 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=51215702&num_registro=201500485730&data=20150825. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.353.581-RN**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: M. C. R. e outro. Relator: Min. Raul Araújo. Julgado em 16 de agosto de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=64166704&num_registro=201201200073&data=20160909. Acesso em: 12 abr. 2020.

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.637.868-SP**. Recorrente: A. T. e outro. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 2 de fevereiro de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=68886540&num_registro=201301435881&data=20170206. Acesso em: 12 abr. 2020.

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 404.545-CE**. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 27 de junho de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=74068504&num_registro=201701466748&data=20170630. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 853.694-RN**. Agravante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Agravados: E. M. A. do N. P. e J. P. da S. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti. Julgado em 27 de junho de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=74144039&num_registro=201600198560&data=20170801. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.678.098-CE**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Ceará. Recorridos: I. M. C. e A. C. Relator: Min. Moura Ribeiro. Julgado em 27 de setembro de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=77052920&num_registro=201701478906&data=20171009. Acesso em: 12 abr. 2020.

Recurso Especial nº 979.225/SP,⁹¹ *Habeas Corpus* nº 504.743/SP,⁹² *Habeas Corpus* nº 517.365/RS⁹³ e o *Habeas Corpus* nº 548.918/RS.⁹⁴

Tratando-se agora das 45 decisões monocráticas encontradas sobre adoção *intuitu personae*, 12 delas não se correlacionavam com o presente tema, 20 decisões foram repetidas, sendo também encontradas com a palavra-chave adoção *intuitu personae*, 3 julgados não foram conhecidos por não serem considerados via adequada de propositura e um julgado, não preencheu os pressupostos de admissibilidade, 2 julgados discutiram matéria de competência Além dessas, os julgados *Habeas Corpus* nº 450.121/MG⁹⁵ e o *Habeas Corpus* nº 485.349/PR,⁹⁶ repetiram-se entre si.

Sendo assim, 5 julgados encontrados tratavam do presente tema: *Habeas Corpus* nº 328.263/SP,⁹⁷ *Habeas Corpus* nº 385.507/PR,⁹⁸ *Habeas Corpus* nº

⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 979.225-SP**. Agravantes: V.G. e P. M. da. C. Agravados: M. P. A. e J. A. N. Relator: Min. Marco Buzzi. Julgado em 15 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=80383913&num_registro=201602360580&data=20180305. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ***Habeas Corpus* nº 504.743-SP**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 22 de abril de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=94863686&num_registro=201901084307&data=20190425. Acesso em: 12 abr. 2020.

⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ***Habeas Corpus* nº 517.365-RS**. Relator: Min. Moura Ribeiro. Brasília, DF, 24 de junho de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=97578132&num_registro=201901814320&data=20190626. Acesso em: 12 abr. 2020.

⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ***Habeas Corpus* nº 548.918-RS**. Relator: Min. Antônio Carlos Ferreira. Brasília, 3 de dezembro de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=104167175&num_registro=201903583831&data=20191205. Acesso em: 12 abr. 2020.

⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ***Habeas Corpus* nº 450.121-MG**. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília, DF, 14 de junho de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=97266487&num_registro=201801140357&data=20190618. Acesso em: 16 abr. 2020.

⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ***Habeas Corpus* nº 485.349-PR**. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 15 de janeiro de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=91437066&num_registro=201803402228&data=20190204. Acesso em: 15 abr. 2020.

⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ***Habeas Corpus* nº 328.263-SP**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 30 de junho de 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=49534033&num_registro=201501512813&data=20150701. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ***Habeas Corpus* nº 385.507-PR**. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 24 de janeiro de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=68690170&num_registro=201700077729&data=20170202. Acesso em: 10 abr. 2020.

439.885/SP,⁹⁹ Recurso Especial nº 1.740.453/CE¹⁰⁰ e o *Habeas Corpus* nº 522.557/MT.¹⁰¹

Diante do exposto, para viabilizar o presente trabalho, serão apresentadas as sínteses sobre as decisões monocráticas que tratam do tema, no período avaliado como seus respectivos julgados pelo seguinte quadro:

