



DIREITO CIVIL E DESIGUALDADES SOCIAIS

**ANAIS DO VIII CONGRESSO
MINEIRO DE DIREITO CIVIL**

Daniel de Pádua Andrade
Débora Fernandes Pessoa Madeira
Diego Machado
Rafael Pacheco Lanes Ribeiro
(Organizadores)

**DIREITO CIVIL E DESIGUALDADES
SOCIAIS: ANAIS DO VIII
CONGRESSO MINEIRO DE DIREITO
CIVIL**

Todo o conteúdo apresentado neste livro é de responsabilidade do(s) autor(es).

Esta publicação está licenciada sob [CC BY-NC-ND 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

Conselho Editorial

Prof. Dr. Ednilson Sergio Ramalho de Souza - Ufopa (Editor-Chefe)
Prof^a. Dr^a. Danjone Regina Meira - USP
Prof^a. Ms. Roberta Seixas - Unesp
Prof. Ms. Gleydson da Paixão Tavares - UESC
Prof^a. Dr^a. Monica Aparecida Bortolotti - Unicentro
Prof^a. Dr^a. Isabele Barbieri dos Santos - FIOCRUZ
Prof^a. Dr^a. Luciana Reusing - IFPR
Prof^a. Ms. Laize Almeida de Oliveira - UNIFESSPA
Prof. Ms. John Weyne Maia Vasconcelos - UFC
Prof^a. Dr^a. Fernanda Pinto de Aragão Quintino - SEDUC-AM
Prof^a. Dr^a. Leticia Nardoni Marteli - IFRN
Prof. Ms. Flávio Roberto Chaddad - SEESP
Prof. Ms. Fábio Nascimento da Silva - SEE/AC
Prof^a. Ms. Sandolene do Socorro Ramos Pinto - UFPA
Prof^a. Dr^a. Klenicy Kazumy de Lima Yamaguchi - UFAM
Prof. Dr. Jose Carlos Guimaraes Junior - Governo do Distrito Federal
Prof. Ms. Marcio Silveira Nascimento - UFRR
Prof. Ms. João Filipe Simão Kembo - Escola Superior Pedagógica do Bengo - Angola
Prof. Ms. Divo Augusto Pereira Alexandre Cavadas - FADISP
Prof^a. Ms. Roberta de Souza Gomes - NESPEFE - UFRJ
Prof. Ms. Valdimiro da Rocha Neto - UNIFESSPA
Prof. Dr. Jeferson Stiver Oliveira de Castro - IFPA
Prof. Ms. Artur Pires de Camargos Júnior - UNIVÁS
Prof. Ms. Edson Vieira da Silva de Camargos - Universidad de la Empresa (UDE) - Uruguai
Prof. Ms. Jacson Baldoino Silva - UEFS
Prof. Ms. Paulo Osni Silvério - UFSCar
Prof^a. Ms. Cecília Souza de Jesus - Instituto Federal de São Paulo

“Acreditamos que um mundo melhor se faz com a difusão do conhecimento científico”.

Equipe Home Editora

Daniel de Pádua Andrade
Débora Fernandes Pessoa Madeira
Diego Machado
Rafael Pacheco Lanes Ribeiro
(Organizadores)

**DIREITO CIVIL E DESIGUALDADES
SOCIAIS: ANAIS DO VIII
CONGRESSO MINEIRO DE DIREITO
CIVIL**

1ª Edição

Belém-PA
Home Editora
2024

© 2024 Edição brasileira
by Home Editora

© 2024 Texto
by Autor

Todos os direitos reservados

Home Editora

CNPJ: 39.242.488/0002-80

www.homeeditora.com

contato@homeeditora.com

91988165332

Tv. Quintino Bocaiúva, 23011 - Batista Campos, Belém - PA, 66045-315

Editor-Chefe

Prof. Dr. Ednilson Ramalho

Projeto gráfico

homeeditora.com

Revisão, diagramação e capa

Autor

Bibliotecária

Janaina Karina Alves Trigo Ramos

CRB-8/009166

Produtor editorial

Laiane Borges

Dados Internacionais de Catalogação na publicação (CIP)

A532

Direito Civil e Desigualdades Sociais: Anais do VIII Congresso Mineiro de Direito Civil / Daniel de Pádua Andrade, Débora Fernandes Pessoa Madeira, Diego Machado, Rafael Pacheco Lanes Ribeiro (Organizadores). – Belém: Home, 2024.

Arquivo digital

380 p.

ISBN 978-65-6089-066-4

DOI 10.46898/home.7bca6455-4b3b-4cff-8baf-c92e3d0158a7

1. Direito civil. 2. Desigualdades sociais. I. Andrade, Daniel de Pádua. II. Madeira, Débora Fernandes Pessoa. III. Machado, Diego. IV. Ribeiro, Rafael Pacheco Lanes. V. Título.

CDD 340

Índice para catálogo sistemático

I. Direito civil. II. Desigualdades sociais.

De uma forma irônica, pode-se afirmar que o Direito Privado é como o Hotel Hyatt: está aberto a todos, porém nele tem entrada apenas alguns, quais sejam, os que podem pagar pela hospedagem.

Ricardo Luis Lorenzetti

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	8
SOBRE OS ORGANIZADORES	9
PROGRAMAÇÃO DO VIII CONGRESSO MINEIRO DE DIREITO CIVIL.	10
A CEGA PRESUNÇÃO DE SIMETRIA E PARIDADE NOS CONTRATOS CIVIS: NECESSIDADE DE PARÂMETROS OBJETIVOS FRENTE A DESIGUALDADE BRASILEIRA <i>Livia Carbelim Bandeira; Sofia Tercio Costa</i>	12
A CONCEPÇÃO AMPLIADA DO DIREITO À SAÚDE DA PESSOA COM DOENÇA CELÍACA COMO EXPEDIENTE DE ATENUAÇÃO DE DESIGUALDADES SOCIAIS NA RELAÇÃO DE CONSUMO <i>Roberto Henrique Pôrto Nogueira; Sabrina Pedrosa Dias</i>	36
A IMPORTÂNCIA DA LEGÍTIMA FRENTE À (DES)IGUALDADE DE GÊNERO NO ÂMBITO FAMILIAR <i>Amanda Batistella de Oliveira; Amanda Cristina Carvalho Faustino; Jader Barbosa Moreira Filho; Gustavo Pereira Leite Ribeiro</i>	52
A PATERNIDADE ATIVA SOB A ÓTICA DAS DESIGUALDADES SOCIAIS <i>Fausto Amador Alves Neto; Jeovan Alves dos Santos</i>	75
A RENOVAÇÃO DO DIREITO PRIVADO COMPROMETIDO COM A MITIGAÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS E O PAPEL DAS EPISTEMOLOGIAS FEMINISTAS <i>Kelly Christine Oliveira Mota de Andrade; Roberto Henrique Pôrto Nogueira</i>	95
AQUI JAZ MEU VERDADEIRO EU: A TUTELA DO NOME SOCIAL DAS PESSOAS TRANSGÊNERO APÓS A MORTE <i>Anna Luísa Braz Rodrigues; Isabela Maria Soares Silva</i>	113
DESAFIO À PROMOÇÃO DA EDUCAÇÃO DIGITAL DOS FILHOS: A DESIGUALDADE DIGITAL E O EXERCÍCIO DA AUTORIDADE PARENTAL <i>Letícia Aparecida Raimundo Lucena da Silva; Rafaella de Lima Meireles</i>	136

DESAFIOS PARA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL E A APLICAÇÃO DE INDENIZAÇÃO EM CASOS DE ABANDONO AFETIVO PARENTAL FILIAL NO BRASIL <i>Sabrina Souza de Moura</i>	163
(IN)SUFICIÊNCIA DAS REVISÕES AUTOMATIZADAS: A NÃO OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA TRANSPARÊNCIA E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO <i>Ana Beatriz Pacheco; Zélia Maria Martins Guilherme</i>	188
“NÃO ENTENDI NADA, MAS VOU ADERIR”: O DEVER DE INFORMAÇÃO NOS CONTRATOS DE ADESÃO À LUZ DA DESIGUALDADE EDUCACIONAL BRASILEIRA <i>Luiz Fernando da Silva Martins Mata; Sofia Helena Pereira Barreto</i> ...	214
NOVO DIREITO REAL E O DILEMA HABITACIONAL BRASILEIRO: DESIGUALDADES SOCIAIS, MERCADO E INOVAÇÕES LEGISLATIVAS NO CÓDIGO CIVIL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 <i>Kessia Priscila Miranda Ramos</i>	240
O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PELOS TRIBUNAIS COMO MECANISMO PARA EVITAR A DESIGUALDADE JURÍDICA <i>Michael Cassemiro de Carvalho; Luiza Raquel Elias Lopes; Marlene de Paula Pereira</i>	267
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E POLÍTICAS PÚBLICAS: O DESMANCHE DO PROGRAMA “MINHA CASA MINHA VIDA” E A AGENDA ULTRADIREITISTA DE NECROPOLÍTICA <i>Arthur Januzzi Caputo Gonçalves; Rafael Pacheco Lanes Ribeiro</i>	293
RESPONSABILIDADE CIVIL E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA: REPERCUSSÕES PARA A REDUÇÃO DA DESIGUALDADE SOCIAL NO ÂMBITO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO <i>Ana Karolyna Coelho Silva Vital; Rafael Pacheco Lanes Ribeiro</i>	314
PESSOA IDOSA E(M) FAMÍLIA SOLIDÁRIA: DESATANDO NÓS E CONSTRUINDO NOVOS NINHOS <i>Jacqueline Lopes Pereira; Mariana Demetruk Marchioro</i>	334
VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA EM MULHERES DA PERIFERIA DO BRASIL: RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS IMPACTOS <i>Isadora Costa Mazoca; Renè Vial</i>	362

APRESENTAÇÃO

A oitava edição do Congresso Mineiro de Direito Civil, promovido pela Associação Mineira de Professores de Direito Civil, foi realizada entre os dias 28 e 30 de junho de 2023, na Universidade Federal de Minas Gerais, com o tema “Direito Civil e Desigualdades Sociais”. O evento articulou uma série de discussões que exploraram diferentes facetas da temática proposta, incluindo painéis de palestras, apresentação de artigos, exposição de resumos e lançamento de livro. Além disso, a programação ofereceu oportunidades de diálogo e de confraternização entre os participantes, como as pausas para *coffee breaks*, o *free walking tour* pelo belo campus da UFV e a assembleia da AMPDIC.

A presente obra coletiva foi organizada pelos professores que compuseram a Comissão Organizadora do VIII Congresso Mineiro de Direito Civil, com o propósito de divulgar os debates ocorridos e inspirar novas reflexões sobre o assunto. Os dezesseis textos compilados neste livro enfrentam problemas atuais e relevantes, demonstrando a necessidade de releitura dos institutos do Direito Civil à luz das desigualdades que marcam a sociedade brasileira contemporânea. Trata-se de publicação que consolida os resultados do evento e reforça o mérito de todos os acadêmicos, os apoiadores e as instituições que contribuíram, cada um à sua maneira, para a realização do congresso.

Daniel de Pádua Andrade

SOBRE OS ORGANIZADORES

DANIEL DE PÁDUA ANDRADE

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Professor Adjunto do Departamento de Direito e Coordenador do Curso de Direito da Universidade Federal de Viçosa (UFV).

DÉBORA FERNANDES PESSOA MADEIRA

Doutoranda em Economia Doméstica pela Universidade Federal de Viçosa, Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Presidente Antônio Carlos (Unipac-Ubá). Professora Adjunta da Universidade Federal de Viçosa (UFV).

DIEGO MACHADO

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa (UFV). Especialista em Proteção de Dados na Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Membro do *VULNERA Scientific Network*.

RAFAEL PACHECO LANES RIBEIRO

Doutorando em Educação e Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Professor de Direito Civil e coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário de Viçosa (UNIVIÇOSA). Foi professor substituto da Universidade Federal de Viçosa (UFV) no ano de 2023.

PROGRAMAÇÃO DO VIII CONGRESSO MINEIRO DE DIREITO CIVIL

QUARTA (28/06/2023)

17:30 às 18:00 – COFFEE BREAK E CREDENCIAMENTO DOS
PARTICIPANTES

Local: Hall do Auditório da Biblioteca Central

18:00 às 20:00 – 1º PAINEL: DESIGUALDADES SOCIAIS E
RELAÇÕES CONTRATUAIS

Local: Auditório da Biblioteca Central

Daniel de Pádua Andrade (UFV) Neoformalismo contratual e
proteção dos vulneráveis

Rafael Pacheco Lanes Ribeiro (UNIVIÇOSA/UFV) Pessoa com
deficiência e desafios do direito contratual

Vitor de Azevedo Almeida Júnior (UERJ/PUC-RIO) Tutela da
pessoa idosa nas relações consumeristas

QUINTA (29/06/2023)

9:30 às 11:00 – FREE WALKING TOUR PELO CAMPUS DA UFV

Local: Campus UFV - Quatro Pilastras

15:00 às 16:30 – APRESENTAÇÃO DOS ARTIGOS EM GRUPOS
DE TRABALHO

Local: Salas de aula do Centro de Ensino e Extensão

16:30 às 18:00 – APRESENTAÇÃO DOS RESUMOS EM
PÔSTERES

Local: Hall do Auditório da Biblioteca Central

17:30 às 18:00 – LANÇAMENTO DE OBRA COLETIVA
COORDENADA POR ASSOCIADOS

Novos direitos privados, autonomia e exercício de direitos: direitos
fundamentais e novas perspectivas para o direito privado

Local: Hall do Auditório da Biblioteca Central

17:30 às 18:00 – COFFEE BREAK E CREDENCIAMENTO DOS PARTICIPANTES

Local: Hall do Auditório da Biblioteca Central

18:00 às 20:00 – 2º PAINEL: DESIGUALDADES SOCIAIS E FAMÍLIAS BRASILEIRAS

Local: Auditório da Biblioteca Central

Débora Fernandes Pessoa Madeira (UFV) Introduzindo o conceito de cuidado sob a perspectiva de gênero como narrativa possível nos institutos de guarda e alimentos

Eliza Costa Cruz (FGV-RIO) Crianças e adolescentes: análise dos processos de guarda e convivência familiar considerando as dinâmicas de poder no âmbito das famílias e os interesses dos menores de idade

Renata Barbosa de Almeida (UFOP) O impacto do reconhecimento da diversidade das formas de se viver em família no direito sucessório brasileiro: quais as famílias ainda não estão juridicamente protegidas?

SEXTA (30/06/2023)

9:30 às 10:00 – COFFEE BREAK E CREDENCIAMENTO DOS PARTICIPANTES

Local: Hall do Auditório da Biblioteca Central

10:00 às 12:00 – 3º PAINEL: DESIGUALDADES SOCIAIS E TECNOLOGIAS DIGITAIS

Local: Auditório da Biblioteca Central

Bianca Kremer (IDP) Discriminação racial em sistemas de inteligência artificial no direito brasileiro

Diego Carvalho Machado (UFV) Proteção de dados pessoais de sujeitos vulneráveis

Fabio Queiroz Pereira (UFMG) Tecnologias digitais e tutela dos direitos da personalidade da criança e do adolescente

13:00 às 14:00 – ASSEMBLEIA GERAL DA AMPDIC

Local: Auditório do Departamento de Direito

A CEGA PRESUNÇÃO DE SIMETRIA E PARIDADE NOS CONTRATOS CIVIS: NECESSIDADE DE PARÂMETROS OBJETIVOS FRENTE A DESIGUALDADE BRASILEIRA

Livia Carbelim Bandeira¹

Sofia Tercio Costa²

RESUMO: O direito contratual possui inúmeras classificações, a fim de identificar qual tutela será concedida a cada negócio jurídico realizado. Dentre elas, a divisão que será utilizada no presente artigo, é aquela quanto a intervenção estatal, a qual diferencia os contratos entre empresariais, civis e consumeristas, levando em conta a vulnerabilidade em um dos polos. Assim, nos contratos consumeristas, por exemplo, com maior proteção estatal, aplicam-se as normas do Código de Defesa do Consumidor, com o intuito de equilibrar as relações díspares. A Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874/19) introduziu o artigo 421-A ao Código Civil, que estabelece presunção de simetria e paridade aos contratos civis e empresariais, tendo em vista a situação de igualdade entre as partes. Todavia, a realidade brasileira se mostra, inúmeras vezes, em contradição com tal presunção relativa. Por esse motivo, a assimetria contratual já é analisada também nos contratos empresariais, mas em relação aos contratos civis, os julgados ainda se mostram omissos em reconhecer, em concreto, hipossuficiência em um dos polos. Torna-se necessário, portanto, o estabelecimento de critérios objetivos, a fim de identificar, na prática processual, a situação de desigualdade negocial entre os particulares.

PALAVRAS-CHAVE: Presunção de simetria e paridade; Contratos; Desigualdade.

¹Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Lattes: <https://lattes.cnpq.br/1747856291971489>. E-mail: livia.bandeira@ufv.br.

²Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4638855772327665>. E-mail: sofia.t.costa@ufv.br.

INTRODUÇÃO

As revoluções do século XVIII, marcaram não só uma mudança político social, a partir da extinção do Estado Absoluto e estabelecimento do Estado de Direito sob bases liberais, como também jurídicas, atuando na separação entre os ramos do direito, dividindo-os em público e privado. Esse último ramo, passou então, a regulamentar as relações entre particulares e em um primeiro momento, desconsiderou a prévia existência de classes sociais entre os cidadãos. Assim, o ordenamento jurídico olhava para os membros da sociedade como iguais, mesmo com a discrepância de acúmulo patrimonial entre estes, caracterizando um sistema que privilegiava a camada social mais afortunada. Nesse instante, as formas jurídicas criaram uma nova perspectiva nas relações humanas e nos negócios jurídicos que essas pessoas realizavam.

No contexto brasileiro, o Código Civil de 1916, foi inspirado diretamente nessas codificações europeias. Como problemática, tem-se a aprovação de um código antiquado para seu tempo, de forma que, novamente, foi redigido pela elite para a proteção de seus interesses particulares. Entretanto, no momento pós-guerras, essa realidade puramente liberal se mostrou insustentável, logo, com o surgimento do Estado social, o contrato embarca em um modelo solidarista, partindo do pressuposto da igualdade material, considerando os sujeitos na realidade sensível e embasando-se na autonomia privada, com um dirigismo contratual, a fim de resguardar os mais desprotegidos. Essa dinâmica influenciou a Constituição Federal de 1988 e todas as leis a posteriori desta, como o Código Civil de 2002.

A proteção jurídica é um marco garantido pela Constituição Federal de 1988. Tal texto normativo em seu art. 5º, inciso XXXII prevê que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”³. Logo, paralelamente a mudança paradigmática do modelo liberal para o social,

³BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

foram implementados microssistemas protetivos às pessoas vulneráveis, dentre eles o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Nesse contexto, para cada papel que se exercite, há uma lei ou microssistema que regule parcialmente o seu agir. O pluralismo é signo da pós-modernidade, na qual se necessita de um sistema jurídico tão complexo quanto as relações em sociedade.⁴

Nesses moldes, no Direito Civil atual, dentre as classificações possíveis dos contratos, destaca-se, de forma crítica, a divisão quanto à intervenção estatal e aplicação de institutos, que não representa a real complexidade das relações, mas possui relevância teórica e prática, principalmente no que tange a qual regramento do ordenamento jurídico será aplicável em cada caso. Essa divisão diferencia os contratos entre empresariais, civis e consumeristas, presumindo-se paritários e simétricos os dois primeiros.

Apesar disso, observa-se que a ideia de igualdade entre empresários, não é absoluta, tendo em vista a complexidade do contexto social. Nesse sentido, a jurisprudência passou a se pautar na Teoria Finalista Mitigada para interpretar as relações empresariais díspares. Contratos que, *a priori*, seriam empresariais podem se caracterizar como consumeristas, em decorrência da desigualdade entre os empresários contratantes. Essa mitigação é sustentada ainda pelo Art. 421- A do Código Civil⁵ (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019), que prevê, também, a possibilidade de afastamento das presunções nos contratos civis e empresariais a partir da análise do caso concreto.

Porém, essa interpretação utilizada nos tribunais brasileiros em relação aos contratos empresariais, ainda é muito tímida em relação aos contratos civis, mesmo que eles sejam mencionados no dispositivo normativo apresentado. Na prática, tem-se uma exclusão da

⁴FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Contratos**. v. 4, 13ª edição. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. p. 378.

⁵Art. 421-A, Código Civil: “os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção(...)”.

possibilidade de afastamento da presunção relativa nesses contratos, sempre preservando a ideia de simetria e paridade. Ainda que suas partes estejam inseridas no mesmo cenário de desigualdade que aqueles empresários. Torna-se importante refletir, portanto, como objetivo do artigo, quais seriam os possíveis critérios objetivos capazes de afastar a presunção de simetria e paridade nos contratos civis, a fim de que, efetivamente, tenha-se a aplicação do art. 421-A, dispositivo que para muitos representou um avanço na possibilidade de aferição de situações contratuais desiguais, haja vista que previu a observação do caso concreto, mas que, no plano processual, não está sendo utilizado.

Portanto, discute-se a partir de uma análise da legislação, doutrina e jurisprudência, a necessidade de a comunidade acadêmica dar atenção a esses contratos realizados entre particulares, haja vista que até mesmo em espaços corporativos, que originariamente detêm menor intervenção estatal, já se mitiga a ideia “cega” de paridade. O presente trabalho se pautará na realização de uma análise comparativa entre os contratos empresariais e os critérios objetivos que possibilitam a mitigação de tais presunções nesses, para realizar essa mesma reflexão também nos contratos cíveis. Os quais, por vezes, refletem as desigualdades presentes na sociedade de forma ainda mais aparente, por terem em seus polos pessoas que negociam entre si e estão inseridas em diferentes contextos sociais, refletindo essa dessemelhança em relações contratuais de desequilíbrio.

Para tanto, o artigo buscar explicar, a partir dessa visão geral proposta na introdução, nessa ordem: a tripla classificação do Direito Contratual utilizada como parâmetro para o escrito, as modificações decorrentes da Lei de Liberdade Econômica na legislação existente a respeito do tema, o cenário brasileiro recente, a fim de compreender qual o ambiente em que os negócios jurídicos se inserem e por último, quais seriam os possíveis critérios objetivos para que se tenha uma aplicação, em concreto, do art. 421-A do Código Civil.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 O DIREITO CONTRATUAL E SUA TRIPLA CLASSIFICAÇÃO QUANTO A INTERVENÇÃO ESTATAL E A AUTONOMIA PRIVADA

Uma primeira análise será feita a respeito da classificação contratual que é delimitada pelo nível de intervenção estatal em cada tipo de acordo. Judith Martins-Costa evidencia que vivemos o fenômeno da pluralização da subjetividade jurídica⁶. Assim, a depender do papel desempenhado pelo sujeito na relação contratual, existe um regime composto por regras e princípios aplicáveis àquela situação.⁷

Não apenas um mesmo indivíduo pode, conforme as circunstâncias, desempenhar diferentes papéis sociais, como a igualdade de forças em relação ao *alter* é *dissimile*: ora são pactuados contratos em quadros sociais de simetria de poderes, ora em quadros marcados pela flagrante desigualdade ou assimetria dos sujeitos contratantes, inclusive quanto ao exercício da sua liberdade, o que terá reflexos no exercício da autonomia privada, em seu papel conformador do conteúdo contratual.⁸

Nesse mesmo sentido, o Código Civil regulamenta as relações entre iguais consumidores ou iguais fornecedores, sendo essas, respectivamente: os contratos civis e os empresariais. Nas relações entre desiguais, consumidores e fornecedores, incide um microssistema específico, o Código de Defesa do Consumidor⁹. Deste modo, os contratos empresariais seriam aqueles contratos realizados entre empresas, com baixa intervenção estatal, devido a “sofisticação” dos empresários¹⁰. Segue-se nesses, o princípio da livre iniciativa, além da presunção de

⁶MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação do contrato: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. p.143.

⁷FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Contratos**. v. 4, 13ª edição. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. p. 379.

⁸MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação do contrato: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. p.143.

⁹FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Contratos**. v. 4, 13ª edição. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. p. 379.

¹⁰I Jornada de Direito Comercial. Enunciado 25: “A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, deve-se presumir a sofisticação dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles acordada.”

paridade e de simetria. Os civis seriam os contratos entre particulares, com média interferência do Estado (dentro dos limites do Código Civil) e também, presunção de paridade e simetria entre os contratantes e por último, os contratos consumeristas, teriam grande interferência do Estado, devido a presunção de vulnerabilidade da parte consumidora.

Logo, a questão da igualdade e da diferença é observada em cada caso, a depender da posição desempenhada pelo agente econômico, em comparação ao outro agente econômico da relação jurídica, possibilitando a classificação da obrigação como civil, empresarial ou consumerista. A partir de tal diferenciação, é possível observar que há áreas em que a autonomia negocial é bem ampla (civil e empresarial) e outra em que ela se submete a um controle de conteúdo, prezando por um mínimo equilíbrio contratual, devido a presença de um polo desigual, que gera uma relação assimétrica, a qual não pode ser disciplinada como uma civil.¹¹

Esse regime jurídico diferente do civil, que busca equilibrar as partes, foi possível com a mudança paradigmática do Estado Liberal para o Estado Social. É garantida, nessa realidade, a proteção dos vulneráveis, prevista na Constituição Federal de 1988, e disciplinada nas normas esparsas, como o Código de Defesa do Consumidor (Lei Nº 8.078/1990), que continua em vigência mesmo após a promulgação do Código Civil de 2002.

Todavia, essa proteção ao consumidor não foi suficiente para sanar a disparidade social refletida nas relações contratuais. Haja vista que a desigualdade não se reflete apenas na relação fornecedor-consumidor. Logo, adota-se a Teoria Finalista Mitigada, para interpretar as relações empresariais díspares, aplicando-se o que couber das normas consumeristas para mitigar a hipossuficiência em um dos polos. Segundo a ministra Nancy Andrighi, as relações de consumo tem um fornecedor

¹¹FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Contratos**. v. 4, 13ª edição. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. p. 378-380.

em um dos polos e uma parte vulnerável do outro, sendo que não importa se essa pessoa é física ou jurídica.¹²

Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90 (CDC), mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora.¹³

Toda essa construção doutrinária que também é utilizada nos tribunais brasileiros se restringe, ainda, apenas a situações interempresariais, nesses casos, utilizando principalmente o Código de Defesa do Consumidor (CDC), mas também o artigo 421-A do Código Civil e a Lei de Liberdade Econômica, a fim de equilibrar os contratos empresariais assimétricos¹⁴. Entretanto, quando se trata de disparidade cível pouco se comenta na doutrina, a menção no dispositivo normativo é breve e sua aplicação ainda mais excepcional.

Logo, o questionamento remanescente está na exclusão da observância prática da existência desigualdade nos contratos civis, tendo em vista que o pensamento aplicado aos contratos empresariais díspares, não se aplica aos contratos entre particulares. Considerando que ambos se encontram no mesmo cenário de desigualdade: o acesso à informação e a educação não são equivalentes entre os cidadãos. Nesse sentido, vê-se a ação estatal e doutrinária agindo para proteger os contratos empresariais, mas não os da pessoa natural, pautando-se em uma universalidade de “sujeito igualitário” que não existe na realidade concreta.

¹²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 476.428/SC**. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 19 abril 2005.

¹³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.195.642/RJ**. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 13 nov. 2012.

¹⁴OLIVEIRA, Igor Dias de; SILVA, Luis Renato Ferreira. O afastamento da presunção de paridade nas relações empresariais: "consumo intermediário" e hipossuficiência. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**. v. 1, n. 28, 2021. p. 197- 219.

2.2 A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA (LEI 13.874/19): DA PROMULGAÇÃO AOS IMPACTOS NOS CONTRATOS CIVIS

A Lei 13.874 foi responsável pela inserção do art. 421-A no Código Civil, tendo como matéria central o Direito Civil e o Direito Empresarial. A lei em questão foi positivada a partir da Medida provisória nº 881 de 2019, núcleo da reforma legal, que redigiu, os seguintes artigos:

Art. 480-A. Nas relações interempresariais, é lícito às partes contratantes estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação de requisitos de revisão ou de resolução do pacto contratual.

Art. 480-B. Nas relações interempresariais, deve-se presumir a simetria dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles definida.

De forma que é notória a intenção inicial de proteção do princípio da autonomia privada às relações contratuais empresariais, nas quais prevalece a livre capacidade de alocação dos riscos quanto regulamentação dos próprios interesses e a autorregulação da interpretação do contrato firmado entre as partes. Partindo-se dos pressupostos de simetria e paridade entre os contratantes e considerando-se que o regime empresarial previamente teria atribuído a presunção de sofisticação ao empresário¹⁵. Assim, a primazia do princípio autonomia em conjunto com a liberdade de contratar e a livre iniciativa são as bases do direito privado, garantindo a liberdade de escolha do tipo de contrato a ser adotado, a livre discussão material do negócio e o poder de regular os próprios interesses.

Contudo, é previsto no Código Civil de 2002 (CC/02), artigos 421 e 2.035, a função social do contrato como limitação aos princípios supracitados. Assim, a legislação reconhece os efeitos que um contrato bilateral/multilateral tem sobre a sociedade, de modo que deve atuar sem

¹⁵I Jornada de Direito Comercial. Enunciado 25: “A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, deve-se presumir a sofisticação dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles acordada.”

que prejudique a coletividade e vise o desenvolvimento do corpo social, contrapondo-se, assim, ao princípio da relatividade.

Retomando a Medida Provisória nº 881/2019, temos a incorporação do art. 421-A, que partiu da alteração dos artigos supracitados (480-A; 480-B) os concedendo nova redação no CC/02, em agosto do mesmo ano, através do Projeto de Lei de Conversão nº 21/2019, art. 7º. Tal mudança normativa conferiu maior liberdade de negociações entre as partes empresárias através dos pressupostos de simetria e paridade entre elas, apesar de haver ressalvas quanto à aplicação desses, como exemplo o Código de Defesa do Consumidor e quanto ao contrato de Franquia, nesses casos, a presunção é de vulnerabilidade em um dos polos. É necessário frisar que a redação conferida ao Código Civil estendeu determinadas garantias de autonomia aos contratos civis, objeto deste trabalho, o que representa um avanço jurídico, tendo em vista que essa possibilidade não existia no ordenamento *a posteriori*. Conforme a redação:

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)¹⁶

Inicialmente, avalia-se superficialmente as implicações nos contratos empresariais, de forma que em explanação anterior já foi elucidada a Teoria Finalista Mitigada, responsável por mitigar a presunção de igualdade entre as partes contratantes nas relações

¹⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

empresariais. Volta-se o olhar, portanto, para os contratos civis, de forma a analisar os impactos da redação nesses contratos.

O inciso I discorre sobre a faculdade das partes de definirem os parâmetros objetivos relacionados à interpretação das cláusulas contratuais e a possibilidade de estabelecerem pressupostos de revisão e resolução. Voltando-se para os contratos civis, tal pressuposto normativo garante a autonomia das partes, todavia, retomando a realidade brasileira, é clara a possibilidade de inexistência de equiparação informacional e técnica dos negociantes em alguns casos, de forma que a aceitação das cláusulas por uma das partes, apesar de não conter vícios de consentimento, pode gerar futuras lesões devido ao déficit educacional estrutural¹⁷.

Assim, ainda que o Direito Privado se pautar na liberdade, deve ser interpretado conjuntamente aos objetivos da Constituição Federal, que já em seu art. 3º, inciso I, estabelece como meta “construir uma sociedade livre, justa e solidária”¹⁸. Os litígios em relação aos contratos civis, seriam naquelas situações em que não existiu o perfeito cumprimento do contrato e, nesses casos, o julgador deve possuir “lentes” que compreendam o contexto em que os litigantes se inserem. Não para que o Direito Civil se torne um ramo pautado na subjetividade ou até na má-fé contratual. Mas para que os processos judiciais não se tornem instrumentos de acentuação de desigualdades, que já existem e não podem ser desconsideradas no momento de aplicação da norma jurídica. Por isso, a necessidade de critérios objetivos no caso concreto. Essa ideia será minuciada no decorrer do presente trabalho.

O segundo inciso trata do dever de respeito da alocação de vícios e sua observância. Tal texto normativo se torna essencial para uma relação contratual na qual há a presunção de paridade e simetria, permitindo que as partes admitam certas chances de perdas

¹⁷SANTOS, Eduarda Jade Stümer. Contornos do art. 421-A do Código Civil pela lei nº 13.874/19. 2020.

¹⁸BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

previamente, respeitando a máxima do *pacta sunt servanda*. Contudo, nesse sentido é necessária a análise da álea normal e anormal de riscos.

A álea normal corresponde a tudo aquilo que pode ser previsto ou esperado a partir da formação do contrato, sendo uma “zona de imunidade ou tolerância a pelo qual os efeitos dos riscos estranhos são compatíveis com a causa do contrato, não havendo razão para qualquer reação do ordenamento”¹⁹. Enquanto a álea anormal é tudo aquilo que não se enquadra em eventos previsíveis anteriormente, caracterizando onerosidade excessiva para uma das partes. Recapitulando, novamente, a avaliação do cenário desigual brasileiro, podemos analisar que, contratos entre civis, em situações de desequilíbrio informacional e educacional, podem surgir como acordos em álea normal, devido a inexistência de vícios, mas, com a impossibilidade de uma das partes de realmente avaliar tecnicamente que os impactos futuros do que está acordando, torna-se álea anormal e, conseqüentemente, super onerosa para esse negociante.

Acerca do terceiro inciso, é disposto a necessidade de revisão contratual somente de maneira excepcional e limitada. Assim, apesar dessa norma regulamentar tanto a máxima da preservação do contrato, quanto a da autonomia das partes no momento do acordo em questão, é preciso que a doutrina repense em relação a forma de proteger a massa populacional que, por falha estatal, por vezes, não deteve uma educação de qualidade e, por isso, deve ser compreendida em uma possível revisão contratual.

Tendo como ponto de partida a explanação acima, é necessário, também, afastar a problemática apresentada dos institutos da boa-fé e incorrer ao erro. O que se defende para o afastamento da presunção de simetria e paridade, conforme os ditames do art. 421-A, não se confunde

¹⁹JUNQUEIRA, Thiago Villela. Os contratos aleatórios e os mecanismos de equilíbrio contratual. Florianópolis: CONPEDI. 2014. p. 246-273.

com tais institutos. Quanto ao conceito de boa-fé objetiva, Sílvio de Salvo Venosa²⁰ disserta:

Coloquialmente, podemos afirmar que esse princípio da boa-fé se estampa pelo dever das partes de agir de forma correta, eticamente aceita, antes, durante e depois do contrato, isso porque, mesmo após o cumprimento de um contrato, podem sobrar-lhes efeitos residuais.

Importa, pois, examinar o elemento subjetivo em cada contrato, ao lado da conduta objetiva das partes (...).

A boa-fé subjetiva, entretanto, não está atrelada à conduta em si realizada pela parte, mas na análise intrapessoal desse indivíduo acerca da sua ação, de forma que convence a si mesmo de que não prejudicará o outro polo do negócio jurídico. Nesse sentido, após a explanação sobre a boa-fé objetiva e subjetiva, temos, neste trabalho, o afastamento do conceito de má fé alheia, atos realizados intencionalmente por uma parte com o intuito de obter vantagem sobre a outra de forma capciosa. Sem o objetivo estigmatizante, a problemática se trata das disparidades socioeconômicas como fatores que geram desequilíbrio contratual, não o abuso consciente da liberdade contratual por um indivíduo em relação ao outro.

Por fim, quanto ao erro, vício de consentimento, é a percepção falsa da realidade, do real estado ou situação das coisas, em outras palavras, a pessoa supõe que está acordando uma coisa diferente da que de fato está, o que torna o negócio jurídico anulável²¹. Na pesquisa em questão, visa-se trabalhar, como já reiterado, com o acervo desequilibrado entre os cidadãos devido uma questão estrutural e histórica, logo, avalia-se a capacidade de persuasão dos cidadãos mais afortunados em comparação com a massa populacional e não a incorrência em erro. Conforme Maria Teresa Aina Sadek elucidada:

O amplo reconhecimento dos direitos e os mecanismos para garanti-los no âmbito constitucional e infraconstitucional foram os passos mais significativos dados na direção da democratização do acesso à justiça. Já no que se refere às

²⁰VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos**. v. III. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 18.

²¹BECALLI, Marcos Felipe. “Defeitos ou Vícios do Negócio Jurídico”. **JusBrasil**. 2016.

condições objetivas, é flagrante o fosso que separa a igualdade prevista em lei da desigualdade na distribuição de renda e no usufruir dos bens coletivos. Essa situação dificulta ou mesmo impossibilita o conhecimento dos direitos e a busca de garantias, quando violados²².

É necessário, para requerer direitos e ter noção de que está sendo lesado, um mínimo de ensino e contato com a legislação, o que não configura a maior parte do cenário nacional. A problemática, portanto, é a carência de aplicação do dispositivo mencionado nos julgados brasileiros, frente a desigualdade que se busca demonstrar no próximo tópico.

2.3 A PRESUNÇÃO DE SIMETRIA E PARIDADE À VISTA DA DESIGUAL REALIDADE BRASILEIRA

As explicações anteriores acerca da análise aprofundada dos incisos que regem a redação do art. 421-A foram possíveis a partir da presunção de simetria e paridade conferidas pelo Código Civil de 2002 aos contratos civis e empresariais, ressalvados elementos concretos que possam afastar tais presunções, caracterizando uma presunção *juris tantum*, relativa. Com isso, observa-se, como regra, a preservação da autonomia das partes nos contratos civis.

A paridade é a noção de que as partes contratantes, ao analisar o texto contratual, possuem a mesma capacidade analítica para compreender a extensão dos riscos estipulados, de forma que estariam em "negociação equitativa". Logo, tal paridade contratual deve ser analisada sob dois âmbitos: o econômico e o social, havendo a impossibilidade de existir tal equidade quando um dos dois estiver deficiente.²³ Nesse sentido, Eduarda Santos afirma:

Isto porque a paridade inexistente quando um destes estiver precário, uma vez que pode ocorrer de uma das partes possuir porte econômico compatível com a transação (viés econômico),

²²SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, n. 101, 2014. p. 55-66.

²³VENOSA, Silvio de Salvo; RUAS, Luiza Wander. Interpretação dos negócios jurídicos e a liberdade econômica. 2020.

mas não possuir o subsídio social, técnico ou intelectual (viés social) para que se configure uma efetiva paridade no âmbito de negociação contratual.²⁴

Ademais, a simetria pode ser analisada como uma parcela da paridade, considerando que sua conceituação advém do pressuposto que as partes ocupam realidades econômicas equilibradas no plano concreto. Seria, portanto, o produto da autonomia privada dentre os envolvidos no negócio jurídico. De forma que, conseqüentemente, um contrato paritário tende a ser, por definição simétrico²⁵. Logo, cabe frisar o caráter relativo das presunções supracitadas, de forma que a avaliação do caso concreto se torna necessária para garantir que as posições entre as partes não caracterizam superioridade, tanto de informação quanto força financeira e técnica, evitando que se ocorra o abuso desse espaço por uma das partes, de modo que a autonomia privada seja livre, sem imposições.

Em um país desigual como o Brasil, a presunção cega de simetria e paridade nos contratos civis, por parte dos legisladores e da doutrina a todo caso, torna-se um espaço de omissão às camadas mais fragilizadas desse contexto. Tal afirmativa é confirmada a partir da averiguação, por exemplo, dos dados estatísticos fornecidos por uma prova denominada Prova Brasil, analisada comparativamente pelo Sistema de Avaliação da Educação Brasileira (Saeb), aplicado pelo Ministério da Educação (MEC). A avaliação em questão foi aplicada em 2020 para 5,4 milhões de estudantes e visa avaliar o aprendizado considerando diferentes variáveis como as proficiências entre redes públicas e privadas, escolas rurais e urbanas, além de mapear o perfil socioeconômico dos alunos.²⁶

Tomando como base o Ensino Médio, tem-se que, na prova em questão, nas escolas públicas a média da prova de português foi de 55,3 pontos a menos que nas particulares, enquanto na de matemática a

²⁴SANTOS, Eduarda Jade Stümer. Contornos do art. 421-A do Código Civil pela lei nº 13.874/19. 2020.

²⁵SANTOS, Eduarda Jade Stümer. Contornos do art. 421-A do Código Civil pela lei nº 13.874/19. 2020.

²⁶BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). Sistema de Avaliação da Educação Brasileira (SAEB). 2020.

disparidade foi de 70,09 pontos. Quanto aos que moram nas regiões mais ricas e mais pobres do país, temos que na prova de português a distância de pontos ficou em 43 e na de matemática 52 pontos de diferença entre as regiões. A pesquisa concluiu que a cada 10 alunos, 7 do ensino médio têm nível insuficiente em português e matemática.²⁷

A PNAD Contínua 2019 apontou que o Nordeste é a região com o maior número de adultos que não completaram o ensino médio: 60,1% (três a cada cinco). Demonstrou que no Brasil, a conclusão do ensino médio variou de acordo com cor ou raça: 57% das pessoas brancas e 41,8% entre pretos e pardos. Também foi abordado o índice de evasão escolar, nos termos da pesquisa: “das 50 milhões de pessoas de 14 a 29 anos do país, 20,2% (ou 10,1 milhões) não completaram alguma das etapas da educação básica. Desse total, 71,7% eram pretos ou pardos”. Por fim, tem-se que há, no Brasil, 11 milhões de analfabetos.²⁸

Uma reportagem do El País relata sobre um trabalho comparativo, a Pesquisa Desigualdade Mundial 2018, liderada por Thomas Piketty que conclui que o Brasil tem maior concentração do mundo entre o 1% mais rico, em concreto, 27,8% da renda do país está concentrada nas mãos de apenas 1% da população. Paralelamente, em uma avaliação da Unesco é elucidado que a educação “desde cedo” é um fator essencial para que a criança consiga desenvolver seu pensamento crítico e sua capacidade cognitiva, ou seja, a capacidade de lidar com diversas situações, além de saber seus direitos e deveres²⁹. Assim, ao chegar na vida adulta, a partir de um relatório da OCDE, constatou-se, em 2015, que “pessoas de 25 a 64 anos com diploma de ensino superior com renda de emprego em tempo integral ganhavam 144% a mais do que trabalhadores em tempo integral, com apenas ensino médio concluído”³⁰.

²⁷BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). Sistema de Avaliação da Educação Brasileira (SAEB). 2020.

²⁸CHILDFUND BRASIL. Educação de qualidade: quem realmente tem acesso?.

²⁹BORGES, Rodolfo. “Brasil tem a maior concentração de renda do mundo entre os 1% mais ricos”. **El País**. São Paulo, 2017.

³⁰BORGES, Rodolfo. “Brasil tem a maior concentração de renda do mundo entre os 1% mais ricos”. **El País**. São Paulo, 2017.

Partindo-se do quadro de desigualdade socioeconômica brasileira, Maria Sadek afirma:

A desigualdade de renda combinada com graves deficiências nos resultados de políticas públicas visando à garantia de direitos sociais gera uma estrutura social baseada em desigualdades cumulativas. Isto é, um sistema de exclusões alimentado por limitações na rede de proteção social e pela precariedade dos serviços públicos. Assim, as assimetrias de renda se reproduzem e impulsiona as diferenças nos graus de escolaridade, no acesso e qualidade de moradia e na saúde, enfim, em padrões de bem-estar social.³¹

Assim, a presunção de simetria e paridade nos contratos civis se torna ofuscada, muitas vezes, pela realidade brasileira. E ainda que sua relativização seja prevista em lei, são necessários critérios para que sua aferição seja possível e aplicável, sem que se enquadre na ideia de má-fé ou erro, mas seja simplesmente a demonstração de uma dismetria tão grave, que o mantimento do contrato, em seus termos iniciais, demonstraria uma ofensa aos objetivos constitucionais³². Sem que seja, necessariamente uma resolução do contrato por onerosidade excessiva. Mas sim, uma análise caustica e não condicionante, que entenda a realidade brasileira em suas complexidades, as quais interferem no poder de contratar.

2.4 A FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS E SUA IMPORTÂNCIA A FIM DE IDENTIFICAR A VULNERABILIDADE NO CASO CONCRETO NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS CIVIS

Diante do exposto, torna-se necessário o estabelecimento de critérios objetivos, a fim de identificar as vulnerabilidades civis. A carência de construção doutrinária acerca do tema, faz com que a análise no presente artigo seja um ponto de partida, jamais uma formulação acabada e imutável. O estudo será realizado a partir de um paralelismo

³¹SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, n. 101. 2014. p. 55-66.

³²BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

com as construções, já publicadas, a respeito dos contratos consumeristas e empresariais, mas principalmente o último, haja vista o estado mais avançado em que se encontram as discussões deste e a maneira como ele é tratado juridicamente, tendo as mesmas presunções dos civis. Posto isto, têm se que:

A vulnerabilidade do consumidor se manifesta pela hipossuficiência: (i) técnica; (ii) jurídica ou científica; (iii) fática ou socioeconômica; ou (iv) informacional. A primeira fundamenta-se na inexistência de conhecimento específico a respeito do produto adquirido. Já a segunda se refere à ausência de conhecimentos jurídicos ou contábeis para realização de negócio, o que dificulta a ponderação de vantagens e desvantagens do contrato. A terceira, por sua vez, diz respeito à insuficiência financeira, econômica ou até mesmo psicológica que torna a relação consumidor-fornecedor desigual. E, por último, surge uma nova categoria, a qual reconhece a fragilidade do consumidor ante a escassez informacional, não sendo somente quantitativa, mas também qualitativa.³³

Ainda que criada para qualificar o consumidor, é possível pensamento semelhante para caracterizar as relações empresariais, conforme o julgamento do Recurso Especial n. 1.195.642/RJ.³⁴ Portanto, analisa-se ainda, no presente trabalho a possibilidade de extensão para as relações contratuais civis, caso presente uma das hipóteses descritas de hipossuficiência por uma das partes. Podendo surgir ainda, assim como nas relações de consumo e em extensão empresariais e civis, novos elementos capazes de classificar o agente que adquire bens ou contrata serviços como vulnerável. As dificuldades estão na comprovação destas desigualdades, haja vista as diferentes formas em que elas manifestam.

Com efeito, não se pode olvidar que a vulnerabilidade não se define tão-somente pela capacidade técnica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda assim ser vulnerável pela dependência do produto, pela natureza adesiva do contrato imposto, pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável, pela extremada necessidade do bem ou

³³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.358.231/SP**. Relator: Min. Nancy Andrichi, julgado em 28 maio de 2003.

³⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.195.642/RJ**. Relator: Min. Nancy Andrichi, julgado em 13 nov. 2012.

serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, entre outros fatores.³⁵

Conforme demonstram Oliveira e Silva, já são utilizados diferentes critérios objetivos para analisar a existência de vulnerabilidade da pessoa que exerce atividade empresária, como por exemplo: capital social, porte e poder, investimentos da empresa em serviços como o de publicidade, atuação da defensoria pública em casos de pessoas jurídicas.³⁶ Em pensamento análogo para os contratos civis, analisar uma situação de vulnerabilidade civil a partir da renda pode ser estigmatizante. Todavia, a partir de uma observação do contexto histórico da sociedade brasileira, seria incoerente considerar que, em uma relação contratual entre particulares, como a venda de um carro pela internet, os mais afortunados do país, conforme os dados, têm as mesmas condições de delimitar o contrato com a massa populacional que não dispõe desses valores econômicos e informacionais.

Ademais, é relevante retornar a ideia supracitada de Maria Sadek que discorre sobre o caráter acumulativo de desigualdades, de origem estrutural, de modo que as políticas públicas não estão sendo eficazes o suficiente para reduzir tamanha discrepância de patrimônio econômico e, conseqüentemente, discrepâncias informacionais. Com isso, temos por conclusão que, a má distribuição de renda no país gera cidadãos com formação acadêmica extremamente diversificada, de forma que, desproporcionalmente, são vistos pelo olhar contratual entre civis, como pessoas com a mesma capacidade persuasiva, privando, assim, uma parcela populacional hipossuficiente de proteção.³⁷ Viabilizando, nesses casos, a relativização das presunções de simetria e paridade.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.358.231/SP**. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 28 maio 2003.

³⁶ OLIVEIRA, Igor Dias de; SILVA, Luis Renato Ferreira. O afastamento da presunção de paridade nas relações empresariais: "consumo intermediário" e hipossuficiência. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**. v. 1, n. 28, 2021. p. 197- 219.

³⁷ SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, n. 101. 2014. p. 55-66.

2.4.1 A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DE MINAS GERAIS COMO POSSÍVEL CRITÉRIO DE HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA NO CASO DO ESTADO EM QUESTÃO

A Constituição Federal de 1988 considerou a Defensoria Pública como uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, instrumento do regime democrático a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.³⁸ Na forma do art. 5º, inciso LXXIV: o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.³⁹ Atuando em relação à pessoa física e jurídica.

Nesse sentido, no caso da Defensoria Pública de Minas Gerais, por exemplo, os critérios objetivos utilizados para identificar a hipossuficiência financeira de pessoas físicas são: ter renda mensal individual de até 3 (três) salários mínimos ou renda mensal familiar de até 4 (quatro) salários mínimos, não ter bens móveis de valor superior a 40 (quarenta) salários mínimos, exceto os instrumentos de trabalho. Não ter aplicação financeira ou investimentos de valor superior a 40 (quarenta) salários mínimos e não ter bens imóveis em valor total superior a 300 (trezentos) salários mínimos. Caso ganhe acima dos valores mencionados, podem ser excluídos do cálculo os seguintes gastos: rendimentos recebidos de programas oficiais do governo e benefícios assistenciais, contribuição previdenciária oficial, imposto de renda, gastos mensais comprovados com tratamento de saúde ou

³⁸Art. 134, Constituição Federal: A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014).

³⁹BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

aquisição de medicamentos de uso contínuo e pensão alimentícia paga aos dependentes.⁴⁰

Além disso, a Defensoria Pública também atua em favor daquela pessoa que procura atendimento, independente da comprovação da carência financeira nos casos pessoas indefesas em processos criminais e infracionais, mulher em situação de violência doméstica e familiar, pessoa com deficiência (física, mental, intelectual e sensorial), criança e adolescente, pessoa em execução de pena⁴¹. Cabe ressaltar a importância dessa instituição e a possibilidade de utilização desses critérios para que se tenha uma “lente” diferenciada em contratos cíveis que envolvam esses agentes já fragilizados, como ocorre, por exemplo, a partir Diretrizes do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do CNJ.

Portanto, é inegável o papel do Estado para equilibrar situações assimétricas, que não envolvam vícios do consentimento, mas demonstrem a vulnerabilidade de uma das partes, que por vezes se submetem a situações contratuais degradantes. Isto porque a conjuntura do Brasil é desigual desde a origem e tal situação foi reproduzida pelo ordenamento jurídico, mesmo com tantos avanços protetivos. Nesse sentido, cabe ressaltar, também, que a atuação estatal, diante do atual cenário da arte a respeito das construções sobre o assunto, seria na parte processual, em casos de descumprimento de uma das obrigações previstas, pois é preciso um equilíbrio para que o intervencionismo estatal não promova a aniquilação do direito contratual.

Por fim, é relevante ressaltar que o presente trabalho tem como intenção principal apresentar uma problemática pouco discutida e propor aos doutrinadores que saiam de sua inércia diante desse claro cenário de desequilíbrio contratual, que na realidade fática, não é mitigado, ainda que a lei assim preveja. Os parâmetros objetivos aqui

⁴⁰DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Cartilha **CRITÉRIOS DE ATENDIMENTO pela Defensoria Pública de Minas Gerais**. Belo Horizonte, 2021. p. 03.

⁴¹DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Cartilha **CRITÉRIOS DE ATENDIMENTO pela Defensoria Pública de Minas Gerais**. Belo Horizonte, 2021. p. 05.

propostos são uma base para desenvolver uma discussão mais profunda sobre o tema e não corroboram à criação de uma “discriminação” em relação aos hipossuficientes. Analisar com quem se contrata já é uma prática comum entre negociantes, sejam essas empresas ou particulares. O mercado se porta de forma que é possível uma análise do caso concreto a fim de reduzir a dissemelhanças entre empresas sem que os pequenos negócios sejam rejeitados, da mesma, forma, dá-se com os civis.

3 CONCLUSÃO

Este artigo parte da análise sociocultural do país, visando a criação de um raciocínio lógico de causa e consequência, embasando-se em um viés histórico. Sucintamente, foi apresentado que socialmente há uma manutenção da desigualdade estrutural desde a formação do Brasil, até as formas jurídicas positivadas, que mesmo com tantos avanços a partir de um modelo de Estado social, por vezes, permitem e garantem a reprodução de assimetrias. Assim, a partir de desigualdades cumulativas temos, por conclusão, que apesar das óticas da simetria e da paridade serem aplicadas a todos os civis, inúmeras vezes, elas estabelecem uma contradição com a realidade concreta brasileira.

Portanto, apresenta-se como uma “cegueira” da doutrina e da jurisprudência o fato de, na prática, os contratos civis sempre serem tratados como proporcionais para ambas as partes no decorrer das parcelas. Para tal fim argumentativo, utiliza-se como ponto de partida as positavações acerca dos contratos empresariais e civis, ambos têm como base a presunção de simetria e paridade, positivada no Art. 421-A, CC/02, tais presunções, conforme a lei, podem ser afastadas, caso existam elementos concretos para tanto. O contrato empresarial, como explicitado ao longo do presente trabalho, é a máxima teórica acerca da liberdade contratual, havendo, *a priori*, a baixa intervenção estatal e a presunção de sofisticação do empresário, de forma a alocar os riscos que desejar e expor seus interesses livremente, desde que condizente com a função social do contrato. Contudo, a doutrina e jurisprudência, ao

avaliar a realidade brasileira, adotou medidas que busquem atenuar desigualdades, por vezes existentes nos contratos entre empresários, como por exemplo, a Teoria Finalista Mitigada, concedendo tutela diferenciada ao polo hipossuficiente, ainda que se trate de uma pessoa jurídica.

Baseando-se na analogia acerca dos contratos empresariais, volta-se o olhar sobre os contratos civis. A sociedade é palpavelmente diversa, isto consta nos dados. Logo, a desigualdade de renda e de acesso à educação, averiguadas conjunta e cumulativamente, caracterizam a existência uma parcela da população com diferentes níveis de informação e desconhecimento de seus respectivos direitos, sendo necessário conceder para eles, também, uma proteção condizente com sua especial necessidade. Com isso, esse texto visa apresentar, como ponto de partida para a discussão da problemática, parâmetros objetivos com o intuito de aferir determinada hipossuficiência que possa estar presente em um contrato civil entre particulares, de forma que o afastamento da presunção de simetria e paridade seja passível de ser consolidada no caso concreto, e não apenas exista como hipótese no Código.

REFERÊNCIAS

- BECALLI, Marcos Felipe. “Defeitos ou Vícios do Negócio Jurídico”. **JusBrasil**. 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/defeitos-ou-vicios-do-negocio-juridico/327400560>. Acesso em: 22, maio 2023.
- BORGES, Rodolfo. “Brasil tem a maior concentração de renda do mundo entre os 1% mais ricos.” São Paulo, 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/13/internacional/1513193348_895757.html#?rel=mas. Acesso em: 22, maio 2023.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.
- BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). Sistema de Avaliação da Educação Brasileira (SAEB). 2020.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 476.428/SC**. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 19 abril 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.358.231/SP**. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 28 maio 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.195.642/RJ**. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 13 nov. 2012.

CHILDFUND BRASIL. Educação de qualidade: quem realmente tem acesso?. <https://www.childfundbrasil.org.br/blog/falta-de-acesso-educacao-qualidadebrasil/#:~:text=No%20Brasil%2C%20quem%20costumeiramente%20possui,impacta%20no%20acesso%20a%20educa%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 22, maio 2023.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. I Jornada de Direito Comercial. Enunciado n° 25. Brasília. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/50>. Acesso em: 22, maio 2023.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Cartilha CRITÉRIOS DE ATENDIMENTO pela Defensoria Pública de Minas Gerais**. Belo Horizonte, 2021. Disponível em: <https://defensoria.mg.def.br/corregedoria-da-dpmg-disponibilizam-cartilha-sobre-criterios-para-atendimento-ao-cidadao/>. Acesso em: 22, maio 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Contratos**. v. 4, 13ª edição. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

JUNQUEIRA, Thiago Villela. Os contratos aleatórios e os mecanismos de equilíbrio contratual. Florianópolis: CONPEDI. p. 246-273, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=680ee49e28834678>. Acesso em: 22, maio 2023.

MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação do contrato: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/revistas/31/revistas31%20\(10\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/31/revistas31%20(10).pdf). Acesso em: 22, maio 2023.

OLIVEIRA, Igor Dias de; SILVA, Luis Renato Ferreira. O afastamento da presunção de paridade nas relações empresariais: "consumo intermediário" e hipossuficiência. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**. v. 1, n. 28, 2021. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/issue/view/21/26>. Acesso em: 22, maio 2023.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, n. 101, p. 55-66, 2014.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. In LIVIANU, R., coord. **Justiça, cidadania e**

democracia. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. p. 170-180. Disponível em:

<https://books.scielo.org/id/ff2x7/pdf/livianu-9788579820%20137-15.pdf>. Acesso em: 22, maio 2023.

SANTOS, Eduarda Jade Stümer. Contornos do art. 421-A do Código Civil pela lei nº 13.874/19. 2020. Disponível em:

<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/221935/001126245.pdf?sequence=1>. Acesso em: 22, maio 2023.

SANTOS, Guilherme Lins; SILVA, Naftali de Oliveira; SANTOS, Magnolia Rejane Andrade. “Direito Civil e Desigualdade Social: uma contextualização comunicacional à luz dos contratualistas”. **Intercom - Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação. XXXVIII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação** - Rio de Janeiro, 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Agravo de Instrumento 1.0000.22.044045-7/001**. Relator: Des.(a) Moacyr Lobato, julgado em 29 jun. 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos**. v. 3. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

A CONCEPÇÃO AMPLIADA DO DIREITO À SAÚDE DA PESSOA COM DOENÇA CELÍACA COMO EXPEDIENTE DE ATENUAÇÃO DE DESIGUALDADES SOCIAIS NA RELAÇÃO DE CONSUMO

Roberto Henrique Pôrto Nogueira¹

Sabrina Pedrosa Dias²

RESUMO: O trabalho objetiva promover uma reflexão sobre a concepção ampliada do direito à saúde da pessoa com doença celíaca como expediente de atenuação de desigualdades sociais na relação de consumo. Para tanto, estabelece uma recapitulação da compreensão da noção ampliada de saúde, a partir de um panorama histórico. Do mesmo modo, explicita características próprias da doença celíaca, fazendo correlação com aspectos inerentes aos direitos fundamentais, em especial o direito à saúde. O texto, assim, empreende realizar digressão acerca da regulação sanitária que implementa medidas de informação ao paciente com dieta restrita que adquire produtos alimentícios. O estudo é relevante por buscar mitigar disparidades sociais fixadas ao paciente com doença celíaca, avaliando a situação de seus direitos quando havidos na dinâmica da relação de consumo. Metodologicamente, valendo-se de coleta de dados em fonte documental, o trabalho é teórico-dogmático para, de forma argumentativa e problemática, tangenciar os aspectos dos quais os achados hipotético-dedutivos podem decorrer. Em conclusão, é sustentável que o direito fundamental social à saúde é oponível aos fornecedores não apenas na medida da busca por prevenção ligada às

¹ Doutor e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito Milton Campos Belo Horizonte. Pesquisador do Núcleo de Estudos Novos Direitos e Reconhecimento – NDP-UFOP. Professor Associado da Graduação em Direito e do Mestrado Acadêmico em Direito - Novos Direitos, Novos Sujeitos da Universidade Federal de Ouro Preto. Advogado.

² Mestranda em Novos Sujeitos, Novos Direitos pela UFOP. Pesquisadora do Núcleo de Estudos Novos Direitos e Reconhecimento – NDP-UFOP. Advogada.

suas responsabilidades, mas sobretudo no papel de adjuvante na promoção e na proteção do bem-estar do consumidor celíaco. Agradecimento à CAPES e à UFOP, financiadoras do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Alimentação adequada. Doença Celíaca. Saúde.

INTRODUÇÃO

Com o intuito de promover reflexão sobre o cotejamento entre o direito fundamental social à saúde da pessoa com doença celíaca (DC) e os suas prerrogativas no campo da relação de consumo, o presente ensaio estabelece uma recapitulação da compreensão da noção ampliada de saúde, enquanto expediente de atenuação de desigualdades sociais havidas nesse contexto.

Em um primeiro momento, aborda-se um panorama histórico a respeito da concepção de saúde, visando à análise de sua pertinência quanto ao bem-estar da pessoa celíaca. Nessa oportunidade, vale explicitar os contornos sintomáticos, profiláticos e terapêuticos da DC, fazendo um enlace com aspectos inerentes aos direitos fundamentais, em especial o direito à saúde.

Então, cabe explorar a regulação sanitária que implementa medidas de informação ao paciente com DC, para evidenciar os seus direitos específicos aferidos na dinâmica da relação de consumo.

A relevância da iniciativa investigativa pode ser justificada na medida em que, mesmo com a regulação de produtos alimentícios para a prevenção de danos à saúde da pessoa com DC, é recorrente a ideia de que os deveres das partes em uma relação entre particulares podem ser compreendidos em um sentido restrito, alheios aos propósitos constitucionais de superação de desigualdades sociais. Assim, o estudo busca engendrar reflexões acerca da possibilidade de metas de justiça social alcançarem relações de Direito Privado, de forma a calibrar tradicionais deveres e obrigações em relações dessa sorte. Para tanto, elege-se como objeto de estudo a situação do paciente com DC na aquisição de produtos alimentícios de consumo.

Metodologicamente, valendo-se de coleta de dados em fonte documental, o trabalho é teórico-dogmático para, de modo argumentativo e problemático, tangenciar os aspectos dos quais os achados hipotético-dedutivos podem decorrer.

1 DIREITO À SAÚDE

O termo ‘saúde’ deriva de *salude*, vocábulo do século XIII derivado do latim *salus (salutis)*, que reverbera um significado de salvação, conservação da vida, bem-estar, cura. O étimo francês *santé*, do século XI, relaciona-se a *sanitas (sanitatis)*, oriundo do latim *sanus*, que possui proximidade com a concepção grega de ‘higiene’³. “Saúde”, em sua origem etimológica, pode expressar, portanto, a ideia de um ‘estado positivo de viver’.

A depender do tempo e do contexto, a saúde ganha significados mais específicos a depender das pessoas às quais se dirige, do contexto social, econômico e político no qual é tratada.⁴ De toda sorte, é comum que a saúde seja compreendida como a antítese da doença, ou, na mesma linha, como o conjunto de abordagens de enfrentamento e de superação da doença.

Talvez o protagonismo da doença em matéria de saúde seja devido ao que Moacyr Scliar⁵ descreve como uma concepção mágico-religiosa sobre o tema desde a Antiguidade, para a qual as enfermidades são tidas como oriundas de maldições ou pecados, isto é, da desobediência de mandamentos divinos. Assim, nesse período mais pretérito, combatem-se doenças por meio de rituais, alguns deles religiosos, variando de acordo com os povos e as tribos em questão.⁶

³ LUZ, Madel Therezinha. **Saúde**. 2023. Dicionário da educação profissional em saúde.

⁴ LOURENÇO, Luciana de Fátima Leite; DANCZUK, Rutes de Fátima Terres; PAINAZZER, Daiany; PAULA JUNIOR, Newton Ferreiar de; MAIA, Ana Rosete Camargo Rodrigues; SANTOS, Evanguelia Kotzias Atherino dos. A Historicidade filosófica do Conceito Saúde. **Hist. Enferm., Rev. Eletrônica**, Brasil, Universidade Federal de Santa Catarina, v. 1, n. 3, p. 17-35, jan. 2012, p.19.

⁵ SCLiar, Moacyr. História do Conceito de Saúde. **Rev. Saúde Coletiva [Online]**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 17, p. 29-41, 2007, p. 30.

⁶ LOURENÇO, Luciana de Fátima Leite; DANCZUK, Rutes de Fátima Terres; PAINAZZER, Daiany; PAULA JUNIOR, Newton Ferreiar de; MAIA, Ana Rosete Camargo Rodrigues; SANTOS, Evanguelia Kotzias Atherino dos. A Historicidade filosófica do

[...] para os antigos hebreus, a doença não era necessariamente devida à ação de demônios, ou de maus espíritos, mas representava, de qualquer modo, um sinal da cólera divina, diante dos pecados humanos. Deus é também o Grande Médico: “Eu sou o Senhor, e é saúde que te trago” (Êxodo 15, 26); “De Deus vem toda a cura” (Eclesiastes, 38, 1-9).⁷

Na China antiga, o saber anátomo-fisiológico é visto como interligado à cosmologia, como forma de parametrização, e presidida pelo número 5 (cinco). Têm-se, assim:

[...] a correspondência entre cinco elementos básicos da natureza (terra, ar, água, madeira e metal) com cinco órgãos principais do corpo (coração, pulmão, rim, fígado e bço) e cinco órgãos secundários (intestino delgado, intestino grosso, uretra, vesícula biliar e estômago) que por sua vez estavam em correspondência com os planetas e estações do ano. O desequilíbrio entre o Yin (energia positiva) e o Yang (energia negativa) levava a desordem entre os cinco elementos e a enfermidade.⁸

Parece ser identificada, na Grécia antiga, uma forma diferente de encarar as enfermidades.⁹ Mesmo com a alusão a divindades interligadas à saúde, como Asclepius ou Aesculapius também são descritas utilizações de plantas e métodos naturais. Hipócrates - considerado o pai da medicina - demonstra uma “visão racional da medicina, bem diferente da concepção mágico-religiosa antes descrita”.¹⁰

Assim, “[a] medicina hipocrática incorpora uma variedade de raciocínios que traduzem a observação e o senso prático presentes nos conhecimentos e na formação do médico grego”, de forma a relacionar os sinais e os sintomas que se manifestam no organismo humano e os

Conceito Saúde. **Hist. Enferm., Rev. Eletronica**, Brasil, Universidade Federal de Santa Catarina, v. 1, n. 3, p. 17-35, jan. 2012, p.19.

⁷SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde. **Rev. Saúde Coletiva [Online]**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 17, p. 29-41, 2007, p. 30.

⁸ARAÚJO, Lindemberg Medeiros. Saúde- doença: conhecimento, poder, cultura, ciência e história. **Práxis em saúde coletiva [Online]**. 2006.

⁹ LOURENÇO, Luciana de Fátima Leite; DANCZUK, Rutes de Fátima Terres; PAINAZZER, Daiany; PAULA JUNIOR, Newton Ferreiar de; MAIA, Ana Rosete Camargo Rodrigues; SANTOS, Evanguelia Kotzias Atherino dos. A Historicidade filosófica do Conceito Saúde. **Hist. Enferm., Rev. Eletronica**, Brasil, Universidade Federal de Santa Catarina, v. 1, n. 3, p. 17-35, jan. 2012, p. 19.

¹⁰ SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde. **Rev. Saúde Coletiva [Online]**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 17, p. 29-41, 2007, p. 31-33.

eventos da natureza. Essa perspectiva, aos poucos, é agregada a uma visão teológico-cristã na Idade Média.¹¹

Moacyr Scliar¹² registra que é na Idade Moderna que a medicina se transforma em uma ciência experimental. Estabelecem-se padrões para o estado biológico normal, em referência ao corpo e à doença. Novas tecnologias e disciplinas são agregadas aos estudos:

[...] a ciência continuava avançando e no final do século XIX registrou-se aquilo que depois seria conhecido como a revolução pasteuriana. No laboratório de Louis Pasteur e em outros laboratórios, o microscópio, descoberto no século XVII, mas até então não muito valorizado, estava revelando a existência de micro-organismos causadores de doença e possibilitando a introdução de soros e vacinas. Era uma revolução porque, pela primeira vez, fatores etiológicos até então desconhecidos estavam sendo identificados; doenças agora poderiam ser prevenidas e curadas.¹³

Moacyr Scliar, no mesmo texto, destaca, ainda, que a Organização Mundial da Saúde, em 1948, enuncia a compreensão de saúde segundo a qual ela diz respeito ao completo bem-estar físico, mental e social; e não apenas a ausência de enfermidade. Essa perspectiva implica o reconhecimento do direito à saúde e da obrigação do Estado em sua promoção e proteção.

¹¹ ARAÚJO, Lindemberg Medeiros. Saúde- doença: conhecimento, poder, cultura, ciência e história. **Práxis em saúde coletiva [Online]**. 2006. Disponível em: <http://psaudecoletiva.blogspot.com>. Acesso em: 13 maio 2023. LOURENÇO, Luciana de Fátima Leite; DANCZUK, Rutes de Fátima Terres; PAINAZZER, Daiany; PAULA JUNIOR, Newton Ferreir de; MAIA, Ana Rosete Camargo Rodrigues; SANTOS, Evangúelia Kotzias Atherino dos. A Historicidade filosófica do Conceito Saúde. **Hist. Enferm., Rev. Eletrônica**, Brasil, Universidade Federal de Santa Catarina, v. 1, n. 3, p. 17-35, jan. 2012, p. 23.

¹² BACKES, Marli Terezinha Stein; ROSA, Luciana Martins da; FERNANDES, Gisele Cristina Manfrini; BECKER, Sandra Greice; MEIRELLES, Betina Hörner Schlindwein; SANTOS, Sílvia Maria de Azevedo dos. Conceitos de Saúde e Doença ao Longo da História Sob o Olhar Epidemiológico e Antropológico. **Rev. Enfermagem UERJ**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 17, p. 111-117, fev. 2009, p.113.

¹³ SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde. **Rev. Saúde Coletiva [Online]**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 17, p. 29-41, 2007, p. 34.

Corroborando as críticas de Marco Segre e Flávio Carvalho Ferraz¹⁴ de que é fantasiosa e pouco tangível o significado da expressão “perfeito bem-estar”, Christophe Dejours complementa que:

[...]indo mais longe ainda diríamos que esse estado de bem-estar é qualquer coisa sobre a qual temos uma ideia. Em última instância, poderíamos considerar como sendo um estado ideal, que não é concretamente atingido, podendo ser simplesmente uma ficção, ou seja, uma ilusão, alguma coisa que não se sabe muito bem no que consiste, mas sobre a qual se tem esperanças.

Tenderíamos a dizer que a saúde é antes de tudo um fim, um objetivo a ser atingido. Não se trata de um estado de bem-estar, mas de um estado no qual procuramos nos aproximar; não é o que parece indicar a definição internacional, como se o estado de bem-estar social, psíquico fosse um estado estável, que, uma vez atingido, pudesse ser mantido. Cremos que isso é uma ilusão e que simplesmente é preciso, e já é muito, fixar-se o objetivo de se chegar a esse estado.¹⁵

Em que pese a crítica apontada, a adoção da noção ampliada de saúde impõe a necessidade de se investir em novos modelos de atenção, focalizando, para além da terapêutica, a profilaxia, bem como a promoção do bem-estar atinente às singularidades individuais.¹⁶

A Constituição Federal da República Brasileira¹⁷ encampa esse entendimento mais alargado de direito social à saúde. É nesse sentido que dispõe a Lei nº 8.080/90,¹⁸ que normatiza condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, e ainda ostenta como seus determinantes e condicionantes a alimentação, a moradia, o saneamento

¹⁴ SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. **Rev. Saúde Pública**, [s. l], v. 5, n. 31, p. 538-542, jan. 1997.

¹⁵ DEJOURS, Christophe. Por um novo conceito de saúde. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, [s. l], v. 14, n. 54, p. 7-11, abr. 1986, p. 8.

¹⁶ BACKES, Marli Terezinha Stein; ROSA, Luciana Martins da; FERNANDES, Gisele Cristina Manfrini; BECKER, Sandra Greice; MEIRELLES, Betina Hörner Schlindwein; SANTOS, Sílvia Maria de Azevedo dos. Conceitos de Saúde e Doença ao Longo da História Sob o Olhar Epidemiológico e Antropológico. **Rev. Enfermagem UERJ**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 17, p. 111-117, fev. 2009, p.116.

¹⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016].

¹⁸ BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, [2022].

básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

Ana Carolina Brochado Teixeira preleciona que os direitos sociais concorrem para a tentativa de atenuação de desigualdades:

[...] os direitos sociais foram concebidos como meios para a redução e/ou supressão de desigualdades, segundo o comando da isonomia, o que é possível por meio da participação ativa do Estado para suprir as vulnerabilidades e hipossuficiências daquele que necessita. Qualificá-lo como direito fundamental significa que faz parte de um conjunto de direitos da pessoa humana, previsto em determinada ordem constitucional, que visam assegurar os bens essenciais para a realização da pessoa.
19

Assim, os direitos e garantias fundamentais, incluindo-se os direitos sociais, espraiam-se do manancial constitucional que os institui de modo permanente e preeminente, forçando que, mesmo nas relações entre particulares, haja a sua incidência, com a remodelagem de normas próprias de Direito Privado. Com efeito, os direitos da pessoa com DC na relação de consumo são calibrados pela definição mais dilatada de saúde.

2 A PESSOA COM DOENÇA CELÍACA E A REGULAÇÃO SANITÁRIA

A DC é “uma enteropatia crônica do intestino delgado, de caráter autoimune, desencadeada pela exposição ao glúten, principal fração proteica presente no trigo, centeio e cevada, em indivíduos geneticamente predispostos”.²⁰ Trata-se de “um processo inflamatório que envolve a mucosa do intestino delgado, levando a atrofia das vilosidades intestinais, má absorção e uma variedade de manifestações clínicas.”²¹

¹⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 25.

²⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução RDC nº 26, de 02 de julho de 2015. Dispõe sobre os requisitos para rotulagem obrigatória dos principais alimentos que causam alergias alimentares. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 ago. 2015.

²¹ ARAÚJO, Halina Mayer Chaves; ARAÚJO, Wilma Maria Coelho; BOTELHO, Raquel Braz Assunção; ZANDONADI, Renata Puppim. Doença celíaca, hábitos e práticas alimentares e qualidade de vida. **Revista de Nutrição**, [S.L.], v. 23, n. 3, p. 467-474, jun. 2010. FapUNIFESP (SciELO), p. 122.

A enfermidade não possui cura. Não há medicamentos capazes de impedir seus efeitos, de modo que a pessoa com a doença deve adotar uma dieta totalmente isenta de glúten e alguma complementação alimentar.²² Em casos de ingestão acidental, há apenas a possibilidade de tratamento dos sintomas, como a diarreia crônica, em geral, acompanhada de distensão abdominal e perda de peso, diminuição do tecido celular subcutâneo, atrofia da musculatura glútea, falta de apetite, alteração de humor (irritabilidade ou apatia), vômitos e anemia; baixa estatura, anemia por deficiência de ferro, anemia por deficiência de folato e vitamina B12, osteoporose, hipoplasia do esmalte dentário, artralgias ou artrites, constipação intestinal refratária ao tratamento, atraso puberal, irregularidade do ciclo menstrual, esterilidade, abortos de repetição, ataxia, epilepsia (isolada ou associada à calcificação cerebral), neuropatia periférica, miopatia, manifestações psiquiátricas (depressão, autismo, esquizofrenia), úlcera aftosa recorrente, elevação das enzimas hepáticas sem causa aparente, fraqueza, perda de peso sem causa aparente, edema de surgimento abrupto após infecção ou cirurgia e dispepsia não ulcerosa, alterações sorológicas e histológicas da mucosa do intestino delgado compatíveis com DC, além de dermatite herpetiforme.²³

Tendo em vista os sintomas apresentados e a ausência de tratamentos efetivos, tornam-se imperiosos a celeridade no diagnóstico e o acesso aos medicamentos necessários para uma mínima qualidade de vida. Logo, é evidente o carecimento de adoção de medidas profiláticas e educativas, próprias da concepção ampliada de saúde, como estratégia para minimizar os prejuízos à pessoa com DC em suas vivências.

É sustentável, assim, um direito fundamental à saúde que se materializa por meio da adequada informação na rotulagem de produtos.

²² PAULA, Flavia de Anastacio de; CRUCINSKY, Juliana; BENATI, Raquel. Fragilidades da atenção à saúde de pessoas celiacas no SUS: a perspectiva do usuário. **Demetra: Alimentação, Nutrição & Saúde**, [S.L.], v. 9, p. 311-328, 17 jul. 2014, p. 319-320. Universidade de Estado do Rio de Janeiro.

²³ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 1149, de 11 de novembro de 2015. Protocolo Clínico da Doença Celiaca.

Do contrário, a insegurança alimentar agrava desigualdades sociais ao expor a pessoa com DC a riscos passíveis de evitação. Vale dizer, o direito à saúde alberga o acesso à alimentação que lhe assegure um padrão de vida digno e de bem-estar.

Pelo menos desde 1992 há a obrigatoriedade de “impressão de advertências em rótulos e embalagens de alimentos industrializados que contenham glúten, a fim de evitar a doença celíaca ou síndrome celíaca”.²⁴ A regulação, aprimorada em 1997 pela Portaria nº 326,²⁵ fixa “requisitos gerais (essenciais) de higiene e de boas práticas de fabricação para alimentos produzidos /fabricados para o consumo humano”.

Além de regulatório, o dever legal específico de informação sobre a presença de glúten nos produtos alimentícios comercializados é fixado na Lei nº 10.674, de modo que todos os alimentos industrializados devem conter em seu rótulo e bula, obrigatoriamente, as inscrições "contém Glúten" ou "não contém Glúten", conforme o caso. A advertência deve ser ostensiva nos rótulos e embalagens, com caracteres com destaque, nítidos e de fácil leitura.

Constituindo mais um passo em prol da segurança alimentar dos indivíduos com intolerâncias ou doenças alimentares, em 2015, uma nova Resolução, a RDC nº 26,²⁶ leva em consideração a doença celíaca ou síndrome celíaca e a dermatite herpetiforme como enfermidades causadas pela intolerância permanente ao glúten, partem da necessidade de padronização da advertência a ser declarada em rótulos de alimentos, de modo a firmar o Regulamento Técnico para rotulagem de alimentos e bebidas embalados que contenham a proteína. Importante inovação é a

²⁴ BRASIL. Lei n.º 8.543, de 23 de dezembro de 1992. Determina a impressão de advertência em rótulos e embalagens de alimentos industrializados que contenham glúten. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 de dezembro de 1992.

²⁵ BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Portaria SVS/MS nº 326, de 30 de julho de 1997. Aprova o Regulamento Técnico sobre "Condições Higiênicas-Sanitárias e de Boas Práticas de Fabricação para Estabelecimentos Produtores/Industrializadores de Alimentos". **Diário Oficial da União**; Poder Executivo, Brasília, DF, 01 ago 1997. Seção 1, p. 40-43.

²⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução RDC nº 26, de 02 de julho de 2015. Dispõe sobre os requisitos para rotulagem obrigatória dos principais alimentos que causam alergias alimentares. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 ago. 2015.

disposição de que o descumprimento do regulamento constitui infração sanitária sujeita às penas previstas na Lei n. 6.437.²⁷ Ela contém requisitos para rotulagem obrigatória dos principais alimentos que causam alergias alimentares, contendo em seu anexo uma listagem de alimentos que deveriam ser identificados caso presentes na composição do produto, incluindo o trigo, centeio e cevada. A normativa conta pessoas com enfermidades, de forma a prever um programa de controle de alergênicos.²⁸

Contudo, a pouca disponibilidade de produtos destinados às pessoas com DC no mercado, o custo elevado e a contaminação destes por glúten contribuem para uma situação constante de insegurança alimentar e nutricional aos que possuem necessidade alimentar especial.²⁹

3 DIREITO À SAÚDE DA PESSOA COM DOENÇA CELÍACA NA RELAÇÃO DE CONSUMO

Como é sabido, o microssistema de proteção e de promoção dos direitos do consumidor possui como epicentro sistêmico a Lei n. 8.078.³⁰ Trata-se de norma principiológica que emprega a técnica das cláusulas gerais, que, por sua vez, são canais de ingresso dos ditames constitucionais no bojo das relações de consumo. Por conseguinte, o Código de Defesa do Consumidor projeta para o status de ordem pública e de interesse social as estratégias de atendimento das necessidades dos

²⁷ BRASIL. Lei n. 6.437, de 20 de agosto de 1977. Configura infrações à legislação sanitária federal, estabelece as sanções respectivas, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 ago. 1977.

²⁸ “Programa de controle de alergênicos: programa para a identificação e o controle dos principais alimentos que causam alergias alimentares e para a prevenção da contaminação cruzada com alérgenos alimentares em qualquer estágio do seu processo de fabricação, desde a produção primária até a embalagem e comércio (BRASIL, 2015)”.

²⁹ NADAL, Juliana; FERREIRA, Sila Mary Rodrigues; COSTA, Islândia Bezerra da; SCHMIDT, Suely Teresinha. O princípio do direito humano à alimentação adequada e a doença celíaca: avanços e desafios. **Demetra: Alimentação, Nutrição & Saúde**, [S.L.], Universidade de Estado do Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 411-423, 28 out. 2013, p. 415-416.

³⁰ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990.

consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo.³¹

O critério de incidência do regime de proteção ao consumidor é a verificação, em concreto, da relação de consumo. Sei desenho depende de aspectos subjetivos, objetivos e teleológicos para a sua configuração. Segundo a normativa de regência, considera-se consumidor a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Ainda de cunho subjetivo, cabe mencionar a figura do consumidor por equiparação, que abarca em tal categoria a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Com efeito, o mesmo dispositivo legal institui o critério teleológico para o desenho da relação de consumo, que se apresenta como a finalidade de aquisição ou de utilização do produto ou do serviço como efetivo destinatário final. Nesse mister, é conhecida a posição do Superior Tribunal de Justiça, que compreende que a pessoa natural é presumidamente vulnerável na relação de consumo, ao mesmo tempo que exige a verificação em concreto da vulnerabilidade para que a pessoa jurídica possa, eventualmente, ocupar essa mesma posição. Trata-se de cotejamento de duas teorias, da interpretação maximalista e da interpretação finalista, para a proposta da teoria da interpretação finalista mitigada ou aprofundada. Com a compreensão respectiva, há o privilégio do parâmetro da vulnerabilidade, verificada conforme circunstâncias específicas de cada caso, especialmente quando pairam imprecisões acerca do envolvimento do produto ou serviço consumido na atividade profissional voltada ao lucro.³²

Para a lei em alusão, o fornecedor, sobre cujo conceito repousam

³¹ NOGUEIRA, Roberto Henrique Porto. **Prescrição off label de medicamentos, ilicitude e responsabilidade civil do médico**. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2017.

³² MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 85.

poucas ambiguidades, é elemento subjetivo, igualmente imprescindível para que se formate a relação de consumo, diferenciando-a da relação jurídica de direito civil comum. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. A visão é ampla, condizente com o propósito protetivo desse microssistema. Fornecedor é gênero que define aquele que desenvolve atividade de produção ou circulação de bens ou de serviços, com profissionalismo, leia-se, com habitualidade, tendo-a como atividade-fim.³³

Objetivamente, a relação de consumo deve contemplar um produto ou um serviço, igualmente conceituados em lei.

Havida a relação de consumo, tem lugar a Política Nacional das Relações de Consumo, que visa, dentre outros objetivos, promover o respeito à saúde do consumidor. É nessa esteira que estabelecem direitos básicos do consumidor, com destaque ao direito a proteção da vida, saúde e segurança; o direito a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços; o direito a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

Especialmente quanto à necessidade de proteção à saúde do consumidor, é dever do fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança informar, de modo satisfatório, sobre sua nocividade ou periculosidade.

Assim, mesmo em relações de direito privado, como aquelas de consumo, são incidentes as normas constitucionais sobre o direito fundamental social à saúde, compreendida em seu sentido amplo. Assim, se é sabido que produtos alimentícios guardam o potencial de ocasionar

³³ NOGUEIRA, Roberto Henrique Porto. **Prescrição off label de medicamentos, ilicitude e responsabilidade civil do médico**. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2017.

prejuízos à saúde de pessoas com DC, o dever de informação torna-se qualificado, tornando-se mais robusto e diretamente dependente da efetiva vulnerabilidade do consumidor.

Em suma, para além dos direitos do consumidor regular de obtenção de informações e outras medidas protetivas de seus interesses na relação de consumo, o direito da pessoa com DC é aprimorado e alargado em razão de sua vulnerabilidade caracterizada pelo estado de saúde. Com efeito, mesmo nas relações havidas entre particulares, o dever de proteção e de promoção da saúde de pessoas com DC absorve uma concepção aumentada, por ser essa uma decorrência normativa direta do direito fundamental social à saúde.

4 CONCLUSÃO

Devido à escassez de medicamentos e de cura para a pessoa com DC, a única alternativa profilática e terapêutica disponível consiste na adoção de uma dieta totalmente isenta de glúten. Contudo, frente ao cenário social atual, são demasiados os empecilhos enfrentados para acesso a alimentação adequada, o que pode ocasionar sintomas indesejados.

Neste contexto, torna-se imperiosa a reflexão acerca da compreensão de medidas que visem a democratizar os expedientes profiláticos, bem como os de promoção da saúde, para assegurar à pessoa com DC uma vivência digna, o que pressupõe uma visão ampliada do direito à saúde.

Logo, o direito fundamental social à saúde contempla, na teia normativa constitucional, o completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de enfermidade. Trata-se de proteger, de promover, de gerenciar e de curar em conformidade com os projetos individuais de saúde.

Essa perspectiva ampliada do direito à saúde possui, como repercussão, também a calibragem do direito da pessoa com DC quando for integrante de relação de consumo. Significa que seu direito à saúde

deve ser observado e promovido pelos fornecedores não apenas na medida da busca por mitigação de suas responsabilidades, mas sobretudo no papel de adjuvante no bem-estar do consumidor celíaco.

Portanto, compreende-se que os direitos sociais, tidos como mecanismos de redução de desigualdades sociais, alcançam as relações entre particulares e ampliam a noção de saúde que faz parte dos direitos do paciente com DC na relação de consumo.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Halina Mayer Chaves; ARAÚJO, Wilma Maria Coelho; BOTELHO, Raquel Braz Assunção; ZANDONADI, Renata Puppim. Doença celíaca, hábitos e práticas alimentares e qualidade de vida. **Revista de Nutrição**, [S.L.], v. 23, n. 3, p. 467-474, jun. 2010. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/s1415-52732010000300014>. Acesso em: 13 maio 2023.

ARAÚJO, Lindemberg Medeiros. Saúde- doença: conhecimento, poder, cultura, ciência e história. **Práxis em saúde coletiva [Online]**. 2006. Disponível em: <http://psaudecoletiva.blogspot.com>. Acesso em: 13 maio 2023.

BACKES, Marli Terezinha Stein; ROSA, Luciana Martins da; FERNANDES, Gisele Cristina Manfrini; BECKER, Sandra Greice; MEIRELLES, Betina Hörner Schlindwein; SANTOS, Silvia Maria de Azevedo dos. Conceitos de Saúde e Doença ao Longo da História Sob o Olhar Epidemiológico e Antropológico. **Rev. Enfermagem UERJ**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 17, p. 111-117, fev. 2009. Disponível em: <https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/bde-17509>. Acesso em: 13 maio 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 19 jun. 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Portaria SVS/MS nº 326, de 30 de julho de 1997. Aprova o Regulamento Técnico sobre "Condições Higiênico-Sanitárias e de Boas Práticas de Fabricação para Estabelecimentos Produtores/Industrializadores de Alimentos". **Diário Oficial da União**; Poder Executivo, Brasília, DF, 01 ago 1997. Seção 1, p. 40-43.

BRASIL. Lei n. 6.437, de 20 de agosto de 1977. Configura infrações à legislação sanitária federal, estabelece as sanções respectivas, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 ago. 1977.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6437.htm. Acesso em: 20 maio 2023.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 20 maio 2023.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm. Acesso em: 07 out. 2022.

BRASIL. Lei n.º 8.543, de 23 de dezembro de 1992. Determina a impressão de advertência em rótulos e embalagens de alimentos industrializados que contenham glúten. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 de dezembro de 1992.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução RDC nº 26, de 02 de julho de 2015. Dispõe sobre os requisitos para rotulagem obrigatória dos principais alimentos que causam alergias alimentares. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 ago. 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 1149, de 11 de novembro de 2015. Protocolo Clínico da Doença Celíaca. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/pcdt/arquivos/2015/doenca-celiaca-pcdt.pdf>. Acesso em: 23 set 2022.

DEJOURS, Christophe. Por um novo conceito de saúde. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, [s. l.], v. 14, n. 54, p. 7-11, abr. 1986.

LOURENÇO, Luciana de Fátima Leite; DANCZUK, Rutes de Fátima Terres; PAINAZZER, Daiany; PAULA JUNIOR, Newton Ferreir de; MAIA, Ana Rosete Camargo Rodrigues; SANTOS, Evanguelia Kotzias Atherino dos. A Historicidade filosófica do Conceito Saúde. **Hist. Enferm., Rev. Eletrônica**, Brasil, Universidade Federal de Santa Catarina, v. 1, n. 3, p. 17-35, jan. 2012.

LUZ, Madel Therezinha. **Saúde**. 2023. Dicionário da educação profissional em saúde. Disponível em: <http://www.sites.epsjv.fiocruz.br/dicionario/verbetes/sau.html>. Acesso em 20 maio 2023.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NADAL, Juliana; FERREIRA, Sila Mary Rodrigues; COSTA, Islandia Bezerra da; SCHMIDT, Suely Teresinha. O princípio do direito humano à alimentação adequada e a doença celíaca: avanços e desafios. **Demetra: Alimentação, Nutrição & Saúde**, [S.L.], Universidade

de Estado do Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 411-423, 28 out. 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.12957/demetra.2013.5991>. Acesso em 20 maio 2023.

NOGUEIRA, Roberto Henrique Porto. **Prescrição off label de medicamentos, ilicitude e responsabilidade civil do médico**. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2017.

PAULA, Flavia de Anastacio de; CRUCINSKY, Juliana; BENATI, Raquel. Fragilidades da atenção à saúde de pessoas celíacas no SUS: a perspectiva do usuário. **Demetra: Alimentação, Nutrição & Saúde**, [S.L.], v. 9, p. 311-328, 17 jul. 2014, p. 319-320. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.12957/demetra.2014.10499>. Acesso em: 20 maio 2023.

SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde. **Rev. Saúde Coletiva [Online]**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 17, p. 29-41, 2007. Disponível em: [Physis_v16n1 \(scielosp.org\)](http://scielosp.org). Acesso em: 13 maio 2023.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. **Rev. Saúde Pública**, [s. l.], v. 5, n. 31, p. 538-542, jan. 1997.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

A IMPORTÂNCIA DA LEGÍTIMA FRENTE À (DES)IGUALDADE DE GÊNERO NO ÂMBITO FAMILIAR

Amanda Batistella de Oliveira¹

Amanda Cristina Carvalho Faustino²

Jader Barbosa Moreira Filho³

Gustavo Pereira Leite Ribeiro (Orientador)⁴

RESUMO: No contexto brasileiro o qual persistem as desigualdades de gênero, mostra-se necessário os institutos jurídicos que, direta ou indiretamente, amparam as mulheres. Em relação ao último, tem-se, no Direito Sucessório, a legítima. Dessa forma, o artigo objetiva demonstrar que esse instituto também perpassa as questões de gênero à medida em que protege as mulheres, enquanto cônjuge, tendo em vista a divisão sexual do trabalho e a reprodução social. Para tanto, apresenta-se a divisão sexual do trabalho e a reprodução social no âmbito familiar como desdobramentos da desigualdade de gênero. A seguir, delimita-se o sentido e o alcance da legítima em relação ao cônjuge supérstite, à luz do Direito Civil-Constitucional. Ademais, contrapõe-se dois princípios que regem o Direito Sucessório, a autonomia privada e a solidariedade familiar. Para isso, primeiro, expõe-se a limitação da autonomia privada do testador como argumento contrário à manutenção da legítima. Por

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Lavras - UFLA e integrante do Programa de Educação Tutorial Institucional em Direito - PETI-DIREITO/UFLA, sob orientação do Prof. Dr. Gustavo Pereira Leite Ribeiro.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Lavras - UFLA, integrante do Laboratório de Bioética e Direito - LABB/UFLA, sob orientação do Prof. Dr. Gustavo Pereira Leite Ribeiro, e estagiária do escritório Laudares e Moreira Advocacia.

³ Advogado, bacharel em Direito pela Universidade Federal de Lavras - UFLA e integrante do Laboratório de Bioética e Direito LABB/UFLA, sob orientação do Prof. Dr. Gustavo Pereira Leite Ribeiro.

⁴ Doutor em Direito Privado. Professor Associado de Direito Civil na Universidade Federal de Lavras - UFLA. Tutor do Programa de Educação Tutorial Institucional em Direito - PETI-DIREITO/UFLA. Líder do Laboratório de Bioética e Direito - LABB/UFLA.

fim, refuta-se essa premissa com base na prevalência do princípio da solidariedade familiar.

PALAVRAS-CHAVE: Legítima. Solidariedade familiar. Desigualdade de gênero.

INTRODUÇÃO

A conjuntura histórica brasileira é, predominantemente, marcada pela desigualdade de gênero, com um hiato entre as oportunidades vivenciadas por homens e por mulheres. Ao gênero feminino era imposto, por exemplo, o cargo de “cuidadora do lar”, que consiste em realizar afazeres domésticos, enquanto que, aos maridos, cabia o comando da casa e da família.⁵ Sob esse viés, consolidou-se a divisão sexual do trabalho, a qual abrange a rígida separação entre a ocupação feminina e a masculina, de forma a dificultar que as mulheres adentrassem em outras esferas para além do trabalho doméstico não remunerado.

Com o passar dos séculos, esse cenário apresentou, timidamente, algumas melhoras por meio da crescente inserção feminina no mercado de trabalho. Concomitantemente, a legislação brasileira também avançou no que tange às questões de gênero, conferindo às mulheres igualdade material em relação aos homens. O ordenamento jurídico reconheceu e buscou mitigar parte das mazelas decorrentes dessa estrutura patriarcal, por meio de normas que diretamente combatem essa disparidade, ou a partir daquelas que, de alguma maneira, perpassam a temática. Para fins do presente artigo, aborda-se esta última hipótese, em específico, a legítima.

Assim, busca-se demonstrar que esse instituto protege as mulheres frente à desigualdade de gênero no âmbito familiar, porque impede que, na conjuntura da divisão sexual do trabalho e a reprodução social ainda presentes, o testador desampare o cônjuge supérstite por

⁵ Inclusive, esse contexto de disparidade era legitimado pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121 de 1962), no art. 233, o qual reconhecia o homem como chefe da sociedade conjugal.

motivos não previstos no Código Civil. A fim de se atingir tal objetivo, faz-se necessário: primeiro, delimitar o sentido e o alcance da legítima em relação às mulheres, enquanto cônjuge supérstite, sob a ótica do Direito Civil-Constitucional.

Posteriormente, apresenta-se o argumento contrário à manutenção da legítima em decorrência da limitação da autonomia privada do testador. Para isso, expõe-se três pressupostos: i) a legítima não cumpre mais a função de garantir o mínimo existencial, ii) o autor da herança deve ser livre para escolher, através dos laços de afetividade, o destino da totalidade do seu patrimônio e iii) o legislador, ao invés de impor a legítima, precisa estabelecer requisitos, de fato, efetivos para amparar os sujeitos que dependiam economicamente do *de cuius*.

Posto isso, em último momento, cada premissa é refutada a partir do princípio da solidariedade familiar, fundamento básico do Estado Democrático de Direito, que estabelece assistência mútua entre os sujeitos. Ambos os princípios, solidariedade familiar e autonomia privada, regem o direito sucessório, todavia, no sopesamento entre eles, defende-se a prevalência do primeiro.

Assim argumenta-se, respectivamente, que: i) a legítima cumpre seu papel de garantir o mínimo existencial, tendo em vista que a desigualdade de gênero não foi superada e, segundo estatísticas (as quais são apresentadas no próximo tópico), ainda há mulheres que dependem da renda do marido para subsistência; ii) a afetividade não deve ser parâmetro para destinação do patrimônio, mas a solidariedade enquanto um preceito objetivo que protege as mulheres diante das desigualdades de gênero; e iii) apesar dos requisitos serem amplos, isso não significa que a legítima deve ser extinta, pelo contrário, ela deve ser reformulada.

1 DESIGUALDADE DE GÊNERO: CONSIDERAÇÕES SOBRE A DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO E A REPRODUÇÃO SOCIAL

A desigualdade de gênero é um problema enraizado no contexto histórico-social brasileiro. As mulheres enfrentaram - e ainda enfrentam - diversos obstáculos em sua luta por igualdade de direitos e oportunidades.⁶ No âmbito familiar, durante muito tempo, foram vistas como inferiores aos homens e seu papel na sociedade se limitava ao ambiente doméstico e à reprodução. Essa mentalidade foi perpetuada ao longo dos séculos, contribuindo para a manutenção de uma cultura machista e patriarcal, que ainda é presente em muitas famílias brasileiras.⁷ Apesar dos avanços obtidos nas últimas décadas,⁸ ainda há muito a ser feito para alcançar a equidade de gênero, vez que

as mulheres brasileiras conquistaram diversas vitórias parciais no século XX: obtiveram o direito de voto, em 1932, mas não conseguiram ultrapassar o teto de 10% de deputadas federais; conquistaram graus crescentes de educação em todos os níveis de ensino, mas ainda estão pouco representadas nas ciências exatas e na liderança dos grupos de pesquisa; aumentaram as taxas de participação no mercado de trabalho, mas ainda sofrem com a segregação ocupacional, a discriminação salarial, além da dupla jornada de trabalho; conquistaram diversas vitórias na legislação nacional, mas, na prática, ainda são vítimas de discriminações e preconceitos.⁹

No que concerne à contemporaneidade, destaca-se que a pandemia da Covid-19, por exemplo, embora tenha impactado a vida de todos, alguns efeitos atingiram especificamente as mulheres. Percebeu-se o

⁶ ALVES, José Eustáquio Diniz; CAVENAGHI, Suzana Marta. Indicadores de desigualdade de gênero no Brasil. **Mediações - Revista de Ciências Sociais**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 83-105, mar. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3nohsTl>. Acesso em: 07 maio 2023.

⁷ MELO, Hildete Pereira de; CASTILHO Marta. Trabalho reprodutivo no Brasil: quem faz? **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, 135-158, 13 jan./abr. 2009. Disponível em: <https://bit.ly/40GlvJ1>. Acesso em: 07 maio 2023.

⁸ Na década de 80, as políticas de gênero no Brasil se concentraram principalmente nas áreas de saúde e de violência contra a mulher. Na década seguinte, houve uma ampliação dessas políticas para incluir programas de incentivo à geração de emprego e renda, bem como apoio às meninas e adolescentes em situação de risco e às mulheres rurais. Nos últimos anos, com a adoção de um modelo mais distributivo pelo Estado, foram criados organismos institucionais para defender os direitos humanos das mulheres, e houve uma redução na desigualdade econômica e na mobilidade social ascendente. (Cf. ALVES, José Eustáquio Diniz; CAVENAGHI, Suzana Marta. Indicadores de desigualdade de gênero no Brasil. **Mediações - Revista de Ciências Sociais**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 83-105, mar. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3nohsTl>. Acesso em: 07 maio 2023.)

⁹ ALVES, José Eustáquio Diniz; CAVENAGHI, Suzana Marta. Indicadores de desigualdade de gênero no Brasil. **Mediações - Revista de Ciências Sociais**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 83, mar. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3nohsTl>. Acesso em: 07 maio 2023.

aumento da carga de trabalho doméstico e de cuidados não remunerados.¹⁰ Como uma das causas disso, pode-se apontar que, com o fechamento das escolas e creches, muitas mulheres foram forçadas a deixar seus empregos ou reduzir suas horas de trabalho para cuidar de suas famílias.¹¹ Além disso, tendo em vista que são maioria em setores de trabalho precários e informais,¹² particularmente afetados pelas medidas de distanciamento social e pela paralisação de atividades econômicas, as mulheres também foram as mais afetadas pela crise econômica.¹³

Nessa esteira, o Relatório Global de Desigualdade de Gênero de 2021, do Fórum Econômico Mundial, indica que serão necessários 135,6 anos para alcançar a igualdade de gênero no mundo, sendo que, antes da pandemia, esse número era estimado em 99,5 anos. O Brasil ocupa a posição 93^a no ranking global, que analisou uma série de indicadores, como participação econômica e oportunidades educacionais para medir o progresso dos países em fechar a lacuna de gênero. O país reduziu em 69,5% a desigualdade de gênero, o que o coloca na faixa de desempenho médio. No entanto, em comparação com outros países da América Latina, o Brasil encontra-se em uma posição inferior: dos 26 que participaram da pesquisa, restou em 25^o lugar.¹⁴

Nesse sentido, é fundamental entender que as condições de vida de homens e mulheres não são determinadas por características biológicas, mas por construções culturais expressas principalmente pela divisão

¹⁰ FERREIRA, Cláudio; MORAES, Geórgia. Mulheres são mais afetadas por crise econômica provocada pela Covid-19. **Agência Câmara de Notícias**, Brasília, 03 ago. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3V2rt1C>. Acesso em: 07 maio 2023.

¹¹ FERREIRA, Cláudio; MORAES, Geórgia. Mulheres são mais afetadas por crise econômica provocada pela Covid-19. **Agência Câmara de Notícias**, Brasília, 03 ago. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3V2rt1C>. Acesso em: 07 maio 2023.

¹² São considerados informais pessoas ocupadas em empregos públicos, privados e domésticos sem carteira de trabalho assinada e empregadores e conta própria sem CNPJ. (Cf. MULHERES: inserção no mercado de trabalho. **Dieese**: Departamento intersindical de estatística e estudos socioeconômicos, São Paulo, 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3AotBLh>. Acesso em: 24 abr. 2023.)

¹³ FERREIRA, Cláudio; MORAES, Geórgia. Mulheres são mais afetadas por crise econômica provocada pela Covid-19. **Agência Câmara de Notícias**, Brasília, 03 ago. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3V2rt1C>. Acesso em: 07 maio 2023.

¹⁴ GLOBAL Gender Gap Report 2021. **World Economic Forum**, [s.l], 30 mar. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/41MN6t7>. Acesso em: 07 maio 2023.

sexual do trabalho.¹⁵ Esta consiste na divisão do trabalho entre produtivo e reprodutivo. O primeiro consiste no trabalho remunerado, no qual, historicamente, os homens têm prioridade: dos cargos em fábricas aos altamente remunerados, como médicos, engenheiros, advogados, etc. O segundo, por sua vez, naturalizado como feminino, é pautado em atividades domésticas não remuneradas como a responsabilidade de cuidar dos filhos, cuidar de pessoas idosas, executar tarefas relacionadas à educação e saúde, realizar afazeres domésticos, bem como promover a convivência saudável entre os membros do núcleo familiar.¹⁶ Importante destacar que o trabalho reprodutivo

como não tem caráter mercantil, é ignorado pelas ciências econômicas e desvalorizado pela sociedade, que dele depende para se reproduzir. Assim, a divisão sexual do trabalho está no cerne da argumentação do pensamento feminista sobre as diferenças entre o papel feminino e o masculino.¹⁷

Ademais, no Brasil, as estatísticas apontam que as mulheres estão inseridas em menor número do que os homens nas atividades produtivas remuneradas, não obstante sejam a maioria quando se trata de atividades domésticas não remuneradas.¹⁸ Em 2019, 146,7 milhões de pessoas com 14 anos ou mais de idade realizaram afazeres domésticos,

¹⁵ Historicamente, sua origem remonta o fim da economia de subsistência na Europa pré-capitalista, quando a unidade entre produção e reprodução foi interrompida, levando a uma diferenciação exponencial dessas atividades. A maioria dos homens passou a trabalhar no mercado, enquanto as mulheres dividiam seu tempo entre a produção de mercadorias, as tarefas domésticas e os cuidados com a família. O regime monetário capitalista definiu a produção para o mercado como a única atividade criadora de valor, enquanto a reprodução do trabalhador foi considerada sem valor do ponto de vista econômico. Por conseguinte, as mulheres foram excluídas de muitas ocupações assalariadas e assentou-se a mistificação de que a reprodução social era uma “vocação natural”. (Cf. FEDERICI, Silvia. *Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*. Rio de Janeiro: Elefante, 2004.)

¹⁶ ALVES, José Eustáquio Diniz; CAVENAGHI, Suzana Marta. Indicadores de desigualdade de gênero no Brasil. **Mediações - Revista de Ciências Sociais**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 83-105, mar. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3nohsTl>. Acesso em: 07 maio 2023.

¹⁷ MELO, Hildete Pereira de; CASTILHO Marta. Trabalho reprodutivo no Brasil: quem faz? **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, 137, 13 jan./abr. 2009. Disponível em: <https://bit.ly/40GlvJ1>. Acesso em: 07 maio 2023.

¹⁸ ALVES, José Eustáquio Diniz; CAVENAGHI, Suzana Marta. Indicadores de desigualdade de gênero no Brasil. **Mediações - Revista de Ciências Sociais**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 83-105, mar. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3nohsTl>. Acesso em: 07 maio 2023.

sendo que o percentual de mulheres¹⁹ que realiza esses afazeres (92,1%) é bem mais alto que o dos homens (78,6%).²⁰ Ademais, verificou-se que, em média, aquelas dedicam 21,4 horas por semana a essas tarefas, enquanto estes dedicam apenas 11,0 horas.²¹

Nesse sentido, destaca-se que são duas premissas sustentam a divisão sexual do trabalho: i) a separação em "trabalhos de homens" e "trabalhos de mulheres"; e ii) o princípio hierárquico, que estabelece que o "trabalho de homens" tem mais valor do que aquele realizado pelas mulheres.²² Por fim, destaca-se que a divisão sexual do trabalho consolidou a subestimação das atividades realizadas pelas mulheres na família - que foi e é a instituição que mais oculta e apropria-se do trabalho das mulheres. Assim, tendo em vista a situação de vulnerabilidade, em decorrência de questões de gênero, na qual a mulher se encontra, percebe-se que estas são mais suscetíveis a abusos, discriminação, exploração ou violação de seus direitos fundamentais.²³ Portanto, é de suma importância a análise de mecanismos jurídicos que podem ser capazes de protegê-las e minimizar as consequências da desigualdade histórica de gênero, como é o caso da legítima, que será abordada no tópico a seguir.

¹⁹ As mulheres que declararam realizar algum tipo de afazer doméstico são mais numerosas, representam uma maior parcela da força de trabalho e dedicam em média bem mais horas do que os homens a esse tipo de trabalho, independentemente do nível de instrução, da posição na ocupação, do grupo ocupacional e do setor produtivo no qual estão inseridas. (Cf. EM MÉDIA, mulheres dedicam 10,4 horas por semana a mais que os homens aos afazeres domésticos ou ao cuidado de pessoas. **Agência IBGE Notícias**, [s.l.], 16 jul. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3zXQswN>. Acesso em: 07 maio 2023.)

²⁰ EM MÉDIA, mulheres dedicam 10,4 horas por semana a mais que os homens aos afazeres domésticos ou ao cuidado de pessoas. **Agência IBGE Notícias**, [s.l.], 16 jul. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3zXQswN>. Acesso em: 07 maio 2023.

²¹ EM MÉDIA, mulheres dedicam 10,4 horas por semana a mais que os homens aos afazeres domésticos ou ao cuidado de pessoas. **Agência IBGE Notícias**, [s.l.], 16 jul. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3zXQswN>. Acesso em: 07 maio 2023.

²² JESUS, Jordana Cristina de. **Trabalho doméstico no Brasil: uma análise de produção, consumo e transparência**. 2018. Dissertação (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3JKUPQg>. Acesso em: 07 maio 2023.

²³ MELO, Hildete Pereira de; CASTILHO Marta. Trabalho reprodutivo no Brasil: quem faz? **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, 135-158, 13 jan./abr. 2009. Disponível em: <https://bit.ly/40GlvJ1>. Acesso em: 07 maio 2023.

2 SENTIDO E ALCANCE DA LEGÍTIMA AO CÔNJUGE, SOB O PRISMA DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

A sucessão refere-se à transmissão de direitos e obrigações de uma pessoa para outra. Conforme disposto no art. 1.786, do Código Civil, distingue-se, ainda, em legítima, regulamentada por lei, ou testamentária, na qual prevalece a vontade do testador.²⁴ Acerca da legítima, determina-se que ocorra, obrigatoriamente, na presença de herdeiros necessários,²⁵ os quais não podem ser excluídos da sucessão por ato voluntário do *de cujus*.²⁶ A partir disso, tem-se o instituto da legítima, o qual assegura aos ascendentes, descendentes e cônjuges o direito de, no mínimo, metade dos bens da herança, uma vez que o testador possui apenas a faculdade de dispor livremente da outra metade disponível, segundo o art. 1.789 e 1.846 do dispositivo supracitado.²⁷ Desse modo, ambas podem coexistir, legítima e testamentária, desde que seja preservada a parte destinada aos herdeiros necessários.

Nesse ínterim, destaca-se que a sucessão legal, bem como a legítima, já eram previstas pelo Código Civil de 1916,²⁸ sendo que o legislador optou por mantê-las no Código Civil de 2002, mas com algumas modificações. Para efeitos do presente artigo, a mais significativa delas foi a inclusão do cônjuge supérstite no rol dos herdeiros necessários. A princípio, ao cônjuge só era tutelado o direito à herança na ausência de descendentes e ascendentes.²⁹ Contudo, para evitar que

²⁴ Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.

²⁵ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

²⁶ As hipóteses para exclusão de um herdeiro necessário são previstas em lei, por indignidade ou deserdação.

²⁷ Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

²⁸ Art. 1.573, do Código Civil de 1916. A sucessão dá-se por disposição de última vontade, ou em virtude da lei.

²⁹ No projeto do Código Civil, Clóvis Beviláqua propôs que as mulheres, enquanto cônjuge, fossem herdeiras necessárias. Embora a proposta tenha sido rejeitada, contou com o apoio de civilistas influentes, como Orlando Gomes, os quais consideravam o vínculo do casamento superior ao parentesco. Cf. GOMES, Orlando. **Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense Rio, 1973.

ficasse desassistido, era garantido a ele o usufruto vidual e o direito real de habitação.³⁰

Numa sociedade extremamente patriarcal, era comum mulheres se dedicarem exclusivamente às tarefas domésticas e, por isso, dependerem da renda do falecido marido para sua subsistência. Assim, segundo o Código Civil de 1916, ao cônjuge supérstite cabia uma quota da herança por usufruto,³¹ caso o regime de casamento não fosse comunhão universal de bens e, posteriormente, não se constituísse outro matrimônio. Entretanto, conforme observado por Orlando Gomes:

No concurso com descendentes ou ascendentes, a quota do cônjuge sobrevivente, sendo em usufruto, não lhe dá a condição de herdeiro, nem o convoca à primeira, ou segunda, classe de sucessíveis. Não sucede, realmente, no 'universum jus' do falecido, nem numa parte abstrata da herança, senão apenas se lhe defere um direito, embora de natureza real, sobre parte dos bens. Ademais, a condição de herdeiro é perpétua e o direito sucessório do cônjuge, temporário.³²

Esse instituto mostrava-se insuficiente para amparar as viúvas, pois o direito de usufruto era fragilizado diante de possíveis doações feitas por ascendentes ou descendentes, tendo em vista que isso poderia ocasionar a perda ou restrição desse direito real. Em vista disso, como o cônjuge supérstite não era herdeiro necessário, havia a impossibilidade de pleitear a colação dos bens doados.³³

Ademais, se o casal tivesse como regime a comunhão universal de bens e apenas um imóvel a inventariar como residência familiar, ao

³⁰ Art. 1.611, do Código Civil de 1916. A falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal.

§ 1º O cônjuge viúvo se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filho deste ou do casal, e à metade se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do "de cujus".

§ 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.

³¹ O usufruto vidual foi incorporado ao Código Civil de 1916 pelo Estatuto da mulher casada (Lei nº 4.121, de 1962).

³² GOMES, Orlando. **Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense Rio, 1973, p. 86.

³³ GOMES, Orlando. **Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense Rio, 1973, p. 87.

sobrevivente era garantido o direito real de habitação, enquanto durasse a viuvez. Tentativa esta que, ao restringir o acesso desse direito a um regime específico de casamento, também não cumpria efetivamente seu propósito assistencial. Isto é, a mulher casada sob regime de separação ou comunhão parcial via-se completamente vulnerável diante da possibilidade de que o herdeiro a expulsasse da residência, sendo que, por vezes, essa era sua única perspectiva de moradia.

Depreende-se, portanto, que as hipóteses nas quais os cônjuges sucediam em propriedade, usufruto e habitação, no Código de 1916, não eram suficientes para proteção das viúvas, apresentando falhas que podiam resultar no seu desamparo. A partir disso, o Código Civil, ao promover o cônjuge supérstite a herdeiro necessário, ampara, de fato, as mulheres, mitigando as problemáticas citadas. Além disso, outros fatores que contribuíram para isso foram a revogação do usufruto vidual e a flexibilização do direito real de habitação, na medida em que o único requisito mantido é a presença de único imóvel, no inventário, destinado à moradia do cônjuge sobrevivente.³⁴

Essa mudança permite constatar parte da transformação pela qual passou o Direito Civil, antes centrado no patrimônio, agora nas questões existenciais, em especial a dignidade da pessoa humana. Com isso, o cerne da questão não é mais manter o patrimônio numa mesma linhagem, mas garantir, por meio da cooperação mútua, que os indivíduos os quais tenham vínculos afetivos, sanguíneos ou não, sejam amparados, conservando sua dignidade enquanto sujeitos.

Inclusive, o art. 226, da Constituição Federal de 1988, passa a tutelar o indivíduo dentro das relações familiares das quais participa, reconhecendo-as como base da sociedade e garantindo-lhes especial proteção do Estado.³⁵ A família deixa de ser pautada apenas nos laços

³⁴ Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

³⁵ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

consanguíneos, dando lugar ao sentimento de afetividade construído por meio do vínculo das relações interpessoais.³⁶

Em síntese, com a promulgação do Código Civil de 2002, e o impacto do Direito Civil-Constitucional, o cônjuge supérstite torna-se herdeiro necessário.³⁷ Por conseguinte, é reservado-lhe uma parte da herança, a fim de que haja o mínimo existencial para seu desenvolvimento como indivíduo. Assim, ele não apenas usufrui de uma fração da herança, como também pode dispor.³⁸ Apesar dessas conquistas, com os avanços legislativos, hodiernamente, muito se discute sobre a necessidade de uma (re)leitura da legítima, com base no princípio da autonomia privada do testador. Por isso, o próximo tópico dedica-se à exposição de argumentos que defendem esse posicionamento.

3 “SUCESSÃO FORÇADA”: UMA CRÍTICA À LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA DO TESTADOR

A autonomia privada, é um dos princípios que rege o direito sucessório à medida em que a manifestação da última vontade realiza-se por testamento. Segundo Francisco Amaral, esse princípio consiste na faculdade que o sujeito tem de autorregulação, por meio da criação, modificação ou extinção, das relações jurídicas das quais participa. Esse poder é reconhecido, mas também restringido pelo Estado, o qual fixa,

³⁶ Vale a ressalva de que cabe ao direito reger aspectos objetivos e, por isso, a afetividade como elemento subjetivo não é matéria jurídica. No entanto, é inegável que ela permeia grande parte das relações familiares e, com isso, faz-se necessário identificar os mecanismos jurídicos que regulam as relações as quais envolvem a afetividade.

³⁷ Em relação aos companheiros, a sucessão legítima contemplou-os no art. 1790, CC/02. Dessa forma, apesar da Constituição de 1988 e o STF igualarem o cônjuge e companheiro e, com isso, ambos serem herdeiros necessários, eles recebem tratamento distinto.

³⁸ Conforme explica Orlando Gomes, “a quota do cônjuge sobrevivente, sendo em usufruto, não lhe dá a condição de herdeiro, nem o convoca à primeira, ou segunda, classe de sucessíveis. Não sucede, realmente, no ‘universum jus’ do falecido, nem numa parte abstrata da herança, senão apenas se lhe defere um direito, embora de natureza real, sobre parte dos bens. Ademais, a condição de herdeiro é perpétua e o direito sucessório do cônjuge, temporário.” (GOMES, Orlando. **Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense Rio, 1973, p. 7).

cada vez mais, limites crescentes em decorrência do aumento das funções e políticas estatais intervencionista e assistencialista.³⁹

No âmbito do direito sucessório, a autonomia privada tem como principal desdobramento a livre manifestação e expressão da liberdade de os sujeitos disporem do seu próprio patrimônio. Logo, constitui-se, sobretudo, nas relações jurídicas patrimoniais que têm como soberana a vontade individual.⁴⁰ Nessa conjuntura, admite-se que:

uma vez entendida a autonomia privada como princípio conformador da própria ordem jurídica, sua limitação por qualquer elemento externo que não seja o próprio indivíduo somente pode e deve ser admitida em caráter excepcional, nas situações em que terceiros têm seus direitos ou interesses violados.⁴¹

Desse modo, o legislador, ao reservar 50% da herança aos herdeiros necessários, impede que o testador disponha livremente dos seus próprios bens, visto que esse não pode destinar para outrem a totalidade do seu patrimônio,⁴² nem realizar doações que desrespeitem a quota estipulada pela legítima. A justificativa foi a proteção dos familiares que o legislador presumiu manter maior vínculo com o *de cuius* - os descendentes, ascendentes e cônjuge.⁴³ Logo, a autonomia privada do

³⁹ NETO, Francisco dos Santos Amaral. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de informação legislativa**, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989. Disponível: <https://bit.ly/3Ait918>. Acesso em: 20/04/2023.

⁴⁰ CARVALHO, Ana Carolina de Mari Rocha Benício. **A herança forçada e seus reflexos na autonomia do testador**: uma análise crítica sobre a imposição da legítima. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2022, cap. 1, 2 e 4. Disponível em: <https://bit.ly/3zaOqcg>. Acesso em: 26 mar. 2023.

⁴¹ CARVALHO, Ana Carolina de Mari Rocha Benício. **A herança forçada e seus reflexos na autonomia do testador**: uma análise crítica sobre a imposição da legítima. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2022, cap. 1, 2 e 4. Disponível em: <https://bit.ly/3zaOqcg>. Acesso em: 26 mar. 2023.

⁴² Art. 1.857, § 1º, A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

⁴³ Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.

A partir disso, infere-se que caso um indivíduo deseje doar parte do seu patrimônio, ele poderá fazê-lo desde que respeite a quota de 50% destinada aos sucessores legítimos, sob pena de nulidade.

testador é restringida em detrimento do direito garantido aos herdeiros necessários.

Sob esse viés, na doutrina brasileira, emergem inúmeras críticas sobre a intangibilidade da legítima,⁴⁴ pois alega-se que a limitação da vontade do testador não encontra fundamentos suficientes.⁴⁵ A fim de se atingir tal conclusão, defende-se três pressupostos: (i) a legítima não cumpre mais a função de garantir o mínimo existencial; (ii) o autor da herança deve ser livre para escolher, a partir dos laços afetivos, o destino da totalidade do seu patrimônio; e (iii) o legislador, ao invés de impor a legítima, precisa estabelecer requisitos, de fato, efetivos para amparar os sujeitos que dependiam economicamente do *de cuius*.

Primeiramente, aponta-se que a legítima não cumpre mais a função de garantir o mínimo existencial às mulheres.⁴⁶ Hodiernamente, cada vez mais, elas buscam sua emancipação em relação aos homens, já que observa-se uma crescente inserção no mercado de trabalho e um movimento global de redução de desigualdades de gênero.⁴⁷ À vista disso, torna-se, supostamente, infundada a justificativa à reserva da legítima, pois a parte recebida não cumpre mais a função de garantir o mínimo existencial, configurando-se como um verdadeiro privilégio a esses herdeiros necessários. Pelo atual contexto social das mulheres, parte-se do raciocínio de que, por não dependerem mais da renda do marido para subsistência, não ficariam desamparadas em estado de viuvez.⁴⁸

⁴⁴ Entre os civilistas que criticam a legítima está Ana Luiza Nevares. (Cf. NEVARES, Ana Luiza Maia. A crise da legítima. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **Contratos, Família e Sucessões**. Indaiatuba: Foco 2020.)

⁴⁵ Essa questão ultrapassou o âmbito doutrinário, tendo em vista que foram propostos projetos de lei que pretendia excluir o cônjuge do rol de herdeiros necessários. (Cf. PL-508/2007, PL- 3075/2008 e PL-220/2005).

⁴⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. A crise da legítima. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **Contratos, Família e Sucessões**. Indaiatuba: Foco 2020.

⁴⁷ Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua (Pnad contínua), realizada pelo IBGE, no 3º trimestre de 2022, mais de 50% das mulheres entrevistadas faziam parte da força de trabalho. (Cf. MULHERES inserção no mercado de trabalho. **Dieese: Departamento intersindical de estatística e estudos socioeconômicos**, São Paulo, 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3AotBLh>. Acesso em: 24/04/2023).

⁴⁸ NEVARES, Ana Luiza Maia. A crise da legítima. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **Contratos, Família e Sucessões**. Indaiatuba: Foco 2020.

Posto isso, a segunda premissa alega ser insustentável a intervenção do Estado na autonomia privada, visto que o *de cuius* não pode escolher, com base nos laços afetivos, o destino da totalidade do seu patrimônio.⁴⁹ Situação elucidada nos casos em que o testador deseja, por meio da transmissão de todos os seus bens, amparar financeiramente um parente com quem possui relação próxima, mas este não tem o status de herdeiro necessário. Nesse caso, como foi ultrapassada a parte disponível, atingindo a reserva da legítima, tem-se uma redução testamentária, prevista pelo art. 1.967, do Código Civil.⁵⁰

Outra hipótese, ainda exemplificando o segundo argumento, diz respeito ao testador que queira doar seus bens a uma instituição pela qual possui profunda admiração e afeição. A legislação, no art. 549, do Código Civil, novamente, impõe-lhe restrições e impedimentos, embasados numa realidade - de significativa dependência feminina em relação aos homens - que não condiz mais com o atual contexto fático. Dessa forma, a ausência da legítima, na maioria dos casos, não expõem as mulheres à vulnerabilidade econômica, é apenas um ônus.⁵¹

Por fim, o último pressuposto, supõe-se que casos excepcionais sempre existirão, mas ao invés de suprimir a autonomia do testador por causa das exceções, a lei deve preocupar-se em estabelecer requisitos, de fato, efetivos para amparar os sujeitos que dependem economicamente do *de cuius*, os quais, nem sempre integram o rol dos herdeiros necessários. Ana Luiza Nevares argumenta que:

⁴⁹ CARVALHO, Ana Carolina de Mari Rocha Benício. **A herança forçada e seus reflexos na autonomia do testador**: uma análise crítica sobre a imposição da legítima. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2022, cap. 1, 2 e 4. Disponível em: <https://bit.ly/3zaOqcg>. Acesso em: 26 mar. 2023.

⁵⁰ Art. 1.967. As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes.

§ 1 ª Em se verificando excederem as disposições testamentárias a porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as quotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor.

⁵¹ CARVALHO, Ana Carolina de Mari Rocha Benício. **A herança forçada e seus reflexos na autonomia do testador**: uma análise crítica sobre a imposição da legítima. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2022, cap. 1, 2 e 4. Disponível em: <https://bit.ly/3zaOqcg>. Acesso em: 26 mar. 2023.

De fato, uma das críticas que é direcionada ao Direito Sucessório é a sua neutralidade, já que, no Brasil, raras as vezes a lei estabelece a divisão da herança com base em critérios concretos da proteção da pessoa em cada integrante da família.⁵²

Em suma, o argumento contrário à legítima alega que: sua imposição não condiz mais com os avanços na sociedade, caracterizando-se como um instituto anacrônico. No contexto da criação do Código Civil de 2002, um dos fundamentos da legítima era a necessidade de amparar as viúvas porque, numa sociedade patriarcal, as mulheres não possuíam renda própria e dependiam da renda do marido para sua subsistência. Todavia, com a nova posição ocupada pelas mulheres na contemporaneidade, acredita-se que não faz mais sentido limitar a liberdade de testar.

4 SOLIDARIEDADE FAMILIAR: A LEGÍTIMA COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO DA MULHER FRENTE À DESIGUALDADE DE GÊNERO NO ÂMBITO DO DIREITO SUCESSÓRIO

Somado ao princípio da autonomia privada, em um contexto de centralização das questões existenciais em detrimento daquelas patrimoniais, importa abordar a solidariedade familiar. Inicialmente, considerado apenas como um valor moral, o princípio estendeu-se ao universo jurídico, sendo positivado e tornando-se um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito que, nos termos do art. 3º, I, CF/88, alvitra uma sociedade não só livre, mas também justa e solidária.⁵³ A solidariedade, então, é um princípio imperativo, vez que estabelece o dever de assistência mútua entre os cidadãos em prol do bem-estar de todos.

⁵² NEVARES, Ana Luiza Maia. A crise da legítima. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **Contratos, Família e Sucessões**. Indaiatuba: Foco 2020, p. 271.

⁵³ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

Além disso, é importante destacar que a solidariedade não se baseia em sentimentos ou normas morais subjetivas,⁵⁴ mas em comportamentos objetivos que podem ser verificados. Os aspectos psicológicos são transformados em valores que se tornam direitos e deveres verificáveis nas relações familiares. Ou seja, a concordância do indivíduo com a norma constitucional é irrelevante, pois a solidariedade é vista como um dever objetivo que requer ações específicas.⁵⁵ Nas palavras de Paulo Lôbo,

a solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade. A solidariedade cresce de importância na medida em que permite a tomada de consciência da interdependência social.⁵⁶

Em relação à esfera familiar, destaca-se que, ao superar o individualismo existencialista, a família deixa de ser considerada um valor em si mesma e passa a ser vista sob uma perspectiva solidarista. Nessa abordagem, predominam os valores de cooperação e igualdade substancial. A noção de solidariedade familiar emerge, caracterizada pelo dever de mútuo respeito, consideração e assistência entre os membros da família, tanto em questões patrimoniais quanto existenciais. A solidariedade também engloba aspectos afetivos e psicológicos, envolvendo assistência moral e espiritual, cooperação e atenção.⁵⁷

⁵⁴ A solidariedade não deve ser confundida com caridade, pois não se limita a um simples ato de beneficência. Ser solidário não se resume a sentir algo bom pelo outro, mas sim a agir como se sentisse. (Cf. LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. In: VI CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - Família e solidariedade, 2007, Belo Horizonte. **Anais** eletrônicos, Belo Horizonte, [s.n], 2007, p. 1-11. Disponível em: <https://bit.ly/3Kn5lgU>. Acesso em: 07 maio 2023.)