Quadro 2. Decisões Monocráticas do Superior Tribunal de Justiça

Julgado	Síntese
Agravo em Recurso Especial nº220.138/RN	O STJ conheceu o agravo para negar seguimento ao recurso especial interposto pelo Ministério Público, em razão da possibilidade jurídica do pedido. Observou-se que o cadastro de adoção não é absoluto, podendo ser mitigada em respeito ao princípio do melhor interesse da criança, na hipótese de existir vínculos afetivos.
Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº671.329/ES	O STJ conheceu o agravo e proveu o recurso especial, determinando a reforma do acórdão recorrido, afim de cassar a sentença e determinar o regular processamento da ação. Ficou cancelado o mandado de busca e apreensão do infante, permanecendo sob a guarda dos recorrentes, pelo reconhecimento da existência do vínculo afetivo formado entre as partes.
Recurso Especial nº1.353.581/RN	O STJ negou provimento ao Recurso Especial, pois a falta de inscrição ao cadastro não é impedimento para impossibilidade jurídica do pedido. Determinou a permanência da criança com o casal recorrido, pois há existência de fortes vínculos afetivos entre as partes, consolidados pelo lapso de convivência de 6 anos.
Recurso Especial nº1.637.868/SP	O STJ deu provimento ao Recurso Especial, retornando o processo à origem para retomar o regular desenvolvimento da ação de adoção. O Cadastro Nacional de Adoção não é absoluto, podendo ser relativizado em casos em que o afeto seja merecedor e esteja em sintonia com os interesses da criança
<i>Habeas Corpus</i> nº404.545/CE	Foi deferido a liminar, determinando a imediata entrega do infante aos pretendentes à adoção, afastando o acolhimento institucional. A regra ao cadastro pode ser excepcionada em situações que atendem o melhor interesse da criança, como na hipótese da presença do vínculo afetivo entre as partes, mesmo que não se encontrem cadastrados.
Agravo em Recurso Especial nº853.694/RN	O cadastro de adoção não é absoluto, sendo flexibilizado quando atendida ao princípio do melhor interesse da criança, nas hipóteses em que o vínculo afetivo esteja formado. O exame de lapso probatório

⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 439.885-SP. Relator: Min. Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região). Brasília, DF, 12 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1791589&num_registro=201802353802&data=20190311&formato=PDF. Acesso em: 10 abr. 2020.

¹⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 1.740.453-CE. Recorrente: Ministério Público do Estado do Ceará. Recorridos: F. R. de M. e S. G. P. de M. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Julgado em 22 de outubro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=89022277&num_registro=201801099820&data=20181105. Acesso em: 12 abr. 2020.

¹⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 522.557-MT. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, DF, 23 de julho de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=98823131&num_registro=201902124467&data=20190802. Acesso em: 14 abr. 2020.

		revela a construção dos laços familiares e afetivos. Negou provimento do agravo interposto pelo MP.
Recurso Especial nº1.678.098/CE		Negou o conhecimento do Recurso Especial, pela razão de que a ausência de inscrição dos pretendentes no Cadastro Nacional de Adoção, não pode ser um obstáculo para o prosseguimento da adoção. Deve-se atender o princípio do melhor interesse da criança, quando restar comprovado a relação de afeto entre as partes, como visto nos autos.
Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº979.225/SP		Foi provido o Agravo Interno para reconsiderar a decisão monocrática impugnada, e conhecer o presente agravo, negando provimento ao Recurso Especial. Entendeu que o cadastro de adoção não é absoluto, e prevalece o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, na existência de vínculos afetivos entre as partes, o que é constatado nos autos.
<i>Habeas</i> nº504.743/SP	<i>Corpus</i>	A liminar foi deferida pelo STJ. Cassou o efeito suspensivo, concedido pelo Tribunal de Justiça em Agravo de Instrumento. Restabeleceu a decisão proferida pelo juízo <i>a quo</i> , permitindo a permanência da criança com o casal sob sua guarda. Reconhecimento dos laços afetivos formado entre as partes.
<i>Habeas</i> nº517.365/RS	<i>Corpus</i>	O STJ deferiu a liminar para desabrigar a criança, e devolvê-la ao ambiente familiar que se encontrava até o julgamento do mérito do presente <i>Habeas Corpus</i> . Já se formou vínculo afetivo entre as partes, e afastá-la para encaminhar ao abrigo, somente porque não se observou a fila de adoção, pode causar abalo psicológico. O Cadastro Nacional de Adoção não é absoluto, podendo ser relativizado para observar o melhor interesse da criança.
<i>Habeas</i> nº548.918/RS	<i>Corpus</i>	O STJ deferiu o pedido liminar para suspender o acolhimento institucional deferido pelo Tribunal de Justiça. Entendeu que a manutenção da guarda provisória com os impetrantes, pelo reconhecimento do vínculo afetivo, é a medida que melhor atende ao princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança.
<i>Habeas</i> nº328.263/SP	<i>Corpus</i>	Foi deferido o pedido liminar, determinando a permanência da criança com o casal. STJ fundamentou que a medida determinada pelas instâncias originárias, da institucionalização, a fim de evitar a formação dos vínculos afetivos, para tão somente atender o sistema legal de adoção, não atende o princípio do melhor interesse da criança.
<i>Habeas</i> nº385.507/PR	<i>Corpus</i>	O STJ deferiu pedido liminar, determinando o retorno da criança ao casal. Fundamentou a decisão pelo fato da criança estar recebendo todos os cuidados necessários, e sua institucionalização só poderá ocorrer em medida extrema, o que não é observado nos autos.
<i>Habeas</i> nº439.885/SP	<i>Corpus</i>	Foi deferida a liminar para determinar que a criança permaneça com os impetrantes. Os interesses do infante estarão mais bem respaldados se permanecer com a família que o acolheu. Uma vez que há existência de vínculos afetivos e emocionais estabelecidos entre as partes.
Recurso Especial nº1.740.453/CE		STJ negou provimento ao recurso interposto pelo MP, fundamentando que a afetividade é aspecto preponderante a ser considerado no caso. Crianças já estão convivendo com os recorridos desde a primeira semana de vida, tendo atualmente 13 anos. A retirada abrupta da família que os acolheu, gerará severos prejuízos, deixando-se de observar o melhor interesse deles.
<i>Habeas</i> nº522.557/MT	<i>Corpus</i>	O STJ deferiu a liminar e determinou que a criança seja mantida sob a guarda do casal impetrante. Há existência de fortes vínculos afetivos formados entre as partes. O afeto vem se atribuindo valor jurídico, devendo ser reconhecido para atender o melhor interesse da criança.