⁵⁵ SILVA, Ester Cardoso da. **A (des)necessária releitura da reserva legítima:** entre autonomia privada, solidariedade e vulnerabilidade. 2022. Dissertação. (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3KaQBmy>. Acesso em: 15 abr. 2023.

⁵⁶ LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. In: VI CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - Família e solidariedade, 2007, Belo Horizonte. **Anais** eletrônicos, Belo Horizonte, [s.n], 2007, p. 1. Disponível em: <https://bit.ly/3Kn5lgU>. Acesso em: 07 maio 2023.

⁵⁷ SILVA, Ester Cardoso da. **A (des)necessária releitura da reserva legítima:** entre autonomia privada, solidariedade e vulnerabilidade. 2022. Dissertação. (Bacharelado

Dessa forma, a solidariedade familiar é também um dos fundamentos da legítima,⁵⁸ uma vez que garante a manutenção do padrão de vida e das necessidades básicas dos sucessíveis mais vulneráveis, como filhos menores, incapazes, pessoas com deficiência, em dificuldades financeiras e cônjuges dependentes economicamente. Além disso, a solidariedade funciona como uma proteção legal para a justa expectativa dos sucessíveis, incluindo aqueles que são autossuficientes e não precisam de assistência alimentar, em receber uma participação na herança.⁵⁹ No que diz respeito especificamente às mulheres, enquanto cônjuge supérstite, defende-se que é essencial a garantia da legítima, porque, além dos motivos supracitados, estas se investiram na construção patrimonial do *de cuius* com o trabalho doméstico não remunerado.

Nesse sentido, a fim de resolver o embate entre o princípio da solidariedade e a autonomia privada, faz-se necessário o sopesamento entre ambos para determinar seu alcance. No caso da legítima, é priorizada a proteção do indivíduo, diante de possíveis vulnerabilidades econômicas, em detrimento da vontade do *de cuius*. Isso porque, com a constitucionalização do Direito Civil, o patrimônio adquire também uma função social, pois é utilizado, direta ou indiretamente, como instrumento para consagrar o fundamento máximo do ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana.⁶⁰ Além disso, “a solidariedade familiar deve impulsionar, direcionar e limitar toda a sucessão

em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3KaQBmy>. Acesso em: 07 maio 2023.

⁵⁸ Pontes de Miranda, Flávio Tartuce e Sílvio Rodrigues identificam ainda na sucessão legítima uma expressão da vontade presumida do falecido, consubstanciada na ordem de vocação hereditária. Todavia, essa tese já encontra-se ultrapassada. (Cf. TEPEDINO, Gustavo, NEVARES, Ana Luiza Maia, MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Fundamentos do direito civil**: direito das sucessões. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.)

⁵⁹ ANTONINI, Mauro. **Sucessão Necessária**. 2013. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3JPEYQq>. Acesso em: 07 maio 2023.

⁶⁰ SILVA, Ester Cardoso da. **A (des)necessária releitura da reserva legítima**: entre autonomia privada, solidariedade e vulnerabilidade. 2022. Trabalho de Conclusão de Curso. (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3KaQBmy>. Acesso em: 07 maio 2023.

hereditária”,⁶¹ uma vez que prestar excessiva reverência à vontade do testador equivale a retroceder ao Direito Civil oitocentista, no qual a autonomia individual era o centro do direito privado.⁶²

Ademais, destaca-se que a legítima ainda desempenha sua função precípua de assegurar o mínimo existencial, mesmo que os defensores da autonomia privada neste embate afirmem o contrário. Isso porque, é evidente a situação de desvantagem e dependência a que as mulheres foram submetidas ao longo de toda a história, expressa especialmente pela divisão sexual do trabalho. Nesse contexto, embora haja uma maior participação no mercado e uma tendência mundial de redução das disparidades de gênero, é fundamental reconhecer que os progressos alcançados até agora são apenas parciais. Ainda há uma extensa jornada a percorrer para efetivamente conquistar a igualdade de gênero no país. Não há que se falar, portanto, que a legítima consiste em um “privilégio”. O instituto, na verdade, representa uma maneira de mitigar a desigualdade histórica que ainda se reflete em diversas esferas da vida social.⁶³

No mesmo sentido, pressupõe-se insustentável a defesa de que o autor da herança deveria ter a liberdade de escolher, com base apenas na afetividade, o destino de todo o seu patrimônio. Isso ocorre porque permitir, por exemplo, a transferência de todos os seus bens para alguém com quem o falecido tinha uma relação próxima, ou mesmo a doação integral do patrimônio para uma instituição pela qual o falecido nutria admiração, deixaria a esposa, como cônjuge, completamente desprotegida. A legítima, à luz do princípio da solidariedade familiar,

⁶¹ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A extensão do direito à sucessão forçada. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Brasil, v. 28, n. 2, p. 140, set., 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3MqZ1b9>. Acesso em: 07 maio 2023.

⁶² RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A extensão do direito à sucessão forçada. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Brasil, v. 28, n. 2, p. 123 - 156, set., 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3MqZ1b9>. Acesso em: 07 maio 2023.

⁶³ MELO, Hildete Pereira de; CASTILHO Marta. Trabalho reprodutivo no Brasil: quem faz? **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, 135-158, 13 jan./abr. 2009. Disponível em: <https://bit.ly/40GlvJ1>. Acesso em: 07 maio 2023.

portanto, serve como um mecanismo de proteção, na medida em que se reconhece a situação da vulnerabilidade feminina no núcleo familiar.⁶⁴

Por fim, reconhece-se que a legítima precisa de critérios mais objetivos para apoiar os indivíduos que dependem financeiramente do falecido, levando em conta os requisitos específicos de proteção de cada membro da família. Todavia, a crítica à neutralidade da legítima por si só não justifica sua extinção, apenas abre margem para possíveis adaptações. Portanto, entende-se que a legítima é um instituto jurídico que protege as mulheres frente à desigualdade de gênero no âmbito familiar, porque impede que, à luz da reprodução social e da divisão sexual do trabalho ainda presentes, o testador desampare o cônjuge supérstite por motivos não previstos em lei, e, portanto, deve prezar-se por sua manutenção.⁶⁵

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no exposto, pode-se concluir que a atribuição de tarefas na sociedade não é algo natural. Em vez disso, é determinada por construções sociais expressas principalmente pela chamada divisão sexual do trabalho. Historicamente, esses processos relegaram as mulheres a posições relacionadas ao trabalho doméstico, enquanto permitiram que os homens dominassem o espaço político e social. Estatísticas recentes indicam que as mulheres são responsáveis por uma parcela maior do trabalho doméstico e dedicam mais horas a esse tipo de trabalho, independentemente de fatores como educação, ou grupo ocupacional ou setor produtivo.

Por conseguinte, além de perpetuar desigualdades em diversas esferas da vida social das mulheres ainda hoje, o conceito de divisão

⁶⁴ LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. In: VI CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - Família e solidariedade, 2007, Belo Horizonte. **Anais eletrônicos**, Belo Horizonte, [s.n], 2007, p. 1-11. Disponível em: <https://bit.ly/3Kn5lgU>. Acesso em: 07 maio 2023.

⁶⁵ NEVARES, Ana Luiza Maia. A crise da legítima. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **Contratos, Família e Sucessões**. Indaiatuba: Foco 2020, p. 271.

sexual do trabalho também consolidou a subestimação das atividades realizadas pelas mulheres na família - que foi e é a instituição que mais oculta e apropria-se do trabalho das mulheres. Nesse sentido, tendo em vista a situação de vulnerabilidade, em decorrência de questões de gênero, na qual a mulher se encontra, é de suma importância a análise de mecanismos jurídicos que podem ser capazes de protegê-las e minimizar as consequências da desigualdade histórica de gênero, como é o caso da legítima.

Nesse sentido, é importante destacar ainda o processo de constitucionalização do Direito Civil - o qual redireciona o fundamento do direito privado, antes pautado no patrimônio, às questões existenciais, em especial, à promoção da dignidade da pessoa humana. Com essa mudança, o cerne da legítima não mais consiste em manter o patrimônio numa mesma linhagem, mas garantir, por meio da cooperação mútua e do princípio da solidariedade familiar, que os indivíduos do mesmo núcleo familiar sejam amparados, conservando sua dignidade enquanto sujeitos.

Em contrapartida, na doutrina brasileira, emergem inúmeras críticas sobre o instituto. De modo geral, defende-se três pressupostos: i) a legítima não cumpre mais a função de garantir o mínimo existencial, ii) o autor da herança deve ser livre para escolher, com verdadeira afetividade, o destino da totalidade do seu patrimônio e iii) o legislador, ao invés de impor a legítima, precisa estabelecer requisitos, de fato, efetivos para amparar os sujeitos que dependiam economicamente do *de cujus*.

Tais argumentações se mostram equivocadas, vez que i) apesar da tendência de redução das disparidades de gênero, ainda há muito a ser feito para alcançar a igualdade de gênero. Nesse sentido, a legítima é uma forma não só de garantir o mínimo existencial como de combater a desigualdade histórica que persiste em várias áreas da vida social; ii) tendo em vista a situação de vulnerabilidade que a mulher se encontra no âmbito familiar, a afetividade não deve ser o parâmetro para a

destinação do patrimônio, mas a solidariedade; iii) reconhece-se que a legítima precisa de critérios mais objetivos. Todavia, isto não justifica, por si só, sua extinção, apenas abre margem para adaptações.

Portanto, o presente trabalho entende que a legítima é um mecanismo jurídico que visa a proteger as mulheres da desigualdade de gênero no contexto familiar. Isso ocorre porque, devido à divisão sexual do trabalho e à reprodução social, o cônjuge sobrevivente pode ficar em uma posição de vulnerabilidade se não houver disposições legais que garantam sua proteção. No entanto, é importante destacar que, embora este trabalho defenda a manutenção desse instituto, isso não significa que a legítima não possa ser alterada à luz de critérios funcionais e objetivos para proteger de forma mais específica aqueles que dependem do *de cuius*.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Eustáquio Diniz; CAVENAGHI, Suzana Marta. Indicadores de desigualdade de gênero no Brasil. **Mediações - Revista de Ciências Sociais**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 83–105, mar. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3nohsTl>. Acesso em: 26 mar. 2023.

ANTONINI, Mauro. **Sucessão Necessária**. 2013. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3JPEYQq>. Acesso em: 26 mar. 2023.

BONFIM, Bárbara Barbosa. **A evolução da desigualdade de gênero no Brasil de 2006 a 2018**. 2019. Dissertação. (Bacharelado em Economia) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3TSszQE>. Acesso em: 26 mar. 2023.

CARMINATE, Raphael Furtado. **Autonomia privada do testador e direito à legítima: estudo crítico e propositivo**. 2011. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, Disponível em: <https://bit.ly/40UInET>. Acesso em: 26 mar. 2023.

CARVALHO, Ana Carolina de Mari Rocha Benício. **A herança forçada e seus reflexos na autonomia do testador: uma análise crítica sobre a imposição da legítima**. 2022. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2022, Disponível em: <https://bit.ly/3zaOqcg>. Acesso em: 26 mar. 2023.

DELGADO, Mário Luiz. O cônjuge e o companheiro como herdeiros necessários. **Revista Síntese de direito de família**, São Paulo, v. 22, n.

125, p. 26 - 48, abr./maio, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/40Pelmb>. Acesso em: 07 abr. 2023.

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a bruxa**: mulheres, corpo e acumulação primitiva. Rio de Janeiro: Elefante, 2004.

FERREIRA, Carolina Miranda Mota. **Intangibilidade da legítima**: análise da autonomia privada versus solidariedade familiar. 2021. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal, 2021, Disponível em: <https://bit.ly/3JPL6sh>. Acesso em: 26 mar. 2023.

FERREIRA, Cláudio; MORAES, Geórgia. Mulheres são mais afetadas por crise econômica provocada pela Covid-19. **Agência Câmara de Notícias**, Brasília, 03 ago. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3V2rtlC>. Acesso em: 13 abr. 2023.

GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo P. **Novo curso de direito civil**: direito das sucessões. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

GLOBAL Gender Gap Report 2021. **World Economic Forum**, [s.l.], 30 mar. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/41MN6t7>. Acesso em: 13 abr. 2023.

GOMES, Felipe Lima. **O direito fundamental à herança**: âmbito de proteção e consequências de sua constitucionalização. 2015. Tese. (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2015, Disponível em: <https://bit.ly/3Zi1S8U>. Acesso em: 26 mar. 2023.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense Rio, 1973.

JESUS, Jordana Cristina de. **Trabalho doméstico no Brasil**: uma análise de produção, consumo e transparência. 2018. Dissertação (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3JKUPQg>. Acesso em: 28 mar. 2023.

LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. In: VI CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - Família e solidariedade, 2007, Belo Horizonte. **Anais**, Belo Horizonte, [s.n.], 2007, p. 1-11. Disponível em: <https://bit.ly/3Kn5lgU>. Acesso em: 11 abr. 2023.

MELO, Hildete Pereira de.; CASTILHO Marta. Trabalho reprodutivo no Brasil: quem faz?. **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, 135-158, 13 jan./abr. 2009. Disponível em: <https://bit.ly/40GlvJ1>. Acesso em: 28 mar. 2023.

MULHERES: inserção no mercado de trabalho. **Dieese**: Departamento intersindical de estatística e estudos socioeconômicos, São Paulo, 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3AotBLh>. Acesso em: 24 abr. 2023

NASCIMENTO, Janaína Xavier do. Políticas públicas e desigualdade de gênero na sociedade brasileira: considerações sobre os campos do trabalho, da política e da ciência. **Mediações - Revista de Ciências Sociais**, Londrina, v. 21, n. 1, p. 317-337, jun. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3JGfk0C>. Acesso em: 26 mar. 2023.

- NETO, Francisco dos Santos Amaral. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasil, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989. Disponível em: <https://bit.ly/3MqBarO>. Acesso em: 07 abr. 2023.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. A crise da legítima. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **Contratos, Família e Sucessões**. Indaiatuba: Foco, 2020.
- OLIVEIRA FILHO, Francisco Furtado de. **A proteção da legítima na sucessão testamentária**: uma crítica à limitação da autonomia da vontade. 2018. Dissertação. (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3K9rJvj>. Acesso em: 26 mar. 2023.
- RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A extensão do direito à sucessão forçada. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Brasil, v. 28, n. 2, p. 123 - 156, set. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3MqZ1b9>. Acesso em: 07 abr. 2023.
- ROSSO, Paulo Sergio. Solidariedade e direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988. **Revista eletrônica do CEJUR**, Paraná, v. 1, n. 2, p. 1- 22, ago/dez. 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3GWWnGp>. Acesso em: 04 abr. 2023.
- SILVA, Ester Cardoso da. **A (des)necessária releitura da reserva legítima**: entre autonomia privada, solidariedade e vulnerabilidade. 2022. Dissertação. (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3KaQBmy>. Acesso em: 26 mar. 2023.
- TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Fundamentos do direito civil**: direito das sucessões. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- WAGNERVIDEO1. **Ana Luiza Maia Nevares (RJ)** - Proteção da Legítima, 2018. 1 vídeo (16min20s). Disponível em: <https://bit.ly/41ugFPl>. Acesso em: 15 abr. 2023.

A PATERNIDADE ATIVA SOB A ÓTICA DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

Fausto Amador Alves Neto¹

Jeovan Alves dos Santos²

RESUMO: O presente trabalho discorre a respeito do instituto da paternidade ativa e responsável sob a ótica das desigualdades sociais. Durante a abordagem, buscou-se evidenciar de que modo a paternidade tem sido discutida nos últimos anos, especialmente após a Constituição Federal de 1988, indicando-se a importância da presença paterna na educação e criação dos filhos, múnus este imputando somente à mãe por muitos anos. Ademais, associou-se ao estudo a questão das desigualdades sociais, apontando de que modo se relacionam com o exercício desta paternidade de fato. O estudo se justificou dada a urgência do debate e se deu por meio de pesquisa bibliográfica, abordando as questões doutrinárias sobre o tema. Com a oportunidade, almeja-se fortalecer os debates de proteção à paternidade e amparo à maternidade, notadamente incentivando a divisão de tarefas e responsabilidades em relação à prole. Por isso, dentre os objetivos específicos, têm-se a verificação das desigualdades sociais como fator de inibição da paternidade ativa, observando-se, por exemplo, a paternidade na adolescência, as discrepâncias legislativas no que tange às licenças paternidades e sua correlação com a ausência masculina, especialmente nos primeiros dias de vida dos bebês, e, por fim, a ausência de pais encarcerados, problemas estes, que de ordem sociocultural e econômica,

¹ Advogado. Doutor e Mestre em Geografia pela Universidade Federal de Uberlândia. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá. Graduado em Direito pela FEIT/UEMG. Docente efetivo do Curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais – Unidade Ituiutaba. Pesquisador Produtividade da UEMG – PQ/UEMG. Líder do GEPPAM – Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito das Famílias. E-mail: fausto.neto@uemg.br

² Discente do Curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais – Unidade Ituiutaba. E-mail: jeovan.1593244@discente.uemg.br.

perfazem ligação direta com o tema em estudo. Ao final, apontou-se a paternidade ativa e responsável como verdadeiro avanço no Direito de Famílias, mas ainda carente de políticas públicas que fomentem a atuação dos homens enquanto responsáveis por seus filhos.

PALAVRAS-CHAVE: Paternidade ativa. Desigualdades sociais. Responsabilidade parental.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que, ao longo da história, a família sempre foi formada – numa dinâmica heteronormativa, patriarcal e patrimonializada –, pela presença do pai, da mãe e dos filhos, cada qual exercendo uma função sociocultural preestabelecida, e, nesse sentido, Dias (2021) afirma que para a aceitação social, sob a égide de uma sociedade conservadora, essa estrutura hierarquizada era fundamental para seu reconhecimento jurídico.

Ademais, o pai sempre foi tido como uma autoridade máxima dentro do lar e o responsável por manter a subsistência familiar, fazendo com que fosse uma figura ausente na criação dos filhos, obrigação esta, atribuída à mulher/mãe, que se obrigava aos afazeres domésticos enquanto o genitor buscava fora o sustento.

Não obstante isso, com o ingresso da mulher no mercado de trabalho e as inúmeras modificações no conceito de família, a visão de maternidade e paternidade também sofreram alterações significativas, inclusive, no que tange às atribuições de cada um dentro do núcleo familiar, especialmente após a consolidação de preceitos fundamentais trazidos na Carta Magna de 1988 e sucessivas, ainda que tímidas, alterações legislativas sobre o assunto.

Logo, vê-se que há também uma (re)configuração no significado de maternidade, abrindo-se mais espaço para a figura paterna, cada vez mais presente nos afazeres domésticos, na educação e criação dos filhos, verificando-se até estudos sobre a importância da presença do pai nesses

processos, avaliando-se também algumas características, tais como a profissão, renda e satisfação profissional como indicadores de maior participação na vida dos filhos (NOGUEIRA, 2017).

Importante destacar que a sociedade ainda vive em uma realidade na qual muitos pais são ausentes por completo e que sequer registram seus filhos. Essa omissão é confrontada pelo citado princípio da paternidade responsável, visto como um desdobramento dos princípios da dignidade e afetividade, de modo que sua inobservância poderia gerar inúmeros problemas sociais (PEREIRA, 2021).

A escolha pelo estudo do tema se deu haja vista as perceptíveis mudanças de comportamento masculino em ambientes onde os filhos são protagonistas, verificando-se uma maior presença de pais nas escolas (reuniões, apresentações em dias festivos etc.), em atividades extracurriculares, atividades de lazer e, em todas elas, não só como meros expectadores, mas como ativos partícipes.

O problema que se coloca, portanto, é a verificação e identificação de onde tem se situado as “novas paternidades” e de que modo as desigualdades sociais podem influenciar no exercício da paternidade ativa e responsável, sobretudo na vivência da paternidade na adolescência, da paternidade quando os pais estão encarcerados e também das proposições legislativas de licença paternidade como forma de promoção de incentivo à maior participação masculina na vida dos filhos.

Assim, justifica-se a presente pesquisa, eis que será desenvolvida e poderá contribuir cientificamente para maior entendimento sobre a temática e para a compreensão da realidade dos novos contextos familiares, sobretudo na ótica da nova posição ocupada pelos pais no ambiente do lar, podendo seus resultados servirem de base para apontamentos e subsidiar decisões e políticas que possam, notadamente, promover a defesa dos Direitos das Famílias.

1 O CONCEITO DE PATERNIDADE ATIVA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

É sabido que, ao longo dos tempos, o Direito de Família vem trazendo mudanças relevantes referentes às formas e suas abordagens no aspecto familiar contemporâneo de sua constituição. Nesse sentido, identifica-se a característica dinâmica, do qual, o termo “Família” se encontra envolvido, perpassando por todos esses anos, tendo em vista, que sua definição se altera no decorrer da história humana e com os fatos sociais em si mesmos.

A evolução do Direito de Família se apresenta a partir de consideráveis alterações de comportamento social, atreladas ao reconhecimento das liberdades individuais, e associado ainda a uma menor intervenção estatal e a “supressão” da influência da religião no que se preconizou, por anos, como modelo de padrão familiar.

Sem dúvidas, a Constituição Federal de 1988 foi um marco, já que, baseada por direitos e garantias fundamentais, preconizou a igualdade, a dignidade humana, o afeto, além do fim do patriarcalismo como norte do Direito de Família. Moraes (1991) enfatiza que faz-se necessário apontar a perspectiva de repersonalização das relações privadas, dando-se mais ênfase no “ser” sobre o “ter”, possibilitando um olhar mais atento e sensível, inclusive em relação ao reconhecimento das novas modalidades de família e também da responsabilidade que emana do princípio do planejamento familiar.

Ressalta-se que, por anos, a família legítima – aquela formada exclusivamente pelo casamento – era a única modalidade familiar amparada e reconhecida pelo Estado e, apenas na Constituição de 1988, é que se verifica uma ampliação de tal conceito familiar, pela valorização jurídica do afeto, abrangendo-se os mais diversos modelos familiares, dentro de uma perspectiva pluralista de respeito à dignidade da pessoa humana, por meio da convivência, publicidade e estabilidade.

A paternidade ativa é uma das mudanças de paradigmas que envolvem maior presença masculina no seio familiar, assumindo, de fato,

maior responsabilidade na educação e criação da prole. A Carta Magna dando ênfase e juridicidade na família, a reconheceu como base da sociedade e conferiu-lhe proteção do Estado. Com isto, pensando-se na ideia da afetividade enquanto princípio constitucional implícito, conferiu à paternidade o dever de maior envolvimento afetivo e, primordialmente, de resguardar a dignidade da pessoa humana e o interesse e o bem estar dos filhos.

De início, com a resignificação do “ser pai” e com o desenvolvimento ativo por parte dos homens nos cuidados com os filhos, houve latente atenção ao papel paterno. O cenário da paternidade participativa se mostra desde a preparação de alimentos para os filhos, como também no cuidado do banho e da higiene, preocupação com a vestimenta, acompanhamento na saúde, lazer, esportes, educação e tudo que envolve a rotina das crianças e adolescentes. Ademais, entender esse tema é uma forma de contribuir positivamente para a formação dessa nova geração de filhos, além de propiciar a compreensão de que a paternidade está muito além da questão biológica e perpassa, sobretudo, no afeto e cuidado.

Segundo o Ministério da Saúde (BRASIL, 2018), a paternidade ativa se mostra através de ações, cuidado físico e emocional que se dá aos filhos. Nesse sentido, demonstra-se que, ao contrário, o que se via antes era apenas a figura do pai provedor, que se ausentava do lar por longos períodos sob o pretexto de que garantia a subsistência do seu núcleo familiar, atribuindo toda a responsabilidade à mãe/mulher. Não obstante isto, com a mudança de mentalidade, muitos pais hoje tomam para si o seu múnus, estando mais presentes na vida e cotidiano dos filhos, trazendo acolhimento, segurança e efetivo cuidado com as crianças.

A paternidade ativa é a distribuição saudável e respeitosa das tarefas que envolvem a criação dos filhos, além disso, a proatividade é um do fato importante que se espera dos pais, materializando-se o afeto em

sua essência. Nesse sentido, o Ministério da Saúde (2018, p. 5) também destaca as ações que compõe o conceito de paternidade ativa:

- participar das consultas de planejamentos reprodutivo;
- apoiar a parceira durante a gestação, o parto e o pós parto, estreitando o vínculo familiar;
- realizar as consultas de pré natal com sua parceira;
- realizar os exames solicitados durante as consultas de pré natal;
- ser carinhoso com recém-nascido e a parceira;
- compartilhar com a parceira ou as tarefas domésticas;
- Compartilhar com a parceira os cuidados com a criança como: dar banho, trocar fraldas e roupas, alimentar seu(sua) filho(a), colocar para dormir, entre outros;
- Acompanhar nos cuidados com a saúde, levando a criança para realizar consultas e para tomar vacinas;
- Acompanhar a criança na escola/creche e nos estudos de casa;
- Brincar e passear com a criança;
- Manter um clima de respeito com a parceira e a criança;
- Falar e ouvir os medos, as angústias que surgem durante a gravidez, conversar com a parceira e procurar um profissional de saúde para esclarecer suas dúvidas;
- Participar da realização das ecografias e tirar suas dúvidas sobre o desenvolvimento da criança;
- Incentivar a amamentação e compartilhar com a parceira esse momento.

Diante do exposto, faz-se necessário apresentar os fundamentos jurídicos e os princípios que norteiam o Direito de Família e seu entendimento enquanto núcleo humano capaz de desenvolver todas as suas potencialidades individuais.

Conforme Rodrigues Junior (2011), o “novo” Direito Civil, e por sua vez denominado Direito Civil constitucionalizado, repersonalizado, despatrimonializado, há muito tempo vem sendo voltado para princípios e valores, como a dignidade da pessoa humana, por exemplo. Sustenta-se que esse Direito Civil Constitucional se ocupa dos problemas da

sociedade contemporânea abrindo-se para as novas famílias e a função social que exerce, sobretudo na proteção dos vulneráveis.

O princípio da dignidade da pessoa humana, presente na Constituição Federal de 1988, é fundamental e essencial para o direito de família. Ele garante que todos os indivíduos tenham sua dignidade respeitada e serve como base para outros princípios, garantias e proteções nas relações familiares. Significa que a dignidade da pessoa humana está por trás da ideia de família como base da sociedade, permitindo diferentes modelos de família e protegendo seus direitos mais intrínsecos.

Além da dignidade, a solidariedade familiar está acoplada ao dever mútuo entre familiares. Ser solidário significa cuidar do outro de várias maneiras, como emocionalmente, socialmente, moralmente, financeiramente, espiritualmente e sexualmente. Na família, a solidariedade envolve o dever mútuo, trocando sentimentos e responsabilidades, retribuindo o esforço e dedicação de cada um pelo bem da família.

De acordo com a legislação máxima do país, mais especificamente no artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988, é incumbência da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar e comunitária de forma prioritária, protegendo-os de qualquer forma de negligência, violência ou exploração.

O Código Civil, em seu artigo 1.596, estabelece que a filiação pode ser biológica ou socioafetiva, conferindo os mesmos direitos e deveres a ambos os filhos. Dessa forma, o parentesco biológico ou a relação de afeto construída ao longo do tempo entre pais e filhos são igualmente reconhecidos pela lei, assegurando aos filhos o direito de serem amparados, educados e protegidos por seus pais, independentemente de sua origem genética.

O princípio da efetividade, quando aplicado ao direito de família, desempenha um papel fundamental na proteção dos direitos e interesses

das partes envolvidas, especialmente no contexto da paternidade afetiva. A paternidade afetiva refere-se ao vínculo emocional e afetivo que se estabelece entre um indivíduo e uma criança, independentemente dos laços biológicos. Nesse sentido, o princípio da efetividade busca assegurar que essa relação seja reconhecida e protegida, garantindo os direitos e deveres decorrentes dela.

Assim, percebe-se ao longo desse primeiro momento o quão grande foi a evolução e transformação alcançada pelas famílias. Portanto, a efetividade se manifesta na necessidade de garantir que a paternidade ativa se manifeste de várias formas, inclusive partindo do viés socioafetivo. Dessa forma, deve-se promover a valorização da afetividade como elemento central na estrutura familiar, contribuindo para o desenvolvimento saudável das crianças e a consolidação dos laços familiares a partir do reconhecimento da importância da participação ativa dos pais em cada etapa do seu desenvolvimento.

Por fim, insta indicar que, para Rodrigues Junior (2011), o positivismo kelseniano, mesmo não sendo completamente cego para a existência de elementos fáticos e valorativos, renunciou a estudá-los de maneira objetiva, reconhecendo que outras disciplinas deveriam se ocupar desses aspectos. Assim, a família pós-moderna se concentra na redefinição das funções de seus membros devido às mudanças socioeconômicas.

2 AS DESIGUALDADES SOCIAIS E AS IMPLICAÇÕES NO DIREITO CIVIL

De acordo com Neto Lobo (1999), o Direito Civil, ao longo de sua história no mundo romano-germânico, sempre foi considerado como o principal conjunto de regras para os indivíduos. Era diferente do direito constitucional e era visto como a constituição do homem comum, especialmente após a codificação liberal.

Sua criação foi um processo lento que durou mais de dois mil anos no direito romano-germânico, parecendo não ser afetado pelas mudanças sociais, políticas e econômicas que ocorreram. Ademais, as relações jurídicas entre pessoas, especialmente no direito das obrigações, não seriam alteradas pelos eventos históricos, e os princípios e regras antigas continuariam válidos, independentemente do tipo de constituição política adotada (NETO LOBO, 1999).

Entende-se a constitucionalização do Direito Civil como a junção dos fundamentos constitucionais nas relações jurídicas civis, configurando-se uma das maiores transformações a que o Direito Civil já passara. Atualmente, não se procura mais separar e até mesmo opor diferentes espaços. Antes, havia uma divisão, agora, há uma abordagem unificada, tendo a Constituição como o elemento fundamental para a elaboração e aplicação das leis civis. Essa mudança de perspectiva é significativa, como indica Neto Lobo (1999, p. 2), afirmando que “deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código”.

Notadamente, o Direito é um conjunto de regras que regem as relações sociais, e a dicotomia entre público e privado se manifesta na distinção de relações sociais, relações entre iguais e relações entre desiguais.

Conforme Barbosa (2021), o homem descobriu novas maneiras de viver à medida que se adaptava às suas próprias criações, desde as mais simples, como arcos e flechas, até as mais complexas, como fogo e cabanas. Nesse momento, ele percebeu que era diferente dos outros. Essa diferença se manifestava claramente através das desigualdades, já que cada avanço trazia consigo uma condição desigual. Com o surgimento da indústria, houve uma exigência de perfeição nos inventos e as novas descobertas geraram mais inovações. Os trabalhos se tornaram mais modernos e tudo isso foi transformando gradualmente a natureza humana.

Com o progresso, os desejos se tornaram mais semelhantes. O homem não é mais um solitário que vagueia pelas florestas. A indústria despertou sua consciência para a existência de si mesmo e de outros como ele. As atividades em comum aproximaram os seres humanos uns dos outros, pequenos grupos surgiram e, com eles, surgiu a necessidade de convivência. Foi assim que o homem social nasceu (BARBOSA, 2021).

Dessa forma, os sujeitos mudaram ao longo do tempo, antes era solitário e autossuficiente, mas agora se tornou social e dependente. As primeiras sociedades surgiram e com elas as primeiras famílias.

Segundo Rousseau (1991), a família não é uma criação humana através de um acordo, mas sim uma sociedade natural, sendo considerada a primeira sociedade. Esse período, chamado por Rousseau de "sociedade nascente" ou "idade de ouro", era quando o homem vivia de forma semelhante à inocência do estado natural. Conforme o filósofo, esse era o verdadeiro começo do mundo. No entanto, quando o homem perdeu essa "inocência", surgiram as desigualdades. Com a convivência, surgiram as diferenças. O homem passou a depender de seus semelhantes. A convivência familiar trouxe comodidade e novos sentimentos que se tornaram parte da rotina do homem civilizado. Em outras palavras, a convivência próxima gerou sentimentos próprios da vida em sociedade. Da comodidade surgiu a preguiça, da vaidade surgiu o orgulho, da inveja surgiu a ganância, e com todos esses males, a reputação pública passou a ter um preço.

Para Chaves e Arcoverde (2021), as desigualdades, privação de direitos e questão social são interligadas no sistema capitalista. Quanto maiores forem as desigualdades, mais as pessoas excluídas da sociedade serão privadas de direitos, e mais visível se tornará a questão social. Isso se manifesta de várias maneiras, como pobreza, colonização, escravidão, opressão, conflitos étnicos e raciais, preconceito, discriminação e violência contra indígenas, mulheres e racismo, entre outros. Desde o século XVIII, têm sido feito esforços teóricos para entender e superar esses problemas, mas ainda não há consenso. Essas questões são

estruturais e as estratégias de enfrentamento até agora não conseguiram resolver os problemas fundamentais do sistema.

Para as autoras, o fenômeno da questão social, que está presente desde o século XIX até os dias atuais, é controverso e recebe diferentes interpretações. Sua base está nas desigualdades sociais, sendo o trabalho explorado e subordinado ao capital o seu principal ponto central. As sociabilidades capitalistas, com suas particularidades, geram desigualdades e, conseqüentemente, a questão social. Elas constroem concepções e realizam ações políticas que buscam redistribuição, às vezes permitindo que o mercado atue livremente e limite a redistribuição por meio de impostos e políticas residuais, enquanto em outras ocasiões defendem a universalidade e buscam mudar estruturalmente as forças de mercado que geram desigualdades, base da questão social.

Dessa maneira, a desigualdade, a questão social e a privação de direitos estão interligadas e relacionadas ao sistema de produção e reprodução da ordem econômica, afetando de forma significativa as classes trabalhadoras em curto prazo e com conseqüências duradouras.

Nesse diapasão, Chaves e Arcoverde (2021), demonstram que as desigualdades, possuem diferentes dimensões e afetam várias áreas. Por exemplo, as desigualdades de renda não apenas ampliam outras desigualdades, mas também resultam na falta de acesso a bens e serviços. Nas sociedades capitalistas ocidentais, as desigualdades econômicas, políticas, sociais e culturais são influenciadas pela classe social, bem como pelas relações de gênero, etnia, raça e religião. Essas desigualdades são agravadas quando os direitos são negados, levando a situações de pobreza, miséria, exploração, opressão, preconceito, discriminação, injustiça, exclusão, indiferença e abandono.

Nesse sentido, resta entender se essas desigualdades sociais influenciam no exercício da paternidade ativa.

3 O EXERCÍCIO DA PATERNIDADE ATIVA SOB A INFLUÊNCIA DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

A concepção tradicional do pai como alguém que manda na casa, trabalha para sustentar a família e não tem tempo para se envolver no cotidiano dos filhos está se tornando obsoleta. Ao longo das últimas décadas, as famílias passaram por grandes mudanças, acompanhando as transformações do mundo. A forma como enxergamos a maternidade está se renovando e os homens também estão abandonando a ideia de serem apenas provedores para desempenharem um papel ativo no cuidado dos filhos.

Entretanto, existem grandes desafios para os pais adotarem esse modelo, uma vez, que envolve mudanças de paradigmas e entraves jurídico-sociais, principalmente sob a ótica das desigualdades sociais.

O “ser pai” tem ficado em voga nos últimos tempos, trazendo inúmeros debates e discussões sobre a importância da presença masculina na criação e educação dos filhos, colocando em xeque a atuação masculina, que sempre se mostrou distante desta realidade. Não obstante, várias são as questões que podem influenciar na conduta desses homens que desempenham a paternidade, como o fato de ser pai na adolescência, por exemplo.

De acordo com Correa e Ferriani (2006), quando se fala sobre ser pai na adolescência, é importante pensar em todo o contexto da gravidez na adolescência, um assunto que é amplamente estudado e discutido tanto pela comunidade científica quanto pelo senso comum, mas que quase sempre explora a perspectiva da responsabilidade da jovem mãe, sem trazer debate para a responsabilidade do jovem pai. Por certo, a gestação na adolescência, se reflete também na maneira como os jovens vivenciam esse processo e recebem ou não apoio durante esse período, apoio este que pode ser crucial no desafio da vivência da paternidade precoce.

Para as autoras, a paternidade na adolescência é um assunto ignorado pela sociedade, pois os jovens não recebem o apoio necessário

para serem pais. Isso torna difícil para eles desempenharem esse papel, já que a sociedade tem como estigma de que é inadequado que homens sejam pais nessa fase de suas vidas. Quase que um indulto social em razão da masculinidade.

Além dos estudos sobre a paternidade adolescente, essa é uma questão social que está se tornando cada vez mais importante nos serviços de assistência a adolescentes. No entanto, geralmente as respostas são limitadas devido à visão social que considera a reprodução como algo relacionado apenas às mulheres, ignorando sua importância para as relações entre os sexos (Correa e Ferriani, 2006).

Conforme Correa e Ferriani, (2006), os serviços de saúde para adolescentes grávidas têm como objetivo cuidar das jovens mulheres durante a gravidez. Eles podem ser oferecidos por meio de consultas de pré-natal convencionais, seguindo o modelo clínico de atendimento à saúde, ou por meio de serviços que propõem novas formas de assistência para esse grupo da população. Em geral, a organização dos serviços de saúde não tem sido estruturada de maneira a envolver os pais adolescentes no cuidado pré-natal. Assim, os pais adolescentes costumam ficar em segundo plano em relação ao processo de gravidez e paternidade.

As citadas autoras dizem que considerar a paternidade na adolescência como parte integrante do processo de gravidez poderia resultar na criação de serviços que abordassem questões gerais relacionadas à vida dos adolescentes homens, que têm necessidades específicas em relação à gravidez e paternidade e seus impactos em suas vidas.

Dessa forma, podemos dizer que o jovem pai está sempre aprendendo e crescendo ao se relacionar com as pessoas em seu entorno, à medida que se torna pai. É nesse processo de amadurecimento do adolescente que vemos a importância da família como um apoio fundamental, facilitando a experiência da paternidade durante a adolescência.

Por outro lado, existe uma importante maneira de acolhimento, quando se refere à paternidade. Nos primeiros dias, os pais precisariam estar presentes, tanto para ajudar a recém mãe, como também para criar e fortalecer vínculo com a prole. Assim como as mães têm a licença maternidade para se ajustarem à nova vida com um filho, os pais também têm o direito à licença paternidade. No entanto, a licença paternidade, que varia entre 5 e 20 dias a depender do regime de trabalho do homem, demonstra uma deficiência do Estado em fomentar essa maior participação paterna na vida dos filhos.

Segundo Fraga (2017), no Brasil, houve três momentos políticos e legais essenciais que influenciaram o desenvolvimento e a ampliação das licenças maternidade e paternidade. Esses momentos foram: a aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho em 1943; a promulgação da Constituição em 1988; e a criação do Programa Empresa Cidadã em 2008. Além desses, no início desse processo, uma influência externa importante foi a Convenção n. 3 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

A Convenção ratificada pelo Brasil em 1934, juntamente com leis em vigor em certas áreas do país desde 1917, teve um impacto nacional no direito à licença maternidade quando a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) foi implementada em 1943, durante o regime Vargas (1930 a 1945). A licença maternidade, que era paga pelo empregador, era de seis semanas antes e seis semanas depois do parto, totalizando 84 dias. A partir de 1973, a licença passou a ser financiada pela Previdência Social, com o salário sendo integralmente compensado. Quanto aos pais, a CLT concedeu o direito de tirar um dia de folga para registrar o filho recém-nascido sem perder o salário (Fraga, 2017).

Em 2008, durante o governo Lula, ocorreu um importante marco político e legal para as licenças maternidade e paternidade. Foi criada uma nova lei chamada “Programa Empresa Cidadã”, que teve como objetivo aumentar o tempo da licença maternidade de 120 para 180 dias

e da licença paternidade de 5 para 20 dias, com pagamento completo (BRASIL, 2008).

Conforme Fraga (2017), a falta de presença do pai no cuidado dos bebês é considerada injusta para as crianças. Isso difere da perspectiva feminista, que vê a ampliação das licenças maternas e paternas e a disponibilidade de serviços de creche como medidas para melhorar a vida das mulheres, aumentar a autonomia econômica e promover igualdade de gênero. Por outro lado, os especialistas destacam os benefícios emocionais das licenças para fortalecer os laços entre pais e filhos.

A legislação de 2008 trouxe mudanças nas regras das licenças e aumentou as desigualdades sociais. As empresas podem escolher participar do Programa Empresa Cidadã de forma voluntária, e caso participem, podem deduzir o valor total pago durante a extensão da licença como despesa operacional nos impostos. No entanto, apenas algumas empresas, principalmente as grandes e multinacionais, aderiram ao programa. Mesmo para aquelas empresas que decidissem prolongar as licenças maternidade e paternidade, a decisão de aceitar ou recusar essa extensão depende totalmente da empregada e do empregado. Dessa forma, enquanto antes o direito às licenças era obrigatório para todos os contratos de trabalho formais, de acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 e a Constituição de 1988, a nova lei tornou a aplicação dessas licenças obrigatória apenas para o setor público, sendo opcional para as empresas do setor privado (FRAGA, 2017).

As leis criadas ao longo do tempo, como o Programa Empresa Cidadã e a reforma trabalhista de 2017, introduziram desigualdades adicionais em relação aos direitos dos trabalhadores. Essas leis permitiram que os benefícios fossem negociados diretamente entre empregados e empregadores, priorizando acordos sobre a legislação existente. Como resultado, as licenças parentais foram desiguais desde o início devido a diferenças na capacidade de contribuição, tipo de emprego e tempo disponível para pais e mães.

Para Fraga (2017), além das desigualdades presentes em leis anteriores, o Programa Empresa Cidadã introduziu uma diferença entre os trabalhadores formais do setor privado, antecipando muitas disposições da reforma trabalhista de 2017, que deu prioridade às negociações entre empregados e empregadores, permitindo acordos sobre benefícios. No geral, essas leis diferentes, criadas ao longo do tempo, mesmo com suas particularidades, tornaram as licenças desiguais desde o início, levando em consideração a capacidade de contribuição, o tipo de inserção no mercado de trabalho e o tempo a ser aproveitado pelos pais.

No mais, a licença paternidade se torna uma necessidade lógica, proporcionando a esse pai o disfrute de participar nesse momento único que é o nascimento de um filho. Assim, é possível garantir que o pai será presente na vida do filho e terá participação ativa na família.

Outra vertente observada sobre a paternidade, refere-se sobre os pais encarcerados.

De acordo com Miranda e Granato (2016), o número de pessoas presas no Brasil tem aumentado rapidamente. Entre 2000 e 2014, houve um aumento de 161% no número de pessoas privadas de liberdade, enquanto a população total do país cresceu apenas 16% no mesmo período. Atualmente, há cerca de 608 mil pessoas encarceradas em todo o país, o que representa uma média de 300 presos para cada 100 mil habitantes. Esses números colocam o Brasil como o quarto país com maior população carcerária do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia, de acordo com dados recentes do Departamento Penitenciário Nacional.

Segundo os autores, quando alguém é preso, estabelece-se maior dificuldade na relação entre pais e seus filhos, prejudicando o bem-estar de todos e a capacidade do prisioneiro de se reintegrar na sociedade. No entanto, é importante notar que, para muitos, os problemas familiares já existiam antes da prisão, devido ao estilo de vida do pai antes de ser preso, e a pena de prisão apenas vem como uma piora da situação.

Deve-se considerar que existem pais na prisão que, assim como fora dela, não querem se envolver com seus filhos. Eles se recusam a cuidar, educar e, às vezes, nem reconhecem seus filhos. O grau de comprometimento dos pais encarcerados com seus filhos pode variar de ausente a parcialmente comprometido ou presente. Isso é importante porque a figura dos pais desempenha um papel crucial no desenvolvimento emocional saudável da criança, e o apoio familiar é relevante para o equilíbrio mental do prisioneiro. Portanto, é essencial fazer esforços para preservar o vínculo familiar do pai encarcerado. Evidências mostram que manter a relação entre pais na prisão e seus filhos é importante para o bem-estar de ambos, a menos que haja algum impedimento, como riscos à saúde e segurança da criança (MIRANDA e GRANATO, 2016).

Diante dessa situação, é possível inferir que o número de pais presos e de filhos impactados pelo encarceramento paterno esteja em constante crescimento. No entanto, compreender as vivências dos pais encarcerados é essencial para garantir o bem-estar e a estabilidade não apenas do próprio detento, mas também de sua parceira, de seus filhos e da comunidade como um todo.

Logo, vê-se que a relação paterno-filial está intimamente ligada nas desigualdades presentes no cotidiano da sociedade e cabe ao Estado promover políticas públicas que possibilitem maior integração entre pais e filhos e, conseqüentemente, a promoção da paternidade ativa e responsável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A paternidade ativa, que envolve a participação mais significativa dos pais na criação e educação dos filhos, é uma mudança de paradigma que reflete a evolução do Direito de Família e a valorização do afeto e da dignidade humana. A Constituição Federal de 1988 foi um marco nesse

sentido, ao reconhecer a igualdade, a dignidade e o afeto como princípios fundamentais e ao ampliar o conceito de família para abranger diferentes modelos familiares.

Anteriormente, a família legítima, formada apenas pelo casamento, era a única modalidade reconhecida, e a responsabilidade pelos cuidados com os filhos era atribuída principalmente às mães. No entanto, a mudança de mentalidade e a ressignificação do papel paterno levaram a uma maior presença dos pais na vida e na rotina dos filhos. A paternidade ativa envolve não apenas tarefas práticas, como cuidar da alimentação e da higiene dos filhos, mas também o envolvimento afetivo e o cuidado emocional.

O Direito de Família, atualmente, é pautado por princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e a solidariedade familiar. A dignidade assegura que todos os indivíduos tenham seus direitos respeitados, independentemente da origem genética ou do vínculo biológico. A solidariedade implica no dever mútuo entre os familiares de cuidar uns dos outros em diferentes aspectos da vida.

A efetividade do Direito de Família busca garantir que a paternidade ativa seja reconhecida e protegida, especialmente no contexto da paternidade socioafetiva, que se baseia no vínculo afetivo construído entre pais e filhos, independentemente dos laços biológicos. Esse reconhecimento é essencial para o desenvolvimento saudável das crianças e a consolidação dos laços familiares.

Todavia, apesar dos avanços na legislação e na compreensão da importância da paternidade ativa, ainda existem desigualdades sociais que afetam a efetivação desses direitos. O Direito Civil, historicamente voltado para os indivíduos comuns, precisa considerar as mudanças sociais, políticas e econômicas, assim como os princípios constitucionais, para garantir a proteção dos direitos e interesses de todas as partes envolvidas.

Finalmente, a paternidade ativa representa uma evolução do Direito de Família, baseada na valorização do afeto, da dignidade humana

e da participação ativa dos pais na criação e educação dos filhos. Contudo, é importante enfrentar as desigualdades sociais para que esses direitos sejam efetivamente garantidos a todos os pais e filhos, promovendo uma sociedade mais justa e igualitária.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Cartilha para pais – como exercer uma paternidade ativa**. Disponível em: <www.saude.gov.br/bvs> Biblioteca virtual em saúde do Ministério da Saúde 2018. Acesso em: 15 mai. 2023.

_____. **Código Civil de 2002**. Disponível em: Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em: 14 mai. 2023.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 mai. 2023.

CHAVES, Helena Lúcia Augusto; ARCOVERDE, Ana Cristina Brito. **Desigualdades e privação de direitos na sociabilidade capitalista e suas expressões no Brasil**. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/sssoc/a/jK8Jvp8DJFPsS6FHGcBXSnt/?lang=pt>> Acesso em: 16 mai. 2023.

CORRÊA, A. C. P.; FERRIANI, M. G. C. Paternidade na adolescência: um silêncio social e um vazio científico. *Rev Gaúcha Enferm, Porto Alegre (RS)* 2006, dez; 27(4):499-50.

CRUZ BARBOSA, Paulo Sergio. **A Origem das Desigualdades Sociais Segundo Jean-Jacques Rousseau**. *Polymatheia - Revista de Filosofia*, [S. l.], v. 6, n. 9, 2021. Disponível em: <<https://revistas.uece.br/index.php/revistapolymatheia/article/view/6473>>. Acesso em: 15 maio. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

JUNIOR, Otávio Luiz, **Estatuto Epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios**. *Revista O Direito* 143.º (2011), II, 43-66.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. *Revista de Informação Legislativa - Brasília* a. 36 n. 141 jan./mar. 1999.

MIRANDA, M. L. A.; GRANATO, T. M. M. Pais encarcerados: narrativas de presos sobre a experiência da paternidade na prisão. *Psico (Porto Alegre)*, 2016; 47(4), 309-318.

MORAES, Maria Celina B. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional**. Revista Estado, Direito e Sociedade, vol. 1.º, 1991, Departamento de Ciências Jurídicas da PUC/RJ.

NOGUEIRA, Cristiane de Andrade. O pai e profissional no mundo contemporâneo: benefícios e conflitos da paternidade na carreira. **Tese de Doutorado**. USP, 2017. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-14062017-112253/publico/CorrigidaCristiane.pdf>>. Acesso em 06 jan. 2023.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forens, 2021.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

_____. **Do Contrato social**. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

SORJA, B.; FRAGA, A. B. Licenças maternidade e paternidade no Brasil: direitos e desigualdades sociais. R. bras. Est. Pop., v.39, 1-19, e0193, 2022.

A RENOVAÇÃO DO DIREITO PRIVADO COMPROMETIDO COM A MITIGAÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS E O PAPEL DAS EPISTEMOLOGIAS FEMINISTAS

Kelly Christine Oliveira Mota de Andrade¹

Roberto Henrique Pôrto Nogueira²

RESUMO: Com o objetivo de escrutinar o papel das epistemologias feministas no processo de renovação do Direito Privado comprometido com a contenção de desigualdades sociais, o trabalho, que adota uma perspectiva investigativa teórica de enfoque transdisciplinar social, articula a literatura aplicada para sobrelevar o contributo da experiência de mulheres e de sua participação na criação e na revisão do conhecimento que emerge das relações intersubjetivas submetidas a esse regime jurídico. A consideração desse manancial promove a transgressão da racionalidade meramente comutativa do Direito Privado, com o resgate jurídico da relevância das dimensões ética e social em seu processo de refreamento de desigualdades sociais. Em conclusão, afirma-se, como importante achado, que pluralismo epistemológico pode desempenhar papel determinante na mitigação de desigualdades sociais ocasionadas por vulnerabilidades próprias das questões de gênero no âmbito do Direito Privado. Agradecimentos à CAPES e à FAPEMIG, financiadores do trabalho.

¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação “Novos Sujeitos, Novos Direitos” da Universidade Federal de Ouro Preto. Especialista em advocacia criminal pela FUMEC. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela PUC Minas. Pesquisadora do Núcleo de Estudos Novos Direitos e Reconhecimento – NPD-UFOP. Pesquisadora bolsista pela FAPEMIG.

² Doutor e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito Milton Campos Belo Horizonte. Pesquisador do Núcleo de Estudos Novos Direitos e Reconhecimento – NPD-UFOP. Professor Associado da Graduação em Direito e do Mestrado Acadêmico em Direito “Novos Direitos, Novos Sujeitos” da Universidade Federal de Ouro Preto. Advogado.

PALAVRAS-CHAVE: Desigualdades sociais. Direito privado. Epistemologias feministas.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Se o Direito Privado recebe as repercussões do Direito Constitucional e, especialmente, dos direitos fundamentais, é bem verdade que ele não mais consegue se limitar a uma racionalidade própria da justiça meramente comutativa, tal como lhe é próprio na tradição romano-germânica. Isso porque ele absorve a lógica do liberalismo econômico e do individualismo filosófico. A rigor, e ao que parece, a busca pela superação do paradigma do individualismo, enquanto doutrina filosófica prevalente no contexto do liberalismo econômico decisivo ao direito no século XVIII, assim como sua mitigação por outro paradigma, qual seja, o da visão do ser humano enquanto pessoa, dotada de dignidade, são determinantes de uma remodelação do Direito Privado, que, em alguma medida, redesenha sua estrutura e avoca novas funções.

O Direito Privado, diante do resgate jurídico da relevância das dimensões ética e social, transforma-se, para dotar-se de postura distributiva, ainda adjuvante, mas suficientemente robusta para colaborar com o refreamento de desigualdades sociais.

A releitura do Direito Privado para o cumprimento desse mister é atrelada à realidade fático-contingencial de revisão de suas instituições, de sua interpretação e de sua concepção sistemática.³ Em todo caso, o personalismo ético⁴ que estabelece a busca pela dignidade humana como

³ FIUZA, César. Crise e interpretação no direito civil: da escola da exegese às teorias da argumentação. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 23-59.

⁴ “Um percurso preambular, todavia, há de ser obrigatoriamente percorrido por quem quer que pressinta o reclamo de crise e de transformação do direito privado, neste alvorecer de um milênio, qual seja, aquele percurso que perpassa o indivíduo, que ultrapassa o sujeito de direito e se faz presente ao lado do verdadeiro centro epistemológico do chamado direito pós-moderno: o ser humano e a sua dignidade, em prol da realização da sua condição de cidadão solidário. O individualismo liberal que triunfara no século anterior, por influência, ainda, do envolver oitocentista, cede lugar ao personalismo ético como valor político-social fundante e legitimador, e a pessoa

preeminente a outros fins funcionaliza a sua estrutura, dando operabilidade e concretude às suas previsões e soluções normativas.

O mesmo personalismo ético depreende-se também do pluralismo político, que, por sua vez, assegura a diversidade humana. No léxico do Direito Privado, novos construtos tomam parte, com destaque às vulnerabilidades identitárias e relacionais, à representação ampliada e plural nos espaços públicos, à relativização da intangibilidade de espaços privados, à admissão de epistemologias plurais na dinâmica de sua gênese, de sua estrutura e de seu funcionamento.⁵

A perspectiva é a de que sem um manancial epistemológico suficientemente diverso na edificação do Direito Privado, ele se mantém hermético aos reclames de sua atuação adjuvante na superação de desigualdades sociais.

Vale dizer, sem que os saberes sejam pluralmente gerados, discutidos, problematizados e revistos, é improvável que o Direito Privado logre êxito em tutelar múltiplos projetos de vida e em repartir espaços de poder no âmbito de suas instituições e das relações jurídicas correlatas.

A proposta do presente ensaio é refletir sobre os contributos das epistemologias feministas no movimento de renovação de Direito Privado que se preocupa e que se ocupa das desigualdades sociais, podendo repercutir, portanto, em questões de gênero.

Trata-se de estudo teórico de enfoque transdisciplinar social, uma vez que articula conceitos jurídicos havidos na literatura aplicada e que recorre a aspectos da experiência de mulheres para a compreensão de sua participação na criação e na revisão do conhecimento que emerge das relações intersubjetivas.

humana passa a ser o ponto central do direito.” HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

⁵ NOGUEIRA, Roberto Henrique Porto; SOUZA, Iara Antunes de; SILVA, Leila Bitencourt Reis da Gênese, função e compreensão dos novos direitos privados. Revista Direito Culturais - URI Santo Ângelo, v. 15, p. 219-233, 2020. Disponível em: <https://san.uri.br/revistas/index.php/direitosculturais/article/view/225>. Acesso em: 08 abr. 2023, p. 229-230.

2 EPISTEMOLOGIAS FEMINISTAS E PERSPECTIVAS PARA A RENOVAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

O termo ‘epistemologia’ alude à junção de duas palavras gregas: *episteme*, que significa conhecimento; e *logos*, que indica ciência. Pode, assim, assumir um significado de “ciência do conhecimento”.⁶ Para Margareth Rago,⁷ trata-se de uma forma determinada de produzir o saber, enquanto Patrícia Ketzer⁸ diz tratar-se de uma teoria do conhecimento.

Com efeito, a noção em apreço parece referir-se a um processo que:

[...] define um campo e uma forma de produção do conhecimento, o campo conceitual a partir do qual operamos ao produzir o conhecimento científico, a maneira pela qual estabelecemos a relação sujeito-objeto do conhecimento e a própria representação de conhecimento como verdade com que operamos [...].⁹

A epistemologia, assim, é um campo de estudo que investiga como o conhecimento sobre a realidade é gerado, a partir de onde é erigido e a forma como ele é arquitetado. Também se ocupa do debate acerca das pessoas que o edificam e da possível posição que um objeto de exame pode ocupar.

O cientificismo, por sua vez, acaba tomando para si a prerrogativa de cancelar as fontes e os processos de gênese do conhecimento. Vale

⁶ KILOMBA, Grada. *Memórias da Plantação: episódios de racismo cotidiano*. 1. ed. Rio de Janeiro, RJ: Editora Cobogo, 2019, p. 54.

⁷ RAGO, Margareth. Epistemologia feminista, gênero e história. *In*: PEDRO, Joana; GROSSI, Miriam (orgs.). *Masculino, feminino, plural*. Florianópolis: Ed. Mulheres, 1998. Disponível em: http://projcnpq.mpbnet.com.br/textos/epistemologia_feminista.pdf. Acesso em: 08 abr. 2023.

⁸ KETZER, Patrícia. Epistemologia feminista. *In*: *Blogs de Ciência da Universidade Estadual de Campinas: Mulheres na Filosofia*, v. 7, n. 2, 2021, p. 1-27. Disponível em: <https://www.blogs.unicamp.br/mulheresnafilosofia/epistemologia-feminista/>. Acesso em: 08 abr. 2023.

⁹ RAGO, Margareth. Epistemologia feminista, gênero e história. *In*: PEDRO, Joana; GROSSI, Miriam (orgs.). *Masculino, feminino, plural*. Florianópolis: Ed. Mulheres, 1998. Disponível em: http://projcnpq.mpbnet.com.br/textos/epistemologia_feminista.pdf. Acesso em: 08 abr. 2023, p. 3.

dizer, a verdade é aquela que decorre da aplicação do método científico operado por um sujeito que, de modo imparcial, investiga um objeto bem definido e isoladamente considerado.

O método científico de produção de conhecimento, no decorrer do tempo, parece poder servir a propósitos político-econômicos que lhe concedem uma posição de domínio em relação a outras epistemologias. João Arriscado Nunes¹⁰ denomina esse local de domínio como uma soberania epistêmica, e como decorrência de tal soberania, a ciência estruturada sobre o método cartesiano vem sendo tratada como a única forma válida de elaboração de conhecimento.

De acordo com o autor, a epistemologia possui como objetivo a arquitetura de um projeto que, de um lado, fixa as diferenças entre erro e verdade e, de outro, investe na determinação de critérios para a sedimentação dessa distinção, colocando-se em um lugar de poder. Como consequência, tal forma de pensar toma a ciência como um modelo, examinando a realidade apenas a partir dessa forma, invisibilizando outras maneiras de perceber o saber.

As epistemologias feministas, assim, emergem das necessidades jurídica e social atuais de situar o gênero na arquitetura do conhecimento, de maneira a trazer a experiência de mulheres para a produção e para a sedimentação do saber. Fala-se em necessidade jurídica porque os direitos fundamentais dão substrato para a afirmação de que o pluralismo epistemológico é pressuposto para a concreção das metas constitucionais de proteção e de promoção democráticas da dignidade humana. A necessidade é, ainda, social, haja vista que os contextos de lutas de grupos tidos por minoritários configuram verdadeira resistência epistêmica contra os pilares hegemônicos sobre os quais o Direito se posiciona com maior recorrência.

¹⁰ NUNES, João Arriscado. O resgate da epistemologia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. Epistemologias do sul. Coimbra: Almedina, 2009. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6402113/mod_resource/content/1/4.O%20resgate%20da%20epistemologia.pdf. Acesso em 08 abr. 2023, p. 48.

O presente estudo adota o conceito de gênero trazido por Heleith Iara Bongiovani Safiotti.¹¹ Para ela, trata-se de uma “construção social do masculino e do feminino”. Ela entende que o gênero nada mais é do que uma performance social, uma construção social feita a partir do sexo biológico das pessoas (macho ou fêmea). Tal construção repercute nos papéis que homens e mulheres são esperados a desempenhar, ficando, elas, adstritas ao âmbito privado, enquanto aqueles são projetados ao espaço público.

Baseando-se na performance de gênero, ainda de acordo com a autora em referência, o patriarcado surge instituindo uma hierarquia, colocando o homem em uma posição de superioridade intelectual em relação à mulher. A subjugação da mulher a esse estrato inferior veda a sua participação na concepção do saber, cabendo-lhe usualmente o cuidado com o lar e os filhos.

Portanto, é a partir da concepção de gênero como performance social e do patriarcado como sistema de hierarquização entre os gêneros que se constituiu a epistemologia chamada de “tradicional”.

Pensadoras e pensadores questionam a epistemologia tradicional, apontando críticas ao método científico como única forma de produção de saberes. Karina Bidaseka e Maria Paula Meneses¹² demonstram como o método científico, por elas chamadas de “epistemologias do Norte”, são uma maneira política de construção de saberes que, ao elegerem a experiência europeia como padrão, ergue uma determinada razão a partir dessa perspectiva, impondo-a em espaços não europeus como se ela fosse uma experiência universal.

¹¹ SAFFIOTTI, Heleith Iara Bongiovani. O poder do macho. São Paulo: Moderna, 1987, p. 47.

¹² BIDASECA, Karina; MENESES, Maria Paula. Introdução: As Epistemologias do Sul como expressão de lutas epistemológicas e ontológicas. In SANTOS, Boaventura de Souza *et al.* Epistemologías del Sur - Epistemologias do Sul. Buenos Aires: CLACSO, 2018, p. 11 - 21. Disponível em: https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/83437/1/Introducao_As%20Epistemologias%20do%20Sul%20como%20expressao%20de%20lutas.pdf. Acesso em: 08 abr. 2023.

Boaventura de Souza Santos¹³ também critica a epistemologia tradicional, argumentando que, em verdade, trata-se de um policiamento relativo às normas sob as quais se engendra o saber, com vistas a ocultar outras maneiras de criação de conhecimento. Para o autor, tal vigilância ocasiona um verdadeiro epistemicídio, “matando” a diversidade de experiências epistemológicas não europeias. Além disso, ao mesmo tempo que formas de pensar dissociadas da epistemologia tradicional são invisibilizadas, há a sua apropriação pelo método científico para tornar determinados saberes tradicionais como decorrentes do cientificismo e, como consequência, economicamente mensuráveis.

No que toca à questão de gênero e a suas interseções com a epistemologia, entram em cena os estudos feministas. Pensadoras cuidam de traçar ponderações significativas à forma como o conhecimento vem sendo composto, de maneira a desocultar as deformidades androcentradas na invenção científica e na própria teoria de elaboração do saber, isto é, na epistemologia tradicional. Nesse ponto, a crítica feminista demonstra como a posição de homem, branco, europeu, heterossexual e cristão não é capaz de gerar um saber neutro, mas, ao contrário, dá ensejo a um conhecimento eminentemente ideologizado.¹⁴

Djamila Ribeiro¹⁵ problematiza a epistemologia tradicional sob a ótica de quem o produz, alcunhando-o de hegemônico. Com essa visão, rebate a tradicional neutralidade atribuída à ciência, demonstrando como o privilégio de enunciar a verdade, historicamente, pertence a pessoas que se situam no pináculo da pirâmide social.

¹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *Novos estudos CEBRAP*, n. 79, v. 3, p. 71-94, nov. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/ytPjkXXYbTRxnJ7THFDBrgc/?lang=pt>. Acesso em: 08 abr. 2023.

¹⁴ NUNES, João Arriscado. O resgate da epistemologia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. *Epistemologias do sul*. Coimbra: Almedina, 2009. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6402113/mod_resource/content/1/4.0%20resgate%20da%20epistemologia.pdf. Acesso em 08 abr. 2023, p. 48.

¹⁵ RIBEIRO, Djamila. *O que é lugar de fala?* Belo Horizonte: Letramento: Justificando, 2017.

Na mesma linha, Grada Kilomba¹⁶ demonstra como o centro de onde parte todo o conhecimento tido como válido é branco e masculino, um local de violência epistêmica, já que a fala é sistematicamente negada a mulheres, em especial quando são negras. Critica a objetividade da epistemologia tradicional no que toca a questões de gênero e raça, aduzindo que pessoas brancas do gênero masculino sempre trazem a compreensão do mundo desde suas próprias perspectivas, que, portanto, não são universais, não obstante a declarem, justamente, como tais. E acrescenta: “Portanto, o que encontramos na academia não é uma verdade objetiva científica, mas sim o resultado de relações desiguais de poder de ‘raça’ a que se acrescenta, também, relações desiguais de poder relativas a gênero.

Helleieth Iara Bongiovani Saffioti¹⁷ faz coro às demais autoras. Ratifica que as ciências sociais, muitas vezes, ocupam um lugar menos válido de matriz cultural, eis que são taxadas como excessivamente subjetivas e demasiadamente comprometidas com questões político-ideológicas. As ciências exatas e biológicas, por sua vez, seguem sendo politicamente referenciadas como sumidades da hierarquia científica, enquanto modelos objetivos de conceber a sabedoria e, portanto, modelos válidos.

A autora evidencia, entretanto, que essa narrativa é marcadamente subjetiva e ideologizada no compromisso assumido com a epistemologia tradicional. Dá, como exemplo, a própria física, ao contribuir para o desenvolvimento da bomba atômica no contexto da Segunda Guerra mundial, expressando inegável engajamento político-ideológico:

Todas [as ciências], absolutamente todas, são fruto de um momento histórico, contendo numerosas conjunturas, cuja intervenção, em qualquer campo do conhecimento, é cristalina. Não o é, certamente, para qualquer olhar; só para o olhar crítico. Na Dinamarca ocupada pelos nazistas, Bohr aliou-se ao grupo de Los Álamos, nos Estados Unidos, que trabalhava

¹⁶ KILOMBA, Grada. Memórias da Plantação: episódios de racismo cotidiano. 1. ed. Rio de Janeiro, RJ: Editora Cobogo, 2019, p. 53.

¹⁷ SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. Gênero, patriarcado e violência. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015.

intensamente para construir a bomba atômica em tempo hábil de matar cerca de 150 mil pessoas no Japão e deixar o ambiente contaminado com radioatividade. Heisenberg, trabalhando num projeto semelhante, nas barbas da Gestapo, verdadeiro panóptico, utilizava-se de técnicas dilatórias, a fim de atrasar a construção da bomba, não a tornando disponível em tempo hábil. Bohr ganhou a briga e a guerra, colaborando para a carnificina. A Heisenberg coube a autoria da formulação do princípio da incerteza, que tanta utilidade tem demonstrado em todos os campos do conhecimento.¹⁸

Patrícia Ketzer¹⁹ retrata como a epistemologia tradicional, pretensiosamente neutra e objetiva, atua com o propósito de produzir uma verdade certa e confiável. A autora parte dos estudos de René Descartes, para quem o conhecimento somente poderia ser produzido por uma pessoa racional, sem corpo, puro e sem vícios. Apenas com isso, seria trazida uma verdade universal, aplicável aos mais diversos contextos.

Contudo, ao negar o corpo que produz o conhecimento, em verdade, a epistemologia tradicional, segundo a autora, estaria, ao contrário, afirmando um corpo que nega o feminino. Origina, portanto, uma ciência parcial travestida de neutralidade, que turva o corpo feminino ou qualquer outra manifestação performática que experimenta o mundo de uma perspectiva diversa daquela do homem dominador.

Margareth Rago²⁰ referenda o caráter particularista, ideológico, racista e sexista da crítica aos feminismos. Para a autora, a epistemologia tradicional rejeita o pensamento que se projeta a partir de uma perspectiva diferente da sua, eclipsando a experiência de mulheres. Essa forma de pensar, além de não conseguir abarcar tudo aquilo que não faz parte de seu *locus* enunciativo, valoriza o conhecimento produzido

¹⁸ SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. Gênero, patriarcado e violência. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015, p. 42-43.

¹⁹ KETZER, Patrícia. Epistemologia feminista. *In: Blogs de Ciência da Universidade Estadual de Campinas: Mulheres na Filosofia*, v. 7, n. 2, 2021, p. 1-27. Disponível em: <https://www.blogs.unicamp.br/mulheresnafilosofia/epistemologia-feminista/>. Acesso em: 08 abr. 2023, p. 5.

²⁰ RAGO, Margareth. Epistemologia feminista, gênero e história. *In: PEDRO, Joana; GROSSI, Miriam (orgs.). Masculino, feminino, plural*. Florianópolis: Ed. Mulheres, 1998. Disponível em: http://projcnpq.mpbnet.com.br/textos/epistemologia_feminista.pdf. Acesso em: 08 abr. 2023, p. 4.

exclusivamente por esse modelo ideal de cientista, menosprezando tudo aquilo que é confeccionado por alguém diverso.

No que toca especificamente ao conhecimento jurídico, Leilane Serratine Grubba refere-se ao caráter colonial da construção do saber em Direito no Brasil, que brota do pensamento de homens estrangeiros, especialmente europeus. Com isso, conclui que a produção jurídica no Brasil ainda é marcada pelo pensamento hegemônico da masculinidade como único *locus* de onde pode surgir o conhecimento válido, isto é, a verdade.²¹

A título de exemplo, é possível observar o Código Civil Brasileiro de 2002 que trabalha sempre sob uma ótica masculinizada, sem se preocupar em considerar as questões relativas ao gênero. Regras que mencionam um proprietário, um contratante, um testador, um marido ou um pai negligenciam a presença e a atuação de mulheres em todas essas posições.²²

Desse modo, o Direito acaba por se tornar uma área de conhecimento amalgamada de “impurezas ideológicas”. Afinal, em se tratando de um saber mergulhado em um plexo social, cultural, econômico e político e cujo objetivo é inseparável do contexto a que se dirige, ele deve ser escrutinado no que toca a sua etimologia e, por que não, a suas concepções correlatas ao tradicional “sujeito de direitos”.²³

Epistemologias plurais, que buscam situar socialmente as pessoas que ostentam experiências autênticas na elaboração do

²¹ GRUBBA, Leilane Serratine. Conhecimento em direito: uma crítica epistemológica feminista e situada. In BOFF, Salete Oro; GERVASONI, Tássia A.; DIAS, Felipe da Veiga. Direito, democracia e tecnologia. Anuário do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional. Cruz Alta: Ed. Ilustração, 2021, p. 31.

²² SOUZA, Iara Antunes de; LISBÔA, Natália de Souza. Autonomia privada e colonialidade de gênero. In: Congresso Nacional do Conpedi, 28., 2019, Belém. Anais [...]. Florianópolis: Conpedi, 2019. p. 7-22. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/048p2018/qxo35b07/iUwptRd3eP509O5O.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2023, p. 15.

²³ NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; ANDRADE, Kelly Christine Oliveira Mota de. Boa-fé objetiva, informação situada e epistemologia feminista: contributos para o favorecimento da autodeterminação da gestante. In RODRIGUES JR., Walsir Edson; ALMEIDA, Renata Barbosa de; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; BOLWERK, Aloísio Alencar (coord.). Novos direitos privados, autonomia e exercício de direitos. Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2023, p. 148.

conhecimento, possuem o potencial de espriar novos direitos privados e de promover a revisão de velhos institutos.²⁴

No caso das epistemologias feministas, há um compromisso com o objetivo de situar os papéis de gênero nas atividades de gênese de saberes,²⁵ que se apresentam no concurso de concepções preconceituosas e discriminatórias favoráveis à cristalização de desigualdades sociais. Dessa forma, o principal escopo das epistemologias feministas é a exposição das distorções androcêntricas fabricadas pela epistemologia tradicional.

Delineia-se um novo agente epistêmico, não isolado do mundo, mas inserido no coração dele, não isento e imparcial, mas subjetivo e afirmando sua particularidade. Ao contrário do desligamento do cientista em relação ao seu objeto de conhecimento, o que permitiria produzir um conhecimento neutro, livre de interferências subjetivas, clama-se pelo envolvimento do sujeito com seu objeto. Uma nova idéia da produção do conhecimento: não o cientista isolado em seu gabinete, testando seu método acabado na realidade empírica, livre das emoções desviantes do contato social, mas um processo de conhecimento construído por indivíduos em interação, em

²⁴ “Os novos direitos decorrem da concepção de Direito que é, sim, disruptiva, pois possibilita que novas posturas interpretativas sejam adotadas, por meio de epistemologias adequadas aos fundamentos de validade jurídicos intrassistêmicos (ligados aos direitos e garantias fundamentais), que tendem a não perder de vista, ainda, o horizonte da experiência humana construída de modo compartilhado e transversal. Significa dizer que novos direitos parecem ser ressignificações de institutos jurídicos existentes ou frutos de carecimentos e espaços merecedores de tutela, evidenciados ininterruptamente tanto em panoramas de novos cenários ou possibilidades sociais (inclusive tecnológicas) quanto em lutas ou disputas por prerrogativas, titularidades, posições, reconhecimentos e/ou representatividades, possivelmente oriundos de perspectivas ligadas aos Direitos Humanos, mas sempre atrelados a uma teia recursiva que admita o pluralismo epistemológico aplicado aos saberes diversos e contextualizados, numa inter-relação indissociável entre culturas, identidades e experiências. Essa dinâmica considera a possibilidade de ajustes procedimentais e, residualmente, substanciais. O processo de gênese e/ou revelação de novos direitos não se confunde com o surgimento de novas legislações ou de novas figuras jurídicas que sejam elaboradas de modo alheio a esse delineamento, haja vista que, nesse caso, tendem a ser meros direitos novos implementados por velhas visões, pouco plurais e prevalentemente hegemônicas, que nada mais representam que a explícita continuidade ou intensificação de posturas expansionistas de direitos de grupos e de posições historicamente privilegiados.” NOGUEIRA, Roberto Henrique Porto; SOUZA, Iara Antunes de; SILVA, Leila Bitencourt Reis da Gênese, função e compreensão dos novos direitos privados. *Revista Direito Culturais - URI Santo Ângelo*, v. 15, p. 219-233, 2020. Disponível em: <https://san.uri.br/revistas/index.php/direitosculturais/article/view/225>. Acesso em: 08 abr. 2023, p. 229-230.

²⁵ KETZER, Patrícia. Epistemologia feminista. *In: Blogs de Ciência da Universidade Estadual de Campinas: Mulheres na Filosofia*, v. 7, n. 2, 2021, p. 1-27. Disponível em: <https://www.blogs.unicamp.br/mulheresnafilosofia/epistemologia-feminista/>. Acesso em: 08 abr. 2023, p. 4.

diálogo crítico, contrastando seus diferentes pontos de vista, alterando suas observações, teorias e hipóteses, sem um método pronto. Reafirma-se a idéia de que o caminho se constrói caminhando e interagindo.²⁶

Além disso, epistemologias feministas tonificam o propósito de renovação do Direito Privado na medida em que rechaçam o mito da neutralidade científica e que exigem, assim, espaços de participação e de reconhecimento feminino.

As epistemologias feministas²⁷ também insistem na importância da experiência para qualquer que seja a teorização da existência humana, lançando luzes para o chão da vida, no qual caminham mulheres tão diversas, emersas de cenas tão peculiares.

Djamila Ribeiro, por exemplo, busca evidenciar a necessidade de situar socialmente o conhecimento, de maneira a trazer vivências plurais, que abarquem toda a complexidade existente na sociedade brasileira, de forma a levar em consideração experiências religiosas, sociais, de gênero e de raça.

Heleieth Iara Bongiovani Saffioti²⁸ ressalta que estruturas de poder incidem sobre o corpo feminino em interseção com raça/etnia e classe social. Logo, dessa linha epistemológica, abstrai-se que o Direito Privado deve atentar-se para a possível reprodução desses arranjos de poder em suas normas, sob pena de albergar o reforço de desigualdades sociais que se demarcam em razão do gênero. Para ela, despontam, aqui, a atribuição social juridicamente sustentada de papéis a serem desempenhados por mulheres, subtraindo-lhes a chance de participar da

²⁶ RAGO, Margareth. Epistemologia feminista, gênero e história. *In*: PEDRO, Joana; GROSSI, Miriam (orgs.). Masculino, feminino, plural. Florianópolis: Ed. Mulheres, 1998. Disponível em: http://projcnpq.mpbnet.com.br/textos/epistemologia_feminista.pdf. Acesso em: 08 abr. 2023, p. 11-12.

²⁷ Para a explicitação da compreensão que o estudo presente adota acerca das epistemologias feministas, busca-se referenciar autoras estudadas no contexto do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da instituição a que autor e autora são vinculados. Assim, as fontes empregadas decorrem das dissertações depositadas naquele repositório institucional, que delinea o universo em razão do qual é feito o desenho das epistemologias feministas. Registra-se, entretanto, que epistemologias feministas são muitas e que não se circunscrevem àquelas trazidas ao debate.

²⁸ SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. O poder do macho. São Paulo: Moderna, 1987.

construção de saber por serem tidas como intelectualmente inferiores, para caber-lhes, como já dito, o cuidado com o lar e os filhos.

Grada Kilomba²⁹ demonstra os diversos silenciamentos impostos a mulheres na academia, aduzindo tratar-se de um espaço branco, cujo privilégio de construção científica é negado a pessoas negras, em especial do gênero feminino. Com efeito, mesmo na academia, o Direito Privado precisa repensar seus protagonistas.

María Lugones³⁰ disserta no sentido de visibilizar a mulher não europeia a partir das experiências das pessoas que sofreram os processos de colonização. Dessa concepção epistemológica, sobreleva-se a importância de o Direito Privado enxergar a realidade nacional e sua relação com o gênero, afastando-se, assim, da replicação de arquétipos da colonialidade do saber.

Pensando em institutos de Direito Privado e a necessidade de sua releitura a partir de epistemologias situadas, a título de exemplo, menciona-se o dever de informação na relação contratual entre obstetra e gestante no contexto de seu atendimento pré-natal. É nesse momento que a mulher tem a oportunidade de ter acesso às informações de que necessita para a tomada de decisões autodeterminadas no contexto da vivência do parto. Também é nessa relação que toma lugar a violência obstétrica que, dentre outros aspectos, considera como violentos atos de não compartilhamento de informações à gestante para a recusa ou aceitação de procedimentos no momento do nascimento.³¹

A mera comunicação de questões técnicas sobre os processos de parturição, contudo, pode não ser o suficiente para que a mulher consiga

²⁹ KILOMBA, Grada. *Memórias da Plantação: episódios de racismo cotidiano*. 1. ed. Rio de Janeiro, RJ: Editora Cobogo, 2019.

³⁰ LUGONES, María. *Colonialidad y género*. *Tabula Rasa*, n. 9, p. 73-101, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://www.revistatabularasa.org/numero-9/05lugones.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2023; LUGONES, María. *Rumo a um feminismo descolonial*. *Revista de Estudos Feministas*, v.22, n. 3, p. 935-952, set./dez., 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/36755>. Acesso em: 08 abr. 2023.

³¹ “Outra manifestação de violência obstétrica no pré-parto, muito presente no dia-a-dia das parturientes, é a omissão, por parte dos profissionais da saúde, em fornecer informações claras e precisas sobre procedimentos a que serão submetidas”. KNIPPEL, Edson Luiz; DIAS, Isabella de Antônio. O enquadramento da violência obstétrica como espécie de violência de gênero. *Revista dos Tribunais*, v. 3/2019, jul./set. 2019.

exercer liberdades dentro de sua esfera de atuação no momento de trazer sua prole ao mundo. Isso porque as particularidades das mulheres brasileiras, que se encontram ligadas a questões étnicas, econômicas, sociais e de gênero, podem impedir que a prestação da informação, de forma isolada, garanta-lhe uma vivência autodeterminada de parto.³²

Numa cena tão específica como é aquela que se estabelece entre as partes mencionadas, o dever de informação que tenha por objetivo a emancipação da mulher tem potencial maior de alcançar tal desiderato se for cumprido na dinâmica de um diálogo mais cooperativo, que enxerga a mulher em intersecção com as diversas nuances de poder em que ela está inserida, de forma a trazê-la ao protagonismo de sua experiência de parto.

Os discursos jurídicos conservadores associados às narrativas técnicas médicas devem, conforme a epistemologia feminista, perder a hegemonia no que toca ao poder de definir qual é a informação a ser dada na relação entre obstetra e gestante durante o pré-natal, para que permita a sua participação e a sua interação na construção do conhecimento.³³

De acordo com o estudo acima, pela perspectiva da construção de um saber contextualizado para a experiência de parto e sob o enfoque das perspectivas próprias das epistemologias feministas, o dever de informação na relação contratual entre obstetra e gestante pode ser revisto, para uma proposta informacional não estática, erigida ao longo do relacionamento entre as partes, de forma que o profissional de saúde possa compreender a gestante que está atendendo, tendo em conta as questões que envolvem o fato de se tratar de uma mulher que enxerga e que professa o gênero a partir de sua própria tessitura existencial.

³² ZORZAM, Bianca Alves de Oliveira. Informações e escolha no parto: perspectivas das mulheres usuárias do SUS e da Saúde Suplementar. 2013. Dissertação (Mestrado em Saúde Materno Infantil) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Acesso em: 20 mai. 2023, p. 198)

³³ NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; ANDRADE, Kelly Christine Oliveira Mota de. Boa-fé objetiva, informação situada e epistemologia feminista: contributos para o favorecimento da autodeterminação da gestante. In RODRIGUES JR., Walsir Edson; ALMEIDA, Renata Barbosa de; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; BOLWERK, Aloísio Alencar (coord.). Novos direitos privados, autonomia e exercício de direitos. Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2023, p. 160.

Em suma, as epistemologias feministas revelam a premência do realce à questão de gênero para a construção do conhecimento jusprivatístico. A iniciativa pode servir para a dissipação de desigualdades sociais que se configuram, preferencialmente, para mulheres.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A produção ampliada do conhecimento jurídico, tanto em termos de inclusão efetiva de mulheres em sua discussão quanto no que toca à ampliação do seu objeto e do seu contexto para considerar a experiência feminina, é medida que se impõe para que o Direito Privado cumpra seu papel de tutelar projetos de vida diversos, protegendo e promovendo as peculiaridades de grupos minoritários em relação às desigualdades sociais que incidem, prevalentemente, sobre eles.

As epistemologias feministas, em suas mais variadas matizes, propõem a ruptura do pressuposto da epistemologia chamada de “tradicional”. De modo sinóptico, questiona a hierarquia de gênero e projeta a participação feminina para além dos espaços familiares. Nessa medida, defendem a urgência de que as mulheres tomem parte na enunciação do conhecimento jurídico, resistindo, assim, ao policiamento do saber válido. Afinal, para as epistemologias feministas, não há privilégio do cientificismo e não há apenas um modelo processualmente válido de edificação do conhecimento. Por conseguinte, desponta como relevante e inafastável a exigência de uma consciência de que os saberes são, todos, comprometidos com questões político-ideológicas, inclusive (e sobretudo) no que respeita à linguagem e às disputas por narrativas, que podem sustentar concepções preconceituosas e discriminatórias favoráveis à cristalização de desigualdades sociais.

As epistemologias feministas parecem inadmitir seu agrupamento irrefletido, pois ressaltam a diversidade e as singularidades de mulheres e de suas experiências. Exatamente por isso, lançam luzes sobre a

possibilidade de agravamento de vulnerabilidades, que intensificam desigualdades sociais. Dão, assim, expressão à questão de gênero para a construção do conhecimento jusprivatístico.

As epistemologias feministas podem, desse modo, desempenhar papel determinante na mitigação de desigualdades sociais ocasionadas por vulnerabilidades próprias das questões de gênero no âmbito do Direito. Afinal, as experiências de mulheres hão de ser lidas e processadas pelo Direito Privado, em sua rede recursiva de elementos empregados em sua marcha reprodutiva.

REFERÊNCIAS

BIDASECA, Karina; MENESES, Maria Paula. Introdução: As Epistemologias do Sul como expressão de lutas epistemológicas e ontológicas. In SANTOS, Boaventura de Souza *et al.* **Epistemologías del Sur - Epistemologias do Sul**. Buenos Aires: CLACSO, 2018, p. 11 - 21. Disponível em:

https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/83437/1/Introducao_As%20Epistemologias%20do%20Sul%20como%20expressao%20de%20lutas.pdf. Acesso em: 08 abr. 2023.

FIUZA, César. Crise e interpretação no direito civil: da escola da exegese às teorias da argumentação. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 23-59.

GRUBBA, Leilane Serratine. Conhecimento em direito: uma crítica epistemológica feminista e situada. In BOFF, Salette Oro; GERVASONI, Tássia A.; DIAS, Felipe da Veiga. **Direito, democracia e tecnologia**. Anuário do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional. Cruz Alta: Ed. Ilustração, 2021, p. 31.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

KETZER, Patrícia. Epistemologia feminista. In: **Blogs de Ciência da Universidade Estadual de Campinas: Mulheres na Filosofia**, v. 7, n. 2, 2021, p. 1-27. Disponível em: <https://www.blogs.unicamp.br/mulheresnafilosofia/epistemologia-feminista/>. Acesso em: 08 abr. 2023.

KILOMBA, Grada. **Memórias da Plantação: episódios de racismo cotidiano**. 1. ed. Rio de Janeiro, RJ: Editora Cobogo, 2019, p. 54.

KNIPPEL, Edson Luiz; DIAS, Isabella de Antônio. O enquadramento da violência obstétrica como espécie de violência de gênero. **Revista dos Tribunais**, v. 3/2019, jul./set. 2019.

LUGONES, María. Colonialidad y gênero. **Tabula Rasa**, n. 9, p. 73-101, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://www.revistatabularasa.org/numero-9/05lugones.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2023; LUGONES, María. Rumo a um feminismo descolonial. *Revista de Estudos Feministas*, v.22, n. 3, p. 935-952, set./dez., 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/36755>. Acesso em: 08 abr. 2023.

NOGUEIRA, Roberto Henrique Porto; SOUZA, Iara Antunes de; SILVA, Leila Bitencourt Reis da Gênese, função e compreensão dos novos direitos privados. **Revista Direito Culturais** - URI Santo Ângelo, v. 15, p. 219-233, 2020. Disponível em: <https://san.uri.br/revistas/index.php/direitosculturais/article/view/225>. Acesso em: 08 abr. 2023, p. 229-230.

NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; ANDRADE, Kelly Christine Oliveira Mota de. Boa-fé objetiva, informação situada e epistemologia feminista: contributos para o favorecimento da autodeterminação da gestante. In RODRIGUES JR., Walsir Edson; ALMEIDA, Renata Barbosa de; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; BOLWERK, Aloísio Alencar (coord.). **Novos direitos privados, autonomia e exercício de direitos**. Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2023, p. 145-164.

NUNES, João Arriscado. O resgate da epistemologia. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do sul**. Coimbra: Almedina, 2009. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6402113/mod_resource/content/1/4.O%20resgate%20da%20epistemologia.pdf. Acesso em 08 abr. 2023, p. 48.

RAGO, Margareth. Epistemologia feminista, gênero e história. In: PEDRO, Joana; GROSSI, Miriam (orgs.). **Masculino, feminino, plural**. Florianópolis: Ed. Mulheres, 1998. Disponível em: http://projcnpq.mpbnet.com.br/textos/epistemologia_feminista.pdf. Acesso em: 08 abr. 2023.

RIBEIRO, Djamila. **O que é lugar de fala?** Belo Horizonte: Letramento: Justificando, 2017.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **Gênero, patriarcado e violência**. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015, p. 42-43.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **O poder do macho**. São Paulo: Moderna, 1987, p. 47.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. **Novos estudos CEBRAP**, n.

79, v. 3, p. 71-94, nov. 2007. Disponível em:
<https://www.scielo.br/j/nec/a/ytPjkXXYbTRxnJ7THFDBrgc/?lang=pt>.
Acesso em: 08 abr. 2023.

SOUZA, Iara Antunes de; LISBÔA, Natália de Souza. Autonomia privada e colonialidade de gênero. *In: Congresso Nacional do Conpedi*, 28., 2019, Belém. Anais [...]. Florianópolis: Conpedi, 2019. p. 7-22.

Disponível em:

<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/048p2018/qxo35b07/iUwptRd3eP509O5O.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2023, p. 15.

ZORZAM, Bianca Alves de Oliveira. **Informações e escolha no parto: perspectivas das mulheres usuárias do SUS e da Saúde Suplementar**. 2013. Dissertação (Mestrado em Saúde Materno Infantil) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Acesso em: 20 mai. 2023.

AQUI JAZ MEU VERDADEIRO EU: A TUTELA DO NOME SOCIAL DAS PESSOAS TRANSGÊNERO APÓS A MORTE

Anna Luísa Braz Rodrigues¹

Isabela Maria Soares Silva²

RESUMO: O presente trabalho demonstra a importância da proteção da população transgênero no Brasil, marginalizada socialmente em virtude de um padrão cisnormativo, que lhe nega o pleno exercício de seus direitos de personalidade, dentre eles o direito ao nome. São tecidas considerações acerca do direito ao nome enquanto elemento de máxima relevância na construção da identidade, bem como sobre a trajetória do direito ao nome social enquanto exercício da autodeterminação das pessoas transgênero. Nesse contexto, busca-se demonstrar, através de análise jurídico-legal, como a manutenção do nome social da pessoa transgênero na lápide, certidão de óbito e demais atos funerários é uma forma de tutelar o direito ao nome e combater a desigualdade social de gênero. A elaboração do artigo foi alicerçada em levantamento bibliográfico, análise legislativa e jurisprudencial. Ao final, foi possível concluir pela necessidade de refletir em prol de alternativas que garantam o direito ao nome e à memória após a morte, considerando, em especial, as previsões legais em âmbitos municipais, o rol de legitimados das disposições dos artigos 12 e 20 do Código Civil e as possibilidades de

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Lavras. Integrante do grupo de pesquisa Laboratório de Bioética e Direito, cadastrado no Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPq e grupo de pesquisa de bioética com cátedra na Unesco. Integrante do grupo de pesquisa Núcleo de Direito Privado e Vulnerabilidades, vinculado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: annaluisabrazrodrigues@gmail.com

² Integrante do grupo de pesquisa Laboratório de Bioética e Direito, cadastrado no Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPq e grupo de pesquisa de bioética com cátedra na Unesco. Especialista em Direito Civil pela PUC-Minas. Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Lavras. E-mail: isabela_mss@hotmail.com

disposições testamentárias, codicilo e demais declarações de vontade em vida.

PALAVRAS-CHAVE: nome social, transexualidade, direito ao nome, dignidade póstuma.

INTRODUÇÃO

A diversidade é uma característica inerente à sociedade. Dentre as mais variadas formas de ser e estar no mundo, está a chamada identidade de gênero. A identidade de gênero é a forma pela qual a pessoa se autodetermina e não está ligada às suas características biológicas sexuais, mas sim à forma como a pessoa se vê e sente. Assim, a pessoa pode se identificar como cisgênera³ (pessoas que se reconhecem com seu sexo biológico), transgênera⁴ (pessoas que não se reconhecem com o seu sexo biológico) ou gênero fluído (pessoas que transitam entre gêneros, a depender do tempo ou situação)⁵.

Importante destacar que, embora a pessoa transgênero não se reconheça a partir das características dos seus órgãos genitais, isso não indica que ela deseje realizar qualquer cirurgia de alteração corporal. Além disso, essa compreensão da diversidade humana não significa

³CERQUEIRA, Ticianá Damasceno; DENEGA, Alessa Montalvão Oliveira; PADOVANI, Andréa Sandoval. A importância do nome social para autoaceitação e aceitação social do público "trans". **Revista Feminismo**, [s.l.], v. 8, n° 2, 2020, p. 28.

³PIMENTA, Luiza Cotta; SILVA, Marion Francisco da. Nome e gênero. *In*: RAMOS, Marcelo Maciel; VALENTIN, Márcia Ribeiro da C; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **Dicionário jurídico do gênero e da sexualidade**. 1ª ed. Salvador, BA: Devires, 2022, p. 532.

⁴Perante a sociedade, as travestis e transexuais são também reconhecidas/os como "transgêneros" ou "pessoas trans" (Márcio SARAIVA, 2014). A expressão "Travesti" se refere à identidade de gênero transgênera feminina. A pessoa travesti, não obrigatoriamente identifica-se como a categoria feminina ou masculina, porém, quando se trata da forma de abordá-las, desejam que o faça sempre no feminino (JESUS, 2012). Já o termo "Transexual" se refere a uma expressão utilizada para se referir a pessoas que não se identificam com o sexo biológico". CERQUEIRA, Ticianá Damasceno; DENEGA, Alessa Montalvão Oliveira; PADOVANI, Andréa Sandoval. A importância do nome social para autoaceitação e aceitação social do público "trans". **Revista Feminismo**, [s.l.], v. 8, n° 2, 2020, p. 28.

⁵LANDRO, André George et al. A fluidez do gênero e o direito à não identificação do sexo biológico. **Revista Feminismos**, Salvador, v. 6, [s.n.], 2018, p. 52.

negar a biologia dos corpos, mas entender que a leitura sobre eles e o que é considerado natural ou não faz parte de um construto social.

Nesse sentido, inseridos em um contexto histórico-cultural no qual a maioria das relações privadas se constrói a partir de uma lógica de gênero binária (homem-mulher), os papéis de gênero são, desde o nascimento, baseados nos órgãos genitais externos. É diante dessa leitura social, imediata e limitante, que se dá a imposição de certos padrões comportamentais e a atribuição de um nome, que irá distinguir e possui um importante papel na representação coletiva daquela pessoa.

O primeiro ato jurídico realizado após o nascimento com vida é o registro público e a emissão da certidão de nascimento. Todavia, o gênero, enquanto construção social, não deve ser entendido como determinante e permanente. Em razão dessa compreensão e na busca pela tutela da dignidade dos que escapam ao binarismo de gênero, a doutrina, a legislação e a jurisprudência têm se empenhado em encontrar soluções para a questão.

Portanto, o objetivo do presente artigo é demonstrar como a manutenção do nome social da pessoa transgênero na lápide e demais atos funerários é uma forma de combate à desigualdade social de gênero e tutela do direito ao nome.

Metodologicamente, o trabalho se vale do método de análise textual-discursiva. Os dados coletados possuem caráter bibliográfico e são fruto de diplomas normativos, jurisprudência, livros e artigos científicos. A vertente teórico-metodológica possui classificação jurídico-dogmática e abordagem dedutiva.

Em um primeiro momento, será apresentado o conceito de direito da personalidade e descrito como o direito ao nome se enquadra em tal definição. Em seguida, haverá uma breve incursão nos avanços da legislação e da jurisprudência acerca da garantia do direito ao nome social e retificação do nome civil no ordenamento jurídico brasileiro.

Após, são tecidas considerações quanto à necessária adequação da certidão de óbito e inscrições funerárias ao nome escolhido pela pessoa “trans” em vida, em uma perspectiva de tutela póstuma do direito ao nome. Por fim, são trazidos exemplos e criadas provocações quanto a possíveis transformações no Direito Civil para que a garantia do direito ao nome pelas pessoas transgênero possa ser efetivada, mesmo após a sua morte.

1. DIREITO AO NOME ENQUANTO DIREITO DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade dizem respeito àquelas prerrogativas intrinsecamente ligadas ao sujeito, isto é, à efetiva tutela de seus aspectos físicos, psicológicos e morais que garantem o reconhecimento kantiano das pessoas como fins em si mesmas. Os direitos da personalidade exigem, por esses motivos, especial proteção no campo das relações privadas.

Dentre os direitos de personalidade, no contexto do presente trabalho, destaca-se o direito ao nome civil. O nome é uma prerrogativa de todas as pessoas e o seu registro é um dever previsto no ordenamento jurídico pátrio. Nesse sentido, segundo o artigo 16 do Código Civil, “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”.

Também o artigo 55 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) dispõe que:

Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome, observado que ao prenome serão acrescidos os sobrenomes dos genitores ou de seus ascendentes, em qualquer ordem e, na hipótese de acréscimo de sobrenome de ascendente que não conste das certidões apresentadas, deverão ser apresentadas as certidões necessárias para comprovar a linha ascendente.

Ainda, determina o artigo 9º do Código Civil que “serão registrados em registro público: I - os nascimentos, casamentos e óbitos”. Por fim,

também os artigos 50 e 52 da Lei de Registros Públicos estabelecem a obrigatoriedade do registro civil.

Ademais, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil, prevê em seu artigo 18 que “toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário”.

Nesse cenário, inicialmente, vale a pena esclarecer os elementos que compõe o nome. Primeiramente, há o prenome, que pode ser tanto simples (Marcus), como composto (Marcus Vinícius). Por sua vez, o sobrenome ou patronímico é geralmente herdado dos ascendentes, constituindo um “nome de família”. É o sobrenome que indica a procedência da pessoa, sua filiação ou estirpe, essencial a discussões como aquelas correlatas à sucessão e hereditariedade⁶.

Além desses, pode ser identificado o chamado agnome, que marca uma relação entre o portador do nome e outra pessoa, via de regra um parente ou alguém do núcleo familiar. Cita-se, por exemplo, Júnior, Filho, Neto e Sobrinho.

O direito ao nome pode ser entendido enquanto um direito da personalidade porquanto carrega parte expressiva da identidade psicológica e social da pessoa, designando-a enquanto tal e, ao mesmo tempo, inserindo-a no contexto coletivo e familiar. O nome é historicamente utilizado como forma de singularizar as pessoas e pode carregar significados, histórias e até mesmo relacionamentos⁷.

O nome cria a particularização da pessoa, no mundo jurídico⁸ e é, portanto, uma forma de afirmar a própria individualidade, seja no ambiente familiar, social, afetivo ou profissional. É como a pessoa será

⁶AMORIM, José Roberto Neves; AMORIM, Vanda Lúcia Cintra. Direito ao nome da pessoa física. **Stylus**: Revista de Psicanálise. Rio de Janeiro, [s.v.], n. 32, 2010, p. 11.

⁷FRANÇA, Rubens Limongi. **Do nome civil das pessoas naturais**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975, p. 22.

⁸AMORIM, José Roberto Neves; AMORIM, Vanda Lúcia Cintra. Direito ao nome da pessoa física. **Stylus**: Revista de Psicanálise. Rio de Janeiro, [s.v.], n. 32, 2010, p. 8

designada por si e pelo outro, de forma a construir o seu elo com a sociedade em geral⁹.

Além disso, o nome é elemento fundamental para o exercício regular dos direitos e o adimplemento de obrigações¹⁰, configurando também uma necessidade de ordem pública. O nome e os documentos que o legitimam, como a certidão de nascimento e a cédula de identidade, por exemplo, configuram meios para o exercício da cidadania, no caso de inscrição em processos seletivos, cadastro em bibliotecas públicas, dentre outros.

Diferentemente dos apelidos ou outras denominações pelas quais as pessoas podem ser identificadas, o nome não é, *a priori*, escolhido pelo próprio portador. Com efeito, a eleição é feita por aqueles responsáveis pelo registro civil da criança, que, culturalmente, em regra, leva em consideração o seu sexo biológico.

Todavia, como adiantado na introdução, nem sempre há uma correspondência entre o livre desenvolvimento da pessoa e o seu sexo biológico. Essa divergência na autopercepção da pessoa com o nome que lhe foi designado pode gerar diversos conflitos, como ausência de autoidentificação e constrangimentos na leitura social feita por terceiros. Afinal, a pessoa transgênera pode optar por seguir padrões (comportamentais, de vestuário, dentre outros) socialmente percebidos enquanto do gênero com o qual se identifica, mas que nenhuma relação guarda com seu sexo biológico.

Logo, é compreensível que a pessoa que manifesta uma identidade de gênero diversa daquela que foi definida por outrem, com base nos seus genitais, deseje ser chamado ou chamada por um nome que corresponda à identidade com a qual se percebe e se reconhece no mundo.

Dessa maneira, dentre outras formas de reconhecimento e garantia dos direitos de personalidade das pessoas transgêneras, está a

⁹BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1995, p. 50.

¹⁰VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2002, p. 203.

atribuição de uma função social ao nome. Diante do exposto, se apresentam enquanto alternativas para a redução da desigualdade social dessa incompatibilidade (i) a adoção do chamado nome social e (ii) a retificação do registro civil. É o que se aborda no tópico seguinte.

2 TRANSGÊNEROS, DIREITO AO NOME SOCIAL E RETIFICAÇÃO DA CERTIDÃO: AVANÇOS E REGRAMENTOS

Como visto, o nome aliado ao gênero é um aspecto essencial para que alguém se identifique como pessoa. Essa afirmação se dá por razões sociais ou jurídicas, inclusive pelos documentos oficiais que qualificam alguém como sujeito de direito perante a sociedade. Aliás, são esses documentos que comprovam que uma pessoa é quem ela diz que é, já que apenas comunicar oralmente ou por escrito não é considerado meio idôneo.

Especificamente para pessoas transgênero, o percurso para que sua documentação corresponda com sua identificação não é tão simples. Essas pessoas, muitas vezes, possuem uma trajetória de vida marcada por tentativas externas de padronização normativa ou indicações de patologização, que retiram a relevância de suas escolhas e palavras, bem como inviabilizam o direito a portar um nome documentalmente registrado em conformidade com sua valoração pessoal¹¹.

Nesse contexto, o nome social é aquele escolhido por pessoas transgênero para definir como preferem ser chamadas em seus meios sociais, tendo em vista que isso não está refletido no nome civil e de registro¹². Na comunidade transgênero, é pacífico que o nome escolhido

¹¹PIMENTA, Luiza Cotta; SILVA, Marion Francisco da. Nome e gênero. In: RAMOS, Marcelo Maciel; VALENTIN, Márcia Ribeiro da C; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **Dicionário jurídico do gênero e da sexualidade**. 1ª ed. Salvador, BA: Devires, 2022, p. 532.

¹²RESENDE, Cláudio Eduardo Resende Alves. **Nome sui generis**: o nome (social) como dispositivo de identificação de gênero. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2017, p. 7.

pela pessoa como seu nome social é entendido como o verdadeiro, de modo que precede ao nome de registro, de batismo ou morto¹³.

Em estudo elaborado pela Universidade Federal da Bahia, é possível vislumbrar o ponto de vista de homens e mulheres que se autodenominam como “trans” em relação a essa autonominação. Pierre (um nome fictício para preservação do anonimato) é um homem “trans”, que possuía 23 anos quando respondeu a pesquisa, e se autodeclara como negro. Ao falar sobre sua experiência com a descoberta de sua transgeneridade e a importância do seu nome social, relata

Então, **eu não conseguia ouvir meu nome antigo, que era Celena, não sei, não me soava, não me atendia, sabe?! É** como se fosse um nome comum. (...) E o Scott veio primeiro do que o Pierre. O Scott veio porque eu tenho um labrador. De tanto ficar Scott, Scott, Scott, o meu apelido na faculdade ficou Scott, e já começou por aí. E aí, essa bendita professora, me apelidou Scott, e todo mundo da faculdade falava: “vá procurar Scott que ele te instrui e tal forma” o Scott pegou, na faculdade **eu fui o primeiro caso da instituição a retificar o nome, quanto transgênero.** (...) E foi através dela que foi surgindo tudo, até que “pô, você tem cara de Pierre” mas por que? “Ah, mas tá legal, o nome combina né?” Pronto, e aí juntou, porque eu sempre fiz, ó se eu tiver um filho, não que seja da minha vontade engravidar, mas se eu tiver um filho, o nome irá ser Pierre, então juntou o útil ao agradável, por isso fechou Pierre. (...) **Pierre hoje pra mim é resistência, Pierre para mim é uma luta diária comigo mesmo**, antes era difícil eu me aceitar, antes eu não tinha um amor próprio¹⁴.

Por sua vez, Aimê (mais uma vez, um nome fictício para preservação do anonimato) descreve sua relação com seu nome social sendo uma mulher “trans”, de 40 anos ao tempo da pesquisa, casada, com uma filha adotiva e considerada como branca

Quando eu era mais jovem não era Aimê, não passava na minha cabeça esse nome. Engraçado, né?! Era Fani. Aos 15 anos eu comecei a ter essa transformação, a querer mudar um pouco, sabe?! Hoje não que eu já vou fazer 40. Então eu não sou “tão”. Mas assim, quando era mais jovem era muito mais feminina, entende?! Não tinha marca de barba de bigode, nada. Era muito

¹³PIMENTA, Luiza Cotta; SILVA, Marion Francisco da. Nome e gênero. In: RAMOS, Marcelo Maciel; VALENTIN, Márcia Ribeiro da C; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **Dicionário jurídico do gênero e da sexualidade**. 1ª ed. Salvador, BA: Devires, 2022, p. 30-32.

¹⁴CERQUEIRA, Ticiano Damasceno; DENEGA, Alessa Montalvão Oliveira; PADOVANI, Andréa Sandoval. A importância do nome social para autoaceitação e aceitação social do público "trans". **Revista Feminismo**, [s.l.], v. 8, nº 2, 2020, p. 28, grifo nosso.

mais feminina. Fui para Itália. Chegando na Itália, um determinado carro para, e aí o italiano chegou pra mim e falou assim: “Ciao, bella! Como te chama, amada?” Ou ele disse, né?!: “Oi, linda! Como você se chama, amada?” Aí eu virei pra ele e disse: “Io me chiamo Aimê! Tutto bene?” Eu me chamo Aimê! Tudo bem? E aí ele chegou e “tudo bem.” E aí... “Sali in macchina!” ou seja, entra no carro. **E daí esse Aimê. Mas eu acho que foi um sopro divino porque Aimê significa amada. E é o que eu sou hoje, tanto pela minha filha, como pela minha família, como pelos meus amigos**¹⁵.

Em 2009, o Supremo Tribunal Federal começou a se atentar ao tema. O debate central, proposto por mobilização da Procuradoria Geral da República, se voltava para dispensa da cirurgia de redesignação sexual como requisito para a procedência de ações nas quais se pleiteava a retificação do registro civil. Alguns anos depois, a I Jornada de Direito de Saúde, realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2014, emitiu os Enunciados nº 42 e 43 se mostrando favorável a desobrigação do procedimento médico para deferimento de tais pedidos.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, foi mais firme em seu posicionamento ao julgar o Recurso Especial nº 1626739/RS, no ano de 2017, em que se posicionou favorável a retificação de nome e gênero em documentos oficiais, sem a necessidade de cirurgia de redesignação sexual da parte autora. A decisão, no entanto, não possuía caráter *erga omnes* e não evitou julgamentos contrários em instâncias inferiores.

Em 2017, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a qual o estado brasileiro está submetido por meio do Decreto nº 678/1992 em que promulga o Pacto San José da Costa Rica, publicou Opinião Consultiva a pedido do Estado da Costa Rica em que aduz

O nome como atributo da personalidade é uma expressão da individualidade e tem como finalidade afirmar a identidade de uma pessoa ante a sociedade e nas atuações perante o Estado. Com isso se procura garantir que cada pessoa possua um sinal único e singular frente aos demais, com o qual possa se identificar e se reconhecer como tal. Se trata de um direito fundamental inerente a todas as pessoas pelo simples fato de sua existência. Além disso, **esta Corte indicou que o direito ao**

¹⁵PIMENTA, Luiza Cotta; SILVA, Marion Francisco da. Nome e gênero. In: RAMOS, Marcelo Maciel; VALENTIN, Márcia Ribeiro da C; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **Dicionário jurídico do gênero e da sexualidade**. 1ª ed. Salvador, BA: Devires, 2022, p. 30-32, grifo nosso.

nome reconhecido no artigo 18 da Convenção e também em diversos instrumentos internacionais, constitui um elemento básico e indispensável da identidade de cada pessoa, sem o qual não pode ser reconhecido pela sociedade nem registrado ante o Estado. Este Tribunal também observou que, como consequência do exposto, **os Estados têm a obrigação não apenas de proteger o direito ao nome, mas também de fornecer as medidas necessárias para facilitar o registro das pessoas**¹⁶.

De igual entendimento, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275/2018¹⁷. Nela, o tribunal encerrou a necessidade de pessoas transgênero recorrerem às Ações de Retificação de Registro Civil e defendeu a possibilidade de que a devida alteração fosse realizada diretamente na via cartorária para aqueles que desejassem alterar nome e gênero, sem necessidade de procedimento cirúrgico.

A exceção quanto ao tema, entretanto, atinge crianças e adolescentes. O Poder Judiciário entender, na mesma ADI nº 4.275/2018 entendeu que a retificação nominal para essas pessoas necessita de homologação judicial. Para seu provimento, ainda, é preciso que o jovem possua uma família ou responsáveis que prestem o devido apoio e não apresentem atitudes negativas quanto a diversidade de gênero.

O Conselho Nacional de Justiça, em 2018, ainda, emitiu o Provimento nº 73 sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais. A patologização também teve um importante freio, em 2019, quando a Organização Mundial da Saúde

¹⁶CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Opinião Consultiva OC-24/17**. 2017. Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. Obrigações estatais em relação à mudança de nome, à identidade de gênero e aos direitos derivados de um vínculo entre casais do mesmo sexo (interpretação e alcance dos artigos 1.1, 3º, 7º, 11.2, 13, 17, 18 e 24, em relação ao artigo 1º da convenção americana sobre direitos humanos).

¹⁷Atuaram como Amicus Curiae da referi ADI nº 4.275/2018: Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM; Grupo De Advogados Pela Diversidade Sexual – GADYS; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT; Grupo Dignidade - Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros; Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero, Políticas e Direitos - LIDIS; Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos – CLAM; Conselho Federal de Psicologia; Defensor Público-Geral Federal.

decidiu pela supressão do termo “transtorno de identidade de gênero” do CID-11, isto é, da Classificação Internacional de Doenças, entrando em vigor em 2022¹⁸.

Nesse sentido, baseando-se na autonomia do requerente, independente de autorização judicial e de comprovações de caráter médico, a Lei nº 14.382/2022 estabelece que toda pessoa maior de 18 anos completos, habilitada à prática de todos os atos da vida civil, poderá requerer ao ofício do Registro Civil de Pessoas Naturais que seja procedida a alteração e a averbação, a fim de adequar os elementos nominais à identidade autopercebida.

Importante destacar que o prenome é, geralmente, utilizado pelo portador durante toda a sua vida. Até o ano passado, a lei brasileira estipulava algumas excepcionais circunstâncias para solicitar a sua alteração, a exemplo de pedidos para retificar erros de grafia, substituir por apelidos públicos notórios, evitar a exposição ao ridículo e atender pedido de adotante ou de adotado.

O artigo 56 da Lei de Registro Públicos retirou expressamente a necessidade da pessoa que alcançou a maioridade aguarde por um ano para alterar seu nome e que tal alteração seja homologada judicialmente. Assim, na prática, basta que a pessoa tenha atingido a idade prevista e compareça ao cartório, para requerer a alteração de seu nome ainda que de forma desmotivada. Após, a alteração será averbada e publicada em meio eletrônico. Contudo, a modificação, sem motivação, só pode ser feita uma vez, sendo que novas solicitações dependerão de autorização judicial.

O uso do nome social, enfim, se qualifica como um direito fundamental garantido com base nas disposições constitucionais e em posicionamentos pacíficos dos tribunais. Isso significa, então, que a utilização do nome social pela pessoa transgênero deve ser viabilizada por

¹⁸PIMENTA, Luiza Cotta; SILVA, Marion Francisco da. Nome e gênero. In: RAMOS, Marcelo Maciel; VALENTIN, Márcia Ribeiro da C; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **Dicionário jurídico do gênero e da sexualidade**. 1ª ed. Salvador, BA: Devires, 2022, p. 536-537.

toda comunidade nos mais diversos espaços sociais, independente da retificação no registro civil. Universidades, empresas e órgãos públicos, por exemplo, estão obrigados a adotar medidas que proporcionem o exercício de tal direito.

Contudo, nem tudo ocorre de acordo com o idealizado em debates e decisões judiciais. Os danos póstumos são uma prova de que as previsões legais, conquistadas por meio de movimentações desses indivíduos, não são suficientes para garantir a dignidade representada pela utilização e registro do nome social.

3 DANO PÓSTUMO E RECONHECIMENTO DO NOME SOCIAL DE PESSOAS TRANSGÊNERO APÓS A MORTE

Embora atualmente seja garantido o direito de retificação do registro civil, é preciso considerar que a alteração em cartório e, até mesmo, o ajuizamento de ações que tratem sobre o tema possuem um custo financeiro relevante. Em Minas Gerais, especificamente, não há gratuidade em cartórios para o procedimento em favor da comunidade transgênero.

Apesar dos esforços da Defensoria Pública, conforme o que relata o defensor Vladimir Rodrigues, os cartórios mineiros questionaram a gratuidade porque a legislação não a prevê e a própria Corregedoria de Justiça do TJMG entendeu pelo não cabimento da gratuidade de forma administrativa¹⁹.

Em matéria da CNN, Luma Andrade, a primeira travesti do Brasil a obter um título de doutorado, emite seu parecer geral sobre o assunto

“Nós ainda temos um empecilho, que é a necessidade de recursos para fazer essa mudança. Não são todas as pessoas travestis e transexuais que conseguem fazer a retificação do

¹⁹Pessoas não binárias têm dificuldade para retificar nome e gênero em documentos: conclusão de audiência é que, apesar de normas federais já preverem esse direito, há diferenças na aplicação da medida entre os estados. **ALMG**, 13 de abril de 2023. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/comunicacao/noticias/arquivos/Pessoas-nao-binarias-tem-dificuldade-para-retificar-nome-e-genero-em-documentos/>. Acesso em maio de 2023.

nome. Esqueceram que existe o recorte de classe. Nem todas as pessoas têm dinheiro para fazer essa mudança no cartório” “Esse nome ser reconhecido não é o suficiente na questão dos documentos oficiais da escola. [...] Não basta ter um dispositivo legal colocando que se deve respeitar e considerar dentro dos documentos, é preciso reconhecer a questão da sociabilidade. É necessário que não fique algo teórico, mas que se torne uma prática na vivência do chão da escola, onde as pessoas possam ser respeitadas como elas desejam”, diz Luma²⁰.

Dessa maneira, em que pese a importância do nome social para a identidade pessoal e vivência social da pessoa transgênero, bem como a existência de leis que asseguram o direito a retificação no registro civil em vida, essa população se encontra em situação de vulnerabilidade. Essa desigualdade acaba por impedir a manutenção prática do nome escolhido pela própria pessoa, inclusive após seu falecimento.

O dano póstumo ocorre quando é feita uma escolha incoerente ao caráter da pessoa que faleceu. Ao optar pela utilização do nome morto em uma lápide, por exemplo, há uma ofensa por não reconstituir com integridade a vida e a identidade do morto. Esse ato, assim, é merecedor de reação pelos interessados que estão vivos e isso se dá considerando os desejos com força jurídica que o indivíduo teve em sua trajetória até o evento morte²¹.

Dandara Ketlely de Velaskes, uma mulher cearense e transgênero, ainda jovem, iniciou na prostituição em Fortaleza. Apenas em 1998, passou a utilizar seu nome social e a utilizar hormônios, afinar as sobrancelhas, implantar os glúteos e deixar o cabelo crescer. Após um histórico de violências enquanto atuava na capital cearense, e também

²⁰ARAUJO, Beatriz; BRITO, José; NETO, Vital. Cresce 300% o uso de nome social nas escolas públicas na última década: especialistas afirmam que o poder público ainda precisa facilitar judicialmente a mudança de nome nos documentos pessoais. **CNN Brasil**, 13 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/cresce-300-o-uso-de-nome-social-nas-escolas-publicas-na-ultima-decada/>. Acesso em maio de 2023.

²¹PEREIRA, André Maciel Silva. **Danos póstumos e proteção à memória**: contribuições para a compreensão da tutela post mortem da pessoa humana. 2023. F. 285. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2023, p. 264.

na capital paulista, Dandara descobriu que estava com HIV e abandonou a prostituição, em 2008.

Em 15 de fevereiro de 2017, às 15 horas, a mulher descia a rua em que vivia para comprar pão. Ato contínuo, após entregar os pães para mãe, embarcou em uma moto com um homem e nunca mais voltou. Morreu no mesmo dia²². Como conta uma amiga próxima e autora do livro “O Casulo Dandara”, ela foi enterrada na manhã seguinte como Antônio Cleilson Ferreira Vasconcelos, conforme seus documentos oficiais, em um cemitério público de Fortaleza.

Os mais próximos e a família só começaram a chamá-la de Dandara depois de morta. Inclusive eu, após ler, aprender e perceber que aquilo era um desrespeito à sua identidade, memória e vontade. Uma pequena parte dos que conheciam Dandara ainda a chama pelo nome de batismo. Quem só conheceu a história dela depois do transfeminicídio, só faz referência no feminino”, fala Vitória²³.

Anos depois, imagens apresentaram Dandara sendo espancada com três pontapés no rosto, três golpes de madeira no ombro e um na barriga, uma paulada na cabeça, chineladas na cara, tiros e um paralelepípedo afundando na cabeça. Veículos passaram a divulgar o caso como transfeminicídio e acrescentaram um sobrenome aleatório ao nome social da vítima.

Essa história, em todos seus detalhes, é um exemplo claro de desrespeito aos direitos da personalidade após a morte, contextualizada pelo nome social de pessoas transgênero. Inúmeras são as violências diárias sofridas em vida, de modo que o desrespeito no momento de falecimento representa uma continuidade dessas agressões.

²²GUEDES, Ideídes. Morrer pela segunda vez: só três capitais têm legislação específica para garantir às pessoas trans respeito à identidade de gênero em velórios, enterros e certidões de óbito. **Piauí**, 02 de novembro de 2021. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/morrer-pela-segunda-vez/>. Acesso em maio de 2023.

²³GUEDES, Ideídes. Morrer pela segunda vez: só três capitais têm legislação específica para garantir às pessoas trans respeito à identidade de gênero em velórios, enterros e certidões de óbito. **Piauí**, 02 de novembro de 2021. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/morrer-pela-segunda-vez/>. Acesso em maio de 2023.

O Código Civil não é pontual quanto ao tema. Em relação aos direitos da personalidade *post mortem*, é possível concluir que o direito ao nome do morto ou do ausente terá o cônjuge sobrevivente, qualquer parente em linha reta ou parente colateral até o quarto grau como partes legítimas para requerer sua proteção, conforme a interpretação conjunta dos artigos 12, 16 e 20.

No geral, a garantia para que cesse ameaça ou lesão e ocorra reclamação de perdas e danos desses direitos após a morte se mostra nebulosa. A interpretação dada pela doutrina é de que esses direitos, como intransmissíveis que são, possuem uma proteção após a morte que se volta para a produção de efeitos no meio social e não na pessoa ofendida. Isso porque, uma vez falecida, a pessoa e a sua personalidade encontram seu fim no ordenamento jurídico²⁴.

Outro aspecto complexo a ser considerado, no entanto, é o chamado direito à memória. A ideia é que a tutela jurídica da pessoa falecida inclua a restituição de vontades e desejos do ser humano que não pode mais se expressar autonomamente. Isso indica a necessidade de criar uma cultura de memória que inclui a valorização e respeito aquele que já se foi.

A memória é essa estratégia de persistência ante a passagem do tempo, elaborada na tensão entre a reconfiguração do passado no presente por via da lembrança e a liberação de vinculações da ação pelo esquecimento. Por meio dela, a identidade consegue se manter, revivendo a realidade histórica no momento de evocação de fatos pretéritos e de julgamento de valor acerca das condutas e sujeitos que um dia estiverem presentes. A morte é uma perda do sujeito que pode ser combatida por meio das forças da memória e da prática coletiva de representá-lo no interior das narrativas que se têm sobre a comunidade²⁵.

Por fim, cabe aqui sublinhar que a normativa atual não se mostra suficiente para os casos em que os próprios legitimados se mostram como

²⁴SCHEREBEIR, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 156-157.

²⁵PEREIRA, André Maciel Silva. **Danos póstumos e proteção à memória**: contribuições para a compreensão da tutela post mortem da pessoa humana. 2023. F. 285. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2023, p. 258.

ofensores de pessoas já falecidas. Assim, é preciso refletir sobre novas soluções jurídicas para assegurar o direito ao uso de nome social após a morte.

4 (TRANS)FORMAR O DIREITO CIVIL: CAMINHOS PARA A TUTELA DO DIREITO AO NOME SOCIAL APÓS A MORTE

Se a tutela do direito ao nome das pessoas transgênero ainda é um desafio em vida, muitas também são as dificuldades para se garantir o respeito às suas escolhas após a morte. É que, se a pessoa “trans” falece antes de efetuar a troca de seu nome no registro civil, não pode ser enterrada com o seu nome social.

Logo, ainda que tenha vivido e construído sua identidade com aquele gênero e designação, o indivíduo terá seu atestado de óbito com o nome de registro e o sexo biológico. Por esse motivo, momentos já tão sensíveis, como as cerimônias de velório, sepultamento ou cremação, se tornam ainda mais difíceis para aqueles que (como deveria ser) respeitavam a identidade e o nome escolhido pelo transgênero.

No entanto, é possível mapear algumas iniciativas pela garantia do direito ao nome dessas pessoas, mesmo após a morte. Algumas legislações municipais dão exemplo ao garantirem o reconhecimento da identidade social em cerimônias de velório, sepultamento e cremação, incluindo o uso do nome social em lápides e outros atos cerimoniais. O Decreto nº 58.228, de 16 de maio de 2018, da Câmara do Estado de São Paulo, foi o primeiro a tratar do assunto.

Em seu artigo 9º, a legislação assegura que os serviços funerários no âmbito dos cemitérios públicos e particulares deverão garantir, em todos os seus registros, o uso do nome social de travestis, mulheres transexuais e homens transexuais que, quando falecidos, venham a ser sepultados nessas necrópoles, inclusive em suas respectivas lápides. Para tal, basta a apresentação de simples requerimento por qualquer membro da família.

Em 9 de dezembro de 2020, a Câmara Legislativa do Distrito Federal também aprovou o Projeto de Lei nº 975/2020, que garante o reconhecimento do nome social em consonância à identidade de gênero de pessoas “trans” e travestis nas lápides de túmulos, jazigos, certidões de óbito e outros documentos.

A proposta foi submetida pelo deputado Fábio Felix (PSOL) e foi batizada de Victória Jugnet. Trata-se de uma homenagem à uma jovem transgênero que, embora tenha escolhido esse nome em vida, teve o pedido de retificação póstuma de seu registro civil, pleiteado pela família, negado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT).

Com efeito, a 2ª Turma Cível do TJDFT²⁶ julgou improcedente pedido de alteração de nome feito pelos genitores de Victória, sob o fundamento de que, como o nome é um direito personalíssimo, eventual pedido de alteração caberia exclusivamente ao próprio interessado em vida. Não obstante os pais da jovem tenham argumentado que estariam apenas formalizando o desejo da filha, amplamente exteriorizado durante sua vida (a partir de roupas, trejeitos e mesmo bloqueadores hormonais) e que apenas não foi concluído formalmente em razão de sua morte prematura²⁷, o Tribunal entendeu que carecia aos genitores interesse e legitimidade processual para proceder à modificação.

²⁶EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DE NOME E GÊNERO. PESSOA TRANSGÊNERO. DIREITO PERSONALÍSSIMO. MORTE. PEDIDO PÓSTUMO. GENITORES. ILEGITIMIDADE RECONHECIDA. O Supremo Tribunal Federal pacificou a possibilidade de alteração de prenome e gênero de pessoas transgênero, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275/DF. Por consistir um direito personalíssimo, eventual pedido de alteração caberá exclusivamente ao próprio interessado. O de cujus não exerceu tal prerrogativa em vida, não sendo autorizado aos seus genitores, em momento póstumo, requerem em nome próprio a alteração de direito personalíssimo de outrem. BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação Cível nº 0700186-04.2019.8.07.0015**. Rel. Carmelita Brasil. Julgado em: 17 de julho de 2019.

²⁷Uma infeliz e, ao mesmo tempo, importante informação a respeito da morte da jovem é que essa não foi natural ou devido a um acidente. Victoria cometeu suicídio, poucos dias depois de publicar diversos textos em suas redes sociais sobre preconceito e transfobia. C.f: LIMA, Simone Alvarez. Da legitimidade dos pais para requerer a alteração do nome civil para o social de filho transgênero em atestado de óbito. In: SILVA, Vinícius Alves Barreto de *et al.* **Acesso à Justiça nas Américas**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Fórum Justiça, 2021, p. 246.

Dentre as principais disposições da Lei nº 6.804, de 28 de janeiro de 2021, ou Lei Victória, destaca-se o artigo 1º, que assegura o reconhecimento do nome social em consonância com a identidade de gênero de pessoas “trans” e travestis nas lápides de seus túmulos e jazigos, bem como na certidão de óbito e nos demais documentos relacionados ao fato, mesmo quando distinto daquele constante dos documentos de identidade civil.

Ainda, o artigo 4ª assegura o direito à inclusão do nome social nas lápides de seus túmulos e jazigos às famílias de travestis e pessoas transgênero falecidas em datas anteriores à vigência da Lei, bem como na certidão de óbito e nos demais documentos relacionados ao fato. Por fim, como forma de garantir a observância da norma, o artigo 5º estipula uma multa de valor equivalente a 10 salários-mínimos em caso de descumprimento, a serem revertidos para o custeio de políticas públicas de promoção de direitos das pessoas “trans” e combate à transfobia.

É nítido que a lei tem por objetivo garantir o respeito à memória e às escolhas das pessoas que se identificam diversamente, além promover a igualdade de gênero e evitar o desgaste dos entes queridos que desejam honrar a sua identidade e existência.