Fonte: Autoras (2020).

Observou-se que há a prioridade pelo respeito da ordem cronológica referente ao cadastro de adoção. Entretanto, há situações que dispensam o prévio cadastramento e respeito à fila de adoção para além das exceções elencadas no artigo 50, §13 do ECA, reconhecendo-as pela formação de laços de afeto com os pretendentes à adoção.¹⁰²

Nesse sentido, pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça no informativo nº 385:

ADOÇÃO. VÍNCULO. CRIANÇA. ADOTANTE. Cuida-se, na espécie, da adoção de menor na qual a mãe e o casal, ora agravado, assinaram termo de declaração no qual há expressa manifestação de vontade do primeiro em consentir a doação de uma filha aos agravados, tendo o juiz a quo autorizado a permanência da menor com o casal pelo prazo de trinta dias. Posteriormente, passados oito meses, o Tribunal a quo determinou a guarda da menor aos agravados por constarem do cadastro geral, sob o fundamento de que uma criança com menos de um ano não poderia criar vínculo com o casal e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser afastada do casal agravado. A Turma entendeu que o critério a ser observado é a existência de vínculo de afetividade da criança com o casal adotante. Dever-se-ia, preponderantemente, verificar o estabelecimento do vínculo afetivo da criança com os agravados, que, se presente, torna legítima, indubitavelmente, a adoção *intuitu personae*. Assim, negou provimento ao agravo. AgRg na MC 15.097-MG, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 5/3/2009.¹⁰³

Logo, o entendimento do STJ vem possibilitar a concessão da adoção *intuitu personae*, em razão da formação do vínculo afetivo, flexibilizando o reconhecimento da adoção de crianças e adolescentes que já convivem com aquelas pessoas determinadas, escolhidas pela família biológica, levando-se em consideração o melhor interesse do infante adolescente. Desta forma, a não flexibilização, gera a entrega traumática da criança ou do adolescente a outra família substituta ou instituição, para que seja seguido o Cadastro Nacional de Adoção e o respeito à ordem cronológica.¹⁰⁴

¹⁰² ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo nº 385**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=@cod=%27385%27&op=imprimir&t=JURIDICO&p=true&l=10&i=1>. Acesso em: 24 abr. 2020.

¹⁰⁴ ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do estudo, observou-se que a adoção é um dos institutos mais antigo, possuindo relevância desde os primórdios até os dias atuais. É considerada uma das formas de colocação em família substituta, quando esgotadas as possibilidades da manutenção com a família natural ou extensa. É denominada como um ato jurídico solene que atribui ao adotado a condição de filho, sem quaisquer discriminações, gerando efeitos de ordem pessoal e patrimonial.

Como visto, o Estatuto da Criança e do Adolescente apresenta os requisitos necessários que devem ser preenchidos para que ocorra a adoção. Além disso, demonstrou-se a obrigatoriedade do respeito a ordem cronológica do Cadastro Nacional de Adoção, destacando que tal cadastro visa acabar com as práticas de adoção *intuitu personae*. O prévio cadastramento é um dos requisitos essenciais para que se conceda a adoção, além disso, só poderá ser flexibilizada nas hipóteses excepcionais trazidas pelo artigo 50, §13 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Desse modo, a problemática desta pesquisa, fundou-se na (im) possibilidade da adoção *intuitu personae*, frente ao informativo nº 385 do Superior Tribunal de Justiça.

Nota-se que a temática ainda gera muita divergência no âmbito jurídico, tratando da possibilidade de deferimento desta modalidade de adoção, em que há a escolha da família substituta pelos pais biológicos.

Apesar da imposição legal pela obrigatoriedade do respeito à ordem cronológica do Cadastro Nacional de Adoção, existe a possibilidade de que a adoção seja deferida para pessoas não cadastradas. Tendo a adoção como a concretização do direito fundamental da convivência familiar, faz-se necessário observar a prevalência do melhor interesse da criança e do adolescente, de modo que a adoção expresse reais vantagens ao adotando. Deste modo, o deferimento desta modalidade de adoção, encontra-se alicerce no fato do reconhecimento dos vínculos afetivos entre o adotante e o adotando.

Logo ao analisar os julgados é possível afirmar que o posicionamento do STJ vem se firmando para flexibilizar a aplicação das regras do cadastro, pois não é considerado absoluto diante da constatação do vínculo afetivo. Isto é, o afeto é considerado como preceito basilar na formação da família e vem sendo reconhecido

como valor jurídico, prevalecendo sobre a letra fria da lei, buscando minimizar as implicações geradas pela colocação em família substituta.

De outro modo ao seguir o posicionamento rígido da lei, exigindo o prévio cadastramento na chamada fila de adoção, acarreta no afastamento dos princípios norteadores do direito da criança e do adolescente, como, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e da sua proteção integral.

Contudo é importante salientar que a análise deverá ser realizada, mediante a cada caso concreto, a fim de que os direitos da criança e do adolescente sejam assegurados. Portanto, o informativo nº385 do STJ vem consolidar esse entendimento, uma vez que, havendo a formação dos vínculos afetivos entre o adotando e o adotante, reconhecidos pelos pareceres da equipe interprofissional, nos casos de adoção *intuitu personae*, a manutenção dessa situação consolidada com o tempo, verifica-se como a medida mais cabível, por resguardar o melhor interesse da criança e do adolescente.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Júlio Alfredo de. **Adoção *intuitu personae***: uma proposta de agir. Disponível em: http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1279044932.pdf. Acesso em: 5 abr. 2020.

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 369 de 2016**. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para dispor sobre adoção *intuitu personae*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4179214&ts=1574860854812&disposition=inline>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. **Jurisprudência do STJ**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 13 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 09 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo nº 385**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=@cod=%27385%27&op=imprimir&t=JURIDICO&p=true&l=10&i=1>. Acesso em: 24 abr. 2020.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Das Américas, 1961. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/cidadeantiga.html>. Acesso em: 12 mar. 2020.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da criança e do adolescente**. Criciúma, SC: Unesc, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIGIÁCOMO, Murillo. *In*: VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: direito de família**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LOBO, Fabíola Albuquerque. Adoção consentida e o Cadastro Nacional de Adoção: harmonização que se impõe. **Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 21, n. 2, mar/ago. 2016. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/4373>. Acesso em: 5 abr. 2020.

MARCILIO, Maria Luiza. A roda dos expostos e a criança abandonada na história do Brasil: 1726-1950. *In*: FREITAS, Marcos Cezar de (org.). **História social da infância no Brasil**. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2016.

MARTINS, Fernanda Flaviana de Souza. Da história da institucionalização no Brasil ao Estatuto da Criança e do Adolescente. *In*: MOREIRA, Jacqueline de Oliveira; SALUM, Maria José Gontijo; OLIVEIRA, Rodrigo Torres (org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente: refletindo sobre sujeitos, direitos e responsabilidades**. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PAIVA, Leila Dutra de. **Adoção: significados e possibilidades**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

PASSETTI, Edson. Crianças carentes e políticas públicas. *In*: PRIORE, Mary del (org.). **História das crianças no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Contexto, 2018.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Comentários à Lei Nacional da Adoção - Lei 12.010 de 3 de agosto de 2009: e outras disposições legais: Lei 12.003 e Lei 12.004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente: comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANCHES, Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral e o direito fundamental de crianças e adolescentes à convivência familiar. *In*: VERONESE, Josiane Rose Petry (org.). **Direito da criança e do adolescente: novo curso - novos temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SILVA FILHO, Artur Marques da. **Adoção: regime jurídico, requisitos, efeitos, inexistência, anulação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA FILHO, Artur Marques da. **O regime jurídico da adoção estatutária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVEIRA, Mayra; VERONESE, Josiane Rose Petry. *In*: VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ZAPATER, Maria. **Direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

O Curso de Direito da FUCAP objetiva de forma geral formar bacharéis que congreguem o saber jurídico tradicional e dogmático com uma formação multidisciplinar e empreendedora, com capacidade para enfrentar os desafios do mundo jurídico contemporâneo, consciente do seu papel como agente de transformação social, na busca constante pela Justiça e pela pacificação dos conflitos.



ISBN - 978-65-87169-09-5



9786587169095