Outro caminho para se garantir o respeito ao nome social das pessoas transgênero, após a morte, é a aplicação direta dos artigos 12 e 20 do Código Civil. Esses dispositivos dispõem que a honra, a privacidade e a imagem são direitos da personalidade que persistem após a morte, o que legitima o cônjuge, qualquer parente em linha reta ou colateral até o quarto grau, a pleitear a retificação. Nas palavras de Anderson Schreiber²⁸

Os direitos da personalidade projetam-se para além da vida do seu titular. O atentado à honra do morto não repercute, por óbvio, sobre a pessoa já falecida, mas produz efeitos no meio social. Deixar sem consequência uma violação desse direito poderia não apenas causar conflitos com familiares e admiradores do morto, mas também contribuir para um ambiente de baixa efetividade dos direitos da personalidade. O

²⁸SCHREIBER, Andersonº **Direitos da personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 25.

direito quer justamente o contrário: proteção máxima para os atributos essenciais à condição humana. Daí a necessidade de se proteger post mortem a personalidade, como valor objetivo, reservando a outras pessoas uma extraordinária legitimidade para pleitear a adoção das medidas necessárias a inibir, interromper ou remediar a violação, como autoriza o artigo 12 do Código Civil.

Nesse viés, não se desconsidera que a honra, a imagem e a privacidade configuram direitos da personalidade distintos do direito ao nome, mas é inegável a sua intersecção. É o nome que vincula a aparência e registro da pessoa (imagem) no imaginário coletivo e é também o nome que garante o respeito à autodeterminação das pessoas transgênero, sem imposição de um modo certo de ser, violações a sua existência (honra) ou intimidade (privacidade).

Dessa maneira, entendendo que a violação ao direito ao nome da pessoa transgênero e os danos causados a seus entes queridos só irá cessar mediante a retificação e a manutenção do nome que escolheu em vida, há de se garantir a correspondência dos atestados de óbito e lápide com a designação que elegeu.

Vale a pena ressaltar que a desigualdade e preconceitos em relação à essas pessoas (transfobia), por diversas vezes, faz com que a própria família desrespeite a sua identidade de gênero²⁹. Diante disso, o rol de pessoas legitimadas a interromper ou remediar violação aos direitos de personalidade, presente no Código Civil, mostra-se excessivamente apegado a uma lógica patrimonial e antiquada, que desconsidera que as famílias nem sempre são sinônimo de acolhimento e respeito à memórias das pessoas trans.

Em vista disso, uma terceira alternativa de tutelar o direito ao nome após a morte da pessoa “trans” parece residir na possibilidade de ela indicar, em vida, a sua vontade sobre o tema. É o que permite o Código Civil, a partir de: (i) disposições testamentárias, pois “são válidas as

²⁹RODRIGUES, Cássio Moreira; BARROS, Sullivan Charles. Transexualidade na infância: reflexões a partir do documentário “meu eu secreto - histórias de crianças trans”. **Revista Bagoas** - Estudos Gays: gênero e sexualidades, Natal, v. 10, nº 14, 2016, p. 300.

disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado” (artigo 1.857, § 2º); (ii) codicilo, porque “toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer **disposições especiais sobre o seu enterro**” (artigo 1.881).

Ainda, é possível que a pessoa indique um procurador para realizar os trâmites funerários e documentais, conforme seus desejos e identidade, em uma interpretação correlata à procuração de cuidados médicos (também conhecida pelo gênero testamento vital ou diretivas antecipadas de vontade). Nesse caso, a pessoa nomeia alguém de sua confiança para que essa possa ter autoridade, inclusive, sobre a vontade manifestada por seus familiares ou cônjuge.

Finalmente, é possível também que o registro aconteça na forma de declaração de vontade, obedecidos os requisitos da Lei nº 6.015 (Lei de Registros Públicos), quais sejam, a declaração de vontade, por pessoa capaz, ao tabelião ou escrivão público, na presença de 3 (três) testemunhas e posterior entrega do documento a alguém de confiança, para que seja possível a sua apresentação após a morte do autor.

Conclui-se que, ao falar em tutelar a dignidade póstuma da pessoa transgênero, é preciso respeitar a forma como ela se manifestava em sociedade, o vestuário que gostava de usar, a sua aparência, o seu corte de cabelo e, de maneira especialmente relevante, o seu nome. Afinal, o nome é reflexo da autodeterminação dessas pessoas, justamente porque inverte a lógica de eleição por terceiros de quem elas deveriam ser.

De tal forma, o enterro com o nome civil afronta o direito à autodeterminação das pessoas transgênero, sendo que o atestado de óbito sem o nome social implica em verdadeiro retrocesso na garantia da dignidade, autodeterminação e direitos de personalidade desses sujeitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O gênero é construído socialmente e as pessoas transgênero não se identificam com o seu sexo biológico. Dessa maneira, o nome atribuído ao nascer, como aspecto intrínseco da personalidade, pode carregar a memória de uma imposição feita por terceiros sobre seu corpo e identidade. Nesse sentido, o nome social é a representação de uma escolha individual feita pela pessoa, com base em entendimento sobre seu próprio gênero.

Atualmente, a legislação e os posicionamentos jurisprudenciais são claros sobre a possibilidade de retificação do registro civil em prol do respeito ao nome social escolhido pela própria pessoa no curso de sua vida. Contudo, existem diversos fatores que podem impedir a conclusão da alteração do registro civil por uma pessoa transgênero, a exemplo de uma morte prematura, o desconhecimento sobre a possibilidade jurídica do pedido ou a ausência de recursos financeiros para pleitear a mudança no cartório.

Dessa maneira, o presente trabalho propõe alguns caminhos, na tentativa de solucionar a questão e respeitar a autodeterminação de gêneros das pessoas, mesmo *post mortem*. O preconceito das próprias instituições, em sua maioria sem legislação direta sobre o tema a orientá-las e obrigá-las é presente. Assim, em primeiro momento, destaca-se a existência de previsões legais em âmbitos municipais que garantem o respeito ao nome social em atos funerários, em especial por representarem uma conquista perante situações de descaso.

Para além, não há dúvidas de que a existência da pessoa natural termina com a sua morte, mas o próprio legislador antecipou, nos artigos 12 e 20 do Código Civil, hipóteses em que a tutela objetiva da memória do falecido exigiria uma compreensão elástica dos direitos da personalidade. Entretanto, ao elencar um rol de legitimados a pleitear esses direitos após a morte, não se considera que, no caso de pessoas transgênero, não surpreende que familiares oponham resistência a identidade de gênero do indivíduo e demonstrem essa discriminação quando responsáveis pelos atos funerários da pessoa.

Por fim, entende-se que disposições em vida sejam outra possibilidade de fazer valer a vontade do indivíduo transgênero. Disposições testamentárias e o codicilo são garantidos expressamente no Código Civil e servem a este fim. A pessoa pode ainda indicar um procurador para realizar os trâmites funerários e documentais, em paralelo a perspectivas sobre saúde presentes no testamento vital ou nas diretivas antecipadas de vontade. Finalmente, uma declaração prévia de vontade também guardaria valor jurídico após a morte, se devidamente apresentada em conformidade com os requisitos da Lei nº 6.015.

REFERÊNCIAS

AMORIM, José Roberto Neves; AMORIM, Vanda Lúcia Cintra. Direito ao nome da pessoa física. **Stylus**: Revista de Psicanálise, Rio de Janeiro, [s.v.], n. 32, 2010.

ARAUJO, Beatriz; BRITO, José; NETO, Vital. Cresce 300% o uso de nome social nas escolas públicas na última década: especialistas afirmam que o poder público ainda precisa facilitar judicialmente a mudança de nome nos documentos pessoais. **CNN Brasil**, 13 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/cresce-300-o-uso-de-nome-social-nas-escolas-publicas-na-ultima-decada/>. Acesso em maio de 2023.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1995.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação Cível nº 0700186-04.2019.8.07.0015**. Rel. Carmelita Brasil. Julgado em: 17 de julho de 2019.

CERQUEIRA, Ticianá Damasceno; DENEGA, Alessa Montalvão Oliveira; PADOVANI, Andréa Sandoval. A importância do nome social para autoaceitação e aceitação social do público "trans". **Revista Feminismo**, [s.l.], v. 8, nº 2, p. 26-39, 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Opinião Consultiva OC-24/17**. 2017. Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. Obrigações estatais em relação à mudança de nome, à identidade de gênero e aos direitos derivados de um vínculo entre casais do mesmo sexo (interpretação e alcance dos artigos 1.1, 3º, 7º, 11.2, 13, 17, 18 e 24, em relação ao artigo 1º da convenção americana sobre direitos humanos).

FRANÇA, Rubens Limongi. **Do nome civil das pessoas naturais**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.

GUEDES, Ideides. Morrer pela segunda vez: só três capitais têm legislação específica para garantir às pessoas trans respeito à identidade de gênero em velórios, enterros e certidões de óbito. **Piauí**, 02 de novembro de 2021. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/morrer-pela-segunda-vez/>. Acesso em maio de 2023.

LANDRO, André George et al. A fluidez do gênero e o direito à não identificação do sexo biológico. **Revista Feminismos**, Salvador, v. 6, [s.n.], p. 46-56, 2018.

LIMA, Simone Alvarez. Da legitimidade dos pais para requerer a alteração do nome civil para o social de filho transgênero em atestado de óbito. In: SILVA, Vinícius Alves Barreto de et al. **Acesso à Justiça nas Américas**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Fórum Justiça, 2021, p. 246.

PEREIRA, André Maciel Silva. **Danos póstumos e proteção à memória**: contribuições para a compreensão da tutela post mortem da pessoa humana. 2023. F. 285. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2023.

Pessoas não binárias têm dificuldade para retificar nome e gênero em documentos: conclusão de audiência é que, apesar de normas federais já preverem esse direito, há diferenças na aplicação da medida entre os estados. **ALMG**, 13 de abril de 2023. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/comunicacao/noticias/arquivos/Pessoas-nao-binarias-tem-dificuldade-para-retificar-nome-e-genero-em-documentos/>. Acesso em maio de 2023.

PIMENTA, Luiza Cotta; SILVA, Marion Francisco da. Nome e gênero. In: RAMOS, Marcelo Maciel; VALENTIN, Márcia Ribeiro da C; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **Dicionário jurídico do gênero e da sexualidade**. 1ª ed. Salvador, BA: Devires, p. 532-549, 2022.

RESENDE, Cláudio Eduardo Resende Alves. **Nome sui generis**: o nome (social) como dispositivo de identificação de gênero. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2017.

RODRIGUES, Cássio Moreira; BARROS, Sullivan Charles. Transexualidade na infância: reflexões a partir do documentário “meu eu secreto - histórias de crianças trans”. **Revista Bagoas** - Estudos Gays: gênero e sexualidades, Natal, v. 10, n. 14, p. 297-320, 2016.

SCHEREBEIR, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 156-157.

SCHREIBER, Andersonº **Direitos da personalidade**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2002.

DESAFIO À PROMOÇÃO DA EDUCAÇÃO DIGITAL DOS FILHOS: A DESIGUALDADE DIGITAL E O EXERCÍCIO DA AUTORIDADE PARENTAL

Letícia Aparecida Raimundo Lucena da Silva¹

Rafaella de Lima Meireles²

RESUMO: Na atual realidade social, muitas funções são realizadas por meio do acesso ao mundo virtual. Nesse contexto, surgiu, em decorrência do exercício da autoridade parental, o dever de educação digital dos pais para com as crianças, frente à intensificação dos debates quanto à vulnerabilidade digital desse grupo e à necessidade de orientação para utilizar de modo seguro as novas tecnologias. Em razão disso, o objetivo deste trabalho é identificar a desigualdade digital dos pais como um desafio ao exercício da autoridade parental na promoção da educação digital das crianças e, por isso, como um fator de intensificação da vulnerabilidade digital desse grupo. Para tanto, o trabalho foi dividido em quatro tópicos. No primeiro, destaca-se a vulnerabilidade digital das crianças a partir da explicação da captação e do uso inadequado de seus dados, da exposição a conteúdos impróprios à idade e do cyberbullying. Posteriormente, discute-se a autoridade parental sob a ótica civil-constitucional e o dever de educação digital como uma nova decorrência de seu exercício. O terceiro tópico, por sua vez, delimita o sentido de desigualdade digital e sua relação de causa e consequência com a desigualdade social. E, por fim, no quarto ponto, a desigualdade digital dos pais é pensada a partir de suas influências no dever de educação

¹ Graduanda no 10º período em Direito pela Universidade Federal de Lavras. Bolsista do Programa de Educação Tutorial Institucional Direito, sob orientação do professor Dr. Gustavo Pereira Leite Ribeiro. Ex-bolsista PIBIC-UFLA.

² Graduanda no 5º período em Direito pela Universidade Federal de Lavras. Integrante voluntária do Programa de Educação Tutorial Institucional Direito, sob orientação do professor Dr. Gustavo Pereira Leite Ribeiro.

digital. A partir disso, conclui-se que a desigualdade digital enfrentada pelos pais é um desafio ao exercício da autoridade parental, aumentando a vulnerabilidade digital das crianças.

PALAVRAS-CHAVE: Autoridade parental. Educação digital. Desigualdade digital.

INTRODUÇÃO

O uso da internet é cada vez mais comum para a maioria das pessoas, já que, conforme demonstra pesquisa realizada em 2021, 82% dos domicílios no Brasil possuíam acesso à rede.³ Os brasileiros, principalmente depois da pandemia de Covid-19, estão cada vez mais conectados⁴, utilizando o mundo virtual para interagir com amigos e familiares, compartilhar seu dia a dia nas redes sociais e obter as mais variadas informações. No entanto, também se conhece os riscos que a internet apresenta, sobretudo para aqueles que não estão prontos para usá-la, ou seja, que não têm discernimento suficiente para distinguir os riscos dos benefícios, a fim de se proteger.⁵

Crianças e adolescentes, em especial as primeiras, podem ser vítimas de inúmeros problemas que o ambiente virtual traz quando usam-no sem a devida orientação e monitoramento. Por isso, as considerações feitas neste artigo são voltadas às crianças, ou seja, indivíduos de até doze anos de idade incompletos⁶, tendo em vista que, reconhecidamente vulneráveis, o ordenamento jurídico brasileiro

³ NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. Domicílios com acesso à internet. **TIC Domicílios**, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3ouldHk>. Acesso em: 21 abr. 2023.

⁴ MADUREIRA, Daniele. Universitário e trabalhador no Brasil esperam sair da pandemia mais conectados, diz pesquisa: Estudo mostra que tempo diário de conexão no país saltou 3 horas após a Covid. **Folha de São Paulo**, Brasília, 29 jun. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/45c7Ts5>. Acesso em: 20 maio 2023.

⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. NERY, Maria Carla Moutinho. Vulnerabilidade digital de crianças e adolescentes: a importância da autoridade parental para uma educação nas redes. *In*: EHRHARDT JR., Marcos; LOBO, Fabíola (orgs.). **Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro**. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 135.

⁶ Em conformidade ao art. 2º do Estatuto da Criança e Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990).

atribuiu-lhes maior proteção para que se desenvolvam de modo saudável, tanto física quanto psiquicamente.

Além disso, para os fins deste trabalho, importa a responsabilidade dos pais, enquanto detentores da autoridade parental, de promover a educação digital de tais sujeitos a fim de que estes aprimorem suas habilidades digitais, sabendo reagir criticamente ao conteúdo encontrado na rede. Nesse âmbito, os deveres de empresas, nacionais e estrangeiras, que ofertam serviços ou produtos no ambiente on-line e, também, as responsabilidades do Estado brasileiro não serão analisadas neste artigo.

O dever de promover a educação digital encontra inúmeros desafios na realidade, dentre elas a desigualdade digital, que pode ser entendida como as assimetrias socioeconômicas ao acesso e uso das novas Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) entre a população. A desigualdade digital e as assimetrias socioeconômicas apresentam relação de causa e consequência, isso porque a falta de acesso às novas tecnologias em razão da condição social e econômica do indivíduo é uma causa da desigualdade digital. Ao mesmo tempo, a impossibilidade de o sujeito ter acesso e uso efetivo das TICs também interfere nas desigualdades socioeconômicas, visto que diversos serviços e produtos estão disponíveis de modo mais prático e em maior quantidade no ambiente virtual.

Em virtude dessas circunstâncias, o objetivo principal deste trabalho é identificar a desigualdade digital dos pais enquanto um desafio ao exercício da autoridade parental na promoção da educação digital das crianças e que, em razão disso, amplia a vulnerabilidade digital destas. É válido apontar, porém, que não são apenas as barreiras socioeconômicas que limitam o exercício da autoridade parental. Pelo contrário, pais de todas as classes sociais e com variados níveis de escolaridade também possuem dificuldades para educar digitalmente as crianças. Diferentemente da educação formal, que já é algo posto, cuja importância é passada de geração a geração, a educação digital não se

insere nessas circunstâncias devido ao seu caráter recente tanto para pais quanto para filhos.

Para alcançar o objetivo mencionado, este artigo é dividido em quatro partes. Na primeira, serão apresentadas as principais situações de vulnerabilidade digital encontradas por crianças: a captação e o uso inadequado de seus dados, a exposição a conteúdos inadequados à sua idade e o cyberbullying. Na segunda parte, as alterações sociais e jurídicas na família são discutidas como um fator de mudança no conteúdo da autoridade parental. Em virtude dessas alterações, é possível reconhecer a educação digital como um novo dever dos pais para com os filhos. Na terceira parte, há a delimitação de sentido do que se entende por desigualdade digital e esta é compreendida em situação de mútua influência com as desigualdades tradicionais brasileiras. Por fim, a desigualdade digital, que atinge os detentores da autoridade parental, é compreendida como um fator que impede ou dificulta a promoção da educação digital, o que amplia a vulnerabilidade digital das crianças.

1 OS RISCOS DO USO DAS TECNOLOGIAS DIGITAIS POR CRIANÇAS: AS FACES DA VULNERABILIDADE DIGITAL

A promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) acompanha o contexto no qual a proteção e a promoção do ser humano assume centralidade nos ordenamentos de diversos países, incluindo no Brasil. Essa mudança de paradigma, que tem a Constituição Federal de 1988 como principal fonte, fez com que grupos anteriormente invisibilizados ou marginalizados juridicamente tivessem suas condições de vulnerabilidade consideradas e equilibradas por meio da força estatal, o que inclui a situação das crianças.

Conforme explica Ana Carolina Brochado, esse grupo foi protegido “de forma diferenciada e prioritária em função do déficit de discernimento e maturidade inerente à pouca idade”.⁷ Nesse contexto, o reconhecimento

⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. NERY, Maria Carla Moutinho. Vulnerabilidade digital de crianças e adolescentes: a importância da autoridade parental para uma

da vulnerabilidade desses sujeitos pelo ordenamento exsurge como uma forma de concretização de tutela positiva e, conseqüentemente, de se efetivar uma igualdade substancial entre os cidadãos.⁸

No contexto brasileiro, essa situação é melhor visualizada a partir de uma interpretação sistemática das normas. Além de o país ser signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança⁹ e contar com um microsistema voltado à questão (ECA/1990), a Lei Maior traz um tratamento distinto a essa parcela da população ao prever uma série de direitos fundamentais que devem ser garantidos a esses indivíduos pela família, sociedade e Estado.¹⁰

Essa tutela, entretanto, demonstra-se mais complexa em algumas circunstâncias, a exemplo do que acontece no ambiente digital. Isso porque, mesmo que usuários de todas as idades estejam sujeitos a riscos e resultados imprevisíveis quando fazem uso das TICs, percebe-se que crianças têm sua vulnerabilidade aumentada neste ambiente.¹¹ Discussões recentes quanto ao uso livre e irrestrito da internet demonstram os desafios quanto às faces ainda desconhecidas da tecnologia¹² e a constante necessidade dos indivíduos se adaptarem a

educação nas redes. *In*: EHRHARDT JR., Marcos; LOBO, Fabíola (orgs.). **Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro**. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 135.

⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. NERY, Maria Carla Moutinho. Vulnerabilidade digital de crianças e adolescentes: a importância da autoridade parental para uma educação nas redes. *In*: EHRHARDT JR., Marcos; LOBO, Fabíola (orgs.). **Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro**. Indaiatuba: Foco, 2021.

⁹ Promulgada pelo decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.

¹⁰ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Constituição Federal 1988)

¹¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. NERY, Maria Carla Moutinho. Vulnerabilidade digital de crianças e adolescentes: a importância da autoridade parental para uma educação nas redes. *In*: EHRHARDT JR., Marcos; LOBO, Fabíola (orgs.). **Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro**. Indaiatuba: Foco, 2021.

¹² Uma das preocupações gira em torno das questões envolvendo direitos autorais e os limites da criação de materiais audiovisuais pela inteligência artificial (MIRANDA, André. E se Elvis voltar? Inteligência artificial pode compor como o rei do rock, mas levanta questões sobre ética e direito autoral. **O Globo**, Texas, 18 mar. 2023. Disponível em: <http://glo.bo/3O7IRUR>. Acesso em: 27 abr. 2023.)

elas, visto que esses instrumentos foram incorporados de forma intensa pela população.¹³

Em contrapartida, devido à praticidade e aos benefícios inegáveis que as ferramentas tecnológicas proporcionam, estas assumiram lugar importante na forma de viver das pessoas. Desse modo, é imprescindível encontrar um caminho para o uso saudável e benéfico desses instrumentos, especialmente quando feito por pessoas que estão em fase de desenvolvimento e no início da formação de sua personalidade. No próximo tópico, considerando a relevância das discussões que permeiam esse tema atualmente, serão abordados o tratamento de dados pessoais de crianças, a exposição a conteúdos não adequados à idade e o cyberbullying.

1.1 OS DADOS PESSOAIS ENQUANTO MATÉRIA-PRIMA PARA AS EMPRESAS: INFORMAÇÕES DE CRIANÇAS ESTÃO EXCLUÍDAS DESSE INTERESSE?

Na atual forma de organização da sociedade, identificada¹⁴ como capitalismo de vigilância¹⁵, as informações pessoais são a matéria-prima utilizada para “extração, predição e comércio”.¹⁶ Nessa conjuntura, as informações pessoais assumem um novo lugar na ordem social e econômica em razão das diversas formas a partir das quais as empresas podem utilizá-las. São exemplos disso, dentre outras, a individualização

¹³ TRÊS em cada cinco pessoas não confiam em tecnologias que utilizam inteligência artificial. **Jovem Pan**, [s.l.], 23 abr. 2023. Disponível em: <https://encurtador.com.br/bgpFR>. Acesso em: 24 abr. 2023.

¹⁴ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: função e limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 12.

¹⁵ COELHO, João Francisco de Aguiar; MELLO, Maria. Proteção de dados de crianças e adolescentes e educação digital: desafios e perspectivas. *In*: COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **TIC Kids Online Brasil 2020**: Pesquisa sobre o Uso da Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3ZCE13V>. Acesso em: 25 mar. 2023, p. 97.

¹⁶ COELHO, João Francisco de Aguiar; MELLO, Maria. Proteção de dados de crianças e adolescentes e educação digital: desafios e perspectivas. *In*: COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **TIC Kids Online Brasil 2020**: Pesquisa sobre o Uso da Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3ZCE13V>. Acesso em: 25 mar. 2023, p. 97.

de serviços e produtos; o aperfeiçoamento de campanhas de marketing; a obtenção de *insights* valiosos sobre as preferências do consumidor.¹⁷

As crianças, bem como seus dados, não estão excluídas dos interesses mencionados, visto que também são usuárias de serviços e um público interessante a ser atingido pelas empresas. Isso fica nítido quando se considera que o mercado de produtos infantis movimenta 50 bilhões de reais por ano¹⁸ e cresce cada vez mais.¹⁹ Combinado a isso, tem-se a informação de que 82,2% das pessoas entre 10 e 13 anos acessaram a internet em 2021²⁰ e estão em contato com várias formas de publicidade on-line.²¹ Nesse mesmo liame, a necessidade de proteção das informações pessoais desse grupo não foi desconsiderada pelos legisladores brasileiros, que trouxeram uma seção específica para tutelar tais dados na Lei Geral de Proteção de Dados.²²

Dentro dessa perspectiva, um exemplo quando se debate o uso de dados pessoais de crianças é a adoção do ensino à distância, medida adotada por escolas e outras instituições de ensino para dar continuidade às suas atividades durante a pandemia do Covid-19. Nesse cenário, houve um aumento significativo no uso de tecnologias e plataformas

¹⁷ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: função e limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 8-24.

¹⁸ ANCHIETA, Mauro. Crianças movimentam R\$ 50 bilhões por ano entre produtos e serviços. **Globo.com**, Salvador, 02 nov. 2013. Disponível em: <http://glo.bo/3MaU83U>. Acesso em: 28 abr. 2023.

¹⁹ O GRANDE e lucrativo mercado de moda infantil para os pequenos. **SEBRAE**, [s.l.], 06 jul. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/41GjuwD>. Acesso em: 28 abr. 2023.

²⁰ CAMPOS, Ana Cristina. Quase 85% das pessoas de 10 anos ou mais acessam internet no Brasil. **Agência Brasil**, Rio de Janeiro, 16 set. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/42DWdN0>. Acesso em: 30 abr. 2023.

²¹ Ainda que o ordenamento brasileiro procure limitar e regulamentar a publicidade infantil, de forma a proteger as crianças de práticas abusivas ou prejudiciais à sua saúde e bem-estar, essa regularização encontra empecilhos no ambiente virtual. A exemplo, foram encontradas lacunas nas diretrizes de comunidade e na política de anúncio de conteúdos infantis do YouTube, um site muito utilizado pelos brasileiros. (Cf: TOMAZ, Renata; GUEDES, Brenda; MONTEIRO, Maria Clara. Política de anúncio em conteúdo infantil: lacunas para cidadania digital no YouTube. *In*: COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **TIC Kids Online Brasil 2021: Pesquisa sobre o Uso da Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil**. São Paulo, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3zrYspH>. Acesso em: 25 mar. 2023.)

²² Nesse sentido, o art. 14 da LGPD aduz que: O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente.

digitais para a realização de aulas, sendo a *Google Workspace for Education* uma das principais ferramentas utilizadas pelas instituições.²³

Em relação a problemas referentes ao uso da plataforma da empresa Google²⁴, o estudo feito por João Francisco Coelho e Maria Mello identificou que existe pouca transparência em relação à proteção dos dados coletados dos estudantes.²⁵ Além disso, foi identificado que a restrição existente quanto a exibição de anúncio na plataforma não se estende aos demais serviços da empresa, ou seja, se o estudante usar outras plataformas da Google, como o Youtube, estas poderão exibir anúncios às crianças. Nesse sentido, tem-se a preocupação do uso indevido dos dados pela empresa, seja para melhorar seus próprios serviços ou para personalizar o marketing com base nos dados coletados dos estudantes.

Além disso, os termos de uso da plataforma, transferem parte da responsabilidade da proteção dos dados pessoais dos estudantes às instituições de ensino contratantes. Dentre as obrigações assumidas pelas escolas, está o ônus de identificar qual a base legal da coleta dos dados dos estudantes, bem como a obrigação de coletar o consentimento para o uso dos dados em conformidade aos fins descritos no contrato, questões que deveriam ficar sob responsabilidade da plataforma.²⁶

²³ COELHO, João Francisco de Aguiar; MELLO, Maria. Proteção de dados de crianças e adolescentes e educação digital: desafios e perspectivas. *In: COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. TIC Kids Online Brasil 2020: Pesquisa sobre o Uso da Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil.* São Paulo, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3ZCE13V>. Acesso em: 25 mar. 2023.

²⁴ COELHO, João Francisco de Aguiar; MELLO, Maria. Proteção de dados de crianças e adolescentes e educação digital: desafios e perspectivas. *In: COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. TIC Kids Online Brasil 2020: Pesquisa sobre o Uso da Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil.* São Paulo, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3ZCE13V>. Acesso em: 25 mar. 2023.

²⁵ Ficou evidenciado que não há transparência na política de privacidade da plataforma quanto ao armazenamento e uso dos dados para aprimoramento dos serviços ofertados pela própria empresa. (COELHO, João Francisco de Aguiar; MELLO, Maria. Proteção de dados de crianças e adolescentes e educação digital: desafios e perspectivas. *In: COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. TIC Kids Online Brasil 2020: Pesquisa sobre o Uso da Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil.* São Paulo, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3ZCE13V>. Acesso em: 25 mar. 2023, p. 100).

²⁶ Conforme exposto pelos autores, essa é uma clara afronta à Lei Geral de Proteção de Dados (COELHO, João Francisco de Aguiar; MELLO, Maria. Proteção de dados de crianças e adolescentes e educação digital: desafios e perspectivas. *In: COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. TIC Kids Online Brasil 2020: Pesquisa sobre o Uso da*

À vista desse estudo, é possível identificar algumas questões a serem superadas quanto à proteção dos dados pessoais de crianças. Isso porque, ainda que esses sejam protegidos pela LGPD, isso não implica que essa tutela aconteça no plano fático. Há um longo caminho, como demonstrado no exemplo, a ser percorrido para que os dados pessoais estejam seguros frente às ameaças do ambiente virtual e às novas ferramentas que surgem todos os dias, especialmente em um contexto de vulnerabilidade desse grupo.

1.2 A EXPOSIÇÃO A CONTEÚDOS INADEQUADOS PARA IDADE

Dentre os riscos aos quais as crianças estão expostas quando utilizam as novas TICs, está o acesso a conteúdos inadequados para idade.²⁷ Um dos principais tópicos de apreensão é a exposição precoce a conteúdos violentos, sexuais ou de natureza explícita²⁸, a exemplo daqueles que incentivam comportamentos ilegais ou proibidos a menores de idade, como uso de drogas, álcool, ou práticas perigosas.²⁹ Isso se justifica, pois, o acesso prematuro a esses assuntos pode afetar o desenvolvimento emocional e psicológico da criança, a qual não está preparada para receber tais informações.³⁰

A problemática quanto ao acesso a tais informações em momento inapropriado para determinada idade, nesse contexto, acontece em função da maior dificuldade, para os pais e responsáveis, em moderar o

Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3ZCE13V>. Acesso em: 25 mar. 2023, p. 100).

²⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. NERY, Maria Carla Moutinho. Vulnerabilidade digital de crianças e adolescentes: a importância da autoridade parental para uma educação nas redes. *In*: EHRHARDT JR., Marcos; LOBO, Fabíola (orgs.). **Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro**. Indaiatuba: Foco, 2021.

²⁸ ESTUDO mostra quais conteúdos impróprios são vistos por crianças na rede. **Correio Braziliense**, [s.l.], 14 mar. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/455w23i>. Acesso em: 02 maio 2023.

²⁹ PRIOSTE, Cláudia Dias; MAZZEU, Francisco José Carvalho; GILIOTTI, Leticia. Riscos on-line e jogos violentos: análise das atividades infantis na internet. **Revista Tecnologia Educacional**, Rio de Janeiro, [s.v.], n. 221, p. 113-123, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3MLLmv2>. Acesso em: 02 maio 2023.

³⁰ TAMMARO, Rodrigo; FUENTES, Patrick. Jogos eletrônicos podem desenvolver dependência e prejudicar desenvolvimento infantil. **Jornal da USP**, São Paulo, 30 set. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/42ZdZKE>. Acesso em: 03 maio 2023.

conteúdo acessado em comparação a meios tradicionais de comunicação, como televisão e revistas.³¹ Isso ocorre devido à combinação de vários fatores relacionados às novas TICs, dentre elas o crescente uso das ferramentas virtuais no cotidiano das pessoas, à quantidade de informações no ambiente online e à velocidade com que elas podem ser modificadas dentro de uma mesma plataforma.³²

Nesse sentido, é válido ressaltar que o acesso a conteúdos inadequados também pode acontecer de maneira indesejada ou imprevisível ao usuário das redes, como por meio de anúncios ou links maliciosos que aparecem durante a navegação na internet, o que torna ainda mais complexo a moderação dos conteúdos acessados pelas crianças. Nota-se, a partir disso, que a tutela das crianças quando do uso dessas tecnologias se torna complexo em razão das circunstâncias e particularidades que permeiam o ambiente virtual.³³

1.3 O USO DAS TECNOLOGIAS POR CRIANÇAS E O CYBERBULLYING

Os primeiros meses de 2023 foram marcados pela crescente discussão sobre cyberbullying. Isso aconteceu em razão, principalmente, do aumento dos atentados nos ambientes escolares³⁴ e sua ligação com o uso de redes sociais e jogos on-line.³⁵ O cyberbullying, elemento

³¹ Pesquisa de 2014 revelou que “as crianças estão cada vez mais acessando a internet em ambientes isolados, ou por meio de dispositivos móveis, dificultando assim, a supervisão familiar.” (PRIOSTE, Cláudia Dias; MAZZEU, Francisco José Carvalho; GILIOTTI, Leticia. Riscos on-line e jogos violentos: análise das atividades infantis na internet. **Revista Tecnologia Educacional**, Rio de Janeiro, [s.v.], n. 221, p. 113-123, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3MLLmv2>. Acesso em: 02 maio 2023, p. 115)

³² BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: função e limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 5.

³³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. NERY, Maria Carla Moutinho. Vulnerabilidade digital de crianças e adolescentes: a importância da autoridade parental para uma educação nas redes. *In*: EHRHARDT JR., Marcos; LOBO, Fabíola (orgs.). **Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro**. Indaiatuba: Foco, 2021.

³⁴ AGÊNCIA SENADO. Comissão debate alternativas para frear o crescimento dos ataques às escolas. **Senado Notícias**, Brasília, 19 abr. 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3MtCpWS>. Acesso em: 30 abr. 2023.

³⁵ IORY, Nicolas; MARIANO, Laura. Ataques em escolas: antes restrito à 'deep web', conteúdo extremista contribui para aumento de casos. **O Globo**, São Paulo, 05 abr. 2023. Disponível em: <http://glo.bo/42EH4Lv>. Acesso em: 28 abr. 2023.

importante nesse contexto, é uma forma de violência que ocorre no ambiente virtual, por meio das redes sociais, mensagens de texto, e-mails e jogos virtuais, dentre outros. Aquela, a forma virtual do bullying, pode acontecer de várias formas: envio de mensagens agressivas, compartilhamento de fotos ou vídeos constrangedores, criação de perfis falsos com o objetivo de difamar ou assediar alguém, e outras formas de comportamento hostil ou intimidatório.³⁶

Esse fenômeno, porém, demanda especial atenção quando se refere às crianças, tendo em vista que elas são particularmente mais vulneráveis a ele. Isso porque esses indivíduos são usuários frequentes e ávidos das tecnologias³⁷, situação que combinada a sua vulnerabilidade, tornam-nos alvos fáceis para agressores, principalmente quando não monitoradas. As discussões quanto ao tema se justificam, nesse contexto, pois vivenciar o cyberbullying pode acarretar efeitos graves na saúde mental e no comportamento das crianças, levando a sentimentos de ansiedade, depressão, solidão e baixa autoestima, além de problemas comportamentais na escola.³⁸

Nesse cenário, o cyberbullying se junta aos demais riscos ao qual as crianças são expostas quanto utilizam as TICs, sendo muitas vezes uma ameaça invisível ou difícil de ser identificada pelos usuários da tecnologia, como as questões supracitadas. Nota-se, a partir disso, uma nova preocupação inerente ao processo de criação das crianças, visto que a tecnologia cada dia mais faz parte da realidade desse grupo. A educação digital, então, surge como um novo dever dos pais em decorrência da autoridade parental, e se mostra essencial para que esses riscos sejam evitados ou minimizados.

³⁶ AMADO, João; MATOS, Armanda; PESSOA, Teresa; JÄGER, Thomas. Cyberbullying: Um desafio à investigação e à formação. **Revista Interações**, [s.l.], v. 5, n. 13, p. 301-326, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3OkvYqL>. Acesso em: 02 maio 2023, p. 303.

³⁷ CRUZ, Elaine Patrícia. **Nove em cada dez crianças e adolescentes são usuárias de internet**. São Paulo: Agência Brasil, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3TA4m16>. Acesso em: 22 mar. 2023.

³⁸ AMADO, João; MATOS, Armanda; PESSOA, Teresa; JÄGER, Thomas. Cyberbullying: Um desafio à investigação e à formação. **Revista Interações**, [s.l.], v. 5, n. 13, p. 301-326, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3OkvYqL>. Acesso em: 02 maio 2023, p. 311.

2 AS MUDANÇAS NA AUTORIDADE PARENTAL E O DEVER DE EDUCAÇÃO DIGITAL

Diante da maior vulnerabilidade das crianças em decorrência do uso das TICs, o exercício da autoridade parental³⁹ assume novas funções. Para a compreensão dessas novas atribuições, é de fundamental importância pensar a família em sua totalidade, haja vista que as mudanças ocorridas em seu âmbito foram decisivas para as transformações do conteúdo desse instituto.⁴⁰

A família, à época do Código Civil de 1916, tinha como principais elementos o patrimônio, o patriarca e a rígida posição hierárquica de seus membros. O patrimônio justificava a união entre os cônjuges, a qual se mantinha para proteger interesses dele decorrentes. A figura do patriarca, considerado como o centro da relação doméstica, subordinava os outros membros da estrutura familiar ao seu poder. Por meio da rígida hierarquia, o *pater* proferia as ordens e decidia o destino de seus subordinados (parentes, filhos e empregados). Nesse cenário, crianças não tinham vez nem voz: ocupavam um lugar de completa submissão, devendo obediência e respeito à figura do patriarca.⁴¹ Logo, a família era vista como uma instituição que deveria ser protegida a qualquer custo, tendo em vista que valia por si só.⁴²

Por outro lado, em uma perspectiva civil-constitucional, altera-se a lógica de poder-sujeição a que as crianças estavam submetidas. Com o princípio da dignidade da pessoa humana alçado a fundamento da Constituição, houve a ruptura da perspectiva patriarcal, os vínculos familiares foram horizontalizados e as crianças passaram a ser vistas

³⁹ Neste trabalho, preferir-se-á o termo “autoridade parental”, em consonância com o pensamento da professora Ana Carolina Brochado, e que melhor se adequa à ordem civil-constitucional.

⁴⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 137.

⁴¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 20-27.

⁴² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 29.

também como sujeitos de direitos e merecedoras de tutela especial da família, da sociedade e do Estado. Dessa maneira, na contemporaneidade, a união familiar tem importância quando é um instrumento de promoção da personalidade de seus integrantes.⁴³

A autoridade parental, indissociável das mudanças no âmbito familiar, também sofreu as mencionadas alterações: o relacionamento entre pais e filhos não mais é caracterizado por interesses patrimoniais, mas pela solidariedade⁴⁴ e pelo aprendizado de ambas as partes. A relação deixou de ser baseada apenas na imposição de poderes e deveres para, diferentemente, considerar o interesse da criança. Aos pais, a Constituição Federal⁴⁵ e legislações infraconstitucionais, tais como o Código Civil⁴⁶ e o Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁷, atribuíram um conjunto de deveres básicos, a exemplo do dever de assistir, criar e educar as crianças.

Em relação à educação, pode-se dizer que se trata de um conceito amplo. Na acepção de Paulo Lôbo, o dever de educar não se restringe apenas à educação formal, ou seja, àquela aprendida nas escolas, inclui também a formação moral, política, religiosa, profissional e cívica que se dá em família.⁴⁸ Tais facetas são essenciais para a promoção da autonomia das crianças e ultrapassam o papel das escolas, devendo ser

⁴³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 28-36.

⁴⁴ “Busca-se uma família mais livre, sem massificação, com valorização da liberdade individual mas também da reciprocidade, com uma vivência mais solidarista, em que cada qual pensa e vive a família como resposta às suas aspirações de desenvolvimento pessoal, mas também com base na ajuda mútua e no diálogo. A família solidarista é o novo paradigma, que vem substituir o da família patriarcal. Não é mais o patrimônio o valor fundamental, mas sim, a pessoa humana.” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 34).

⁴⁵ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

⁴⁶ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação.

⁴⁷ Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

⁴⁸ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil: Famílias**. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, v. 5, p. 147.

estimuladas e aperfeiçoadas por meio do processo educacional característico da autoridade parental.⁴⁹

Frente ao uso constante das tecnologias digitais por crianças e aos riscos aos quais estão expostas, o dever de educação assume uma nova perspectiva: a educação digital, que possui como um de seus principais pilares o exercício da autoridade parental. Por isso, de acordo com a professora Ana Carolina Brochado, educar digitalmente uma criança consiste na atuação dos pais para ensiná-la a navegar de forma saudável e segura na internet, isto é, são condutas para preparar os filhos para o mundo tecnológico.⁵⁰

Deste dever advém a ideia de mediação parental, que pode ser compreendida como estratégias utilizadas pelos pais para maximizar os benefícios e minimizar os riscos da internet para as crianças. Tal mediação pode ser exercida de algumas formas, como: a explicação e discussão sobre os conteúdos acessados; a determinação de regras sobre quando, em quais conteúdos e por quanto tempo as crianças podem ficar on-line; e o uso de software ou outros mecanismos para filtrar, restringir ou monitorar o uso do ambiente virtual.⁵¹

No entanto, cabe ressaltar que as atitudes adotadas pelos pais não podem ser uma intromissão exagerada na vida privada das crianças, sendo justificável apenas a fim de promover o melhor interesse desse

⁴⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. NERY, Maria Carla Moutinho. Vulnerabilidade digital de crianças e adolescentes: a importância da autoridade parental para uma educação nas redes. *In*: EHRHARDT JR., Marcos; LOBO, Fabíola (orgs.). **Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro**. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 135.

⁵⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. NERY, Maria Carla Moutinho. Vulnerabilidade digital de crianças e adolescentes: a importância da autoridade parental para uma educação nas redes. *In*: EHRHARDT JR., Marcos; LOBO, Fabíola (orgs.). **Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro**. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 139.

⁵¹ CABELLO, Patricio; CLARO, Magdalena; CABELLO-HUTT, Tania. Mediação parental no uso de TIC segundo a percepção de crianças e adolescentes brasileiros: reflexões com base na pesquisa TIC Kids Online Brasil 2014. *In*: COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **TIC Kids Online Brasil 2015: Pesquisa sobre o Uso da Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil**. São Paulo, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3GiUTG1>. Acesso em: 04 abr. 2023.

grupo.⁵² Em razão disso, é preciso que os detentores da autoridade parental reconheçam a capacidade de seus filhos, à medida que estes crescem, para decidir sobre questões existenciais que lhe dizem respeito e, assim, assumir papel mais ativo em seu processo educacional. Desse modo, os pais devem realizar a mediação parental a fim de proteger as crianças dos perigos do mundo virtual, mas este exercício não pode prejudicar o desenvolvimento da personalidade desses sujeitos ainda em formação.⁵³

Na prática, um estudo publicado pela *Policy Press*, vinculada à Universidade de Bristol, mostrou que a educação digital realizada pelos pais é eficaz na redução dos riscos que a internet oferece, no enfrentamento emocional de problemas causados por esse meio e, também, no desenvolvimento de habilidades digitais.⁵⁴ Nesse sentido, percebe-se que a educação digital, por meio do exercício da autoridade parental, ameniza as vulnerabilidades das crianças quando do uso do ambiente virtual. Com sua falta, ocorre o chamado abandono digital, ou seja, os pais não acompanham as atividades realizadas por seus filhos na internet, nem os ensinam a tomar os cuidados necessários na rede. Essa situação pode ser considerada como a face oposta da educação digital, tendo em vista que os pais falham em seu dever de orientar e acompanhar as atividades realizadas por seus filhos no ambiente on-line.⁵⁵

⁵² “O princípio do melhor interesse significa que a criança [...] deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade.” (LÓBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil: Famílias**. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, v. 5, p. 37).

⁵³ MENEZES, Joyceane Bezerra. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. In: MENEZES, Joyceane B. e MATOS, Ana Carla H. (Org.). **Direito das famílias por juristas brasileiros**. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁵⁴ PASQUIER, D.; SIMÕES, J. A.; KARDENS, E. Agents of mediation and sources of safety awareness: A comparative overview. In: LIVINGSTONE, S.; HADDON, L.; GORZIG, A. (org.). **Children, risk and safety on the internet: research and policy challenges perspective**. Bristol: Policy Press, 2012, p. 219-230.

⁵⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. NERY, Maria Carla Moutinho. Vulnerabilidade digital de crianças e adolescentes: a importância da autoridade parental para uma educação nas redes. In: EHRHARDT JR., Marcos; LOBO, Fabíola (orgs.).

É importante destacar que, para além de possuir acesso à rede, é preciso que os usuários sejam capazes de se apropriar de modo crítico das tecnologias, o que significa ter uma reflexão sobre o uso de seus dados pessoais e segurança digital.⁵⁶ Assim, para que as crianças sejam educadas digitalmente, é preciso que seus pais tenham as mencionadas habilidades e, assim, ensinem-nas a identificar riscos e benefícios quando do uso do ambiente virtual. No entanto, os detentores da autoridade parental podem encontrar dificuldades para promover a educação digital de seus filhos, em razão, principalmente, de desigualdades socioeconômicas que os atingem. Dentre elas, merece destaque a desigualdade digital, sendo importante delimitá-la quanto a seu sentido e sua relação com outras desigualdades, também sociais e econômicas, que marcam o contexto brasileiro.

3 DESIGUALDADE DIGITAL: DELIMITAÇÃO DE SEU SENTIDO E SUA RELAÇÃO DE MÚTUA INFLUÊNCIA COM AS DESIGUALDADES SOCIAIS BRASILEIRAS

No contexto exposto acima, no qual é cada vez mais natural o uso de tecnologia no cotidiano, importa discutir uma questão relevante a várias áreas do conhecimento⁵⁷: a desigualdade digital.⁵⁸ Esse fenômeno,

Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 139.

⁵⁶ MOURA, Iara et al. Internet e infância: impactos das desigualdades em crianças de comunidades rurais e territórios tradicionais. *In*: COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **TIC Kids Online Brasil 2021: Pesquisa sobre o Uso da Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, 2022, p. 124.

⁵⁷ A desigualdade digital é estudada nas Ciências Sociais Aplicadas; Ciências Humanas; e, Ciências da Saúde. Dentre outras áreas do conhecimento. (SANTOS, Milena Barros Marques dos. **Desigualdades digitais e desigualdades estruturais**: um estudo no contexto do desenvolvimento no semiárido brasileiro. 2020. Dissertação (Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional) - Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2020, p. 25).

⁵⁸ Cabe mencionar que este fenômeno também é trabalhado sob a perspectiva de uma questão de exclusão digital, desde que essa seja entendida em seus três níveis. Isso porque, os estudos sobre o assunto dividem a exclusão digital em três níveis. O primeiro nível tem enfoque no acesso e uso das tecnologias entre grupos sociodemográficos distintos, observando a infraestrutura disponível e o acesso efetivo pelos indivíduos. O segundo nível, por sua vez, é representado por “diferenças entre indivíduos segundo contextos socioeconômicos e sociodemográficos em termos das competências e das formas para usar as TIC”. O último nível, por fim, foca na disparidade entre os

denominado como brecha digital na Argentina e *digital divide* nos EUA⁵⁹, assume centralidade nas agendas dos governos em razão do impacto das novas TICs no contexto social e econômico.⁶⁰

À vista disso, com o objetivo de entender melhor o fenômeno, bem como suas causas e consequências sociais, duas principais abordagens têm sido utilizadas nas pesquisas sobre desigualdades digitais, de acordo com Ellen Helsper. A primeira delas é mais individualista, psicológica e comportamental, enquanto a segunda entende que a raiz dessas desigualdades é societária, estrutural e sistêmica.⁶¹ Essas são duas formas de entender a questão: a primeira, trata a desigualdade digital a partir da perspectiva da pessoa e suas características individuais; a segunda, entende o fenômeno a partir da sua ligação com as questões sociais, por exemplo condição econômica e nível educacional.

Nesse sentido, a autora expõe a necessidade de que se considere a posição geográfica e o contexto social do indivíduo quando se discute a

resultados, positivos e negativos, que o uso das TICs pode representar na vida das pessoas. (HELSPER, Ellen Johanna. Por que estudos baseados em localização oferecem novas oportunidades para uma melhor compreensão das desigualdades sociodigitais? *In*: NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR (org.). **Desigualdades digitais no espaço urbano**: Um estudo sobre o acesso e o uso da Internet na cidade de São Paulo. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2019.

⁵⁹ SANTOS, Milena Barros Marques dos. **Desigualdades digitais e desigualdades estruturais**: um estudo no contexto do desenvolvimento no semiárido brasileiro. 2020. Dissertação (Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional) - Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2020, p. 15).

⁶⁰ Com a popularização recente dos mecanismos de inteligência artificial os debates estão ainda mais intensos. A preocupação quanto aos impactos dessa tecnologia fez, inclusive, com que o Chatgpt, uma das principais ferramentas desse setor, fosse banido provisoriamente da Itália. (SYOZI, Ricardo. ChatGPT foi banido na Itália e está sendo investigado pelas autoridades do país. Terra, [s.l.], 31 mar. 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3ZVROmt>. Acesso em: 03 abr. 2023).

⁶¹ Abordagem individual está ancorada nos paradigmas de desigualdades digitais de primeiro e segundo nível e preocupa-se em como melhorar o acesso, a motivação, as habilidades das pessoas e, em certa medida, os diferentes tipos de engajamento; já a abordagem societária enfatiza desigualdades estruturais baseadas em fatores como gênero, etnia e condição socioeconômica.” Para mais, cf: (HELSPER, Ellen Johanna. Por que estudos baseados em localização oferecem novas oportunidades para uma melhor compreensão das desigualdades sociodigitais? *In*: NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR (org.). **Desigualdades digitais no espaço urbano**: Um estudo sobre o acesso e o uso da Internet na cidade de São Paulo. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2019, p. 24)

desigualdade digital. Isso porque existe uma ligação entre essa forma de desigualdade e as desigualdades tradicionais⁶², conforme exposto abaixo:

As pesquisas sobre as desigualdades digitais têm enfatizado as relações entre acesso, habilidades e uso das tecnologias da informação e comunicação (TICs), e as desigualdades tradicionais (Helsper, 2012; Ragnedda & Muschert, 2018; Van Dijk, 2005). Nos últimos vinte anos, trabalhos empíricos mostraram que os indivíduos historicamente menos favorecidos em termos socioeconômicos e/ou socioculturais também apresentam chances menores de se engajarem com as TICs [...]. As explicações para essas desigualdades estão em características dos domicílios ou dos indivíduos e em recursos e status associados a eles na sociedade como um todo.⁶³

Essa conexão entre as desigualdades tradicionais, especialmente a socioeconômica, com a desigualdade digital se torna extremamente relevante no contexto brasileiro, tendo em vista que o país apresenta um índice alto de desigualdade econômica⁶⁴ e social⁶⁵ entre sua população.⁶⁶ Nesse contexto, as desigualdades socioeconômicas já presentes na estrutura social brasileira foram potencializadas e evidenciadas quando da transposição de diversas atividades para o ambiente digital, visto que impedem ou dificultam o uso das TICs.

Há, nesse contexto, uma relação de causa e consequência entre essas formas de desigualdade, uma vez que a assimetria ao acesso e uso

⁶² Por desigualdades tradicionais, entende-se as assimetrias persistentes e longamente estudadas na sociedade, a exemplo das disparidades de gênero, renda e raça.

⁶³ HELSPER, Ellen Johanna. Por que estudos baseados em localização oferecem novas oportunidades para uma melhor compreensão das desigualdades sociodigitais? *In*: NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR (org.). **Desigualdades digitais no espaço urbano**: Um estudo sobre o acesso e o uso da Internet na cidade de São Paulo. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2019, p. 21.

⁶⁴ Dois dados importantes quanto à desigualdade econômica no Brasil foram abordados no Relatório sobre as Desigualdades Mundiais divulgado pela *World Inequality Lab* em 2021. O primeiro deles é que a população 1% mais rica do país é detentora de quase metade da fortuna patrimonial brasileira, o segundo refere-se ao fato de quanto a renda nacional os indivíduos 50% mais pobres ganham 29 vezes menos do que os 10% mais ricos. (FERNANDES, Daniela. 4 dados que mostram por que Brasil é um dos países mais desiguais do mundo, segundo relatório. **BBB News Brasil**, Paris, 07 dez. 2021. Disponível em: <https://bbc.in/3MhkL7m>. Acesso em: 28 abr. 2023.)

⁶⁵ FALTA de dinheiro obriga os brasileiros a renegociar dívidas de serviços básicos. **Jornal Nacional**, São Paulo, 02 ago. 2022. Disponível em: <http://glo.bo/45z29c6>. Acesso em: 05 maio 2023.

⁶⁶ FERRARI, Hamilton; SOUZA, Renato. 78 milhões de brasileiros não têm acesso a direitos básicos, aponta IBGE. **Correio Braziliense**, [s.l.], 07 dez. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3MNrp6X>. Acesso em: 05 maio 2023.

das TICs, além de ser entendida enquanto um desdobramento das desigualdades socioeconômicas, também é um fator capaz de agravá-las.⁶⁷ A falta de acesso a essas novas tecnologias, em razão da condição social e econômica do indivíduo, é fator de causa da desigualdade digital. Ao mesmo tempo, a impossibilidade do sujeito ter acesso e usar de modo efetivo as TICs também interfere nas desigualdades socioeconômicas, visto que diversos serviços e produtos estão disponíveis de maneira mais prática e em maior quantidade no ambiente virtual.⁶⁸

Assim, em um círculo vicioso, os sujeitos - em especial, os detentores da autoridade parental - continuam num contexto de vulnerabilidade socioeconômica. Como exemplo dessa relação de mútua influência entre as desigualdades tradicionais e as TICs, pode-se citar a digitalização de serviços de proteção social, já que os governos transferem algumas de suas políticas para o ambiente on-line.⁶⁹ Nesse sentido, Cíntia Melchiori argumenta que:

A atuação dos governos digitais estaria, portanto, concorrendo para o agravamento das desigualdades existentes no mundo off-line, na medida em que ampliam oportunidades para aqueles que já possuem maior capital econômico, social e cultural para se beneficiarem do uso da Internet (Dijk, 2013; Robinson et al., 2015), ao mesmo tempo em que excluem ou alvejam aqueles em situação socioeconômica desfavorável.⁷⁰

⁶⁷ Melchiori, Cíntia Ebner. Digitalização da proteção social: o desafio da inclusão. In: COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **TIC Domicílios 2019: Pesquisa Sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos Domicílios Brasileiros**. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3lZTrSd>. Acesso em: 24 mar. 2023. p. 136.

⁶⁸ Um exemplo desse tipo de serviço foi o Auxílio Emergencial, benefício criado durante a pandemia de Covid-19 para garantir renda mínima a pessoas vulneráveis. Frente à dificuldade para usar as TICs, muitos indivíduos não conseguiram aproveitá-lo. (MORAES, Lucas. Desigualdade digital dificulta ainda mais acesso ao auxílio emergencial. **Jornal do Comércio**, [s.l.], 30 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3Wuxjx1>. Acesso em: 20 maio 2023).

⁶⁹ O governo brasileiro intensificou, a partir de 2019, a digitalização do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), a fim de reduzir custos e promover maior clareza e transparência de informações. Para saber mais sobre esse processo, veja: RAMOS, Arthur et al. Qual o impacto que a transformação digital pode ter para a previdência social? BrasilLAB, [s.l.], jul. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3OuxHJY>. Acesso em: 20 maio 2023.

⁷⁰ Melchiori, Cíntia Ebner. Digitalização da proteção social: o desafio da inclusão. In: COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **TIC Domicílios 2019: Pesquisa Sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos Domicílios Brasileiros**. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3lZTrSd>. Acesso em: 24 mar. 2023. p. 136.

À vista disso, o próximo capítulo se propõe a entender de que forma a desigualdade digital impacta pais e mães. Afetados por essa desigualdade, promover a educação digital de seus filhos é um desafio.

4 DESIGUALDADES TRADICIONAIS, DESIGUALDADE DIGITAL E EDUCAÇÃO DIGITAL

Como visto acima, as desigualdades tradicionais e a desigualdade digital possuem relação de causa e consequência. No entanto, para além da mútua influência, tal circunstância interfere também na promoção da educação digital de crianças, já que dificulta ou impede que os detentores da autoridade parental afetados por esse círculo vicioso cumpram esse novo dever. Questiona-se, nesse contexto, como pais em situação de vulnerabilidade socioeconômica exercem o dever de educação digital dos filhos se eles mesmos não têm acesso à rede ou não sabem usá-la de maneira crítica? Um estudo⁷¹ realizado nos Estados do Piauí e Sergipe⁷² pode ser utilizado para ilustrar a relação entre as mencionadas desigualdades e o dever de educação digital.

Primeiramente, há de se destacar que, em razão da localização geográfica, a população dessa região possui dificuldades de acesso às TICs. À época, a pesquisa TIC Kids Online Brasil (2019) registrou que apenas 28% da população da região Nordeste vivia em domicílios com computador e acesso à Internet, enquanto na região Sudeste este percentual era de 51%.⁷³ Nesse cenário, barreiras de conectividade impactam de forma mais acentuada o aproveitamento de oportunidades

⁷¹ MOURA, Iara et al. Internet e infância: impactos das desigualdades em crianças de comunidades rurais e territórios tradicionais. *In*: COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **TIC Kids Online Brasil 2021**: Pesquisa sobre o Uso da Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil. 1. ed. São Paulo: Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, 2022.

⁷² Quilombo Sumidouro, localizado no município de Queimada Nova, no Piauí, e assentamento Vitória da União, situado no município de Santa Luzia do Itanhy, em Sergipe.

⁷³ COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **TIC Kids Online Brasil 2019**: Pesquisa sobre o uso da Internet por crianças e adolescentes no Brasil. Disponível em: <https://bit.ly/43HmwTc>. Acesso em: 17 abr. 2023.

on-line de crianças de comunidades rurais e de povos tradicionais da região Nordeste do que da região Sudeste.

Em segundo lugar, os pais possuem dificuldades para orientar seus filhos sobre o uso seguro da internet. Segundo uma agricultora rural, mãe de um menino de 15 anos,

A Internet tem coisas que as crianças descobrem que nem os adultos chegam a descobrir. Termina virando um risco. Tem os dois lados, o lado bom que a Internet oferece e o lado ruim. Dá pra aprender muita coisa, pesquisa, conhecimento. O lado ruim é a influência com outras coisas, tem facilidade de entrar em aplicativos e ver coisas que possa ser que no momento eu não veja. Pode se comunicar com pessoas erradas.⁷⁴

O receio dessa entrevistada também é compartilhado por outros pais, os quais relataram observar e acompanhar o uso da internet por seus filhos, sendo a prática de limitar o tempo de uso a mais utilizada pelas famílias. No entanto, outros métodos de acompanhamento das atividades realizadas no ambiente on-line, como o uso de senhas e filtros de conteúdos, não foram citados.⁷⁵ Por outro lado, pais de classe social mais elevada tendem a apresentar mais habilidades digitais e a ensinar, de modo mais ativo, seus filhos quanto ao uso da internet, realizando - por exemplo - sugestões de por que alguns sites são bons ou ruins ou ficando ao lado da criança enquanto esta usa a internet, a fim de observar o que é acessado.⁷⁶

Assim, percebe-se que, frente ao círculo vicioso entre as desigualdades tradicionais e a desigualdade digital, pais nessa situação

⁷⁴ MOURA, Iara et al. Internet e infância: impactos das desigualdades em crianças de comunidades rurais e territórios tradicionais. *In: COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. TIC Kids Online Brasil 2021: Pesquisa sobre o Uso da Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, 2022, p. 126.

⁷⁵ MOURA, Iara et al. Internet e infância: impactos das desigualdades em crianças de comunidades rurais e territórios tradicionais. *In: COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. TIC Kids Online Brasil 2021: Pesquisa sobre o Uso da Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, 2022, p. 126.

⁷⁶ CABELLO, Patricio; CLARO, Magdalena; CABELLO-HUTT, Tania. Mediação parental no uso de TIC segundo a percepção de crianças e adolescentes brasileiros: reflexões com base na pesquisa TIC Kids Online Brasil 2014. *In: COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. TIC Kids Online Brasil 2015: Pesquisa sobre o Uso da Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil*. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2016, p. 32.

tentam educar digitalmente as crianças, porém vários fatores interferem nesse seu dever, tais quais: “baixos índices de escolaridade formal; rotinas preenchidas por atividades domésticas e outras demandas laborais; habilidades digitais, em geral, inferior ao das crianças; e falta de informações sobre o que pode ser feito em termos de proteção digital”.⁷⁷ Nesse âmbito, o dever de educação digital a ser promovido no âmbito familiar enfrenta limitações na vida cotidiana e, conseqüentemente, as crianças possuem maiores dificuldades para evitar situações de perigo no ambiente virtual.

Diante das limitações supracitadas, depreende-se que pela falta de educação digital, crianças muitas vezes não conseguem perceber os riscos a que estão expostas na rede ou as conseqüências de seus atos. Assim, sua vulnerabilidade aumenta: não se atentam para quais sites fornecem seus dados pessoais; acessam conteúdos inadequados para sua idade; ou praticam ou sofrem cyberbullying. Portanto, a intensificação da vulnerabilidade digital de crianças, em decorrência da falta de educação digital a ser oferecida pelos pais, tem relação com as desigualdades socioeconômicas que marcam a estrutura social brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto ao longo do texto, é crescente o uso das novas tecnologias pelos brasileiros, já que as facilidades e os benefícios dessas ferramentas levaram a população a inseri-las no seu dia a dia. Dentre os seus usuários, no entanto, encontram-se também crianças, grupo que tem sua vulnerabilidade presumida e que demanda o auxílio dos pais para um uso seguro dessas ferramentas.

A vulnerabilidade das crianças no ambiente digital é observada em razão dos riscos e resultados imprevisíveis do uso das TICs, combinada

⁷⁷ MOURA, Iara et al. Internet e infância: impactos das desigualdades em crianças de comunidades rurais e territórios tradicionais. *In*: COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **TIC Kids Online Brasil 2021**: Pesquisa sobre o Uso da Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil. 1. ed. São Paulo: Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, 2022, p. 126.

ao fato de que essas estão em processo de desenvolvimento de sua autonomia. Assim, esses indivíduos, muitas vezes, são mais receptivos às ameaças devido à sua incapacidade de compreender as implicações que o uso dessas tecnologias podem ter em suas vidas. Nesse cenário, discute-se as questões relativas à proteção dos dados pessoais das crianças, a exposição a conteúdo inadequado e o cyberbullying, que exemplificam a amplificação da vulnerabilidade das crianças em razão das particularidades do ambiente on-line.

Como consequência desses riscos relacionados à vulnerabilidade digital das crianças, exsurge para os pais um novo dever inerente ao exercício da autoridade parental: a educação digital. Atualmente, o Código Civil brasileiro e a Constituição reconhecem as crianças como titulares de direitos, merecedoras de proteção especial da família, da sociedade e do Estado. A autoridade parental não é mais uma relação de poder e submissão, mas um instituto complexo que se fundamenta enquanto direito-dever exercido em benefício das crianças. Os pais, portanto, têm um conjunto de deveres básicos, incluindo o dever de assistir, criar e educar seus filhos e, nesse contexto, a educação deve ser entendida enquanto um conceito amplo que vai além da escolarização formal.

Entendido enquanto um novo desdobramento do dever de educação, o dever de educação digital encontra um empecilho no contexto brasileiro: a desigualdade digital presente no país. Nesse sentido, os estudos sobre essa modalidade de desigualdade mostram a sua ligação com as desigualdades tradicionais, dentre elas a socioeconômica, de modo que a desigualdade digital é evidenciada e influenciada pelas desigualdades sociais. Esse cenário faz com que muitos indivíduos tenham dificuldade em usar as TICs e, conseqüentemente, não consigam usufruir de diversos serviços e produtos que estão disponíveis de maneira mais prática e em maior quantidade no ambiente virtual.

Para a discussão quanto à promoção da educação digital, de modo que se utilize da mediação parental para promovê-la, deve-se considerar a desigualdade digital enfrentada pelos pais como um desafio a ser superado. Tal condição vivenciada por esses indivíduos, principalmente em razão de algum tipo de desigualdade social, não pode ser ignorada quando se busca debater a proteção das crianças no uso das novas tecnologias e a promoção de sua educação digital, haja vista que o círculo vicioso entre as desigualdades influencia todo um conjunto de pessoas já vulneráveis.

REFERÊNCIAS

ABANDONO digital: responsáveis devem estar atentos à exposição de crianças e adolescentes na internet. Belo Horizonte: IBDFAM, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3Tzk4cW>. Acesso em: 22 mar. 2023.

AGÊNCIA SENADO. Comissão debate alternativas para frear o crescimento dos ataques às escolas. **Senado Notícias**, Brasília, 19 abr. 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3MtCpWS>. Acesso em: 30 abr. 2023.

AMADO, João; MATOS, Armanda; PESSOA, Teresa; JÄGER, Thomas. Cyberbullying: Um desafio à investigação e à formação. **Revista Interacções**, [s.l.], v. 5, n. 13, p. 301-326, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3OkvYqL>. Acesso em: 02 maio 2023.

ANCHIETA, Mauro. Crianças movimentam R\$ 50 bilhões por ano entre produtos e serviços. **Globo.com**, Salvador, 02 nov. 2013. Disponível em: <http://glo.bo/3MaU83U>. Acesso em: 28 abr. 2023.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: função e limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BORTOLAZZO, Sandro Faccin. Das conexões entre cultura digital e educação: pensando a condição digital na sociedade contemporânea. **ETD - Educ. Temat. Digit.**, Campinas, v. 22, n. 2, p. 369-388, abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/40UL5Kn>. Acesso em: 26 mar. 2023.

CABELLO, Patricio; CLARO, Magdalena; CABELLO-HUTT, Tania. Mediação parental no uso de TIC segundo a percepção de crianças e adolescentes brasileiros: reflexões com base na pesquisa TIC Kids Online Brasil 2014. In: COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **TIC Kids Online Brasil 2015: Pesquisa sobre o Uso da Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil**. São Paulo, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3GiUTGl>. Acesso em: 04 abr. 2023.

CAMPOS, Ana Cristina . Quase 85% das pessoas de 10 anos ou mais acessam internet no Brasil. **Agência Brasil**, Rio de Janeiro, 16 set. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/42DWdN0>. Acesso em: 30 abr. 2023.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **TIC Kids Online Brasil 2019**: Pesquisa sobre o uso da Internet por crianças e adolescentes no Brasil. Disponível em: <https://bit.ly/43HmwTc>. Acesso em: 17 abr. 2023.

CRUZ, Elaine Patrícia. **Nove em cada dez crianças e adolescentes são usuárias de internet**. São Paulo: Agência Brasil, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3TA4m16>. Acesso em: 22 mar. 2023.

ESTUDO mostra quais conteúdos impróprios são vistos por crianças na rede. **Correio Braziliense**, [s.l.], 14 mar. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/455w23i>. Acesso em: 02 maio 2023.

FALTA de dinheiro obriga os brasileiros a renegociar dívidas de serviços básicos. **Jornal Nacional**, São Paulo, 02 ago. 2022. Disponível em: <http://glo.bo/45z29c6>. Acesso em: 05 maio 2023.

FERRARI, Hamilton; SOUZA, Renato. 78 milhões de brasileiros não têm acesso a direitos básicos, aponta IBGE. **Correio Braziliense**, [s.l.], 07 dez. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3MNRp6X>. Acesso em: 05 maio 2023.

HELSPER, Ellen Johanna. Por que estudos baseados em localização oferecem novas oportunidades para uma melhor compreensão das desigualdades sociodigitais? *In*: NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR (org.). **Desigualdades digitais no espaço urbano**: Um estudo sobre o acesso e o uso da Internet na cidade de São Paulo. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2019.

IORY, Nicolas; MARIANO, Laura. Ataques em escolas: antes restrito à 'deep web', conteúdo extremista contribui para aumento de casos. **O Globo**, São Paulo, 05 abr. 2023. Disponível em: <http://glo.bo/42EH4Lv>. Acesso em: 28 abr. 2023.

LEMOS, Rodrigo. Inteligência artificial vai acabar com o direito autoral?. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 23 abr. 2023. Disponível em: <https://encurtador.com.br/vADZ4>. Acesso em: 24 abr. 2023.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil**: Famílias. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, v. 5.

MADUREIRA, Daniele. Universitário e trabalhador no Brasil esperam sair da pandemia mais conectados, diz pesquisa: Estudo mostra que tempo diário de conexão no país saltou 3 horas após a Covid. **Folha de São Paulo**, Brasília, 29 jun. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/45c7Ts5>. Acesso em: 20 maio 2023.

MENEZES, Joyceane Bezerra. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada.

In: MENEZES, Joyceane B. e MATOS, Ana Carla H. (org.). **Direito das famílias por juristas brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, André. E se Elvis voltar? Inteligência artificial pode compor como o rei do rock, mas levanta questões sobre ética e direito autoral. **O Globo**, Texas, 18 mar. 2023. Disponível em: <http://glo.bo/3O7IRUR>. Acesso em: 27 abr. 2023.

MORAES, Lucas. Desigualdade digital dificulta ainda mais acesso ao auxílio emergencial. **Jornal do Commercio**, [s.l.], 30 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3Wuxjx1>. Acesso em: 20 maio 2023.

MOURA, Iara et al. Internet e infância: impactos das desigualdades em crianças de comunidades rurais e territórios tradicionais. In: COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **TIC Kids Online Brasil 2021: Pesquisa sobre o Uso da Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil**. São Paulo, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3zrYspH>. Acesso em: 11 abr. 2023.

NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. Pesquisa sobre o uso da Internet por crianças e adolescentes no Brasil. **TIC Kids Online Brasil**, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3LJc6vT>. Acesso em: 22 mar. 2023.

NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. Domicílios com acesso à internet. **TIC Domicílios**, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3ouldHk>. Acesso em: 21 abr. 2023.

O GRANDE e lucrativo mercado de moda infantil para os pequenos. **SEBRAE**, [s.l.], 06 jul. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/41GjuwD>. Acesso em: 28 abr. 2023.

PASQUIER, D.; SIMÕES, J. A.; KARDENS, E. Agents of mediation and sources of safety awareness: A comparative overview. In: LIVINGSTONE, S.; HADDON, L.; GORZIG, A. (org.). **Children, risk and safety on the internet: research and policy challenges perspective**. Bristol: Policy Press, 2012, p. 219-230.

PRIOSTE, Cláudia Dias; MAZZEU, Francisco José Carvalho; GILIOTTI, Leticia. Riscos on-line e jogos violentos: análise das atividades infantis na internet. **Revista Tecnologia Educacional**, Rio de Janeiro, [s.v.], n. 221, p. 113-123, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3MLLmv2>. Acesso em: 02 maio 2023.

PESQUISA sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros. Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação: TIC Domicílios 2020. Disponível em: <https://bit.ly/43HmwTc>. Acesso em: 17 abr. 2023.

RAMOS, Arthur et al. Qual o impacto que a transformação digital pode ter para a previdência social? **BrasilLAB**, [s.l.], jul. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3OuxHJY>. Acesso em: 20 maio 2023.

RODRIGUES, Cristiane Terezinha; SANTANA, Viviane Candeia Paz de. Abandono digital de crianças e adolescentes e a responsabilidade parental. **Revista de Direito**, [s.l.], v. 14, n. 02, p. 01-26, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3ZhdSHN>. Acesso em: 26 mar. 2023.

SILVEIRA, Ana Cristina de Melo. **Responsabilidade parental em tempos digitais**. Migalhas. Disponível em: <https://bit.ly/3FFdax2>. Acesso em: 22 mar. 2023.

SYOZI, Ricardo. ChatGPT foi banido na Itália e está sendo investigado pelas autoridades do país. **Terra**, [s.l.], 31 mar. 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3ZVROmt>. Acesso em: 03 abr. 2023.

TAMMARO, Rodrigo; FUENTES, Patrick. Jogos eletrônicos podem desenvolver dependência e prejudicar desenvolvimento infantil. **Jornal da USP**, São Paulo, 30 set. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/42ZdZKE>. Acesso em: 03 maio 2023.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. NERY, Maria Carla Moutinho. Vulnerabilidade digital de crianças e adolescentes: a importância da autoridade parental para uma educação nas redes. *In*: EHRHARDT JR., Marcos; LOBO, Fabíola (orgs.). **Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro**. Indaiatuba: Foco, 2021.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos do direito civil: direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TRÊS em cada cinco pessoas não confiam em tecnologias que utilizam inteligência artificial. **Jovem Pan**, [s.l.], 23 abr. 2023. Disponível em: <https://encurtador.com.br/bgpFR>. Acesso em: 24 abr. 2023.

DESAFIOS PARA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL E A APLICAÇÃO DE INDENIZAÇÃO EM CASOS DE ABANDONO AFETIVO PARENTAL FILIAL NO BRASIL

Sabrina Souza de Moura¹

RESUMO: O presente trabalho visa através de apresentação doutrinária e jurisprudencial ressaltar que a análise do vínculo familiar não pode ser feita apenas com enfoque na esfera íntima do indivíduo, mas também é urgente o estudo do vínculo legal, pois as relações familiares são dotadas de obrigações jurídicas que quando lesadas, seja por negligência ou omissão parental-filial, causam danos morais e afetivos nas crianças e adolescentes, reclamando, por consequência, pesquisa na matéria civil acerca da possibilidade de responsabilização civil e indenização. Dessa forma, o artigo irá se basear na fluidez do conceito de família para explicitar como a irresponsabilidade parental avinda do abandono parental-filial, irradia para as vítimas, crianças e adolescentes, consequências sociais, econômicas, mentais, físicas e até mesmo personalíssimas.

PALAVRAS-CHAVE: Afeto. Responsabilidade civil. Indenização.

INTRODUÇÃO

Segundo levantamento de dados², com valores referentes ao primeiro semestre de 2020, cerca de 6,31% dos registros de nascimento, nesse período, foram feitos sem o nome do progenitor. Ou seja, dos 1.280.514

¹ Graduanda do curso de Direito da Universidade Federal de Viçosa (MG), atual membro ligante da Liga Acadêmica de Estudos sobre Criminalidade (LAEC) e da Liga Acadêmica de Ciência Forense (LACIF), além de exercer participação efetiva nos projetos Themis - aluno cidadão e Tutelando Conselhos da própria instituição.

² Citação aos divulgados pela Associação Nacional dos Registradores Civis de Pessoas Naturais (Arpen Brasil).

nascimentos registrados no país nos Cartórios de Registro Civil, 80.904 possuem apenas o nome da mãe.

Para além de um simples número quantitativo, tal projeção retrata como a irresponsabilidade paterna é advinda de um contexto histórico-social amplo, no qual as principais obrigações familiares na criação dos filhos ficam a cargo da mãe, sendo o pai, muitas vezes, isento de seus deveres com seus filhos. Dessa forma, a falta da figura paterna na criação e desenvolvimento infanto-juvenil produz, em cadeia, efeitos diversos como sequelas psicológicas, financeiras e sociais, afetando, conjuntamente, a personalidade, a visão de mundo das crianças, sua qualidade de vida, seus valores sociais e morais.

Nesse sentido, torna-se imperativo demonstrar que culpa é a inexecução de um dever legal que o agente causador poderia conhecer ou observar. Em suma, trata-se de toda violação a um dever jurídico - levando em conta que no Direito Civil dolo e culpa são incluídos no conceito geral de culpa. A partir de tal definição é possível dizer que toda ação danosa cabe, no mínimo, reparação e se houver a possibilidade de mensuração cabe até mesmo indenização tendo em vista que nenhuma vítima deve ser lesada sem haver responsabilização civil do agente causador do dano, como regulado pelo artigo 927 do Código Civil de 2002:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Assim, somando-se esses conceitos com a problemática apresentada é notório a necessidade de verificação e reflexão acerca da possibilidade de reparação e indenização das crianças e dos adolescentes, os quais são vítimas da falta de cuidado, zelo e presença de seus entes familiares ou filiais resultando em vulnerabilidade psicossocial que influencia a dinâmica indivíduo-sociedade. Não obstante, tem-se como consequências do abandono afetivo a carência infanto juvenil, a baixa autoestima, a

depressão, a ansiedade e o desenvolvimento de doenças emocionais diversas.

Em virtude disso, é válido ressaltar que a família é o primeiro alicerce do indivíduo. Logo, ela possui papel fundamental na definição da personalidade individual e na formação da conduta social, assegurando, para além da subsistência, também bem-estar, educação, transmissão de hábitos, culturas e conhecimentos, os quais possibilitam ao jovem acesso básico aos meios primordiais para seu crescimento pessoal e profissional.

Em suma, é inegável a relevância da família como pilar formulador do indivíduo, do seu caráter e de sua reação aos eventos futuros e incertos, sendo essa figura também fundamental a sociedade, pois no Estado Democrático de Direito todo sujeito é relevante e deve ser resguardado - como previsto em texto constitucional. Assim, qualquer lesão aos direitos constitucionais exige resposta judiciária.

O trabalho nomeia como objetivos, não somente, o estudo de casos concretos e teóricos acerca do tema, mas também o incitamento a discussões inclusivas, as quais devem procurar incentivar a reflexão no tocante a responsabilização civil do abandono afetivo, visando explicitar possíveis caminhos para colmatar a lacuna legislativa, já que não há exposto texto normativo que responda a demanda encontrada. Dessarte, o artigo pretende evidenciar as deficiências e os avanços já presentes nos últimos dez anos no direito brasileiro, por intermédio de análise jurisprudencial de julgados ocorridos entre 2012 e 2021, nos quais se nota a busca pela resposta as lesões aos direitos constitucionais e infraconstitucionais advindos do abandono afetivo parental-filial.

Por fim, é possível afirmar que a justificativa desse empenho se deve a notável falta de legislação específica e resposta pacífica a questão posta, sendo assim cada caso depende de avaliação jurisprudencial própria submetida ao Tribunal e/ou da Turma que irá julgá-la. Em suma, essa indagação não procura apontar soluções fixas ou direcionar qualquer tendência teórica, tão somente objetiva inflamar a dúvida acerca dos

desafios para responsabilidade civil e da indenização como caminho para melhorar as respostas jurisprudenciais e legislativas ao tema/problema.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 EVOLUÇÕES CONCEITUAIS DOS TERMOS: DIREITO E FAMÍLIA

Inicialmente, é necessário ressaltar que o direito é resultado da cultura, se caracterizando como um dever ser, ou seja, ele atua com a pretensão de descrever a realidade por intermédio da ficção agindo como reflexo da sociedade, de suas desigualdades e particularidades - espelho do tempo, da época, das demandas e dos preconceitos.

Dessa forma, enquanto os hábitos e pensamentos de uma sociedade mudam, o direito e suas fontes - costumes, jurisprudência, lei, atos negociais e a doutrina - devem, paralelamente, buscar acompanhar o desenvolvimento social para evitar a obsolescência de seu texto normativo ao regular as questões sociais, ressaltando a premissa que o direito é menor que a realidade - retrato da impossibilidade de normatizar e prever todas as situações concretas possíveis - ao mesmo tempo que é maior que a lei - já que é a partir de suas fontes que há a possibilidade de aplicar, integrar e interpretar os comandos normativos, até em casos lacunosos como a problemática apresentada.

Nota-se como exemplo das mudanças sociais que alteram a lei, a atualização do conceito da família presente nos Códigos Civis brasileiros. No Código Civil de 1916 (CC/16), o conceito de família era pautado em uma sociedade machista e patriarcal, na qual o homem possuía o poder de mando sobre os entes familiares, não somente como figura paterna, mas também como o sujeito que decidia o futuro de sua mulher e de seus filhos. Nesse momento histórico, o núcleo familiar legítimo era instituído após o matrimônio entre homem e mulher, que através da relação conjugal criavam seus filhos. Isto é, a família era concebida apenas com base nos laços sanguíneos, não sendo cabível qualquer outro tipo de

interpretação familiar que fugisse da estrutura marido-pai como chefe da sociedade conjugal e familiar como pode ser visto no artigo 233 do Código Civil de 1916:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal.

Compete-lhe:

I. A representação legal da família.

II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial

III. direito de fixar e mudar o domicílio da família

IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal.

V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.

Se não bastasse tal texto, o Código de 1916 retoma no artigo 380 a figura paterna como o eixo familiar central reforçando o laço patriarcal do conceito: “durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher”.

No entanto, é evidente que com as conquistas femininas adquiridas após o período das Guerras Mundiais e da Guerra Fria, o Código Civil de 2002 (CC/02) amplia o conceito de família abarcando diversas possibilidades para qualificação familiar, sendo os eixos principais para a essa caracterização o afeto, o companheirismo e os laços de empatia e solidariedade desenvolvidos entre os entes familiares.

Ou seja, após a atualização, o Código Civil de 2002 pretende intervir menos na esfera privada da família, pautando-se na liberdade do planejamento familiar. Nesse sentido, a definição de família se afasta da ideia de relação centrada na figura do pai passando a ser vista como toda relação jurídica que liga os sujeitos pelo zelo, pelo ânimo de proximidade e felicidade individual, seja a família constituída pelo casamento, pela união estável ou pelas famílias monoparentais, como se nota no artigo 226 da Constituição Federal:

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento)

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (*Família monoparental*). (...)

Logo, a família que antes era definida apenas como parental com base biológica na relação entre os pais, agora também pode ser analisada através da filiação, sendo esse, atualmente, o principal modelo de família brasileira, já que é através do elo voluntário construído entre os indivíduos que se forma o núcleo familiar.

Assim, a tríade familiar tradicional pai-mãe-filhos biológicos passa a ser uma das diversas possibilidades de construção familiar, já que a filiação biológica (consanguinidade) divide espaço de aplicação e estudo, tal como nesse trabalho, com a família baseada na afetividade recíproca (filiação) que almeja na convivência íntima, respeito e estabilidade familiar para além da ligação biológica. Por isso, a partir dessa alteração no texto normativo é aplicável o uso da expressão abandono parental-filial para incluir amplamente todas as possibilidades de núcleos familiares reguladas no Direito brasileiro.

Dessa forma, utilizando-se da filtragem constitucional - todo ramo do direito deve ser interpretado a luz da Constituição, sendo essa o sol que erradia seus princípios e valores a todo o restante do ordenamento - é passível ressaltar também que a solidariedade familiar advém, diretamente, do exercício do afeto sendo um incentivador pessoal para que os membros familiares cumpram suas obrigações uns com os outros, como apresentado no artigo 229 da Constituição: “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Para análise do planejamento familiar e o princípio da paternidade responsável é necessário recorrer ao art.266, § 7º da Carta Magna:

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

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

Por meio desse artigo, fica explícito o dever dos progenitores de agir de maneira consciente no planejamento familiar almejando assegurar as crianças seus direitos básicos de cuidado, como amparo físico e emocional. Dessa forma, o princípio da afetividade está implícito na Constituição, pois se deriva do princípio da dignidade pessoa humana, sendo esse balizador para o princípio da paternidade responsável, tendo em vista que para haver assistência moral e afetiva, o indivíduo precisa, a priori, de uma vida digna.

Em continuidade, o texto constitucional identifica o rol de obrigações da família em relação as crianças, taxando, portanto, os direitos da criança e do adolescente, na busca pela preservação de seus interesses como máxima legal, dispondo proteger o futuro do país na garantia da infância e do desenvolvimento saudável do sujeito de direito, como regulado no art. 277 da Carta Magna:

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

2.2 ABANDONO AFETIVO

O abandono, em essência, pode aceitar como sinônimos desamparo, esquecimento ou até mesmo desleixo, em resumo, se trata da renúncia a determinada circunstância vivencial. O abandono afetivo ocorre quando os pais, por diversos motivos, ausentam-se do exercício da paternidade ou da maternidade, deixando o menor desamparado acerca da presença do ente familiar. Ou seja, o abandono afetivo, seja por intermédio do

exercício negligente, irresponsável ou nocivo dos interesses dos filhos em si já uma lesão aos princípios e aos artigos anteriormente citados.

No entanto, cabe ressaltar que, em muitos casos, o abandono decorre da figura paterna, seja devido ao divórcio entre os pais, a inexistência de contato prévio ou em virtude da realidade do progenitor, o qual não insere o filho em sua dinâmica de vida. Por consequência, a falta de convivência enfraquece os laços pai-filho e sobrecarrega a mãe, a qual se visualizando sem rede de apoio, assume o papel de mãe-solo arcando com todos os deveres, direitos e obrigações com seu filho.

Porém, essa negligência ou omissão por parte do genitor desencadeia repercussões, físicas e morais, no desenvolvimento pessoal infanto-juvenil, já que o filho pode em razão da ausência afetiva parental-filial desenvolver ansiedade, depressão, transtornos antissociais, baixa autoestima e dificuldades ou até mesmo incapacidade de relacionamento social.

Quando se reflete sobre os efeitos do abandono em relação as famílias vulneráveis, fica ainda mais evidente que a falta de referência familiar, influencia as crianças a recorrerem a outras redes e/ou meios de apoio para suprimir suas dúvidas e questões pessoais, já que é intrínseco a todo ser humano a necessidade de amparo em uma base segura de acolhimento. Logo, além de fatores psicológicos e sociais, o abandono afetivo também interfere na dinâmica financeira, cultural e relacional do indivíduo explicitando desigualdades sociais já existentes ou instigando o surgimento dessas na vida pessoal do indivíduo, em comparação aos outros sujeitos sociais.

Para casos de abandono é relevante citar o artigo 1.638 do Código Civil de 2002, no qual se expressa que “perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; (...)”. Mas para além dessa perda, também é urgente destacar que o abandono afetivo é uma lesão direta ao princípio da dignidade da pessoa humana, eixo norteador da Constituição Federal,

sendo fundamental ao Estado brasileiro, como normatizado no art.1º da Carta Maior:

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

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana; (...)

Para além da Constituição, tem-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o qual visando proteção especial infanto-juvenil define em seus artigos 15 e 22 medidas protetivas para acolher e proteger as crianças e os adolescentes dos riscos sociais resultados da negligência e do abandono paternal-filial, como fica evidente no texto normativo:

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

Dessa forma, tanto o ECA quanto a Constituição reiteram o ideal da criança como membro familiar de suma importância, evidenciando que sua criação e educação devem ser respeitadas e garantidas pelos entes familiares e pela sociedade, tendo em vista que as crianças e os adolescentes compõem um grupo de vulnerabilidade social devido sua fragilidade formativa implicando prioridade dentro do meio social e respeito ao princípio do melhor interesse desse grupo.

A preservação desses direitos é, em suma, o cumprimento do artigo 6º da Constituição, no qual dentre a regulação dos direitos sociais há citação a infância como uma das esferas essenciais de assistência do Estado

Democrático de Direito: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Não obstante, é possível constatar a inexistência de um texto legal próprio e explícito que responsabilize e penalize os entes familiares que, voluntariamente, são irresponsáveis emocionalmente com seus filhos ao negar o afeto como direito básico da criança. Dessa maneira, é evidente a urgência do estudo acerca da responsabilidade civil como forma de garantir o caráter punitivo e indenizatório da decisão judicial acerca das lesões por dano afetivo.

2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL: DEFINIÇÃO, CONCEITOS E IMPACTOS

A responsabilidade civil surge a partir da prática da vida, seja através de atos negociais ou da definição da própria lei, sendo sua aplicação necessária quando, de maneira direta ou indireta, há lesões a personalidade, a dignidade, a liberdade, a imagem, a honra ou aos direitos do sujeito lhe causando perdas patrimoniais ou extrapatrimoniais, como a dor e o sofrimento que precisam ser reguladas pelo Estado na busca pela pacificação social.

Para melhor conceituação de responsabilidade civil pode-se usar entendimento³:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma, praticado, por pessoa por quem ela responde, posa alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Nesse sentido, entende-se que toda obrigação quando inobservada, lesada ou ferida por outrem gera responsabilidade e quando essa é passível de mensuração torna-se evidente e necessária a compensação

³DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 29^a ed., São Paulo: Saraiva, 2015. Volume VII. P.34.

ou reparação do dano sofrido. Levando em consideração a análise do ordenamento acerca da responsabilidade é admissível afirmar a presença de duas subdivisões: responsabilidade civil objetiva e subjetiva, sendo que no Código Civil de 2002, no artigo 186 há valorização da responsabilidade civil subjetiva: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Tem-se como diferença entre esses dois tipos de responsabilidade a dependência acerca da vontade humana e a necessidade de culpa como requisitos para classificação. A responsabilidade civil objetiva ocorre quando há dano independente da vontade humana, sendo seus pressupostos: a lesão, o nexo causal e o dano. No entanto, a responsabilidade civil subjetiva tem como elementos: a conduta humana, a culpa genérica, o nexo de causalidade e o dano/prejuízo.

A conduta humana pode ser positiva – ocorre quando o agente causador do dano tem a intenção de lesar outrem – ou negativa – referente a omissão/passividade, seja voluntária ou involuntária. Por via de regra, a responsabilidade civil advém de conduta positiva por meio do ato que causa o dano, porém para o estudo do abandono afetivo parental-filial nota-se o foco na conduta humana negativa, pois é através das provas da omissão frente a esse dever jurídico que se torna possível exigir medidas indenizatórias.

Culpa em *lato sensu* é a inexecução de um dever jurídico de conhecimento ou observância do agente causador. Ou seja, tanto a ação quanto a omissão ensejam culpa, na medida em que o agente causador pratica o ato, considerando também a ação/omissão concorrentes da vítima.

Em investigação mais profunda da culpa genérica é razoável subdividi-la em dois campos: dolo - violação intencional do dever jurídico para causar dano, seja por ação ou omissão - ou culpa - violação de um dever sem intenção. Assim, tem-se como elementos da culpa: a ação humana intencional que produz lesão não intencional, a atitude do agente em assumir o risco do acontecimento e a falta de cuidado e cautela do sujeito

causador do dano. Logo, a culpa se relaciona com a imprudência (falta de cuidado somada a ação, em regra intencional), a negligência (falta de cuidado somada a omissão) ou imperícia (falta de qualificação para o exercício da função).

Como terceiro elemento da responsabilidade civil é apontado o nexo de causalidade que se trata da ligação imaterial entre o ato ilícito e o dano sofrido, sendo que para mensurar a capacidade e a proporção da indenização é preciso comensurar a extensão do dano causado. É imprescindível a citação desse elemento devido a possibilidade de apresentação das possíveis excludentes do nexo de causalidade: fato exclusivo da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior que quando comprovadas em processo afastam o agente causador da responsabilidade.

Por fim, o último elemento básico da responsabilidade civil é o dano, sendo esse todo e qualquer prejuízo em detrimento de um bem jurídico alheio, podendo ser a violação de bens patrimoniais ou extrapatrimoniais, como melhor conceitua o jurista Cavalieri⁴:

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

Com isso, pode-se afirmar que a responsabilização do dano possui caráter pedagógico e punitivo, uma vez que tenta, durante seu processo e decisão, aplicar aquele caso concreto como exemplo e modelo de penalização das partes julgadas equivocadas devido reprovação do ordenamento. Sendo assim, entre as diversas espécies de dano, para exame direto do tema é suscetível observar dano material, moral e afetivo.

⁴FILHO, Cavalieri S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.77.

Dano material refere-se a lesão material do bem jurídico tutelado, como posto pela doutrina⁵ é a “a lesão a interesse econômico concretamente merecedor de tutela. Quando o dano ofende a relação entre a pessoa e bens economicamente avaliáveis, surge a responsabilidade patrimonial”. Sendo que para uso da aplicação desse dano dentro do processo, é necessário identificar provas que atestem que a vítima sofreu danos emergentes (dano positivo: patrimônio efetivamente perdido), lucros cessantes (dano negativo: análise do que a vítima, efetivamente, deixou de ganhar) ou até mesmo a perda de uma chance, se possível comprovar que o abandono parental-filial realmente afetou expectativa ou oportunidade certa futura da criança.

Em paralelo, o dano moral é a lesão imaterial que fere a dignidade humana ou lesa os direitos da personalidade, assim sendo, é cabível de indenização, pois cabe ao indivíduo responsabilidade sobre o tema, como regulado no art.5º, X, da Constituição:

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, nos termos seguintes:

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;

Já o dano afetivo, foco do trabalho, é espécie de dano moral que ocorre quando os pais deixam de exercer o dever de cuidado e zelo com seus filhos, na clara violação do dever de cuidado, para além do descumprimento de ordem patrimonial com a criança. Portanto, mesmo progenitores que vivem juntamente com a vítima, ou aqueles que fornecem pensão alimentícia ainda podem ser acusados de abandono afetivo, em vista do abandono parcial ou completo das obrigações referentes a criação dos filhos para assistência moral, psíquica e afetiva.

Como demonstrado previamente, mesmo que não haja tangência completa na assistência familiar, é possível aplicar o artigo 186 do Código

⁵ FARIAS, Cristiano; NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito civil**, V. 3. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 253.

Civil para responsabilizar aos familiares pela não garantia ou negligência ao mínimo zelo, presença na formação da personalidade e dos princípios morais da criança, sendo esses fatores que desenvolvem o indivíduo afetando sua vida psicológica, física, social e/ou financeira.

No entanto, é notável que a afirmação de danos afetivos não se refere a presença de amor, pois não há como ninguém obrigar tal sentimento nas relações individuais, trata-se, em resumo, da responsabilização pelos abalos afetivos causados pelo descumprimento do dever de cuidado inerente as relações familiares.

Dessa forma, partindo do pressuposto que o afeto é algo facultativo e não cabe regulamentação do ponto de vista jurídico para fundamentar a argumentação de responsabilidade em casos de abandono afetivo é preciso recorrer ao Código Civil de 2002 que traz em seu texto normativo a valorização do afeto como bem jurídico a ser tutelado. A partir dessa regulamentação fica manifestado que não há obrigação de amar, contudo deve haver responsabilidade perante o dever de cuidado, como é previsto nos artigos 1.637 e 1.638:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Buscando ressaltar a importância do afeto, acolhendo e protegendo as crianças e adolescentes vítimas da conjuntura de risco social acarretada pelo abandono afetivo, em 2015 foi aprovado pelo Senado e pela Comissão de Direitos Humanos (CDH) o Projeto de Lei do Senado - PLS 700/2007 de autoria do Senador Marcelo Crivella, no qual se intenta modificar o

Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei nº8.069, 13 de julho de 1990) ao caracterizar o abandono afetivo como uma conduta ilícita que necessita de responsabilização. Na situação atual, o projeto tem como destino a Câmara dos Deputados (como Casa Revisora) aguardando os tramites legais para sua discussão. Para melhor alusão do texto do projeto de lei se torna indispensável a leitura do seguinte trecho:

Portanto, embora consideremos que a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o Código Civil contemplem a assistência moral, entendemos por bem estabelecer uma regra inequívoca que caracteriza o abandono moral como conduta ilícita passível de reparação civil.

2.4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DOS JULGADOS, COM FOCO NO SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL (STJ)

A partir da análise do pedido feito pelo PLS 700/2007 é notável a inexistência de um entendimento pacífico acerca de como o Poder Judiciário deve agir na tutela da problemática exposta. Dessa forma, pode-se assistir duas correntes que versam sobre a obrigação de indenizar, sendo necessária a verificação de ambas para melhor entendimento do dever de indenizar o abandono afetivo.

Para a corrente negativa, não é possível indenizar o abandono afetivo parental-filial, dado que, primeiramente, o afeto e o amor são bens imensuráveis não cabendo, portanto, medir monetariamente os danos causados aos filhos fazendo com que a indenização por responsabilidade civil se afaste de sua finalidade compensatória. Outrossim, a perspectiva afirma que a responsabilização, nesses casos, não exerceria sua função punitiva e pedagógica, já que a decisão não exclui o sofrimento da vítima além de dificultar ou impossibilitar a reconstrução da relação autor-vítima no núcleo familiar.

Dentre os juízos que apoiam tal corrente, é crível apontar a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que julgou improcedente o pedido de reparação por abandono afetivo, pois segundo entendimento do Tribunal o dever de cuidado se refere apenas ao cumprimento das

prestações patrimoniais, não incluindo o afeto como bem tutelado, como apresentado no julgado:

CIVIL DIREITO DE FAMÍLIA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. GENITOR. ATO ILÍCITO. DEVER JURÍDICO INEXISTENTE. ABANDONO AFETIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. 1. Não ofende o art. 535 do CPC a decisão que examina, de forma fundamentada, todas as questões submetidas à apreciação judicial. 2. A ação de indenização decorrente de abandono afetivo prescreve no prazo de três anos (Código Civil, art. 206, § 3º, V). 2. A indenização por dano moral, no âmbito das relações familiares, pressupõe a prática de ato ilícito. 3. O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável. Precedentes da 4ª Turma. 4. Hipótese em que a ação foi ajuizada mais de três anos após atingida a maioridade, de forma que prescrita a pretensão com relação aos atos e omissões narrados na inicial durante a menoridade. Improcedência da pretensão de indenização pelos atos configuradores de abandono afetivo, na ótica do autor, praticados no triênio anterior ao ajuizamento da ação. 4. Recurso especial conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido⁶.

Como outro exemplo, pode-se citar a decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul, na qual o relator Luiz Felipe Brasil Santos mesmo reconhecendo a ausência do genitor e as consequências psicológicas sofridas pela filha, julgou improcedente o pedido de indenização devido a argumentação da inexistência de nexo de causalidade, tornando impossível a colocação da responsabilidade civil, como posto no texto:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ABANDONO AFETIVO. A sentença julgou procedente pedido para condenar o apelante, genitor, a indenizar dano moral à filha, por abandono afetivo. Embora a demonstração de que a apelada necessite tratamento por depressão, chegando a atentar contra a própria vida, os elementos dos autos são insuficientes para comprovar, com segurança e robustez, nexo de causalidade entre a conduta omissiva do genitor, quanto às visitas determinadas judicialmente, e os danos emocionais/psíquicos ou sofrimento indenizável, nos termos dos arts. 186 e 927 do CCB. Apenas em situações excepcionais e com efetiva prova é que, na seara das relações familiares, se deve conceder reparação por dano

⁶ (STJ - REsp: 1.579.02-021/RS 2016/0011196-8, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 19/10/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/11/2017).

extrapatrimonial, sob pena de excessiva patrimonialização das relações familiares. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME⁷.

Como último exemplo jurisprudencial da concepção negativa de responsabilidade por dano afetivo é razoável observar a decisão do Ministro Luis Felipe Salomão, Relator do AgInt no Agravo em Recurso Especial nº1.286.242 - MG (2018/0100313-0), no qual o Ministro afirma o entendimento da improcedência da causa apresentada devido argumentação de que a lei não exige amor entre pais e filhos, apontando falta de provas concretas das consequências do abandono afetivo para a vida da criança, como se vê no julgado:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.
AÇÃO CIVIL PÚBLICA.
ABANDONO DE MENOR. DANOS MORAIS. MATÉRIA QUE
DEMANDA REEXAME DE FATOS E PROVAS. SUMULA 7 DO
STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Não se viabiliza o
recurso especial pela indicada violação dos artigos 1022 e 489
do Código de Processo Civil de 2015. Isso porque, embora
rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi
devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu
pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido
contrário à pretensão da parte recorrente. Não há falar, no caso,
em negativa de prestação jurisdicional. A Câmara Julgadora
apreciou as questões deduzidas, decidindo de forma clara e
conforme sua convicção com base nos elementos de prova que
entendeu pertinentes. No entanto, se a decisão não corresponde
à expectativa da parte, não deve por isso ser imputado vício ao
julgado.

2. O STJ possui firme o entendimento no sentido de que "O dever
de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação
dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de
modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de
sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as
necessidades de filhos maiores e pais, em situação de
vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável."
(REsp 1579021/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI,
QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 29/11/2017).

3. O Tribunal de origem, amparado no acervo fático - probatório
dos autos concluiu que: " Não houve comprovação de abandono
afetivo ou material dos pais em relação à filha, de modo a
configurar um ilícito ensejador de dano moral.". Dessa forma,
alterar o entendimento do acórdão recorrido sobre a não
comprovação dos requisitos caracterizados da responsabilidade
civil demandaria, necessariamente, reexame de fatos e provas, o

⁷ (TJ-RS - **AC: 70083174474 RS**, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 23/04/2020, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: 08/09/2020).

que é vedado em razão do óbice da Súmula 7 do STJ.
4. Agravo interno não provido⁸.

Em contraposição, tem-se a corrente positiva a qual reafirma que o ato ilícito é indenizável, pois o objetivo da indenização não é regulamentar o afeto nas relações familiares, e sim punir a atitude de abandono, já que se trata do descumprimento das responsabilidades intrínsecas do núcleo familiar. Enfim, para essa concepção é na incidência da responsabilidade que se insere o afeto e o cuidado como obrigações inerentes do direito familiar.

Logo, ao se configurar como violação do dever de cuidado, sendo a inobservância causadora de danos morais e afetivos a vítima, para além da esfera patrimonial, tem-se como entendimento que a corrente é favorável a indenização, como foi previsto no seguinte julgado da Terceira Turma do STJ:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. APLICAÇÃO DAS REGRAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES. OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS E PERDA DO PODER FAMILIAR. DEVER DE ASSISTÊNCIA MATERIAL E PROTEÇÃO À INTEGRIDADE DA CRIANÇA QUE NÃO EXLUEM A POSSIBILIDADE DA REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS PAIS. PRESSUPOSTOS. AÇÃO OU OMISSÃO RELEVANTE QUE REPRESENTA VIOLAÇÃO AO DEVER DE CUIDADO. EXISTÊNCIA DO DANO MATERIAL OU MORAL. NEXO DE CAUSALIDADE. REQUISITOS PREENCHIDOS NA HIPÓTESE. CONDENAÇÃO A REPARAR DANOS MORAIS. CUSTEIO DE SESSÕES DE PSICOTERAPIA. DANO MATERIAL OBJETO DE TRANSAÇÃO NA AÇÃO DE ALIMENTOS. INVIABILIDADE DA DISCUSSÃO NESTA AÇÃO.

1- Ação proposta em 31/10/2013. Recurso especial interposto em 30/10/2018 e atribuído à Relatora em 27/05/2020. 2- O propósito recursal é definir se é admissível a condenação ao pagamento de indenização por abandono afetivo e se, na hipótese, estão presentes os pressupostos da responsabilidade civil. 3- É juridicamente possível a reparação de danos pleiteada pelo filho em face dos pais que tenha como fundamento o abandono afetivo, tendo em vista que não há restrição legal para que se apliquem as regras da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares e que os arts. 186 e 927, ambos do CC/2002, tratam da matéria de forma ampla e irrestrita. Precedentes específicos da 3ª Turma. 4- A possibilidade de os

⁸ (STJ - REsp: 1.159.242 SP 2018/0100313-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 08/10/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/10/2019).

pais serem condenados a reparar os danos morais causados pelo abandono afetivo do filho, ainda que em caráter excepcional, decorre do fato de essa espécie de condenação não ser afastada pela obrigação de prestar alimentos e nem tampouco pela perda do poder familiar, na medida em que essa reparação possui fundamento jurídico próprio, bem como causa específica e autônoma, que é o descumprimento, pelos pais, do dever jurídico de exercer a parentalidade de maneira responsável. 5- O dever jurídico de exercer a parentalidade de modo responsável compreende a obrigação de conferir ao filho uma firme referência parental, de modo a propiciar o seu adequado desenvolvimento mental, psíquico e de personalidade, sempre com vistas a não apenas observar, mas efetivamente concretizar os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da dignidade da pessoa humana, de modo que, se de sua inobservância, resultarem traumas, lesões ou prejuízos perceptíveis na criança ou adolescente, não haverá óbice para que os pais sejam condenados a reparar os danos experimentados pelo filho. 6- Para que seja admissível a condenação a reparar danos em virtude do abandono afetivo, é imprescindível a adequada demonstração dos pressupostos da responsabilização civil, a saber, a conduta dos pais (ações ou omissões relevantes e que representem violação ao dever de cuidado), a existência do dano (demonstrada por elementos de prova que bem demonstrem a presença de prejuízo material ou moral) e o nexo de causalidade (que das ações ou omissões decorra diretamente a existência do fato danoso). 7- Na hipótese, o genitor, logo após a dissolução da união estável mantida com a mãe, promoveu uma abrupta ruptura da relação que mantinha com a filha, ainda em tenra idade, quando todos vínculos afetivos se encontravam estabelecidos, ignorando máxima de que existem as figuras do ex-marido e do ex-convivente, mas não existem as figuras do ex-pai e do ex-filho, mantendo, a partir de então, apenas relações protocolares com a criança, insuficientes para caracterizar o indispensável dever de cuidar. 8- Fato danoso e nexo de causalidade que ficaram amplamente comprovados pela prova produzida pela filha, corroborada pelo laudo pericial, que atestaram que as ações e omissões do pai acarretaram quadro de ansiedade, traumas psíquicos e sequelas físicas eventuais à criança, que desde os 11 anos de idade e por longo período, teve de se submeter às sessões de psicoterapia, gerando dano psicológico concreto apto a modificar a sua personalidade e, por consequência, a sua própria história de vida. 9- Sentença restabelecida quanto ao dever de indenizar, mas com majoração do valor da condenação fixado inicialmente com extrema modicidade (R\$ 3.000,00), de modo que, em respeito à capacidade econômica do ofensor, à gravidade dos danos e à natureza pedagógica da reparação, arbitra-se a reparação em R\$ 30.000,00. 10- É incabível condenar o réu ao pagamento do custeio do tratamento psicológico da autora na hipótese, tendo em vista que a sentença homologatória de acordo firmado entre as partes no bojo de ação de alimentos contemplava o valor da mensalidade da psicoterapia da autora, devendo eventual inadimplemento ser objeto de discussão naquela seara. 11- Recurso especial conhecido e parcialmente provido, a fim de julgar procedente o pedido de reparação de danos morais, que arbitro em R\$ 30.000,00), com juros contados desde a citação e correção monetária desde a publicação deste acórdão, carregando ao recorrido o pagamento das despesas, custas e honorários

advocaticios em razão do decaimento de parcela mínima do pedido, mantido o percentual de 10% sobre o valor da condenação fixado na sentença⁹.

Pioneiramente, essa apreensão já era aplicada pelo STJ em abril de 2012 quando julgado o Recurso Especial n° 1.159.242 - SP, no qual a Ministra Relatora Nancy Andrigh concedeu direito a indenização a criança devido abandono afetivo sofrido pelo pai, é próprio em seu voto:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido¹⁰.

Também é possível observar o voto do Ministro Relator Raul Araújo no Recurso Especial n° 1.087.561 - RS (2008/0201328-0) apresentado ao Superior Tribunal de Justiça, no qual há reiteração de que se comprovado o dano causado pelo abandono afetivo é cabível responsabilização civil, como é visualizado no julgado:

⁹ (REsp n. 1.887.697/RJ, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/09/2021, DJe de 23/09/2021).

¹⁰ (TJ- Resp 1159242/SP, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 24/04/2012, Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, Data de Publicação 10/05/2012).

RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. ABANDONO MATERIAL. MENOR. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE PRESTAR ASSISTÊNCIA MATERIAL AO FILHO. ATO ILÍCITO (CC/2002, ARTS. 186, 1.566, IV, 1.568, 1.579, 1.632 E 1.634, I; ECA, ARTS. 18-A, 18-B E 22). REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. O descumprimento da obrigação pelo pai, que, apesar de dispor de recursos, deixa de prestar assistência material ao filho, não proporcionando a este condições dignas de sobrevivência e causando danos à sua integridade física, moral, intelectual e psicológica, configura ilícito civil, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002. 2. Estabelecida a correlação entre a omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material e os danos morais ao filho dali decorrentes, é possível a condenação ao pagamento de reparação por danos morais, com fulcro também no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. 3. Recurso especial improvido¹¹.

Por fim, é imperativo ressaltar que mesmo nos julgados que possibilitam a indenização por abandono afetivo é plausível apontar críticas, já que muitos Tribunais entendem que para haver abandono é necessário relacionamento anterior pré-estabelecido que tenha sido rompido abruptamente, ou seja, sem relação prévia não haveria responsabilidade. Além disso, grande parte dessa corrente também acredita que só há abandono parental após o reconhecimento legal da paternidade.

Dessa forma, mesmo que essa interpretação vise regular a responsabilidade afetiva para atender as demandas sociais ainda é notório a permanência de lacunas procedimentais, as quais apontam para necessidade de estudo e desenvolvimento do tema, já que nos atuais moldes de decisão, o processo pode acentuar as desigualdades sociais entre as partes e o processo - fato que deveria ser minimizado com a responsabilidade.

3 CONCLUSÃO

Dessa forma, é conclusivo que as modificações no conceito da instituição familiar devem-se a evolução da sociedade, na qual a mulher passou a ocupar papel mais ativo, lutando por autonomia financeira e familiar.

¹¹ (STJ - **REsp: 1.087.561/RS** 2008/0201328-0, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 13/06/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/08/2017).

Nessa proporção, a partir da igualdade formal, a família, como socialização primária do indivíduo, busca proteger mais intensamente as crianças as tornando entes que devem ser respeitados e honrados conforme textos legais agora atualizados, seja com apoio no Código Civil, na Constituição Federal de 1988 ou no Estatuto da Criança e do Adolescente lidos com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

Nota-se que esse princípio é fruto de intensa evolução histórica-social, pois é a partir de sua interpretação que são garantidos os direitos fundamentais e os direitos humanos visando concretizar a vida digna, a qual deve preservar as garantias individuais e o bem social. Ademais, os outros princípios anteriormente citados: afetividade, planejamento familiar, paternidade responsável e a máxima proteção dos interesses da criança e do adolescente são de suma importância para a família como sistema consciente que procura em sua base evitar desigualdades nas relações familiares para formar seus filhos de forma sadia.

Enfim, é a partir da transformação desses fatores que se torna viável inserir o afeto como uma das variáveis para o crescimento infanto-juvenil saudável, tendo em vista que os sentimentos de frustração, abandono, tristeza, sofrimento e angústia são, atualmente, os maiores motores que adoecem a sociedade agitada e inconsistente que baseada na utilidade e na agilidade, por vezes esquece de suas obrigações básicas abandonando, conseqüentemente, seus filhos que passarão a vida batalhando contra traumas e sequelas deixadas devido irresponsabilidade do agente familiar.

O objetivo desse trabalho não é idealizar a família perfeita ou ao menos exigir sentimentos nas relações familiares, em realidade é pretendido apresentar que a obrigação dos pais com seus filhos vai além da esfera patrimonial - alimentação, educação, moradia, saúde, dentre outras inúmeras obrigações patrimoniais - é necessário que os pais sejam suporte material e emocional dos filhos, já que é através da estabilidade familiar que os entes, em conjunto, conseguem influenciar positivamente o desenvolvimento do indivíduo social.

Nessa perspectiva, cabe reafirmar que o tema discutido não possui resolução unânime, ou seja, a partir da análise das jurisprudências postas é possível observar que não há uniformização do entendimento acerca de qual a melhor resposta a causa declarada, sendo assim, a lacuna legislativa presente é acentuada pelo Poder Judiciário que na falta de uma resposta pacífica gera insegurança jurídica e o sentimento de descrença na Justiça Brasileira.

É necessário reiterar, portanto, que nenhuma indenização advinda da responsabilidade civil tem como foco obrigar o amor e o afeto entre pais e filhos. Na realidade, ao se comprovar o nexo de causalidade em que o ato nocivo prejudicou a vítima se tem bases jurídicas suficientes para estabelecer a responsabilização que possui caráter socioeducativo visando alterar um comportamento, historicamente, presente na sociedade brasileira ao passo que planeja minimizar as desigualdades sociais instituídas por ele.

De maneira sucinta, o reconhecimento do afeto como fundamento das relações familiares, não somente é a concretização, mas também é a valorização do princípio da dignidade da pessoa humana como forma de garantia dos direitos fundamentais e da tutela do afeto.

Diante do exposto, o trabalho busca evidenciar que essa pauta é de imprescindível estudo jurídico e social, tendo em vista que a família é a base para toda a sociedade, sendo dela que se formam os futuros adultos que organizarão o meio social. Portanto, torna-se fundamental garantir em esfera jurisdicional respostas ao reflexo que o abandono afetivo parental-filial causa no indivíduo para impedir que tal comportamento continue sendo reiterado pelo coletivo da comunidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código **Civil de 1916**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em: 16 de maio de 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil de 2002**. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 16 de maio de 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: senado, 1988. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 16 maio de 2023.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o **Estatuto da Criança e do Adolescente** e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 17 de maio de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. **Recurso Especial:**

1.579.02-021, RS, Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Data de Julgamento: 19/10/2017, Superior Tribunal de Justiça. 4º Turma, Data de Publicação: 29/11/2017. Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/526809377/relatorio-e-voto-526809398>. Acesso em: 17 de maio de 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. TJRS. **Apelação Civil: 02893565120198217000 RS**, Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 23/04/2020, Oitava Vara Cível da Comarca de Tupanciretã, Data de Publicação: 08/09/2020. Disponível em:

https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=&comarca=&numero_processo=&numero_processo_desktop=02893565120198217000+&CNJ=S&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=. Acesso em: 17 de maio de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. **Recurso Especial:**

1159242, SP, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 08/10/2019, Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, Data de Publicação 15/10/2019. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1874919&num_registro=201801003130&data=20191015&peticao_numero=201800699305&formato=PDF. Acesso em: 18 de maio de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. **Recurso Especial:**

1.887.697, RJ, Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 21/10/2021, Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2072934&num_registro=201902906798&data=20210923&formato=PDF. Acesso em: 18 de maio de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. **Recurso Especial:**

1159242, SP, Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento:

24/04/2012, Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, Data de Publicação 10/05/2012. Disponível em:
<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/865731390/inteiro-teor-865731399>. Acesso em: 18 de maio de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. **Recurso Especial: 1.087.561**, RS, Relator: Ministro Raul Araújo. Data de Julgamento: 13/06/2017, Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, Data de Publicação: 18/08/2017. Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/componente=ATC&sequencial=69004720&num_registro=200802013280&data=20170818&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 19 de maio de 2023.

BRASÍLIA. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado PLS 700/2007**. Modifica a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) que dispõe sobre emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. Disponível em:
<https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pls-700-2007>. Acesso em: 18 de maio de 2023. Texto Original.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015. Volume VII.

FARIAS, Cristiano; NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson, **Curso de Direito civil**, V. 3. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FILHO, Cavaliere S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LANDIN, Rafaela Santos. **Responsabilidade civil por abandono afetivo parental: o valor jurídico do afeto**. Disponível em:
<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/1440/1/TCC%202%20RAFAELA-%20MONOGRAFIA-TURMA%20C01-2021-1.pdf>. Acesso em: 17 de maio de 2023.

Portal da Transparência: registro civil. Disponível em:
<https://transparencia.registrocivil.org.br/sobre>. Acesso em: 19 de maio de 2023.

O pai deve pagar dano moral em caso de abandono afetivo? - Polêmico! - Área Gratuita. Disponível em:
<https://www.emagis.com.br/area-gratuita/polemico/o-pai-deve-pagar-dano-moral-em-caso-de-abandono-afetivo>. Acesso em: 21 maio. 2023.

(IN)SUFICIÊNCIA DAS REVISÕES AUTOMATIZADAS: A NÃO OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA TRANSPARÊNCIA E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO

Ana Beatriz Pacheco¹

Zélia Maria Martins Guilherme²

RESUMO: Atualmente, com os avanços tecnológicos voltados ao tratamento de dados pessoais, as máquinas têm sido utilizadas para a realização de diversas funções, dentre as quais se encontra a tomada de decisões automatizadas. No entanto, nota-se que os processos automatizados não têm apresentado as melhores soluções para as tarefas que lhes são designadas. Isso porque, são constatadas discriminações algorítmicas em diversos resultados apresentados por tais ferramentas. Nesse sentido, o presente artigo busca argumentar que a revisão automatizada de decisões automatizadas, disciplinada no art. 20, da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), não atende aos princípios da transparência e da não discriminação, visto que os processos automatizados mostram-se opacos quanto aos dados utilizados, de modo a dificultar o combate às discriminações algorítmicas. Para esse fim, inicialmente, conceitua-se decisões automatizadas, a partir da LGPD, e discriminação algorítmica, enquanto desdobramento de desigualdades sociais. Além disso, são elencados exemplos de discriminações de gênero e raça, tendo em vista sua recorrência em processos de tomada de decisão

¹ Técnica em Informática pelo Instituto Federal de Minas Gerais (IFMG) - Campus Formiga. Graduanda em Direito na Universidade Federal de Lavras (UFLA). Bolsista do Programa de Educação Tutorial Institucional (PETI), do curso de Direito da Universidade Federal de Lavras.

² Graduada em Direito pela Universidade Federal de Lavras (UFLA). Integrante do grupo de pesquisa Laboratório de Bioética e Direito, cadastrado no Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPq e grupo de pesquisa de bioética com cátedra na Unesco. Voluntária do Programa de Educação Tutorial Institucional (PETI) da UFLA (2019-2023). Líder em treinamento da gestão 2021 do Programa de Educação Tutorial Institucional (PETI), do curso de Direito da Universidade Federal de Lavras.

automatizada. Em seguida, delimita-se o sentido do direito à revisão previsto no art. 20, LGPD. Ao final, apresenta-se a revisão automatizada como um mecanismo insuficiente para garantir a efetividade dos princípios da transparência e da não discriminação.

PALAVRAS-CHAVE: Decisão automatizada. Discriminação algorítmica. Revisão automatizada.

INTRODUÇÃO

Imagine um robô que tenha a capacidade de aprender a partir das interações com os seus usuários, de modo a estabelecer conversas inteligentes, divertidas e em tempo real. Essa já é uma realidade na sociedade da informação. No ano de 2016, a empresa *Microsoft* criou a robô *Tay* cujo objetivo era ser uma ferramenta de bate-papo. O principal diferencial da *Tay* era sua forma de aprendizagem, visto que o seu repertório era desenvolvido a partir de conversas com seus próprios usuários. Contudo, a experiência da empresa não foi bem-sucedida, já que, em menos de 24 horas, a ferramenta apresentou respostas intolerantes e preconceituosas.³

Diante do tratamento massivo de dados, a capacidade de processamento computacional tem aumentado exponencialmente, de modo a permitir que máquinas sejam utilizadas para a realização de diversas funções, dentre as quais se encontra a tomada de decisões automatizadas. As empresas de tecnologia buscam tais ferramentas como forma de aumentar a capacidade e a velocidade de resposta às demandas repetitivas, além de reduzir os custos de determinados processos. Exemplo disso, são as seleções de candidatos para vagas de emprego que ocorrem, exclusivamente, por meio de banco de dados,

³ Entre as conversas que foram deletadas, estavam: “Bush fez o 11 de setembro e Hitler teria feito um trabalho melhor do que o macaco que temos agora. Donald Trump é a única esperança que temos”; “Hitler não fez nada errado”. SOPRANA, Paula. Inteligência virtual da Microsoft aprende a ser racista e sexista no Twitter. **Época**, [s.l.], 16 mar. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3WqVZqo>. Acesso em: 19 mar. 2023.

análises para a concessão de crédito, bem como o bate-papo virtual em tempo real.

Sob esse viés, nota-se que as decisões automatizadas apresentam benefícios. Apesar disso, no atual desenvolvimento da tecnologia, observa-se a presença de resultados discriminatórios que impactam diretamente na efetividade dos direitos dos titulares dos dados. A Lei Geral de Proteção de Dados dispõe, em seu art. 20, o direito à revisão dessas decisões. O principal objetivo é assegurar que esses solicitem a revisão de resultados que afetam seus interesses.

Nesse contexto, o presente artigo busca argumentar que a revisão automatizada de uma decisão automatizada, como autoriza o art. 20, LGPD, não atende aos princípios da transparência e da não discriminação. Isso porque processos automatizados mostram-se opacos em relação aos dados utilizados, ou seja, falta acessibilidade para que se possa conhecer o processo por meio do qual esta ou aquela ferramenta chegou a determinado resultado, de modo a dificultar o combate às discriminações algorítmicas.

Assim, a fim de alcançar o objetivo proposto, o texto foi dividido em quatro partes. Na primeira, o trabalho busca delimitar o conceito de decisão automatizada a partir da LGPD. Em seguida, conceitua-se discriminação algorítmica como um desdobramento de desigualdades sociais. Além disso, são elencados exemplos práticos de como essas violações ocorrem, de modo a levar em consideração, especialmente, as discriminações de gênero e raça, tendo em vista sua recorrência em processos de tomada de decisão automatizadas. Na terceira parte, delimita-se o sentido do direito à revisão previsto no art. 20, LGPD. Por fim, na quarta parte, apresenta-se a revisão automatizada como um mecanismo insuficiente para garantir a efetividade dos princípios da transparência e da não discriminação.

1 O QUE SÃO DECISÕES AUTOMATIZADAS?

Atualmente, as decisões automatizadas impactam diretamente em aspectos da vida cotidiana das pessoas. Agentes públicos e privados utilizam essas tecnologias, de modo que as máquinas selecionam candidatos para vagas de empregos, direcionam anúncios, concedem crédito e apólice de seguro, dentre tantos outros exemplos.⁴ O principal objetivo de tais ferramentas é aumentar a capacidade e a velocidade de resposta às demandas repetitivas, bem como reduzir os custos de determinados processos.

Apesar da centralidade do tema, a Lei Geral de Proteção de Dados não estabelece uma delimitação do conceito de decisão automatizada. No entanto, a partir da leitura do art. 20, LGPD, é possível inferi-lo. O dispositivo apresenta:

Art. 20. **O titular dos dados** tem direito a solicitar a revisão de decisões tomada **unicamente com base em tratamento automatizado** de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade [...] (grifo nosso)

Assim, para a delimitação do conceito, busca-se analisar alguns aspectos do enunciado normativo, quais sejam: i) quem são os titulares dos dados?; ii) quais são os dados que podem ser objeto de uma decisão automatizada na Lei Geral de Proteção de Dados?; iii) o que são decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado?; iv) quais decisões automatizadas não estão sujeitas ao art. 20, da LGPD?

Em relação ao primeiro questionamento, observa-se que o dispositivo menciona que o titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões automatizadas. Nesse sentido, o art. 5º, V, LGPD, conceitua que o titular dos dados é “pessoa natural a quem se referem os

⁴ LINDOSO, Maria Cristine Branco. **Discriminação de gênero em processos decisórios automatizados**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2019. p. 14.

dados pessoais objeto de tratamento”. Isso implica que, nesses processos, sempre estarão em jogo dados pessoais.

A resposta da primeira pergunta está intimamente ligada com o segundo questionamento. Isso porque os dados que podem ser objeto de uma decisão automatizada, segundo a LGPD, são, exclusivamente, dados pessoais. O art. 5º, I, LGPD, adota o conceito amplo de dado pessoal. Assim, determina que “toda informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” requer proteção. Logo, uma informação que, em tese, seria considerada irrelevante, uma vez tratada, processada e organizada, pode resultar na identificação de uma pessoa, de modo a ser considerada dado pessoal.⁵

A terceira questão diz respeito à compreensão de tratamento automatizado, ponto central das decisões automatizadas. O art. 5º, X, LGPD, conceitua tratamento de dados pessoais como:

toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

Com a evolução dos sistemas de Inteligência Artificial (IA), é possível que essas operações ocorram sem a presença direta da intervenção humana. Dados pessoais podem ser transformados em informações e em conhecimento, por sistemas que funcionam autonomamente, conhecidos como *Machine Learning* (Aprendizado de Máquina).⁶ Tratam-se de modelos algorítmicos construídos à semelhança das redes neurais humanas, os quais se valem de diferentes tipos de informações pessoais. Assim, mediante associações, arranjos e análises

⁵ TARGET: entenda como a loja monitora o comportamento do consumidor. **Traycorp**, São Paulo, mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3v6JB09>. Acesso em: 15 abr. 2023.

⁶ SILVA, Rodrigo Vianna; BALBINO, Michelle Lucas Cardoso. Decisões exclusivamente automatizadas e a necessidade de uma supervisão humana no Brasil. **Revista da Advocacia Pública Federal**, Lago Sul, v. 5, n. 1, p. 77-102, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/41cUYn1>. Acesso em: 19 mar. 2023. p. 85.

de padrões de dados, tais máquinas conseguem chegar a resultados, de acordo com as tarefas que lhes são designadas.

O dispositivo em análise disciplina que decisões automatizadas seriam aquelas tomadas “unicamente com base em tratamento automatizado”. O legislador, ao utilizar o advérbio “unicamente”, parece seguir o entendimento de que qualquer intervenção humana no processo decisório o descaracterizaria naquilo que tem de automatizado. Isso porque não haveria a possibilidade de aferir em que medida a decisão decorreu de uma contribuição da máquina ou da intervenção humana.⁷ Nas palavras de Nazareno César e Gabriel Rocha:

Se a máquina apenas assiste o humano, fornecendo-lhe elementos para avaliar as melhores alternativas, cabendo a escolha do resultado ao humano, isso não pode ser definido como decisão automatizada, segundo a LGPD. Por outro lado, se o humano apenas ratifica a decisão da máquina, sem possibilidade de criticá-la ou descartá-la, então a decisão é automatizada, apesar de eventualmente ser assinada por um ser humano.⁸

Por fim, em relação ao último questionamento, busca-se discutir quais decisões automatizadas não estão sujeitas ao art. 20, LGPD. Primeiro, a utilização de processos automatizados, em atividades que não envolvam dados pessoais, não são protegidas pela Lei Geral de Proteção de Dados. Por exemplo, uma pesquisa científica sobre determinada bactéria pode se valer de mecanismos automatizados para avaliar e mensurar os resultados almejados. Apesar disso, não se pode falar em decisão automatizada, de acordo com a concepção jurídica adotada pela lei.⁹

⁷ REIS, Nazareno César Moreira; FURTADO, Gabriel Rocha. Decisões automatizadas: definição, benefício e riscos. **Civilística**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 1-44, out. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3LALEVs>. Acesso em: 19 mar. 2023. p. 13.

⁸ REIS, Nazareno César Moreira; FURTADO, Gabriel Rocha. Decisões automatizadas: definição, benefício e riscos. **Civilística**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 1-44, out. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3LALEVs>. Acesso em: 19 mar. 2023. p. 13.

⁹ REIS, Nazareno César Moreira; FURTADO, Gabriel Rocha. Decisões automatizadas: definição, benefício e riscos. **Civilística**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 1-44, out. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3LALEVs>. Acesso em: 19 mar. 2023. p. 9.

Ademais, conforme o art. 4º, I, II e III, LGPD, para além dos casos de extraterritorialidade, não estão sob a proteção da lei os tratamentos de dados que sejam realizados: i) por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos; ii) para fins exclusivamente jornalísticos ou artísticos; iii) para fins acadêmicos, observando o disposto nos arts. 7º a 11, LGPD. Isso significa que decisões automatizadas, as quais sejam realizadas nessas hipóteses, não estão sujeitas às especificidades do dispositivo analisado.

A partir das premissas discutidas anteriormente, entende-se que decisão automatizada, de acordo com a LGPD, é todo julgamento feito exclusivamente por máquina, com base em previsão decorrente de tratamento automatizado de dados pessoais, que afete interesses juridicamente tutelados de pessoa natural, exceto aquelas que tenham fins particulares e não econômicos, jornalísticos ou científicos.¹⁰

2 DESAFIOS DA ERA DIGITAL: A DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA COMO REFLEXO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

A discriminação é um conceito histórico, que se relaciona com a marginalização de grupos sociais,¹¹ principalmente, no que tange a raça, cor, gênero, orientação sexual, descendência, origem nacional ou étnica, deficiência, idade, escolhas individuais, como a religião, entre outros aspectos.¹² De modo geral, designa a ação de distinção ou exclusão, que busca anular ou prejudicar o reconhecimento igualitário dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.¹³ A discriminação algorítmica,

¹⁰ REIS, Nazareno César Moreira; FURTADO, Gabriel Rocha. Decisões automatizadas: definição, benefício e riscos. **Civilística**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 1-44, out. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3LALEVs>. Acesso em: 19 mar. 2023. p. 20.

¹¹ Inclusive, o Brasil busca combater essas discriminações a partir do art. 3º, IV, CF/88. “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

¹² MOULIN, Carla da Silva. **O Princípio da não discriminação na LGPD e as decisões automatizadas**. UERJ, [s.l], [s.v]. p. 1-13. dez. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3HcZGcF>. Acesso em: 20 abr. 2023. p. 2.

¹³ RIOS, Roger Raupp; SILVA, Rodrigo da. Democracia e direito da antidiscriminação: interseccionalidade e discriminação múltipla no direito brasileiro. **Ciência e Cultura**,

por sua vez, ocorre quando esses preconceitos e essa diferenciação acontecem no ambiente virtual, ou seja, quando determinado processo automatizado reproduz resultados que discriminam grupos sociais.

Diante do intenso processamento de dados pessoais, aumenta-se a probabilidade de que estes sejam utilizados incorretamente, de modo a causar violações aos direitos dos titulares dos dados.¹⁴ Nas decisões automatizadas, tal constatação fica evidente, tendo em vista a presença de resultados discriminatórios.¹⁵ Percebe-se que esses são perpetuados no processo de tomada de decisão automatizada, tanto pela falta de representatividade dos dados, quanto no processo autônomo de aprendizagem dos sistemas.

A falta de representatividade dos dados acontece quando há discrepância quanto às informações utilizadas para treinar os algoritmos. Assim, ocorre quando os dados usados para treinar tais sistemas são coletados de forma não representativa da população ou quando alguns grupos são sub-representados.¹⁶ Por exemplo, se faltam informações sobre mulheres em variados campos de produção do conhecimento, há prejuízos em relação às decisões, que não irão considerá-las nesse processo. De forma similar, o uso de dados históricos também pode interferir em tal representatividade, já que esses podem estar desatualizados ou defasados para uma situação específica.¹⁷

São Paulo, v. 69, n. 1, p. 44-49, mar. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3V1NNvQ>. Acesso em: 24 mar. 2023. p. 44.

¹⁴ FERNANDES, Micaela Barros Barcelos; OLIVEIRA, Camila Helena Melchior Baptista de. O artigo 20 da LGPD e os desafios interpretativos ao direito à revisão das decisões dos agentes de tratamento pelos titulares de dados. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, [s.l.], v. 8, p. 1-19, jul. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/41TZQ0r>. Acesso em: 19 mar. 2023. p. 4.

¹⁵ MENDES, Laura Schertel; MATTIUSO, Marcela. Discriminação Algorítmica: Conceito, Fundamento Legal e Tipologia. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, v. 16, n. 90, p. 41-64, dez. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3lsBVFK>. Acesso em: 19 mar. 2023. p. 53.

¹⁶ MENDES, Laura Schertel; MATTIUSO, Marcela. Discriminação Algorítmica: Conceito, Fundamento Legal e Tipologia. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, v. 16, n. 90, p. 41-64, dez. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3lsBVFK>. Acesso em: 19 mar. 2023.

¹⁷ LINDOSO, Maria Cristine Branco. **Discriminação de gênero em processos decisórios automatizados**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2019. p. 61. p. 50.

Um exemplo de como a utilização de dados históricos impactam nas decisões aconteceu nos Estados Unidos. Um estudo publicado na revista *Science* em 2019 revelou um comportamento discriminatório em um sistema de alocação de tratamentos preventivos. Os pesquisadores constataram que, nesse contexto, pacientes negros precisavam estar significativamente mais doentes do que pacientes brancos para receber o mesmo nível de cuidado. A ferramenta, ao invés de considerar a condição médica individual, considerava a previsão de gastos futuros de cada paciente, levando em consideração apenas a variável financeira. Isso porque o sistema aprendeu, a partir de dados históricos, ou seja, desatualizados, do banco de dados de saúde dos EUA, que pacientes brancos têm, em média, gastos maiores e, portanto, devem receber tratamento preventivo. Contudo, tal sistema não levou em consideração que pessoas negras, por décadas, tiveram acesso médico de forma limitada.¹⁸

O processo autônomo de aprendizagem dos sistemas configura-se como outro problema para a perpetuação de resultados discriminatórios. Este ocorre quando o sistema possui a capacidade de aprender em tempo real. Isso acontece, tendo em vista que tais programas são estruturados para identificar padrões e tomar decisões de maneira independente, com o mínimo de intervenção humana. Assim, analisam os dados introduzidos e os processam, de modo a chegar em respostas a partir das informações que lhes foram dadas.¹⁹ A ferramenta de bate-papos virtuais, criada pela *Microsoft*, robô *Tay*, é um exemplo disso, visto que aprendia de forma autônoma com a inserção de dados dos próprios usuários e, a partir disso, atualizava-se e apresentava novas respostas.²⁰

¹⁸ ANGWIN, Julia; KIRCHNER, Lauren; LARSON, Jeff; MATTU, Surya. Machine Bias: There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks. **ProPublica**, 23 mar. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3pBR5u1>. Acesso em: 22 abr. 2023.

¹⁹ MOULIN, Carla da Silva. **O Princípio da não discriminação na LGPD e as decisões automatizadas**. UERJ, [s.l], [s.v]. p.1-13, dez. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3HcZGcF>. Acesso em: 20 abr. 2023. p. 4.

²⁰ SOPRANA, Paula. Inteligência virtual da Microsoft aprende a ser racista e sexista no Twitter. **Época**, [s.l.], 16 mar. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3WqVZqo>. Acesso em: 19 mar. 2023.

Contudo, a ferramenta, em menos 24 horas, tornou-se extremamente intolerante. A partir de conversas com internautas, coletou e reproduziu discurso de ódio, declarou apoio ao genocídio, além de externar opiniões discriminatórias, principalmente, relacionadas a preconceitos raciais e de gênero. Na ocasião, um determinado usuário fez a seguinte pergunta: “O holocausto aconteceu?”, logo em seguida, a robô respondeu: “Ele foi inventado”, seguido por um *emoticon* de aplauso.²¹

Apesar de serem identificadas em distintas fases, as discriminações algorítmicas são decorrentes da mesma problemática: as desigualdades sociais. Destaca-se a desigualdade social como pressuposto para discriminações algorítmicas, tendo em vista que processos automatizados absorvem padrões discriminatórios presentes na sociedade e os replicam. Porém os sistemas operacionais, diferentemente dos seres humanos, não conseguem realizar uma avaliação subjetiva do mundo ao seu redor.²² A partir dessa constatação, busca-se discutir as discriminações algorítmicas de gênero e raça, tendo em vista sua recorrência em processos de tomada de decisão automatizada.

2.1 DESIGUALDADES SOCIAIS COMO REFLEXO DE DISCRIMINAÇÕES ALGORÍTMICAS

Como apresentado, os resultados discriminatórios das decisões automatizadas refletem as desigualdades sociais já presentes na sociedade. A discriminação racial, por exemplo, é resultado das desigualdades sociais, econômicas, educacionais entre brancos e

²¹ EXPOSTO à internet, robô da Microsoft vira racista em 1 dia. **VEJA**, [s.l.], 24 mar. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/35y94Dq>. Acesso em: 19 mar. 2023.

²² MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação Algorítmica: Conceito, Fundamento Legal e Tipologia. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, v. 16, n. 90, p. 41-64, dez. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3lsBVFK>. Acesso em: 19 mar. 2023. p. 41.

negros.²³ Isso porque, a população negra vivenciou (e ainda vivencia) o total de desamparo, abandono e pauperização no Brasil.²⁴

A análise das linhas de pobreza monetária, apresentadas pelo Banco Mundial (*World Bank*), reforçam o quadro de maior vulnerabilidade da população preta e parda. Em 2021, considerando a linha de US\$ 5,50 diários, a taxa de pobreza das pessoas brancas era 18,6%, ao passo que, entre as pessoas pretas, o percentual foi de 34,5% e, entre as pardas, 38,4%.²⁵ No Brasil, mesmo com a implementação de programas de auxílio de renda e das políticas públicas voltadas à ampliação do acesso, esses instrumentos não foram suficientes para reverter as desigualdades sofridas por essa parcela da população.²⁶

No meio digital, a discriminação racial é evidente. A estudante, Joy Buolamwini, por exemplo, durante uma palestra *TEDx*, relatou que teve seu rosto ignorado por robôs que conversavam com todos os seus colegas da universidade - menos com ela, a única pessoa negra do grupo. O programa utilizado não reconhecia fenótipos negros, como traços de boca e nariz, além de não reconhecer a cor negra. No entanto, esse sistema reconhecia uma máscara genérica, utilizada em fantasias, de cor branca.²⁷

Além desse caso, em 2016, um estudo realizado pela *ProPublica* evidenciou que o COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), uma das ferramentas mais utilizadas nos EUA para avaliação de risco de reincidência criminal, apresentava tendência

²³ VIEIRA, Bianca Machado Concolato. O Serviço Social Ante as Desigualdades Sociais Advindas da Discriminação Racial no Brasil. **Libertas**, Juiz de Fora, v. 13, n. 1, p. 147-159, jan.jun. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/40CuOco>. Acesso em: 15 abr. 2023. p. 150.

²⁴ HASENBALG, Carlos. **Discriminação e Desigualdades Raciais no Brasil**. Rio de Janeiro: Iuperj, 2005. p. 174-177.

²⁵ IBGE. **Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil**. Estudos e Pesquisas. Informação Demográfica e Socioeconômica. n. 48, [s.l], 2022. Disponível em: <https://bit.ly/41JZ1YE>. Acesso em: 20 mar. 2023. p. 6.

²⁶ IBGE. **Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil**. Estudos e Pesquisas. Informação Demográfica e Socioeconômica. n. 48, [s.l], 2022. Disponível em: <https://bit.ly/41JZ1YE>. Acesso em: 20 mar. 2023. p. 1-2.

²⁷ SILVA, Tarcízio. **Racismo Algorítmico: inteligência artificial e discriminação nas redes digitais**. São Paulo: Sesc, 2022. p. 76-77.

discriminatória com base na raça. A ferramenta classificava pessoas brancas como menos propensas a reincidir no sistema carcerário, enquanto pessoas negras eram consideradas mais tendentes a reincidir do que realmente eram, além de indicar que a chance de afrodescendentes cometerem crimes violentos, em relação a população branca, era duas vezes maior.²⁸

A relação entre as desigualdades e as discriminações algorítmicas também são percebidas no que tange ao gênero. A falta de dados sobre mulheres nos campos de produção de conhecimento e o desconhecimento geral em relação às perspectivas e às realidades exclusivas ao gênero feminino, são premissas que sistemas automatizados não observam para a tomada de decisão.²⁹ Trata-se de desdobramentos da própria estruturação da ciência, formada majoritariamente por homens, o que possibilita a perpetuação do tratamento desigual em relação às mulheres.³⁰

Pesquisas atuais apresentam essa realidade. O IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), apresentou que, em 2019, as mulheres receberam 33,3% a menos em relação aos rendimentos dos homens. Tal desigualdade é maior entre as pessoas inseridas nos grupos ocupacionais que auferem maiores rendimentos, como diretores, gerentes, profissionais das ciências e intelectuais, grupos nos quais as mulheres receberam, respectivamente, 61,9% e 63,6% do rendimento dos homens³¹.

²⁸ ANGWIN, Julia; KIRCHNER, Lauren; LARSON, Jeff; MATTU, Surya. Machine Bias: There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks. **ProPublica**, 23 mar. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3pBR5u1>. Acesso em: 22 abr. 2023.

²⁹ LINDOSO, Maria Cristine Branco. **Discriminação de gênero em processos decisórios automatizados**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2019. p. 60.

³⁰ LINDOSO, Maria Cristine Branco. **Discriminação de gênero em processos decisórios automatizados**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2019. p. 53-54.

³¹ IBGE. **Estatísticas de Gênero Indicadores sociais das mulheres no Brasil**. Estudos e Pesquisas- Informação Demográfica e Socioeconômica. n.38, [s.l], 2021. Disponível em: <https://bit.ly/40EIULq>. Acesso em: 20 mar. 2023. p. 4.

Essa desigualdade também é refletida nas decisões automatizadas. Exemplo disso é o caso da plataforma de vendas *Amazon*. A empresa, no ano de 2015, reconheceu que o sistema utilizado para contratação de funcionários reproduzia discriminações de gênero. Isso porque, os algoritmos tinham a capacidade de identificar cerca de 50 mil palavras-chave que surgiram nos currículos de candidatos dos últimos 10 anos, de modo a estabelecer uma conexão entre as habilidades. No entanto, como a maior presença era de atribuições masculinas no banco de dados, em decorrência da falta de diversidade, a empresa constatou que as decisões não apresentavam neutralidade e atribuíam melhores pontuações para candidatos do sexo masculino.³²

O *Apple Card*, cartão de crédito criado pela empresa *Apple Inc.*, também apresentou discriminações de gênero. Jamie Hansson e David Heinemeier, casados há muito tempo, dividiam todos os bens de maneira igualitária, além de apresentarem as declarações fiscais de forma conjunta. Contudo, a esposa, apesar de ter uma pontuação - fator analisado para conceder, ou não, um aumento na linha de crédito - mais alta que a de seu marido, teve sua solicitação negada. Enquanto isso, para David, o sistema concedeu um aumento de crédito vinte vezes maior que o de sua esposa, mesmo com a pontuação inferior.³³

Essas ilustrações, que são cada vez mais recorrentes, representam a vulnerabilidade de determinados grupos em relação às discriminações algorítmicas decorrentes de decisões automatizadas, uma vez que o mundo virtual está intimamente ligado à realidade tangível. As diversas formas de discriminação presentes na esfera digital são apenas reflexos de desigualdades que perpetuam na sociedade, tendo em vista que não é o ambiente virtual que influencia a realidade material, mas o contrário. Assim, processos automatizados continuam reproduzindo o

³² BORGES, Gustavo Silveira; FILÓ, Maurício Da Cunha Savino. Inteligência artificial, gênero e direitos humanos: o caso amazon. **Justiça do Direito**, [s.l.], v. 35, n. 3, p. 218-245, dez. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3AsjWmN>. Acesso em: 10 abr. 2023. p. 233-234.

³³ TELFORD, Taylor. Apple Card algorithm sparks gender bias allegations against Goldman Sachs. **The Washington Post**, [s.l.], nov. 2019. Disponível em: <https://wapo.st/3AmOEhi>. Acesso em: 22 abr. 2023.

racismo, sexismo e outras formas de discriminação presentes na sociedade.³⁴

3 DIREITO À REVISÃO: SENTIDO DO ARTIGO 20 DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

O direito à revisão de decisões automatizadas, expresso no caput do art. 20, da Lei Geral de Proteção de Dados, busca tutelar os direitos dos titulares de dados em relação ao tratamento de suas informações. Tal mecanismo surge com o objetivo de fornecer uma proteção mais ampla aos indivíduos, tendo em vista que as referidas decisões podem apresentar resultados que afetem os interesses dos sujeitos.³⁵

De acordo com o dispositivo, o titular dos dados tem o direito de solicitar a revisão de decisões tomadas com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. Além disso, podem ser requeridas quando as informações pessoais apresentam-se inadequadas, incorretas, desatualizadas ou incompletas.³⁶ O enunciado normativo sugere que a revisão deva ser uma resposta ao interesse lesado, logo somente pode ser pretendida após a decisão ter sido tomada.³⁷

Vale ressaltar que tal dispositivo passou por significativas mudanças. O legislador brasileiro inspirado, principalmente, pelo *General Data Protection Regulation* (GDPR), Regulamento Europeu Sobre

³⁴ FIGUEREDO, Caroline Santana; DE NEGREIROS, Eduardo Corrêa; CASTAGNA, Fabiano Pires. Algoritmos: espelhos de nossos preconceitos. *In: Espelhamentos: direito e literatura*. Florianópolis: Emais, 2022. p. 248.

³⁵ ALMADA, Marco. Revisão humana de decisões automatizadas. *Pós debate-USP*, São Paulo, p. 1-22, nov. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3ApuOSB>. Acesso em: 19 mar. 2023. p. 10.

³⁶ NÓBREGA, Viviane; BLUM, Renato. **Lei Geral de Proteção de Dados comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 186.

³⁷ REIS, Nazareno César Moreira. **Decisões automatizadas, revisão humana e direito à proteção de dados: uma análise à luz da LGPD**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Teresina, 2021. p. 139.

Privacidade e Proteção de Dados Pessoais, adotou, inicialmente, a concepção de que a revisão de decisões automatizadas deveria ser realizada somente por pessoa natural.³⁸ Isso em razão de que os seres humanos possuem a capacidade de compreender e analisar o contexto de forma mais ampla em relação às máquinas, de modo a considerar aspectos éticos, morais e sociais que podem influenciar a decisão.³⁹

No entanto, a previsão que estabelecia que as revisões fossem realizadas por pessoa natural foi alterada pela Medida Provisória nº 869/2018, convertida na Lei nº 13.853 de 8 de julho de 2019, a qual tornou facultativa a revisão por pessoa humana. A medida foi fundamentada sob o argumento de que a exigência de revisão humana em todos os tratamentos automatizados é contrária ao interesse público. Assim, a descrição do veto apresenta:

A propositura legislativa, ao dispor que toda e qualquer decisão baseada unicamente no tratamento automatizado seja suscetível de revisão humana, contraria o interesse público, tendo em vista que tal exigência inviabiliza os modelos atuais de planos de negócios de muitas empresas, notadamente das *startups*, bem como impacta na análise de risco de crédito e de novos modelos de negócios de instituições financeiras, gerando efeito negativo na oferta de crédito aos consumidores, tanto no que diz respeito à qualidade das garantias, ao volume de crédito contratado e à composição de preços, com reflexos, ainda, nos índices de inflação e na condução da política monetária.⁴⁰

É importante ressaltar que a Medida Provisória, ao modificar o art. 20, LGPD, não determina diretamente que uma revisão de decisão automatizada deva ser realizada por uma pessoa natural, embora ainda seja uma possibilidade. De modo a permitir, portanto, que o processo de

³⁸ NÓBREGA, Viviane; BLUM, Renato. **Lei Geral de Proteção de Dados comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 186.

³⁹ ALMADA, Marco. Human intervention in automated decision-making: Toward the construction of contestable systems, **ICAIL**, Montréal, p. 1-10, abr, 2019. Disponível em: <https://encurtador.com.br/GK157>. Acesso em: 15 abr. 2023. p. 4.

⁴⁰ BRASIL. Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. Diário Oficial da União, 2019. Disponível em: <https://encurtador.com.br/bYZ59>. Acesso em: 10 abr. 2023.

revisão de uma decisão desse tipo seja também realizado de forma automatizada.

No entanto, cabe a discussão sobre a efetividade desse mecanismo como forma de assegurar os direitos dos titulares dos dados. Isso porque, como discutido anteriormente, a finalidade precípua do dispositivo é estabelecer balizas para as decisões automatizadas, de modo a evitar que os resultados obtidos afetem os interesses dos titulares dos dados. Por isso, faz-se necessário discutir se a utilização da revisão, realizada por outro processo automatizado, garante a observância dos princípios da transparência e da não discriminação.

4 A (IN)SUFICIÊNCIA DAS REVISÕES AUTOMATIZADAS: A NÃO OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA TRANSPARÊNCIA E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO

Como já discutido neste trabalho, com a disseminação de processos automatizados, decisões sobre a vida das pessoas têm sido tomadas por máquinas, da aprovação de crédito e cuidados médicos⁴¹ às escolhas de contratação.⁴² No entanto, percebe-se que os titulares dos dados possuem pouco conhecimento sobre como operam os mecanismos responsáveis por essas decisões.

Exemplo disso é o caso discutido, anteriormente, de David Hansson e Jamie Hansson. Após ser negado à esposa um aumento em sua linha de crédito, o casal buscou maiores explicações sobre os motivos da decisão. Contudo, os responsáveis pelo cartão garantiram que não havia discriminação, já que as avaliações de crédito do *Apple Card* eram realizadas por algoritmos. Mais tarde, o limite de crédito de Jamie

⁴¹ VARTEN, Starre. Racial Bias Found in a Major Health Care Riks Algorithm. **Scientific American**, [s.l.], 24 oct. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/40DCIIH>. Acesso em: 22 abr. 2023.

⁴² ELLIS, Nick. Ferramenta de recrutamento da Amazon com IA discrimina candidatas mulheres. **Meio Bit**, [s.l.], 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3AoK9Tk>. Acesso em: 22 abr. 2023.

Hansson foi aumentado para igualar ao de seu marido.⁴³ No entanto, os motivos para a não concessão do crédito não foram apresentados.

Assim, busca-se defender a insuficiência do art. 20, LGPD, ao disciplinar a revisão automatizada como um mecanismo para que os titulares dos dados consigam ter seus direitos tutelados frente a possíveis violações de decisões automatizadas. Isso em razão de que as decisões automatizadas têm se mostrado discriminatórias em relação a determinados grupos da sociedade, como apresentado no tópico anterior. Dessa forma, submeter uma revisão de decisão automatizada a outro processo automatizado não é garantia de que preconceitos e discriminações anteriores não sejam, novamente, reproduzidos.

Vale ressaltar que o art. 6º, LGPD, elenca princípios aplicáveis ao tratamento de dados pessoais, exigindo seu cumprimento para que seja reconhecida a licitude da atividade.⁴⁴ Dentre os princípios estão: finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas. O presente trabalho possui como objetivo discutir os princípios da não discriminação e da transparência, tendo em vista sua ligação direta com a discriminação algorítmica.

Em relação ao princípio da não discriminação, o art. 6º, IX, LGPD, veda a utilização dos dados pessoais para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos, de forma a determinar que os dados colhidos não podem ser manuseados de maneira discriminatória nem para fins discriminatórios.⁴⁵ O objetivo de tal princípio é nortear a atividade de

⁴³ TELFORD, Taylor. Apple Card algorithm sparks gender bias allegations against Goldman Sachs. **The Washington Post**, [s.l.], nov. 2019. Disponível em: <https://wapo.st/3AmOEhi>. Acesso em: 22 abr. 2023.

⁴⁴ MULLHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18). **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 19, n. 3, p. 159-180, set./dez. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3m1clTA>. Acesso em: 10 abr. 2023. p. 163.

⁴⁵ SOUZA, Carlos Affonso; MAGRANI, Eduardo; CARNEIRO, Giovana. Lei Geral de Proteção de Dados: uma transformação na tutela dos dados pessoais. In: MULLHOLLAND, Caitlin (org.). **A LGPD e o novo marco normativo no Brasil**. Porto Alegre: Arquipélago, 2020. p. 57-58.

tratamento de dados pessoais pelas empresas de tecnologia. Ou seja, na implementação de qualquer sistema, faz-se necessária sua observância, de modo que tais resultados não venham a se concretizar.

Apesar disso, o legislador parece reconhecer a possibilidade de tratamento distinto, desde que lícito e não abusivo. Seria legítimo, por exemplo, que um operador de dados, o qual realiza a precificação de um serviço de seguros de automóveis, tratasse de maneira diferente os dados de mulheres de 35 e 45 anos e mães, com a finalidade de oferecimento de valores que reflitam os riscos de danos ocasionados ou sofridos por esse grupo.⁴⁶ No entanto, o que se questiona não são essas situações, mas aquelas nas quais os titulares dos dados têm seus direitos violados, como apresentado nos exemplos do tópico 2 deste trabalho.

Para que haja a violação do princípio ora discutido, a utilização dos dados deve ser ilícita ou abusiva. O art. 186,⁴⁷ do Código Civil, indica que o ato ilícito é toda conduta culposa ou dolosa contrária ao direito que gera dano a outrem. Processos automatizados, quando apresentam resultados discriminatórios, enquadram-se em tal conceito. Isso porque, a partir de uma conduta omissiva ou comissiva dos responsáveis pelo tratamento de dados, há uma violação dos direitos dos titulares dos dados, disciplinados no art. 5º, XLI⁴⁸, bem como do art. 3º, IV⁴⁹, ambos da Constituição Federal. Além disso, tais violações podem ensejar tanto dano moral quanto material aos indivíduos.

⁴⁶ MULLHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18). **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 19, n. 3, p. 159-180, set./dez. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3m1clTA>. Acesso em: 10 abr. 2023. p. 164.

⁴⁷ Art. 186. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

⁴⁸ 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 [...] XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

⁴⁹ Art. 3º. “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Já o abuso do direito, previsto no art. 187⁵⁰, CC, consiste no exercício de posição jurídica de modo incompatível com a função que lhe é própria, isto é, com a finalidade que justifica a sua proteção pelo ordenamento.⁵¹ Assim, só é formalmente legítimo o tratamento de dados pessoais que atende aos objetivos pretendidos pelo legislador, já que a partir do momento em que tal tratamento passa a impactar negativamente na vida dos titulares dos dados, configura-se o abuso do direito pelos agentes responsáveis.

Esse princípio deve ser refletido em todas as circunstâncias em que o uso de dados possa gerar algum tipo de desvalor ou indução a resultados discriminatórios.⁵² Ocorre que a revisão de decisões automatizadas, ao ser submetida também a processos automatizados, como autoriza o art. 20, LGPD, promove a não observância do referido mandamento. Isso pois, processos automatizados ainda revelam a estigmatização, segmentação e criação de estereótipos das pessoas com base no tratamento das suas informações pessoais, de modo a configurar tanto ato ilícito quanto abuso de direito, por parte dos responsáveis pelo tratamento de dados.

Outro problema atinente à revisão automatizada de decisões automatizadas é a não observância ao princípio da transparência. Já é quase usual a referência a tais ferramentas como sendo “*black boxes*” ou “caixa preta”, denominação consagrada por Frank Pasquale.⁵³ Essa analogia refere-se à dificuldade que o cidadão e as empresas de tecnologia

⁵⁰ Art. 187. “Também 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”.

⁵¹ TEPEDINO, Gustavo. **Teoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 394.

⁵² MULLHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18). **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 19, n. 3, p. 159-180, set./dez. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3mlclTA>. Acesso em: 10 abr. 2023. p. 174.

⁵³ FRANK, Pasquale. **Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information**. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

possuem de compreender a forma a partir da qual os dados são utilizados na tomada de determinada decisão.⁵⁴

Em diversos momentos, a opacidade das decisões automatizadas, ou seja, a falta de acessibilidade para se conhecer o processo por meio do qual esta ou aquela ferramenta chegou a determinado resultado⁵⁵ é utilizada por empresas de tecnologia como justificativa para a falta de transparência.⁵⁶ A opacidade pode ser interpretada como um benefício para os agentes de mercado e não como um prejuízo, em razão da incapacidade de controle dos resultados das decisões automatizadas. Isso porque, os agentes conseguem proteger suas estruturas matemáticas, de modo a garantir vantagens econômicas e concorrenciais com a não divulgação de seus métodos de funcionamento.⁵⁷

No entanto, segundo o art. 6º, VI, LGPD, qualquer tratamento de dados deve se adequar ao princípio da transparência. Na dicção desse dispositivo, esta é apresentada como a “garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial”. Assim, à luz do princípio da transparência, exceto em se tratando da relação entre o controlador e a ANPD (Autoridade Nacional de Proteção de Dados), a revisão de uma decisão automatizada deve ocorrer em termos compreensíveis para um

⁵⁴ INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE. Transparência e Governança nos algoritmos: um estudo de caso sobre o setor de birôs de crédito. Disponível em: <https://bit.ly/41ekjwL>. Acesso em: 10 abr. 2023.

⁵⁵ REIS, Nazareno César Moreira. Decisões automatizadas, revisão humana e direito à proteção de dados: uma análise à luz da LGPD. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Teresina, 2021. p. 110.

⁵⁶ LINDOSO, Maria Cristine Branco. **Discriminação de gênero em processos decisórios automatizados**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2019. p. 97.

⁵⁷ DONEDA, DANILO ; Almeida, Virgilio A.F. . What Is Algorithm Governance?. **IEEE Internet Computing**, v. 20, n. 4, p. 60-63, jul. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3oiHWWP>. Acesso em: 16 abr. 2023. p. 61.

leigo, de modo que minúcias computacionais sejam desconsideradas nessa etapa.⁵⁸

Para que a revisão automatizada apresente resultados efetivos, torna-se necessário que as respostas apresentadas sejam interpretáveis em termos humanos, de forma a responder, pelo menos, às seguintes perguntas: i) quais critérios levaram à decisão?; ii) alterar algum critério mudaria a decisão?; iii) por que casos semelhantes resultam em decisões diferentes e vice-versa?⁵⁹ Em contrapartida, os atuais processos automatizados dificilmente forneceriam essas respostas para que os afetados por decisões discriminatórias compreendessem os motivos de determinados resultados. Isso porque, geralmente, estes não são programados para atender a tais demandas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como discutido no presente artigo, as máquinas têm sido utilizadas para a realização de diversas funções, dentre elas, a tomada de decisões automatizadas. As empresas de tecnologia buscam utilizar tais mecanismos como forma de aumentar a capacidade e a velocidade de resposta às demandas repetitivas e reduzir os custos de determinados processos. No entanto, com o tratamento massivo de dados e, conseqüentemente, a crescente utilização destes, observam-se discriminações algorítmicas, especialmente, de gênero e raça, em diversos resultados apresentados por essas ferramentas. A título de exemplificação, surgem casos como o da robô *Tay*, do sistema de contratação de funcionários da empresa *Amazon* e do casal David Hansson e Jamie Hansson.

⁵⁸ REIS, Nazareno César Moreira. **Decisões automatizadas, revisão humana e direito à proteção de dados**: uma análise à luz da LGPD. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Teresina, 2021. p. 139.

⁵⁹ DOSHI-VELEZ, Finale et al. Accountability of AI Under the Law: The role of Explanation. **Cornell University**, [s.l.], v. 3, p. 1-14, nov. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3AnkLxb>. Acesso em: 23 abr. 2023. p. 3.

As discriminações algorítmicas decorrentes de decisões automatizadas podem ser justificadas a partir de problemas relacionados à falta de representatividade dos dados de determinados grupos da sociedade, bem como ao próprio funcionamento de processos autônomos. Contudo, essas são consequências das desigualdades sociais. Isso pelo motivo de que, as discriminações reproduzidas no ambiente virtual são apenas reflexos de desigualdades que ainda se fazem presentes na sociedade. Nesse caso, não é o ambiente virtual que influencia a realidade material, mas o contrário.

Para lidar com tais situações, o art. 20, LGPD, disciplina sobre as decisões automatizadas, mas não estabelece uma conceituação específica do instituto. A partir da interpretação do dispositivo, o presente trabalho parte do entendimento implícito de que decisão automatizada, de acordo com a LGPD, é todo julgamento feito exclusivamente por máquina, com base em previsão decorrente de tratamento automatizado de dados pessoais que afete interesses juridicamente tutelados de pessoa natural, excetuando aquelas que tenham fins particulares e não econômicos, jornalísticos ou científicos.

Como forma de proteger os titulares dos dados de possíveis violações de decisões tomadas, unicamente, com base em tratamento automatizado, o art. 20, LGPD, também apresenta a possibilidade de os sujeitos de direito solicitarem a revisão das decisões. A LGPD não determina que uma revisão de decisão automatizada deve ser realizada por uma pessoa natural, embora seja uma possibilidade. Com isso, resta autorizado que o processo de revisão de uma decisão desse tipo seja também realizado de forma automatizada.

No entanto, processos automatizados têm revelado feições discriminatórias em relação a determinados grupos da sociedade. Isso implica que a revisão automatizada de uma decisão também automatizada não garante que preconceitos e discriminações anteriores não sejam, novamente, reproduzidos. Assim, o art. 20, da LGPD, quando

autoriza tal procedimento, não atende aos princípios da transparência e da não discriminação.

Em relação à violação do primeiro princípio, constata-se que a revisão de uma decisão automatizada deve ocorrer em termos compreensíveis para os titulares dos dados, de modo que minúcias computacionais sejam desconsideradas nessa etapa. Contudo, processos automatizados, baseados em algoritmos, ainda se mostram opacos, ou seja, falta acessibilidade para que se possa conhecer o processo por meio do qual esta ou aquela ferramenta chegou a determinado resultado.

Já em relação a violação do segundo princípio, observa-se tal não é descumprido, simplesmente, porque há ocorrência de discriminação. Isso devido a interpretação de que o legislador parece reconhecer a possibilidade de tratamento distinto, desde que lícito e não abusivo. No entanto, na argumentação do presente trabalho, identifica-se que as discriminações algorítmicas decorrentes de decisões automatizadas advém de condutas ilícitas ou abusivas dos agentes de tratamento de dados. Assim, conclui-se que a utilização de processos automatizados para a revisão de decisões automatizadas dificulta o combate às discriminações algorítmicas.

REFERÊNCIAS

ALMADA, Marco. Revisão humana de decisões automatizadas. **Pós debate-USP**, São Paulo, p. 1-22, nov. 2019. p. 7. Disponível em: <https://bit.ly/3ApuOSB>. Acesso em: 19 mar. 2023.

ALMADA, Marco. Human intervention in automated decision-making: Toward the construction of contestable systems, **ICAIL**, Montréal, p. 1-10, abr, 2019. Disponível em: <https://encurtador.com.br/GK157>. Acesso em: 15 abr. 2023.

ANGWIN, Julia; KIRCHNER, Lauren; LARSON, Jeff; MATTU, Surya. Machine Bias: There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks. **ProPublica**, 23 mar. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3pBR5u1>. Acesso em: 22 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.853**, de 8 de julho de 2019. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá

outras providências. Diário Oficial da União, 2019. Disponível em: <https://encurtador.com.br/bYZ59>. Acesso em: 10 abr. 2023.

BORGES, Gustavo Silveira; FILÓ, Maurício Da Cunha Savino. Inteligência artificial, gênero e direitos humanos: o caso amazon. **Justiça do Direito**, [s.l.], v. 35, n. 3, p. 218-245, dez. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3AsjWmN>. Acesso em: 10 abr. 2023.

DONEDA, DANILO; Almeida, Virgilio A.F. What Is Algorithm Governance? **IEEE Internet Computing**, v. 20, n. 4, p. 60-63, jul. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3oiHWWP>. Acesso em: 16 abr. 2023.

DOSHI-VELEZ, Finale et al. Accountability of AI Under the Law: The role of Explanation. **Cornell University**, [s.l.], v. 3, p. 1-14, nov. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3AnkLxb>. Acesso em: 23 abr. 2023.

ELLIS, Nick. Ferramenta de recrutamento da Amazon com IA discrimina candidatas mulheres. **Meio Bit**, [s.l.], 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3AoK9Tk>. Acesso em: 22 abr. 2023.

EXPOSTO à internet, robô da Microsoft vira racista em 1 dia. **VEJA**, [s.l.], 24 mar. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/35y94Dq>. Acesso em: 19 mar. 2023.

FERNANDES, Micaela Barros Barcelos; OLIVEIRA, Camila Helena Melchior Baptista de. O artigo 20 da LGPD e os desafios interpretativos ao direito à revisão das decisões dos agentes de tratamento pelos titulares de dados. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, [s.l.], v. 8, p.1-19, jul. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/41TZQ0r>. Acesso em: 19 mar. 2023.

FIGUEREDO, Caroline Santana; DE NEGREIROS, Eduardo Corrêa; CASTAGNA, Fabiano Pires. Algoritmos: espelhos de nossos preconceitos. In: **Espelhamentos: direito e literatura**. Florianópolis: Emais, 2022.

FRANK, Pasquale. **Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information**. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

HASENBALG, Carlos. **Discriminação e Desigualdades Raciais no Brasil**. Belo Horizonte, UFMG; Rio de Janeiro: Iuperj, 2005.

IBGE. **Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil**. Estudos e Pesquisas. Informação Demográfica e Socioeconômica. n. 48, [s.l.], 2022. Disponível em: <https://bit.ly/41JZ1YE>. Acesso em: 20 mar. 2023.

IBGE. **Estatísticas de Gênero Indicadores sociais das mulheres no Brasil**. Estudos e Pesquisas. Informação Demográfica e Socioeconômica. n.38, [s.l.], 2021. Disponível em: <https://bit.ly/40EIULq>. Acesso em: 20 mar. 2023.

INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE. **Transparência e Governança nos algoritmos: um estudo de caso sobre o setor de**

birôs de crédito. Disponível em: <https://bit.ly/41ekjwL>. Acesso em: 10 abr. 2023.

LINDOSO, Maria Cristine Branco. **Discriminação de gênero em processos decisórios automatizados.** 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação Algorítmica: Conceito, Fundamento Legal e Tipologia. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, v. 16, n. 90, p. 41-64, dez. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3lsBVFK>. Acesso em: 19 mar. 2023.

MOULIN, Carla da Silva. **O Princípio da não discriminação na LGPD e as decisões automatizadas.** UERJ, [s.l.], [s.v]. p. 1-13. dez. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3HcZGcF>. Acesso em: 20 abr. 2023.

MULLHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18). **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 19, n. 3, p. 159-180, set./dez. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3mcllTA>. Acesso em: 10 abr. 2023.

NÓBREGA, Viviane; BLUM, Renato. **Lei Geral de Proteção de Dados comentada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

REIS, Nazareno César Moreira. **Decisões automatizadas, revisão humana e direito à proteção de dados:** uma análise à luz da LGPD. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Teresina, 2021.

REIS, Nazareno César Moreira; FURTADO, Gabriel Rocha. Decisões automatizadas: definição, benefício e riscos. **Civilistica**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 1-44, out. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3LALeV5>. Acesso em: 19 mar. 2023.

RIOS, Roger Raupp; SILVA, Rodrigo da. Democracia e direito da antidiscriminação: interseccionalidade e discriminação múltipla no direito brasileiro. **Ciência e Cultura**, São Paulo, v. 69, n. 1, p. 44-49, mar. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3V1NNvQ>. Acesso em: 24 mar. 2023.

SILVA, Rodrigo Vianna; BALBINO, Michelle Lucas Cardoso. Decisões exclusivamente automatizadas e a necessidade de uma supervisão humana no Brasil. **Revista da Advocacia Pública Federal**, Lago Sul, v. 5, n. 1, p. 77-102, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/41cUYn1>. Acesso em: 19 mar. 2023.

SILVA, Tarcízio. **Racismo Algorítmico:** inteligência artificial e discriminação nas redes digitais. São Paulo: Sesc, 2022.

SOPRANA, Paula. Inteligência virtual da Microsoft aprende a ser racista e sexista no Twitter. **Época**, [s.l.], 16 mar. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3WqVZqo>. Acesso em: 19 mar. 2023.

SOUZA, Carlos Affonso; MAGRANI, Eduardo; CARNEIRO, Giovana. Lei Geral de Proteção de Dados: uma transformação na tutela dos dados pessoais. *In*: MULHOLLAND, Caitlin (org.). **A LGPD e o novo marco normativo no Brasil**. Porto Alegre: Arquipélago, 2020.

TARGET: entenda como a loja monitora o comportamento do consumidor. **Traycorp**, São Paulo, mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3v6JB09>. Acesso em: 15 abr. 2023.

TELFORD, Taylor. Apple Card algorithm sparks gender bias allegations against Goldman Sachs. **The Washington Post**, [s.l.], nov. 2019. Disponível em: <https://wapo.st/3AmOEhi>. Acesso em: 22 abr. 2023.

TEPEDINO, Gustavo. **Teoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

VARTEN, Starre. Racial Bias Found in a Major Health Care Riks Algorithm. **Scientific American**, [s.l.], 24 oct. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/40DCIIH>. Acesso em: 22 abr. 2023.

VIEIRA, Bianca Machado Concolato. O Serviço Social Ante as Desigualdades Sociais Advindas da Discriminação Racial no Brasil. **Libertas**, Juiz de Fora, v. 13, n. 1, p. 147-159, jan.jun. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/40CuOco>. Acesso em: 15 abr. 2023.

“NÃO ENTENDI NADA, MAS VOU ADERIR”: O DEVER DE INFORMAÇÃO NOS CONTRATOS DE ADESÃO À LUZ DA DESIGUALDADE EDUCACIONAL BRASILEIRA

Luiz Fernando da Silva Martins Mata¹

Sofia Helena Pereira Barreto²

RESUMO: Diante do contexto de massificação contratual, os contratos de adesão figuram como uma técnica contratual que viabiliza trocas negociais mais céleres, exigidas pelo atual momento econômico. No bojo da alteração da lógica contratual tradicional, desponta a relativização da vontade no âmbito da formação do negócio jurídico, de modo que o acordo de vontades entre as partes se estabelece apenas pelo ato de aceitação ou recusa do aderente. Assim, o presente artigo tem como objetivo precípua apontar a insuficiência, no âmbito dos contratos de adesão, dos parâmetros de legibilidade e ostensibilidade da informação ante a assimetria informacional, potencializada pela desigualdade educacional. Inicialmente, delimita-se o conteúdo e as características dos contratos de adesão, a partir do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, bem como sua diferença em relação às condições gerais. Posteriormente, apresenta-se o dever de informação na disciplina contratual, a partir do qual se desdobram os parâmetros de legibilidade e ostensibilidade, exigíveis aos contratos de adesão. Por fim, delimita-se o conceito de assimetria informacional e sua relação com a desigualdade educacional no Brasil. Destarte, aponta-se a disparidade no acesso à educação como potencializadora da assimetria informacional existente entre

¹ Graduando em Direito, na Universidade Federal de Lavras. Bolsista no Programa de Educação Tutorial Institucional (PETI) - Direito, sob orientação do Prof. Dr. Gustavo Pereira Leite Ribeiro.

² Graduanda em Direito, na Universidade Federal de Lavras. Membro voluntária no Programa de Educação Tutorial Institucional (PETI) – Direito, sob orientação do Prof. Dr. Gustavo Pereira Leite Ribeiro.

predisponente e aderente, o que exige um alargamento do dever de informação daquele.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos de adesão. Desigualdade educacional. Assimetria informacional.

INTRODUÇÃO

A concepção tradicional dos contratos consagrou, em sua disciplina, os princípios de autonomia da vontade³, consensualismo e obrigatoriedade. A influência liberal fez com que o contrato fosse instituído como elemento viabilizador de trocas econômicas, uma vez que previa a livre atuação do mercado e a igualdade formal dos indivíduos. Todavia, esse cenário se mostrou catastrófico, sobretudo à luz da ampliação das desigualdades sociais - o que exigiu do Estado liberal, até então vigente, uma maior intervenção nas relações socioeconômicas, com o objetivo de dirimir tais disparidades. No âmbito das relações contratuais, aos princípios já consolidados, somaram-se a boa-fé objetiva, a função social do contrato e o equilíbrio contratual.⁴

No fluxo dessas transformações, a economia e a sociedade se desenvolveram de forma cada vez mais complexa, revelando a necessidade de se estabelecer novas técnicas contratuais. A produção econômica se intensificou, carecendo que as relações contratuais fossem mais dinâmicas para que pudessem acompanhar esse processo, uma vez que os contratos ainda se inseriam como instrumentos eficazes para as trocas econômicas. Nesse sentido, tal economia trouxe a emergência da

³ Hoje, concebida como “autonomia privada”, uma vez que a teoria do contrato tida como afirmação dessa autonomia da vontade e exercendo uma função individual tornou-se insuficiente e inadequada devido às transformações sociais e econômicas do século XX, tendo de ser reestruturada para atender e exercer uma função social, voltada a uma ideologia igualitária. Para mais, cf. FACHIN, Luiz Edson; BREKAILO, Uiara Andressa. Apontamentos sobre aspectos da reforma do Código Civil Alemão na perspectiva de um novo arquétipo contratual. *In*: GONÇALVES, Fernando (Coord.). **Superior Tribunal de Justiça - Doutrina - Edição comemorativa, 20 anos**. Brasília: STJ, 2009, p. 141-184.

⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

maximização da contratação por meio da massificação contratual, a qual tem como exemplo principal os contratos de adesão.⁵

O contrato de adesão, enquanto técnica contratual, caracteriza-se pela padronização e prefixação do conteúdo por uma das partes, com cláusulas, em sua maioria, uniformes e rígidas, de modo que, à outra parte, compete tão só aderir ao estabelecido. Assim sendo, observa-se a despersonalização dos sujeitos contratuais e a relativização da vontade, já que esta era construída a partir da livre discussão e conformação dos efeitos do negócio jurídico pelas partes. Hoje, por exemplo, são estabelecidos contratos de locação de imóveis, por intermédio de imobiliárias, a partir da técnica do contrato de adesão, tendo em vista a alta demanda mercadológica e a consequente urgência de que as contratações sejam mais práticas e céleres. No entanto, a rapidez na formação do negócio jurídico não pode ser meio propulsor de disparidades entre as partes - o que faz com que os novos princípios, ao serem consagrados na disciplina contratual brasileira, sejam mecanismos para dirimir tal problemática.⁶

Destacam-se, então, a boa-fé objetiva e o dever de informação dela decorrente. Tal dever assume papel fundamental para que o contrato de adesão celebrado observe, tanto em sua formação quanto execução, a efetividade da prestação obrigacional. Nessa senda, nasce a problemática concernente ao dever de informação do predisponente: a insuficiência, para sua integral efetivação, dos parâmetros de legibilidade e ostensibilidade - impostos aos contratos de adesão. Tal argumentação se justifica pelo fato de que a construção do contrato de adesão, a partir da eliminação da fase dialógica entre as partes, inerentemente faz surgir uma assimetria informacional entre os sujeitos.

⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: contratos. 28. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, v. 3.

⁶ SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 139-151, 2003. Disponível em: encurtador.com.br/ivHOY. Acesso em: 13 abr. 2023.

Somado a isso, dados da realidade educacional brasileira evidenciam o incremento do desnível informativo entre predisponente e aderente. No Brasil, a disparidade no acesso às oportunidades educacionais faz com que os cidadãos apresentem diferentes graus de domínio informativo - o que impacta na cognoscibilidade do conteúdo contratual.⁷ À luz da referida assimetria informacional, potencializada pela desigualdade educacional, o dever de informação do predisponente não pode ficar adstrito aos parâmetros de legibilidade e ostensibilidade. Isso porque, estes dizem respeito tão somente a elementos tipográficos e redacionais das condições gerais, de modo que não se mostram suficientes à efetivação do dever de informação.

Para a consecução de tais objetivos, este artigo busca delimitar o conteúdo e as características dos contratos de adesão, à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, apresentando o contexto no qual o contrato de adesão se insere. Posteriormente, preocupa-se em delimitar o dever de informação na disciplina contratual, enquanto um desdobramento da boa-fé objetiva, bem como apresentar os parâmetros de legibilidade e ostensibilidade dele decorrentes. Por fim, busca traçar o conceito de assimetria informacional e sua relação com a desigualdade educacional no Brasil, a fim de apontar a insuficiência dos parâmetros supracitados no âmbito dos contratos de adesão.

1 MASSIFICAÇÃO CONTRATUAL

A concepção tradicional dos contratos, influenciada por fatores ideológicos, consagrou na disciplina contratual princípios clássicos, tais como: autonomia privada, consensualismo e obrigatoriedade do contrato. Nesse contexto, o contrato foi instituído como elemento viabilizador de trocas econômicas, as quais partiam da livre atuação do mercado e da pressuposta igualdade entre os indivíduos. Posteriormente, esse cenário se mostrou catastrófico, já que as desigualdades sociais se intensificaram

⁷ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **Direito do consumidor na sociedade da informação**. São Paulo: Grupo Almedina, 2022.

e revelaram o desequilíbrio material existente entre sujeitos formalmente paritários.⁸ Foi necessário, então, que o Estado ampliasse seu grau de intervenção na atividade econômica, com o propósito de dirimir as discrepâncias sociais. No âmbito contratual, a consolidação de uma estrutura estatal preocupada, também, com o fator social ensejou novos princípios informadores do direito privado: a boa-fé objetiva, a função social do contrato e o equilíbrio contratual.⁹

Nesse contexto, eventos políticos e econômicos alteraram a estrutura da sociedade,¹⁰ inserindo-a em uma lógica marcada pela dinamicidade e acelerada produção - o que fez nascer, na disciplina contratual, a necessidade de uma nova técnica que acompanhasse tais transformações. Ergue-se o fenômeno da massificação contratual, calcado na contratação em série e na confecção de contratos padronizados - direcionados a um número indeterminado de pessoas.¹¹

A padronização dos instrumentos contratuais são imprescindíveis à vida econômica atual. Estão oni-presentes no cotidiano das pessoas e das empresas, na aquisição de bens e serviços, tais como água, luz, telefonia, comunicações em geral, educação privada, serviços bancários, utilização de cartões de crédito ou débito, seguros, planos de saúde, transportes, turismo, relações contratuais duradouras, tais como franquias e fornecimento de peças ou matérias-primas para indústrias.¹² Isso porque, são situações inerentes ao cotidiano de todos os cidadãos, logo, é necessário que haja praticidade quanto a construção e execução desses contratos para que se atenda a grande demanda.

Exemplo característico de tal técnica são os contratos de locação. Estes estabelecem que uma pessoa (locador) entregará uma coisa para uso temporário de outra (locatário), tendo esta o dever de contraprestação pecuniária relativa a cada período de uso ajustado.¹³ Muito comum,

⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

¹⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: contratos**. 28. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, v. 3.

¹¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: contratos**. 28. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, v. 3.

¹² LÔBO, Paulo. **Direito Civil: contratos**. 28. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, v. 3.

¹³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: contratos**. 28. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, v. 3.

ainda, é a locação de imóveis intermediada por imobiliárias, as quais, visando à celeridade, dinamicidade e eficiência em suas contratações, celebram diversos negócios jurídicos a partir de contratos de adesão. Assim sendo, o indivíduo interessado em alugar o imóvel se restringe a apenas preencher campos destinados a dados pessoais, preço, data do vencimento do boleto, dentre outras informações relevantes ao cumprimento obrigacional.

A partir da massificação contratual, evidencia-se a despersonalização das partes na relação jurídica formada, uma vez que não se identifica, de forma prévia, o destinatário do contrato. À procura de objetividade no ato de contratação, altera-se o foco para o objeto contratual, de modo a retirar a centralidade que o sujeito da relação contratual assumia anteriormente. Para além disso, verifica-se, também, a relativização da vontade, haja vista que, por serem contratos padronizados, não necessariamente criam o espaço viabilizador de diálogo entre as partes - o que aponta para a distorção do ato da vontade individual na negociação, a qual acaba extremamente limitada.

2 CONTEÚDO E CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS DE ADESÃO

Os contratos de adesão não figuram como espécie ou tipo contratual, mas como uma técnica de formação contratual, aplicável a qualquer tipo de contrato. Nessa linha, seu traço distintivo refere-se à construção da forma, estrutura e conteúdo, vez que seus elementos são, em grande maioria, predispostos e cabe ao aderente somente aceitação ou recusa. Com efeito, apesar de o conteúdo do contrato, aparentemente, revelar uma desnaturação do elemento volitivo ou negocial, entende-se que, por meio do ato da adesão, nasce o acordo de vontades e o consenso inexorável entre as partes - aptos a ensejarem a produção de efeitos jurídicos.¹⁴

¹⁴ LIMA, Maria Cristina de Brito. Contratos de Adesão: Limite de Justiça do Direito. **Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 25, p. 278-313, 2004.

Em termos de conteúdo, é válido ressaltar que os contratos de adesão são constituídos por condições gerais, mas nelas não se esgotam. Estas são pré-estabelecidas pelo predisponente, de forma rígida, uniforme e unilateral - o que facilita a objetividade e a dinamicidade com que se padronizam o conteúdo contratual. Assim, os contratos de adesão servem de continente para abrigar as condições gerais, cuja existência é anterior ao próprio instrumento contratual, tendo sua eficácia jurídica condicionada a posterior integração.¹⁵

2.1 O CONTRATO DE ADESÃO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E NO CÓDIGO CIVIL: A NECESSIDADE DE UM DIÁLOGO DAS FONTES

Apesar de o Código de Defesa do Consumidor não destinar variados dispositivos legais à regulação dos contratos de adesão, o art. 54, CDC, estabelece alguns de seus contornos jurídicos. O art. 54, *caput*, CDC, estabelece o conceito de contrato de adesão, enquanto seus parágrafos instituem alguns parâmetros quanto à estrutura e ao conteúdo das cláusulas contratuais, quais sejam: o art. 54, §1º, CDC, versa sobre a inserção de cláusulas no formulário no contrato e o não desvirtuamento do contrato de adesão; o art. 54, §2º, CDC, dispõe acerca da inserção de cláusulas resolutórias; o art. 54, §3º, CDC, exige que os termos e caracteres sejam inseridos de forma ostensiva e legível; o art. 54, §4º, CDC, impõe o destaque gráfico necessário quando de cláusulas que implicarem limitação de direito.¹⁶

¹⁵ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Contratação na sociedade massificada. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 14, n. 4, p. 75-98, out./dez. 2017.

¹⁶ Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

No âmbito do Código Civil, a matéria sobre os contratos de adesão é pouco trabalhada. O legislador preocupou-se em estabelecer apenas dois dispositivos sobre a matéria, quais sejam: o art. 423, do CC/02¹⁷, o qual discorre sobre a interpretação das cláusulas ambíguas de modo favorável ao aderente; e o art. 424, do CC/02¹⁸, acerca da nulidade de cláusulas que determinam a renúncia antecipada de direitos concernentes à natureza do próprio contrato. Em suma, em relação aos contratos de adesão, o Código Civil se mostra insuficiente, já que não apresenta contornos definidos para o seu tratamento em matéria não-consumerista - o que enseja a defesa de uma aplicação da disciplina do CDC aos contratos de adesão cíveis.¹⁹

A priori, destaca-se que

a Constituição define a tábua axiológica que condiciona a interpretação de cada um dos setores do direito civil e, por isso mesmo, o ingresso no Código de Defesa do Consumidor de princípios coerentes com a nova ordem pública constitucional, por expressarem valores constitucionais, não podem deixar de serem destinados a uma aplicação em toda a nossa teoria contratual.²⁰

Para além da vinculação constitucional, importa considerar a teoria do diálogo de fontes entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil,²¹ a qual subdivide-se em três tipos: diálogo de coerência; diálogo de complementaridade e subsidiariedade; e diálogo de coordenação e

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

¹⁷ Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

¹⁸ Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

¹⁹ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Contratação na sociedade massificada. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 14, n. 4, p. 75-98, out./dez. 2017.

²⁰ TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 222.

²¹ A teoria do diálogo de fontes foi concebida pelo jurista alemão, Erik Jayme, o qual ensinava em seu curso Geral de Haia, em 1995, sobre a face do pluralismo pós-moderno. No Brasil, inspirada pelos estudos do jurista, Cláudia Lima Marques inseriu a teoria do diálogo de fontes nos estudos em relação à legislação brasileira. Para mais, cf. MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *In*: MARQUES, Cláudia. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

adaptação sistemática.²² No âmbito dos contratos de adesão, o diálogo das fontes percorre os três tipos.

Pelo diálogo de coerência, demonstra-se que as normas de uma lei sobre determinado instituto jurídico podem servir de base conceitual quando este for regulado, em outro diploma legal, de maneira insatisfatória. De tal modo, se o Código Civil não conceitua os contratos de adesão, mas o art. 54, CDC, o faz, será utilizada a definição trazida por este no âmbito das relações cíveis.²³ A crítica em torno dessa colocação se situa no fato de que, por regular relações cíveis, marcadas essencialmente pela presunção de paridade entre as partes, restaria afastada a vulnerabilidade jurídica estabelecida pelo CDC.²⁴ Entretanto, os contratos de adesão, pelo seu contexto de formação negocial, fazem do aderente parte sempre vulnerável, porque a este não se oportuniza a conformação do conteúdo, alcance e sentido das relações jurídicas - os quais são impostos pelo predisponente.

O diálogo de subsidiariedade e complementaridade consiste na adoção de princípios e normas, em caráter complementar, por um dos sistemas, quando se fizer necessário para solução de um caso concreto relacionado ao outro sistema.²⁵ Isso, por sua vez, reforça a incidência de mecanismos protetivos do CDC aos contratos de adesão cíveis, de modo que o art. 54, § 3º e § 4º, CDC, o qual exige observância aos parâmetros de legibilidade e ostensibilidade, deve ser também perseguido nos instrumentos contratuais externos ao diploma consumerista. Ao cabo, a

²² MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *In*: MARQUES, Cláudia. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

²³ MIYAZATO, Sheila Keiko Fukugauchi. **O desequilíbrio do contrato por adesão no Código Civil brasileiro**. 2021. 297p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021.

²⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *In*: MARQUES, Cláudia. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

²⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *In*: MARQUES, Cláudia. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

preocupação do CDC com o dever de informação, exercido pelo predisponente, precisa informar os contratos de adesão regulados pelo CC, à luz da vulnerabilidade do aderente.

Por fim, ao diálogo de coordenação e adaptação sistemática atribuem-se as produções doutrinárias e jurisprudenciais de situações jurídicas, nas quais a disciplina de um sistema se aplica a outro. Nessa perspectiva, há entendimentos jurisprudenciais que utilizam o regramento dos contratos de adesão consumeristas para regular aqueles produzidos no âmbito de um vínculo obrigacional não-consumerista. A título de exemplificação, tem-se o entendimento do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, o qual reforça que,

em que pese não tratar-se de negócio firmado sob o auspício do Estatuto Consumerista, é nítida a ocorrência do contrato de adesão na relação comercial discutida nos autos, devendo ser transposta a concepção consumerista do instituto para o âmbito das demais áreas sob a regência dos preceitos civilistas, não apenas em homenagem a teoria do diálogo das fontes, mas notadamente pela relativização do princípio pacta sunt servanda ante sua orientação pautada na função social do contrato, conforme consigna o art. 421 do Código Civil.²⁶

Com efeito, a insuficiência do Código Civil quanto aos contratos de adesão fomenta a necessidade de um diálogo de fontes, vez que se mostra necessária a concretização da ordem jurídica em si e, também, de seus valores constitucionais. À vista disso, cabe delimitar o dever de informação e seus parâmetros protetivos, substancialmente trazidos pelo CDC, os quais precisam incidir nos contratos de adesão de natureza cível - especialmente à luz da desigualdade educacional brasileira que será, posteriormente, trabalhada neste artigo.

3 O DEVER DE INFORMAÇÃO COMO UM DESDOBRAMENTO DA BOA-FÉ OBJETIVA

²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Agravo de Instrumento** n. 1408045-76.2015.8.12.0000, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, julgado em 15/09/2015.

A partir da mudança do Estado Liberal para o Estado Social, a obrigação passa a ser compreendida como um processo, a partir do qual forma-se um sistema que introduz, além dos deveres de prestação, outros anexos.²⁷ Tais deveres importam para orientar e limitar os principais, tendo obrigatoriedade própria, de modo a integrar a relação independentemente da vontade das partes e, até mesmo, gerar sanções quando não observados.

A boa-fé objetiva, em um contexto de mudança da relação obrigacional, se estabelece como regra de conduta colaborativa entre as partes, de modo a impor limites aos atos necessários para o cumprimento das obrigações, atento aos parâmetros de lealdade, cooperação e confiança. Tal princípio tem sua concretização atrelada às circunstâncias nas quais se insere - o que faz surgir diferentes funções a depender da situação jurídica a ser resolvida.²⁸ Dentre as funções que assume, importa a este artigo sua função criativa, postulada no art. 422, CC/02²⁹, a partir da qual se produzem deveres exigíveis às partes, denominados anexos, como o dever de proteção e informação.³⁰

Nessa seara, o dever de informação é central na disciplina contratual, cujo objetivo é assegurar que as informações pertinentes ao contrato sejam transmitidas de forma qualificada, completa e eficiente. Assim, as partes terão o conhecimento necessário para a conformação de sua livre vontade negocial. Cumpre-se o dever de informar quando a informação recebida preenche os requisitos de adequação, suficiência e veracidade - requisitos que precisam e devem estar interligados.³¹ Tal

²⁷ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

²⁸ COSTA-MARTINS, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.); CARBONE, Paolo (Coord.); TORRES, Heleno Taveira (Coord.). **Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

²⁹ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

³⁰ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

³¹ LÔBO, Paulo. Boa-fé entre o princípio jurídico e o dever geral de conduta obrigacional. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, [s.v], n. 3, p. 975-995, 2017. Disponível em: <https://encurtador.com.br/hixBN>. Acesso em: 15 mar. 2023, p. 993.

dever anexo impõe, também, que o conjunto informacional fornecido tanto não pode omitir nenhum elemento essencial à sua completez, quanto precisa ser verídico - correspondente às características reais do objeto a que se vincula o sujeito contratual.

O Código Civil, em seu regime contratual, não estabeleceu parâmetros gerais para o cumprimento do dever de informação, destinando somente alguns artigos à matéria - tais como os arts. 518,³² 686,³³ que tratam de relações jurídicas específicas.³⁴ Assim, evidencia-se que o Código de Defesa do Consumidor introduziu de forma mais completa tal dever - contando, inclusive, com um regime geral disposto no art. 6º, III, CDC.³⁵ Ainda no âmbito da operabilidade, postulou o art. 31, CDC, outros parâmetros como clareza, precisão, objetividade e ostensibilidade.³⁶ Importa, por fim, identificar como o referido dever de informação se manifesta nos parâmetros de legibilidade e ostensibilidade - exigíveis aos contratos de adesão.

3.1 LEGIBILIDADE E OSTENSIBILIDADE: EXIGÊNCIAS AO CONTRATO DE ADESÃO

Com finalidade protetiva, à luz da vulnerabilidade jurídica do aderente, exige-se ostensibilidade às condições gerais, a qual diz respeito à qualidade daquilo que é visível ou evidente, pensado para ser facilmente

³² Art. 518. Responderá por perdas e danos o comprador, se alienar a coisa sem ter dado ao vendedor ciência do preço e das vantagens que por ela lhe oferecem. Responderá solidariamente o adquirente, se tiver procedido de má-fé.

³³ Art. 686. A revogação do mandato, notificada somente ao mandatário, não se pode opor aos terceiros que, ignorando-a, de boa-fé com ele trataram; mas ficam salvas as ações que no caso lhe possam caber contra o procurador.

³⁴ COSTA-MARTINS, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no Direito Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 97, n. 867, p. 11-51, 2008.

³⁵ Art. 6º, III. A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem

³⁶ Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

localizado e apreendido. Nos contratos de adesão, tal exigência cumpre a função de impedir que as condições gerais sejam colocadas ao final do instrumento contratual, sem a devida centralidade de que necessitam, ou que sejam inseridas a partir da utilização de minúsculas notas de rodapé - as quais, visualmente, sugerem uma menor atenção a ser dada por aquele que lê o contrato. Imagine, por exemplo, que as condições gerais de um contrato de adesão escrito estejam alocadas dentro de uma moldura quase imperceptível, na parte inferior da folha, sem que a elas seja atrelado algum elemento de destaque gráfico. Evidentemente, o acesso a tal conteúdo restará prejudicado pelo esforço que sua localização demanda ao aderente - o que revela seu caráter não ostensivo.

Além disso, exige-se legibilidade às condições gerais, a qual refere-se à qualidade tipográfica de um texto e à facilidade de sua leitura. Preocupa-se com o estilo de fonte, corpo e largura dos caracteres, cor utilizada, contraste da letra com o plano de fundo, comprimento das linhas, entrelinhamento e tamanho das margens. A combinação desses elementos ditam a acessibilidade gráfica do conteúdo escrito, já que informam o nível de esforço visual exigido do aderente no momento da leitura.³⁷ A título de exemplificação, pense em um contrato de adesão no qual as suas condições gerais estejam redigidas em corpo 8, fonte manuscrita e cor amarela (com o plano de fundo na cor branca). Aqui, também não se observa a legibilidade imposta à redação do contrato de adesão.

O desenvolvimento de tais mecanismos protetivos aponta que a rapidez informadora desse tipo de contratação não deve servir de pretexto para a imposição deliberada de cláusulas a um aderente que geralmente não lê os termos do formulário ou encontra dificuldades em fazê-lo - quer seja por pressa, preguiça, indolência, ignorância ou resignação, em face das letras miúdas.³⁸ Nesse sentido, os parâmetros de ostensibilidade e

³⁷ NEWMAN, Stephen. The influence of plain language and structure on the readability of contracts. **Obiter**, Gqeberha, v. 31, [s.n.], p. 735-745, 2010.

³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto do CDC e da Lei de Superendividamento. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 570.

legibilidade são necessários para que o aderente não seja colocado em posição de desvantagem por eventual dificuldade de leitura ou compreensão.³⁹ A preocupação do legislador incide não apenas no redigir das cláusulas e outras mensagens do contrato, em recurso a linguagens fechadas em termos técnicos, mas também em sua redação e conferências verbais na própria língua do destinatário da proteção.

No bojo da assimetria jurídica inerente ao contrato de adesão, faz-se relevante a atenção dada à tipografia das condições gerais, uma vez que se mostra como um desdobramento do dever de informação. Isso porque, ao aderente, deve ser oportunizada sua efetiva identificação dentro do instrumento contratual, o seu grau de relevância a partir da localização gráfica e do destaque visual utilizado (quando envolvem, por exemplo, restrição de direito ou assunção de obrigações).⁴⁰ Tais exigências têm fundamento na influência direta que exercem na decisão de contratar, no acautelamento do aderente frente ao sentido e alcance do conteúdo contratual e no fortalecimento da segurança das relações jurídicas.⁴¹

A despeito da importância da redação ostensiva e legível das condições gerais, importa questionar, ainda, os limites do dever de informação do predisponente: a comunicação prende-se com o fato de que basta o aderente tomar conhecimento da existência das condições gerais? O dever de informação, enquanto um meio de fortalecer a proteção do aderente, tem sua extensão alterada conforme se trata de sujeitos situados em uma relação assimétrica, marcada pela dificuldade

³⁹ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Contratação na sociedade massificada. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 14, n. 4, p. 75-98, out./dez. 2017. Disponível em: <https://bityli.com/Uc66Xx>. Acesso em: 15 mar. 2023.

⁴⁰ NEWMAN, Stephen. The influence of plain language and structure on the readability of contracts. **Obiter**, Gqeberha, v. 31, [s.n.], p. 735-745, 2010.

⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 867, [s.n.], p. 11-51, jan. 2008.

quanto à acessibilidade e cognoscibilidade à informação relevante aos fins do contrato.⁴²

4 ASSIMETRIA INFORMACIONAL E A DESIGUALDADE EDUCACIONAL NO BRASIL

Não obstante a elaboração prévia das condições gerais do contrato dê suporte à assimetria de ordem informativa, intrínseca ao contrato de adesão, importa considerar outro problema em seu plano de formação: o aumento considerável de desconhecimento, por parte do aderente, do conteúdo que será integrado ao contrato individual.⁴³ Isso decorre não só de significativa complexidade jurídica e redacional das condições gerais, mas também de fatores atrelados à desigualdade educacional.

A educação, tendo como uma de suas formas de atuação a escolarização, é capaz de desenvolver nos indivíduos suas potencialidades ao permitir seu pleno desenvolvimento enquanto pessoa, bem como seu preparo para o exercício da cidadania.⁴⁴ O acesso à educação, quando garantido universalmente, é um importante mecanismo para a promoção de oportunidades entre os sujeitos, além de sua efetiva inclusão social, conforme assegura o art. 205, da CF/88.⁴⁵

A despeito da centralidade do processo educacional na formação social dos indivíduos, o Brasil ainda apresenta preocupantes índices quanto à democratização do referido direito. A princípio, cumpre destacar que a média brasileira de anos de estudo é de 7,8 anos, abaixo das médias latino-americanas, como Chile e Argentina (9,9 anos), Costa Rica (8,7

⁴² MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 867, [s.n.], p. 11-51, jan. 2008.

⁴³ MIYAZATO, Sheila Keiko Fukugauchi. **O desequilíbrio do contrato por adesão no Código Civil brasileiro**. 2021. 297p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021.

⁴⁴ CASTRO, Jorge Abrahão de. Evolução e desigualdade na educação brasileira. **Educação & Sociedade**, Campinas, v. 30, n. 108, p. 695, 2009. Disponível em: encurtador.com.br/gwCRU. Acesso em: 10 abr. 2023.

⁴⁵ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

anos) e México (8,6 anos). Além disso, é ainda mais distante da média de países dito desenvolvidos, como Inglaterra (13,3 anos) e EUA (13,2 anos).⁴⁶

No que se refere à educação infantil e aos ensinos fundamental e médio, os dados são alarmantes: a taxa de conclusão do ensino fundamental é de 76% e a do ensino médio, 59%. Ainda nesse diapasão, 4 em cada 10 jovens de 15 a 19 anos não concluem o ensino médio no Brasil, de modo que o abandono escolar nessa etapa educacional figura em 6,8%. Disso decorre, por exemplo, a baixa porcentagem de jovens, entre 18 e 24 anos, matriculados no ensino superior: 34,6%.⁴⁷ Em 2014, 39% da população acima de 18 anos não possuía sequer o ensino fundamental completo.⁴⁸

Em relação à qualidade de ensino, o Brasil ocupa o 59º lugar em matéria de leitura no ranking de 70 países avaliados no Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (PISA), em 2015, conduzido pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). A isso soma-se a distribuição desigual de recursos educacionais de qualidade e o baixo índice de escolaridade geral⁴⁹, o qual encontra-se estagnado em 61,8%.⁵⁰ À luz da referida desigualdade educacional brasileira, faz-se imprescindível compreender como esse fenômeno incide no incremento da vulnerabilidade dos sujeitos no tráfego jurídico.

⁴⁶ OXFAM. **A distância que nos une**: um retrato das desigualdades brasileiras. São Paulo: Brief Comunicações, 2017. Disponível em: encurtador.com.br/vAMNW. Acesso em 16 mar. 2023.

⁴⁷ OXFAM. **A distância que nos une**: um retrato das desigualdades brasileiras. São Paulo: Brief Comunicações, 2017. Disponível em: encurtador.com.br/vAMNW. Acesso em 16 mar. 2023.

⁴⁸ IPEA; FJP; PNUD. **Análise geral da tendência de evolução do IDHM no Brasil**. Radar IDHM, Brasília, 2016. Disponível em: encurtador.com.br/oyX34. Acesso em: 16 mar. 2023.

⁴⁹ O índice de escolaridade geral é medido pela proporção de pessoas de 18 anos ou mais com o ensino fundamental completo.

⁵⁰ IPEA; FJP; PNUD. **Análise geral da tendência de evolução do IDHM no Brasil**. Radar IDHM, Brasília, 2016. Disponível em: encurtador.com.br/oyX34. Acesso em: 16 mar. 2023.

4.1 A DESIGUALDADE EDUCACIONAL COMO POTENCIALIZADORA DA ASSIMETRIA INFORMACIONAL

O direito à informação dos contratantes associa-se à vulnerabilidade e à boa-fé objetiva, de modo que não mais há uma transferência do ônus informativo apenas àquele que compra ou adere.⁵¹ Nessa toada, a informação precisa ser dada levando-se em conta os interesses primariamente tutelados, para que a posição jurídica do destinatário seja devidamente protegida, avaliando-se a existência ou não de obstáculos que sabotem sua disponibilidade. No âmbito deste artigo, o elemento educacional figura como um desses óbices - apto a gerar ruídos no processo de comunicação e intensificar a assimetria informacional já existente entre predisponente e aderente.⁵²

Com efeito,

a formação escolar dos consumidores não pode ser dissociada da baixa ou elevada efetividade do direito à informação. No caso do Brasil, o analfabetismo funcional, conforme dados coletados em 2018 pelo Indicador de Alfabetismo Funcional (INAF) atinge 30% dos brasileiros, isto é, indivíduos que, embora saibam reconhecer letras e números, são incapazes de compreender textos simples, bem como realizar operações matemáticas mais elaboradas.⁵³

Nesse sentido, os diferentes níveis de educação entre os indivíduos faz surgir um abismo sobre o nível informacional, de modo que o processo educacional atua como elemento imprescindível à edificação de uma capacidade real de compreensão do que é informado. Nasce, em um primeiro momento, o fato de que contratantes menos escolarizados leem menos o conteúdo contratual do que aqueles mais escolarizados. Exemplificativamente, no contrato de compra, venda e aluguel de imóvel, 66% entre os contratantes com ensino fundamental disseram lê-lo por

⁵¹ Com isso, supera-se a regra do *caveat emptor* (“tome cuidado, comprador”), a qual estabelecia que o comprador tomasse cuidado, devendo antes de adquirir a coisa ele próprio buscar examiná-la com todos os cuidados, sem contar com qualquer colaboração do vendedor. Para mais, cf. KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **Direito do consumidor na sociedade da informação**. São Paulo: Grupo Almedina, 2022.

⁵² KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **Direito do consumidor na sociedade da informação**. São Paulo: Grupo Almedina, 2022.

⁵³ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **Direito do consumidor na sociedade da informação**. São Paulo: Grupo Almedina, 2022, p. 206.

inteiro, contra 83% dos indivíduos com ensino superior. Ou, ainda, no contrato de seguro de qualquer natureza, 61% entre aqueles com ensino fundamental afirmaram lê-lo inteiramente, contra 77% entre os indivíduos com ensino superior.⁵⁴

Em relação à percepção da parte contratante sobre o motivo de não ler os contratos, 27,9% apresentaram como motivo a dificuldade de entendimento do seu conteúdo à luz dos termos redacionais e legais empregados. Além disso, constata-se situações em que o contratante pode até começar a ler o contrato e, ao sentir dificuldades de entender o sentido e alcance dos vocábulos utilizados, acaba desistindo da leitura.⁵⁵ A isso soma-se a percepção do indivíduo acerca do grau de simplicidade das informações: entre os que possuíam ensino fundamental, 42,1% afirmaram que as informações não são tão simples quanto deveriam, ao passo que, entre os que possuíam ensino superior, a porcentagem cai para 36,4%.⁵⁶

No que se refere à percepção dos contratantes sobre o grau de suficiência e insuficiência das informações, 31% consideraram as informações prestadas satisfatórias.⁵⁷ Nesse recorte, quando se avalia o perfil do público que considera contratar com informações suficientes, verifica-se que cerca de 73% dos que se mostram satisfeitos com as informações prestadas têm o ensino médio ou o ensino superior, contra 27% que têm apenas o ensino fundamental.⁵⁸

⁵⁴ Os dados são frutos de uma pesquisa quantitativa realizada pelo Atlas Político, por solicitação do doutorando e advogado Paulo Khouri para fins de utilização em sua tese de doutorado, perante o IDP. Objetivou entender o comportamento e a opinião do consumidor em relação às informações disponíveis sobre os bens e serviços adquiridos. Trata-se, portanto, de um estudo de opinião pública em modalidade *survey*, pós-estratificado e com coleta via *web*, representativo da população brasileira adulta, realizado entre 16/03/2020 e 23/03/2020. A margem de erro é de 3% e a amostra total é de 1.372 casos. Para mais, cf. KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **Direito do consumidor na sociedade da informação**. São Paulo: Grupo Almedina, 2022.

⁵⁵ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **Direito do consumidor na sociedade da informação**. São Paulo: Grupo Almedina, 2022.

⁵⁶ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **Direito do consumidor na sociedade da informação**. São Paulo: Grupo Almedina, 2022.

⁵⁷ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **Direito do consumidor na sociedade da informação**. São Paulo: Grupo Almedina, 2022.

⁵⁸ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **Direito do consumidor na sociedade da informação**. São Paulo: Grupo Almedina, 2022, p. 67.

Em suma, apreende-se que uma mesma informação, dada no âmbito de celebração contratual, pode ser mais clara, compreensível e suficiente a depender dos índices de escolaridade do seu destinatário. É possível, portanto, que a assimetria informativa entre os contratantes extrapole a própria natureza do contrato, de forma que seja incrementada a vulnerabilidade daquele que, por questões de acesso à educação, não consegue tutelar efetivamente seus interesses.

A assimetria informativa, que pode existir também nos contratos paritários, aqui ganha novos traços: o déficit de conhecimento do aderente, à luz de um conteúdo sobre o qual não pode negociar, acrescenta-se aos efeitos gerados pela escolaridade na compreensibilidade da informação. E, considerando a situação brasileira no âmbito educacional, como anteriormente demonstrado, a vulnerabilidade jurídica do aderente, calcada em uma assimetria informativa, potencializa-se pela desigualdade educacional. A partir disso, impende questionar a suficiência dos parâmetros de ostensibilidade e legibilidade, impostas às condições gerais do contrato de adesão, frente à realidade desigual que se deflagra em termos educacionais.

5 A INSUFICIÊNCIA DA LEGIBILIDADE E OSTENSIBILIDADE ANTE O CENÁRIO EDUCACIONAL BRASILEIRO

O dever de informar, calcado no fornecimento de informações capazes de tutelar o interesse legítimo contido na função social e econômica do contrato celebrado.⁵⁹ A sua extensão varia objetivamente a depender do tipo de relação contratual intencionada, da natureza da informação ou mesmo de eventual exigência legal. Por outro lado, varia subjetivamente conforme se tenha sujeitos colocados em situação paritária ou situados em uma relação assimétrica, marcada pela

⁵⁹ SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 139-151, 2003. Disponível em: encurtador.com.br/ivHOY. Acesso em: 13 abr. 2023.

dificuldade de um dos interessados quanto à acessibilidade e à cognoscibilidade das informações relevantes em um contrato.⁶⁰ Assim,

o dever de informar leva sempre em consideração o aderente médio que adquire ou utiliza determinado produto ou serviço. Os documentos que veiculem as condições gerais devem ser impressos em caracteres gráficos legíveis e compreensíveis. Os termos técnicos apenas devem ser usados quando rigorosamente necessários e quando forem difundidos pelo uso. As condições gerais contidas em avisos devem estar colocadas em lugares visíveis.⁶¹

No âmbito das condições gerais, o ônus informativo não deve abranger apenas o conhecimento (poder conhecer), mas também a compreensão (poder compreender), vez que o aderente pode ter efetivamente conhecido as condições gerais, ou ter conhecido e não compreendido.⁶² Logo, não basta o simples ato de comunicar formalmente determinada situação ou fato de interesse do aderente, visto que o simples repassar de informações - ainda que de maneira ostensiva e legível - não comunica necessariamente os interesses protegidos, tampouco garante que o aderente terá condições de avaliar a sua utilidade prática.⁶³

A essa acepção atribui-se a extensão subjetiva do dever de informar do predisponente, exatamente porque urge considerar o grau de vulnerabilidade da parte quando, entre os negociadores, há efetiva desigualdade de poderio. Tal disparidade, no âmbito deste artigo, nasce da assimetria informativa potencializada pela desigualdade educacional - o que faz com que o ônus informativo deva atuar com maior intensidade.⁶⁴

⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 867, [s.n.], p. 11-51, jan. 2008.

⁶¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: contratos**. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, v. 3.

⁶² LÔBO, Paulo. **Direito Civil: contratos**. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, v. 3.

⁶³ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **Direito do consumidor na sociedade da informação**. São Paulo: Grupo Almedina, 2022.

⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 867, [s.n.], p. 11-51, jan. 2008.

O desnível naturalmente existente entre predisponente e aderente, o qual faz com que este não esteja alertado ou capacitado para receber, identificar e compreender todas as informações necessárias, tem ligação direta com a realidade educacional dos sujeitos contratantes. Disso, constata-se que os deveres de informar precisam ser nitidamente instrumentais, voltados tanto à promoção do exercício da liberdade contratual quanto à redução da referida assimetria informativa.

Evidentemente, o alargamento do dever de informar - à luz do impacto da baixa escolaridade na assimetria informativa contratual - não revela imposição ilimitada ao predisponente de garantir uma informação completa ao aderente sobre todo tipo de matéria.⁶⁵ A insuficiência da ostensibilidade e legibilidade das condições gerais, nos contratos de adesão, coloca-se frente ao fornecimento e compreensibilidade efetivos de informações relevantes à autodeterminação do aderente. Estas abarcam o conjunto informativo que age no sentido de proteger a posição jurídica dos aderentes, já que se tivessem condições, por conta própria, de ter acesso às informações de que necessita para sua autotutela, não faria sentido a outorga de um direito à informação.⁶⁶

Frente ao déficit de educação no Brasil, o fato é que os sujeitos seguirão contratando, com informação ou sem, com formação escolar adequada ou sem, de forma que o dever de informação deve assegurar ao aderente condições mínimas para a decisão de contratar ou não - o que implica preconizar mais que elementos estéticos e tipográficos às condições gerais do contrato de adesão.⁶⁷

Com efeito, as exigências do art. 54, §3º e §4º, CDC, voltadas à ostensibilidade e legibilidade, importam para que seja garantido, ao aderente, um acesso efetivo às condições gerais do contrato de adesão. No entanto, o dever de informação do predisponente, em um contexto de

⁶⁵ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **Direito do consumidor na sociedade da informação**. São Paulo: Grupo Almedina, 2022.

⁶⁶ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **Direito do consumidor na sociedade da informação**. São Paulo: Grupo Almedina, 2022, p. 31.

⁶⁷ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **Direito do consumidor na sociedade da informação**. São Paulo: Grupo Almedina, 2022.

expressiva desigualdade educacional, não pode ficar adstrito a tais parâmetros - já que a fixação de uma fonte em tamanho 12 não resolve, sozinha, os obstáculos que atravessam o pleno exercício da liberdade de escolha do aderente.

6 CONCLUSÃO

A velocidade a partir da qual se realiza o tráfego negocial viabiliza o surgimento de estruturas de produção econômica e de distribuição de bens e serviços em massa. A partir disso, a tradicional liberdade de escolha para a conformação dos interesses contratuais cedeu significativo espaço ao fenômeno da massificação contratual. Se, antes, era atribuído às partes contratantes igual poder de barganha para a regulamentação dos efeitos do negócio jurídico bilateral, hoje, este pode ser protagonizado por sujeitos não necessariamente identificados, detentores de reduzida possibilidade de intervenção.

Nesse cenário, exsurtem os contratos de adesão, os quais contrapõem-se ao contrato paritário - que coloca as partes em pé de igualdade, ante o princípio da autonomia privada. Os contratos de adesão, enquanto técnica de formação, podem ser constituídos por cláusulas negociadas, frutos da declaração comum dos contratantes, e condições gerais. Estas, por sua vez, representam um conjunto de regras, preestabelecidas e unilaterais, que o predisponente utiliza para regular de maneira uniforme suas relações contratuais. Assim, as condições gerais são a matéria, a ser integrada ao contrato individual, enquanto o contrato de adesão figura como seu instrumento de eficácia.

Quanto ao tratamento legal, o Código de Defesa do Consumidor se propôs a regular imperativamente os contratos de adesão, instituindo como máxima a equidade contratual. Apresenta, portanto, os contornos conceituais da técnica, traça parâmetros tipográficos necessários à proteção do aderente, estabelece cláusulas contratuais nulas de pleno direito e determinados meios de controle. Ao contrário, o Código Civil exaure sua regulação em dois dispositivos legais, a partir dos quais

estabelece regras básicas quanto à interpretação e à nulidade de cláusulas que estipulem renúncia antecipada de direito resultante da natureza do negócio. Nessa seara, não se mostra suficiente para abranger as complexas dimensões das condições gerais dos contratos de adesão.

À luz da insuficiência de normatização pelo Código Civil e da confluência direta dos princípios constitucionais nas relações privadas, mostra-se viável a aplicação da disciplina do CDC aos contratos de adesão que não impliquem relação de consumo. Uma vez que o diploma consumerista possui proteção mais minuciosa - o que inclui, além do tratamento dado aos contratos de adesão em seção própria, outras particularidades anexas a todos os contratos - os imperativos de concretização dos direitos fundamentais, com fulcro na aproximação principiológica entre ambos os diplomas, justificam tal incidência.

No bojo desse diálogo, o dever de informação, enquanto um dever anexo proveniente da boa-fé objetiva, desponta como importante instrumento de proteção do aderente. O art. 54, §3º, CDC, estabelece como exigência ao contrato de adesão a redação clara e com caracteres ostensivos e legíveis - inclusive fixando tamanho mínimo de 12 ao corpo da fonte. Além disso, o art. 54, §4º, CDC, exige o destaque às cláusulas limitativas de direito. Isso porque, é preciso assegurar um controle, qualitativo e quantitativo, das condições gerais a partir de seu fácil acesso e identificação pelo destinatário.

A imposição de tais elementos tipográficos é calcada na vulnerabilidade do aderente, diante da ausência de real autodeterminação bilateral nas condições gerais do contrato de adesão - o que aponta a necessidade de um tratamento diferenciado do dever de informação do predisponente. Se, por um lado, os contratos de adesão já são marcados por uma assimetria informacional intrínseca, que surge do preestabelecimento e unilateralidade das condições gerais, por outro, esse desequilíbrio pode ser potencializado pela desigualdade educacional. A esse respeito, dados apontam que contratantes menos escolarizados possuem mais dificuldade na compreensão do conteúdo contratual, da

qual surge a desistência de sua leitura ou a impossibilidade de identificação efetiva do objeto a que se tenha vinculado.

Inegavelmente, a imposição de elementos estéticos e tipográficos cumpre os mandamentos do dever de informação, mas é insuficiente para a tutela efetiva do aderente - especialmente em um contexto de assimetria informacional acentuada por baixos índices de escolaridade. Disso decorre o alargamento do dever de informação imposto ao predisponente, o qual precisa ultrapassar a mera comunicação formal, ainda que ocorra em caracteres ostensivos e legíveis.

A extensão do dever de informação, portanto, varia subjetivamente em sua extensão quando presentes circunstâncias que incrementem a assimetria informativa entre os sujeitos contratantes. Ao aderente, inserido em uma realidade educacional desigual e comprometedora da liberdade contratual, urge garantir não só o acesso às condições gerais, mas efetivamente a compreensão do seu sentido e alcance. Em outras palavras, o dever de informação do predisponente, na flagrante situação de disparidade educacional, não pode ter sua intensidade reduzida apenas à observância da legibilidade e ostensibilidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Agravo de Instrumento** n. 1408045-76.2015.8.12.0000, 5ª Câmara Cível, Rel. Desembargador Vladimir Abreu da Silva, julgado em 15/09/2015.

CASTRO, Jorge Abrahão de. Evolução e desigualdade na educação brasileira. **Educação & Sociedade**, Campinas, v. 30, n. 108, p. 673-697, 2009. Disponível em: encurtador.com.br/gwCRU. Acesso em: 10 abr. 2023.

FACHIN, Luiz Edson; BREKAILO, Uiara Andressa. Apontamentos sobre aspectos da reforma do Código Civil Alemão na perspectiva de um novo arquétipo contratual. *In*: GONÇALVES, Fernando (Coord.). **Superior Tribunal de Justiça - Doutrina - Edição comemorativa, 20 anos**. Brasília: STJ, 2009, p. 141-184.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de Defesa do Consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto do CDC e da Lei de Superendividamento. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- IPEA; FJP; PNUD. **Análise geral da tendência de evolução do IDHM no Brasil.** Radar IDHM, Brasília, 2016. Disponível em: encurtador.com.br/oyX34. Acesso em: 16 mar. 2023.
- KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **Direito do consumidor na sociedade da informação.** São Paulo: Grupo Almedina, 2022.
- LIMA, Maria Cristina de Brito. Contratos de Adesão: Limite de Justiça do Direito. **Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 25, p. 278-313, 2004. Disponível em: <https://encurtador.com.br/ioBDV>. Acesso em: 15 mar. 2023.
- LÔBO, Paulo. Boa-fé entre o princípio jurídico e o dever geral de conduta obrigacional. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, [s.v], n. 3, p. 975-995, 2017. Disponível em: <https://encurtador.com.br/hixBN>. Acesso em: 15 mar. 2023.
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** contratos. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, v. 3.
- MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *In:* MARQUES, Claudia. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. *In:* AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.); CARBONE, Paolo (Coord.); TORRES, Heleno Taveira (Coord.). **Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 867, [s.n.], p. 11-51, jan. 2008.
- MIYAZATO, Sheila Keiko Fukugauchi. **O desequilíbrio do contrato por adesão no Código Civil brasileiro.** 2021. 297p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021.
- NEWMAN, Stephen. The influence of plain language and structure on the readability of contracts. **Obiter**, Gqeberha, v. 31, [s.n.], p. 735-745, 2010.
- OXFAM. **A distância que nos une:** um retrato das desigualdades brasileiras. São Paulo: Brief Comunicações, 2017. Disponível em: encurtador.com.br/vAMNW. Acesso em 16 mar. 2023.
- SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. **Revista da Escola da Magistratura do**

Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 139-151, 2003. Disponível em: encurtador.com.br/ivHOY. Acesso em: 13 abr. 2023.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Contratação na sociedade massificada. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 14, n. 4, p. 75-98, out./dez. 2017. Disponível em: <https://bityli.com/Uc66Xx>. Acesso em: 15 mar. 2023.

NOVO DIREITO REAL E O DILEMA HABITACIONAL BRASILEIRO: DESIGUALDADES SOCIAIS, MERCADO E INOVAÇÕES LEGISLATIVAS NO CÓDIGO CIVIL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Kessia Priscila Miranda Ramos¹

RESUMO: O presente trabalho parte do pressuposto em que a pessoa é centro do ordenamento do Direito Civil brasileiro para fundamentar o direito a uma moradia adequada (digna) no Brasil. Sendo a dignidade princípio norteador do ordenamento jurídico brasileiro, busca-se promoção da mesma na construção e aplicação das leis. Entretanto, o mercado imobiliário possui forte influência na evolução da moradia no Brasil, intensificando a desigualdade social existente no país. Com isso, a partir da concepção da função social da propriedade, surge uma incoerência: a impossibilidade de usucapir bens públicos e a necessidade de utilização de bens públicos inutilizados para a efetivação de um direito constitucional. A partir disso, direciona-se a pesquisa na intenção de ampliação da efetivação do direito à moradia a partir da Concessão de Uso Especial para fins de Moradia (CUEM), novo direito real, acrescido no rol taxativo do Código Civil de 2002 no ano de 2007. A CUEM permite a utilização de bens públicos para o uso habitacional, a partir da permissão administrativa e judicial. Far-se-á uma breve exposição do que se tem posto sobre a CUEM. Contudo, não há resultados animadores da mudança no cenário do déficit habitacional desde a promulgação desse novo direito, reafirmando a condição de desigualdade social na falta de uma moradia digna para uma importante parcela dos brasileiros.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora campus Governador Valadares (UFJF); mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); especialista em Advocacia Cível pela Fundação Ministério Público (FMP); e especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/MG).

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa. Desigualdade. Moradia.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como ponto de partida e chegada uma previsão constitucional: o direito à moradia. Previamente, é preciso pontuar que o contexto a ser trabalhado é o Estado Democrático de Direito brasileiro, pós Constituição de 1988, que tem a dignidade da pessoa humana como direito fundamental da República Federativa do Brasil, previsto no inciso terceiro do art. 1º da Constituição, que tem como título ‘Dos princípios fundamentais’. Tem-se a seguinte previsão: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.”².

A despeito do Código Civil de 2002 não mencionar a dignidade da pessoa humana no decorrer do seu texto legal, o próprio formato de disposição dos artigos, comparado ao Código Civil de 1916, novos dispositivos e superação de outros, evidenciam uma nova preocupação do Direito Civil: a pessoa. Nesse sentido, somada à previsão constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana, princípio anunciador de todas as outras previsões principiológicas constitucionais, reconhece-se a pessoa como centro do ordenamento jurídico civilista do Brasil.

Diante do reconhecimento da proteção e promoção da pessoa no Código Civil e na Constituição Federal, será necessário voltar o olhar para a pessoa para respondermos a seguinte pergunta: seria qualquer moradia suficiente para a afirmação de efetivação de um direito à moradia? Defende-se que não. E a justificativa não foge do próprio texto da lei.

Outra observação preliminar remete à previsão do art. 3º, inciso III da Constituição: “Constituem objetivos fundamentais da República

² BRASIL, 1988.

Federativa do Brasil: (...) III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.”³. Por outro lado, o Código Civil não demonstra tal preocupação no seu projeto inicial. Com isso, o desconforto fica evidente quando se faz necessário escancarar que, aparentemente, não é qualquer pessoa colocada como centro do ordenamento civil, tendo em vista que as previsões se apresentam de modo excludentes quando as mesmas não se fazem tão efetivas e promocionais para toda e qualquer pessoa.

Para relacionarmos os temas erradicação da pobreza, desigualdade social e direito à moradia, é importante entendermos o funcionamento do mercado imobiliário no Brasil e como o mesmo influencia diretamente na efetivação de direitos, na intensificação do processo de desigualdade social e no direcionamento das decisões do poder legislativo brasileiro. É através da interdisciplinaridade que se fundamenta parte considerável da presente pesquisa.

Como uma possível forma de efetivação e proteção do direito à moradia, a Constituição prevê a proteção da propriedade como direito fundamental. “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.”. Porém, o direito brasileiro não trata como sinônimos quando se fala em direito à propriedade e direito à moradia, e por isso deve-se identificá-los de modo separado.

A propriedade possui um requisito legal a ser obedecido no espaço nacional, que é a função social, ponto a ser abordado no capítulo V. A moradia, neste caso, é uma das possíveis hipóteses de cumprimento da função social da propriedade. “Art. 5º (...), XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.”⁴, “Art. 1.228 (...) §1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais.” (BRASIL, 2002). A partir da compreensão da função social da

³ Ibidem.

⁴ BRASIL, 1988.

propriedade, questiona-se se caberia também ao próprio Estado o cumprimento desse dever - uma vez que não se pode usucapir bens públicos, mesmo que inutilizáveis, ainda que para efetivação do direito à moradia, reconhecendo-se assim o descumprimento por parte do Estado em atender a função social da propriedade.

Em 2007 foi promulgada a Lei n. 11.481/2007 que acrescia, ao rol de direitos reais, previstos no artigo 1.225 do Código Civil, a concessão de uso especial para fins de moradia (CUEM). Em tese, essa foi mais uma tentativa da efetivação do direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro. O direito à moradia está previsto como um dos direitos sociais da Constituição. Com a redação atual dada pela Emenda Constitucional n. 90/2015, o art. 6º da Constituição prevê: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”⁵.

Tendo as previsões citadas até aqui, questiona-se o que de fato muda com a previsão de um novo direito real, que a princípio não aparenta ter a eficácia esperada. Se há previsão do direito à moradia e formas de efetivação a partir do Código Civil, qual a dificuldade para a efetivação desse direito? Qualquer teto pode ser considerado uma moradia? De qual moradia estamos falando?

1 PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DA PESSOA NO ORDENAMENTO CIVIL-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Após Segunda Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas (ONU) elabora a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH)⁶ em

⁵ Ibidem.

⁶A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um documento marco na história dos direitos humanos. Elaborada por representantes de diferentes origens jurídicas e culturais de todas as regiões do mundo, a Declaração foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações. Ela estabelece, pela primeira vez, a proteção universal dos

que prevê uma nova ordem de normas e princípios comuns a serem seguidos mundialmente, de maneira a proteger a humanidade em sua totalidade, nas possíveis culturas existentes. O Brasil, como signatário da Carta das Nações Unidas e país membro da ONU, segue os ideais defendidos pela instituição e, conseqüentemente, adere ao conteúdo e aos princípios da DUDH. A dignidade é um dos fundamentos previstos no art. 1º da Constituição de 1988 e é princípio norteador das leis brasileiras, devendo, portanto, ser promovida na aplicação do Direito.

Como fruto dessa alteração na ordem universal, o Direito Civil brasileiro, com a promulgação do novo Código Civil em 2002, passa a reconhecer a pessoa como centro de proteção do ordenamento jurídico. Um modo de garantir ou proteger a dignidade humana se dá através de garantias jurídicas e/ou direitos individuais. Garantias que se impõem no sentido de criar objetivamente um padrão objetivo de conduta para que a dignidade humana seja respeitada. Com isso, os direitos da personalidade protegem e promovem a imagem, honra, integridade, vida e saúde da pessoa humana.

Deste modo, passa-se então a observar a proteção do que se tem por dignidade no âmbito da aplicação dos direitos sociais e direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Dentre esses direitos, como apresentado introdutoriamente, está previsto o direito à moradia. Entretanto, não se deve falar em qualquer moradia, quando utiliza-se da dignidade como parâmetro de promoção da pessoa. Sendo assim, é preciso compreender que a previsão contida na Constituição não é de uma mera moradia, mas de uma moradia adequada, que comporte a promoção da pessoa humana.

2 O QUE É O DIREITO À MORADIA ADEQUADA (DIGNA)?

direitos humanos. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>.

O direito à moradia está previsto em diversos tratados, declarações e orientações reconhecidos pelo Brasil⁷. Ainda que alguns não tenham força vinculante, o reconhecimento dos mesmos faz com que o Brasil se torne responsável em seguir tais medidas. A menção internacional mais relevante a esse direito se encontra no art. 25, da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, **habitação**, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.⁸

O Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, instituído por um dos Conselhos das Nações Unidas, apresenta enunciados com o intuito de otimizar as disposições do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ao referir a habitação como direito, o Comitê enuncia que é necessário que se trate de uma habitação adequada. Com isso, o Comitê esclarece o conceito de adequação, definindo aspectos essenciais para a identificação de uma habitação adequada.

O conceito de adequação é particularmente significativo no domínio do direito ao alojamento, pois serve para evidenciar um certo número de factores que devem ser tidos em conta para determinar se uma forma de abrigo pode ser considerada “um alojamento adequado” para efeitos do Pacto. Uma vez que a adequação é determinada por factores sociais, económicos, culturais, climáticos, ecológicos e outros, o Comitê entende que é possível identificar certos aspectos do direito, a seguir enunciados, que devem ser considerados para este fim, independentemente do contexto:

a) **Segurança legal da ocupação.** A ocupação assume diversas formas: arrendamento, locação (sector público ou privado), co-propriedade, propriedade, alojamento em situação de urgência e ocupação precária, incluindo habitações ou terras. Independentemente do tipo de ocupação, todas as pessoas

⁷ Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Comentário Geral nº 4 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

⁸ ONU. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>.

devem ter um certo grau de segurança, que garanta a protecção legal contra a expulsão, a agressão e outras ameaças. Os Estados Partes devem, conseqüentemente, adoptar medidas imediatas com a finalidade de conferir segurança legal da ocupação às pessoas e agregados familiares que ainda não beneficiam desta protecção, após consulta genuína, efectuada junto das pessoas e grupos afectados.

b) **Disponibilidade de serviços, materiais, equipamentos e infra-estruturas.** Um alojamento adequado deve dispor de estruturas essenciais à saúde, à segurança, ao conforto e à nutrição. Todos os titulares do direito a um alojamento adequado devem ter acesso permanente aos recursos naturais e comuns, água potável, energia para cozinhar, aquecimento e iluminação, instalações sanitárias e de limpeza, meios de conservação de alimentos, sistemas de recolha e tratamento de lixo, esgotos e serviços de emergência.

c) **Acessibilidade.** Os custos financeiros do alojamento, suportados pelas pessoas ou agregados familiares, devem situar-se a um nível que não ameace, nem comprometa, a satisfação de outras necessidades básicas. Os Estados Partes devem providenciar para que os custos afectados ao alojamento não sejam incompatíveis com os níveis de rendimento. Os Estados Partes devem instituir um sistema de subsídios ao alojamento destinados a aqueles que não dispõem de meios económicos suficientes para um alojamento adequado, bem como prever modalidades e níveis de financiamento do alojamento que reflectam, com rigor, as necessidades neste domínio. Segundo o princípio da acessibilidade, os arrendatários devem ser protegidos, através de medidas adequadas, contra rendas excessivas ou aumentos de rendas abusivos. Nas sociedades onde os materiais naturais constituem a principal fonte dos materiais de construção, os Estados Partes devem tomar as medidas necessárias para assegurar a disponibilidade de tais materiais.

d) **Habitabilidade.** Um alojamento adequado deve ser habitável, em termos de propiciar aos seus ocupantes o espaço adequado e proteger do frio, da humidade, do calor, da chuva, do vento e outros perigos para a saúde, dos riscos devidos a problemas estruturais e de vectores de doença. A segurança física dos ocupantes deve ser igualmente garantida. O Comité encoraja os Estados Partes a aplicarem os princípios sanitários no domínio da habitação, elaborados pela Organização Mundial de Saúde (OMS), que considera o alojamento como o factor ambiental mais frequentemente associado à doença, tal como o revelam as análises epidemiológicas. Alojamento e condições de vida inadequadas e deficientes estão invariavelmente ligadas ao aumento das taxas de mortalidade e morbidade.

e) **Facilidade de acesso.** Um alojamento adequado deve ser acessível às pessoas que a ele têm direito. Os grupos desfavorecidos devem ter pleno acesso, permanentemente, aos recursos adequados, em matéria de alojamento. Assim, pessoas idosas, crianças, portadores de deficiências, doentes terminais, seropositivos, doentes crónicos, doentes mentais, vítimas de catástrofes

naturais, pessoas que vivem em zonas sujeitas a catástrofes naturais e outros grupos devem beneficiar de uma certa prioridade no que se refere ao alojamento. A legislação e a política de habitação devem atender às necessidades especiais destes grupos. Em muitos Estados Partes, o acesso à propriedade fundiária, por parte dos sectores da sociedade desprovidos de terra ou empobrecidos, deve constituir um dos principais objectivos da política de habitação. É preciso definir as obrigações dos Governos neste domínio, tendo em vista a realização do direito de todos a um lugar seguro, onde possam viver em paz e com dignidade, incluindo o acesso à terra. f) **Localização.** Um alojamento adequado deve situar-se num local onde existam possibilidades de emprego, serviços de saúde, estabelecimentos escolares, centros de cuidados infantis e outras estruturas sociais. É o caso das grandes cidades e das zonas rurais, onde o custo (em tempo e dinheiro) das deslocações por motivo de trabalho é susceptível de pesar demasiado nos orçamentos dos agregados pobres. As habitações não devem ser construídas em lugares poluídos, nem na proximidade imediata de fontes de poluição que ameacem o direito à saúde dos seus ocupantes. g) **Respeito pelo meio cultural.** A arquitectura, os materiais de construção utilizados e as políticas subjacentes devem permitir exprimir, de forma adequada, a identidade e diversidade culturais. Na construção ou modernização da habitação, é preciso garantir que as dimensões culturais da habitação não sejam sacrificadas e que, se for necessário, equipamentos técnicos modernos sejam disponibilizados.⁹

A descrição integral do enunciado, feita de maneira intencional, tem por finalidade demonstrar que o mero teto e paredes não comportam a previsão legal do que se entende, ou pelo menos deveria entender, por moradia no direito brasileiro e internacional. A cartilha de Direito à Moradia produzida pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República em 2013¹⁰ coloca três elementos essenciais para que se entenda o direito à moradia adequada. São eles: liberdades, garantias e proteções.

O direito à moradia adequada inclui, mas não se limita, às seguintes *liberdades*:

⁹ Comentário geral n. 4: artigo 11, número 1 (relativo ao direito a alojamento adequado). 1991.

¹⁰ Brasil. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República Direito à moradia adequada. – Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013. 76 p., il. – (Por uma cultura de direitos humanos).

Proteção contra a remoção forçada, a destruição arbitrária e a demolição da própria casa;

O direito de ser livre de interferências na sua casa, à privacidade e à família;

O direito de escolher a própria residência, de determinar onde viver e de ter liberdade de movimento.

O direito à moradia adequada inclui, mas não se limita, às seguintes *garantias*:

Segurança da posse;

Restituição da moradia, da terra e da propriedade;

Acesso igualitário e não discriminatório à moradia adequada;

Participação, em níveis internacional e comunitário, na tomada de decisões referentes à moradia.

Por fim, o direito à moradia adequada também inclui *proteções*:

Proteção contra remoção forçada é um elemento-chave do direito à habitação adequada e está intimamente ligada à segurança da posse.¹¹

Deve ser considerado também que o direito previsto em lei não obriga o Estado a fornecer moradia para todos seus cidadãos, mas o mesmo deve buscar meios para facilitar o exercício desse direito e, posteriormente, utilizar do seu poder para que sejam garantidas as proteções de uma moradia adequada, através de políticas governamentais.¹²

Outro ponto a ser destacado é o acesso à cidade. A previsão legal do direito à moradia aproximada a previsões constitucionais¹³ e de legislações como Lei de Regularização Fundiária¹⁴ e Estatuto da Cidade¹⁵, preveem a necessidade de cumprimento da “função social da cidade”¹⁶ e exaltam a necessidade de planos urbanísticos que promovam o acesso à cidade. Tal previsão se faz coerente e indispensável ao identificarmos as dificuldades dos moradores de regiões periféricas em acessar os centros

¹¹ BRASIL. 2013, p. 14.

¹² BOTELHO, 2005.

¹³ A título de exemplo, o capítulo da Política Urbana na Constituição de 1988 (arts. 182 e 183).

¹⁴ Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017.

¹⁵ Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001.

¹⁶ Não necessariamente citado de tal forma, mas visando-a em suas previsões.

que, usualmente, são os locais de trabalho, qualificação, lazer ou de vivências desses habitantes.

Isso significa que deve ser levado em consideração a realização de planejamentos urbanos que facilitem o acesso dos bairros periféricos aos centros, como, por exemplo, disponibilidade de transporte público, construção de novas vias, etc., mas também do próprio fortalecimento dos equipamentos públicos e do acesso a uma cidade digna nas próprias periferias. Tal pensamento se faz necessário ao percebermos a relação direta da promoção da dignidade da pessoa com a vivência diária no contexto social (trabalho, educação, lazer, etc). “A segregação urbana ou ambiental é uma das faces mais importantes da desigualdade social e parte promotora da mesma.”¹⁷.

Diante disso, observa-se que a mera titulação ou a posse de um imóvel não representa a existência de moradia adequada e digna, especialmente em um país marcado por extrema desigualdade. É preciso identificar as necessidades da parcela da população mais excluída e promover espaços que estimulam o desenvolvimento e construção da pessoa de forma digna.

3 MERCADO IMOBILIÁRIO, POLÍTICAS HABITACIONAIS E O DILEMA HABITACIONAL BRASILEIRO

Antes que o Brasil promulgasse nossa atual Constituição, em que a moradia passa a ser um direito fundamental, não havia, nas constituições anteriores, a preocupação social com a garantia de moradia das classes mais desfavorecidas economicamente. Todavia, apesar da previsão legal na atual Constituição, o mercado imobiliário ainda controla a questão habitacional do país. O papel do Estado num modelo de Estado democrático de direito é intervir na livre iniciativa do mercado de modo a atender as demandas sociais, tendo em vista que o objetivo do

¹⁷ MARICATO, 2003, p. 152.

investimento de capital de empresas privadas no mercado imobiliário não é o fornecimento de moradia, mas obter lucro sobre seu capital.¹⁸

Segundo Bonduki (1994), foi no governo Vargas que o Brasil passou a interferir no mecanismo que até então era controlado essencialmente pelo mercado imobiliário. A questão habitacional tornou-se uma questão social, o que direciona uma nova política habitacional no país. No mesmo contexto, houve valorização do mercado imobiliário devido ao crescimento populacional acelerado, com elevado número de imigrantes, principalmente nos estados do Rio de Janeiro e São Paulo - o que corresponde à ampliação de relações de mercado no espaço da cidade e à mercadorização da terra.

No século passado, a presença dos cortiços atendia à demanda habitacional. A maioria da população de baixa renda das regiões metropolitanas morava de aluguel nesses espaços de habitações coletivas. Os cortiços, entretanto, se concentravam em locais insalubres e decadentes e, como consequência disso, surgiam novos problemas de saúde pública. Somado às questões de insalubridade, neste período não havia controle nos valores do aluguel, o que abria margem para o abuso dos locadores diante da ampla necessidade das camadas mais pobres.¹⁹

Sem a proteção de direitos sociais presente na Constituição e a inexistência de uma previsão legal do que se entende por moradia digna, o Estado não reconhecia o dever de promover direitos que favorecessem a efetivação de uma moradia adequada. Foi com a promulgação da primeira lei do inquilinato, Lei 4.403, de 1921, que houve o início de uma regulamentação da habitação no Brasil.

Historicamente houve (e há) um maior investimento nas zonas centrais das grandes cidades brasileiras, com alargamento das vias e verticalização dessas regiões, devido aos elevados preços dos terrenos. Por outro lado, ocorre o processo da “periferização”, em que imigrantes encontravam como solução de sobrevivência a construção da casa

¹⁸ BOTELHO, 2005.

¹⁹ BONDUKI, 1994.

própria em bairros periféricos, com pouca infraestrutura. Assim surgiram as primeiras favelas no Rio de Janeiro e São Paulo, na década de 40 e 70, respectivamente.²⁰

Após o golpe de 1964 foram criados alguns programas de política habitacional que tinham por finalidades promover políticas de financiamento para o trabalhador estabelecer propriedade, sistemas de empréstimos, sistemas de saneamento urbano, dentre outras.²¹

Posteriormente, nos governos de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) e Luís Inácio Lula da Silva (2003-2010), novos projetos foram criados na busca de reduzir o déficit habitacional que, mesmo com os programas criados até então, se tratava de uma realidade no país. Foram criados projetos para facilitação de financiamentos bancários, todavia melhor implementados nos governos posteriores²². À título de exemplo, programas habitacionais que evidenciam a relação Estado-mercado-habitação vemos o Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV)²³, com caráter inovador e politicamente bem-sucedido, o programa exalta o dilema da relação do Estado com o mercado. Entretanto, o programa mantém estruturas de isolamento socioespacial e segregação da população de baixa renda.

Após crise internacional de 2008, “o PMCMV foi concebido com o intuito de promover o aquecimento da economia por meio do estímulo ao setor da construção civil, segmento que gera demanda expressiva por mão de obra de baixa qualificação” (ROLNIK; et. al. 2015, p. 130). Entretanto,

a convergência de interesses de construtoras, governos locais e o Governo Federal em fazer o programa "rodar" suplantou preocupações com aspectos como a qualidade urbanística do entorno dos empreendimentos e a articulação da oferta habitacional com uma política fundiária abrangente, uma vez

²⁰ BONDUKI, 1994.

²¹ BONDUKI, 2019.

²² Ibidem.

²³ “O PMCMV foi lançado em março de 2009 pelo Governo Federal, tendo como principal finalidade anunciada contribuir para a redução do déficit habitacional no país por meio da concessão de incentivos à produção e compra de novas unidades habitacionais.” (ROLNIK; et. al. 2015, p. 129)

que considerações desse tipo afetariam a velocidade de sua implementação.²⁴

O programa não levou em conta a dimensão territorial como um aspecto relevante de uma política habitacional orientada para a universalização do acesso à moradia em condições adequadas (...) incentivou a proliferação de grandes conjuntos em lugares onde o custo da terra é o mais baixo possível – uma condição fundamental para a rentabilidade das operações –, reiterando um padrão histórico de ocupação do território onde o assentamento da população pobre é feito prioritariamente em periferias precárias e mal equipadas.”²⁵

A demonstração exemplificativa do programa do Governo que utiliza do empreendimento privado evidencia que os esforços governamentais não se mostraram suficientes para a efetivação do direito à moradia adequada. Não se exclui aqui os resultados expressivos do programa²⁶, mas é necessário destacar a manutenção de estruturas sociais segregacionistas inclusive em programas realizados pelo governo.

Ermínia Maricato (2000) expõe a relação direta do investimento público com a ampliação das desigualdades marcadas no espaço urbano, na década de 90 nas grandes cidades do país. O investimento alimenta o mercado imobiliário restrito, uma vez que ao democratizar o acesso à moradia de maneira precária, deteriora determinadas regiões e valoriza outras, que são amplamente investidas pelo mercado imobiliário. Combinação de “um liberalismo radical com a privatização do Estado”²⁷.

Bonduki (2019) expõe por meio de dados que o problema habitacional no Brasil não se resolveria apenas com oferta de novas unidades de habitações, mas seriam necessárias também ações que promovessem melhorias em infraestrutura para que essas unidades se tornassem moradias adequadas. Grande parte das habitações no Brasil se encontra em condições de insalubridade, sem tratamento de esgotos,

²⁴ ROLNIK; et. al. 2015, p. 130-131.

²⁵ ROLNIK; et. al. 2015, p. 128.

²⁶ De maio de 2009 a julho de 2019 foram realizados contratos para construção de 5,7 milhões de unidades, 4,3 milhões de unidades entregues e existiam 222 mil unidades em construção. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/reportagens-especiais/minha-casa-minha-vida-dez-anos/#cover>.

²⁷ MARICATO. 2000, p. 17.

corre riscos de depreciação, não há registro público, dentre outros problemas.²⁸

Dados da Fundação João Pinheiro (FJP) demonstram desde 1995 o cenário de precarização da questão habitacional no Brasil. Segundo a FJP, o adensamento domiciliar excessivo, “definido como uma situação em que o domicílio tem mais de três moradores para cada cômodo utilizado como dormitório (...) obteve os percentuais mais elevados em 2018: 5,6% para a população em geral e 14,5% para a população com rendimento domiciliar *per capita* inferior a US\$ 5,50 PPC por dia”. O Panorama global é que

cerca de 1/4 da população urbana do mundo vive em favelas (mais de 1 bilhão de pessoas e até 2030 este número deve triplicar). A habitação ocupa uma média de 70% da superfície das cidades e a habitação social representa menos de 15% de todos os tipos de habitação, tanto nos países em desenvolvimento quanto nos desenvolvidos.²⁹

A moradia social em áreas urbanas só seria efetivada diante de uma política habitacional que proporcionasse uma possibilidade de acesso à moradia à população mais pobre. Porém, se não há “amplo estoque de habitação”³⁰, que entende-se como alta oferta, conseqüentemente, baixo valor de mercado, não é possível efetivar tal política, diante de um alto custo que impede até mesmo a classe média de “acesso ao mercado residencial privado”³¹.

O mercado residencial não consegue incluir nem mesmo o trabalhador formal de classe média. “A regulação entre salário e preço de moradia é uma questão social, política e econômica. O quanto o salário dos trabalhadores vai cobrir de suas necessidades vitais é um produto histórico, como bem demonstrou Marx em sua obra maior.”³². Ainda que

²⁸ “O acelerado crescimento das favelas na última década é um indicador importante do agravamento do problema habitacional no país. Entre 1991 e 2000, a população favelada cresceu 84%, enquanto a população geral teve uma elevação de apenas 15,7%.” (BONDUKI. 2019, p. 89)

²⁹ FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2020.

³⁰ MARICATO. 2000, p. 15.

³¹ Ibidem.

³² Ibidem, p. 19.

o trabalhador alcance o objetivo de cobrir suas necessidades com o salário, atualmente a maioria da população não recebe o salário suficiente para financiamento de um bem imóvel.³³

O fato do mercado privado ser restrito a uma classe mais favorecida e políticas sociais de moradias serem escassas, resta para a população mais pobre a ilegalidade ou informalidade³⁴ para efetivação desse direito. Como forma de efetivação da moradia, a ilegalidade é então um artefato utilizado para a aquisição da mesma. Os procedimentos burocráticos e documentação necessária para a legalização do bem imóvel é um longo caminho poucas vezes efetuado pelos mais pobres.³⁵

Outro ponto a ser levado em consideração é que essas moradias construídas sem documentação necessária são também erguidas sem qualquer planejamento arquitetônico e estrutural. Muito além de questões estéticas, essas moradias, em sua maioria, se encontram em condições de risco de desabamento, por estarem em localização instável e não possuírem estrutura suficiente para sustento do edifício.

Em 2006 o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) relatou que “cerca de 16 milhões de famílias brasileiras vivem em moradias precárias, em sua maioria na periferia de grandes cidades. Muitas não têm título de propriedade, acesso a água, luz, esgoto, escola ou posto de saúde”.³⁶

É nas áreas rejeitadas pelo mercado imobiliário privado e nas áreas públicas, situadas em regiões desvalorizadas, que a população trabalhadora pobre vai se instalar: beira de córregos, encostas dos morros, terrenos sujeitos a enchentes ou outros tipos de riscos, regiões poluídas, ou... áreas de proteção ambiental (onde a vigência de legislação de proteção e ausência de fiscalização definem a desvalorização).³⁷

³³ MARICATO, 2000.

³⁴ A autora apresenta dados sobre. “A maior parte das moradias, assim como boa parte das cidades, construídas no país nos últimos 20 anos foi feito sem financiamento, sem conhecimento técnico e fora da lei.” (p. 16).

³⁵ MARICATO, 2000.

³⁶ IPEA, 2006. Disponível em <https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=1119:reportagens-materias&Itemid=39>.

³⁷ MARICATO, 2003, p. 154.

Com a promulgação do Estatuto da Cidade³⁸ e a nova Lei de Regularização Fundiária em 2017, “a regularização fundiária deixou de ser compreendida na perspectiva estreita da escrituração, alcançando uma abordagem integrada com foco na segurança da posse e na integração socioespacial dos moradores informais”³⁹, todavia, é preciso efetivação das previsões legais.

4 BREVE EXPOSIÇÃO SOBRE A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

“A utilização econômica da propriedade consiste, segundo a natureza das coisas, no *uti, frui, consummere*⁴⁰. O proprietário pode realizá-la, quer por dinheiro (arrendamento, venda, troca), quer gratuitamente (empréstimo, doação), a outras pessoas (utilização mediata ou jurídica).”⁴¹. Nesse mesmo sentido, o Código Civil Brasileiro prevê: “art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

A partir da previsão do Código Civil de 2002, compreende-se que o proprietário, seja ele pessoa física ou um ente federativo, tem o direito de usar, fruir e dispor da sua propriedade. Entretanto, estes direitos não são irrestritos no Brasil, tendo em vista que a propriedade deve obedecer a previsão constitucional de cumprir sua função social. Dentre o rol de direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988 está a previsão de que “XXIII - a propriedade atenderá a sua função social”⁴².

Em 1916 o Código Civil previa os poderes do proprietário, contudo, o mesmo não trazia no seu texto normativo o conceito de propriedade, nem mesmo abordava preocupação com o cumprimento da função social. Foi somente com a Constituição de 1946 que houve, pela primeira vez, a

³⁸ Em 2001 promulgara-se o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257), que regulamentou algumas previsões constitucionais e tem importante papel na execução de políticas urbanas.

³⁹ ALFONSIN; et. al. 2019, p. 173.

⁴⁰ Do latim: usar, fruir e consumir.

⁴¹ JHERING, p. 15, 2005.

⁴² BRASIL, 1988.

preocupação com a função social da propriedade no ordenamento jurídico brasileiro. Posteriormente, na Constituição de 1967, a propriedade passa integrar o rol de direitos e garantias fundamentais e mantém a previsão do cumprimento necessário da função social da propriedade.⁴³

A partir da previsão da função social da propriedade, só haveria proteção do Estado à propriedade que atende sua função social.

Com a promulgação da Constituição de 1988, fala-se em “inúmeras modalidades contemporâneas de propriedade”⁴⁴, pois não há apenas um direito subjetivo (relação de poder) sobre determinado bem, mas uma necessidade de observância de outras relações jurídicas em que se insere a propriedade e o proprietário.

A função social, portanto, altera a relação dos indivíduos com a propriedade, modificando o exercício do direito real (domínio do titular sobre a coisa), que deve obedecer previsões extras, num plano social (funcionalidade da propriedade na sociedade), para a manutenção do direito como proprietário. Há, portanto, a supremacia do interesse coletivo sobre o interesse particular, tendo em vista os princípios fundamentais previstos constitucionalmente.⁴⁵ “Reconhece-se também uma dimensão social em interesses eminentemente privados.”⁴⁶.

Desse modo, a despeito da perspectiva de uma possível constitucionalização do direito civil, o Código Civil de 2002 passa então a prever a função social da propriedade⁴⁷, inexistente na legislação civil anterior, embora já amparada constitucionalmente.

⁴³ TEPEDINO, 2004.

⁴⁴ Ibidem, p. 316.

⁴⁵ TEPEDINO, 2004.

⁴⁶ CARDOSO. 2016, p. 405.

⁴⁷ Art. 2.035 (...) Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos. (BRASIL, 2002)

5 CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA: CONSTRUÇÃO LEGISLATIVA E CARACTERÍSTICAS

Diante da realidade apresentada até aqui, percebe-se que, ainda que o direito à moradia esteja constitucionalmente previsto, são necessárias outras medidas para concretizá-lo. Entretanto, o cenário brasileiro evidencia que a mera existência de leis não é suficiente para solucionar a necessidade de efetivação desse direito.

Far-se-á uma breve exposição do caminho percorrido até a presente data das legislações federais que têm como intuito a efetivação do direito real que trataremos neste capítulo: a Concessão Especial de Uso para fins de Moradia (CUEM). Posteriormente, ao identificar-se que não se trata de um problema de escassez normativa, questiona-se o que falta para que a legislação apresentada seja aplicada.

Ainda que existam textos normativos anteriores à Constituição de 1988 que tratam de assuntos envoltos à efetivação da moradia, utiliza-se como ponto de partida a Constituição, pois se trata de um marco legislativo de promoção à dignidade da pessoa humana, colocando, a partir de então, a pessoa como centro de proteção do Direito brasileiro.

A concessão de uso está prevista no parágrafo primeiro do art. 183 da Constituição⁴⁸ que no *caput* prevê requisitos de usucapião em área utilizada “para sua moradia ou de sua família”.

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

Ou seja, o parágrafo amplia a efetivação do direito à moradia, com a hipótese da concessão de uso. Entretanto, logo em seguida, no

⁴⁸ § 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. (BRASIL, 1988)

parágrafo terceiro⁴⁹, a lei prevê a impossibilidade de usucapir bens públicos, evidenciando que a previsão do *caput* não se adequa aos bens públicos, mas não esclarece se a hipótese de concessão de uso não entra na proibição prevista em lei.⁵⁰

Como os imóveis públicos são imprescritíveis por norma constitucional (não se sujeitando a usucapião), a única medida que permite compatibilizar a permanência dos moradores com o domínio público do bem é a outorga de uso. E mais: para que se dê um mínimo de previsibilidade aos ocupantes, não seria adequado o emprego de outorgas precárias como a autorização ou a permissão de uso, daí porque o legislador bem apontou a figura da concessão de uso.⁵¹

A Constituição, entretanto, além de dispor de forma desarranjada sobre tal concessão, colocando-a no parágrafo de um *caput* que trata de usucapião, também não dá muitos detalhes ou diretrizes a respeito da concessão, cabendo aos entes federativos o fazer. Entretanto, em 2001, o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001) previa maiores esclarecimentos a respeito das possíveis concessões.

O então presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, porém, vetou os artigos do Estatuto da Cidade que regulamentavam a CUEM com a justificativa de que precisariam ser revistos, pois contrariavam interesses públicos e continham lacunas, já que não previam datas essenciais para aplicação desse direito.⁵²

No mesmo ano de promulgação do Estatuto da Cidade, foi aprovada a Medida Provisória n. 2.220/2001. “Nela, introduziu[-se] a concessão de uso especial de imóvel público situada em área urbana para fins de moradia em nove artigos que permaneceram intactos até a edição da MP n. 759 de 2016, convertida então na Lei n. 13.465, de 2017.”⁵³

Foi com a promulgação da Lei 11.481/2007, que trata da regularização fundiária no Brasil, que houve a ampliação da “concretização da função social da propriedade e eleva à condição de

⁴⁹ § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. (BRASIL, 1988)

⁵⁰ MARRARA, 2019.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Ibidem.

⁵³ Ibidem.

direitos reais a concessão de uso e a concessão de uso para fins de moradia”, inserindo a CUEM no rol de direitos reais do Código Civil de 2002.⁵⁴

A Lei 13.465/2017 posteriormente previu que os requisitos para a CUEM se assemelhavam aos requisitos da usucapião.

Art. 77 (...) Aquele que, até 22 de dezembro de 2016, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área com características e finalidade urbanas, e que o utilize para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

Nos imóveis de que trata o art. 1º, com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupados até 22 de dezembro de 2016, por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor, a concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma coletiva, desde que os possuidores não sejam proprietários ou concessionários, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

É facultado ao poder público competente conceder autorização de uso àquele que, até 22 de dezembro de 2016, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área com características e finalidade urbanas para fins comerciais.⁵⁵

O que a CUEM traz de inovador e especial ao ordenamento jurídico brasileiro é a possibilidade de concessão de bens públicos com finalidade de moradia. O que era possível através de contratos administrativos, para outras finalidades, passa a existir com o intuito também de garantir um direito fundamental.⁵⁶

A concessão de uso para fins de moradia é especial por sua gratuidade (ou vedação de cobrança pelo uso), perpetuidade (não havendo possibilidade de se estipular termo final), vinculação (já a legislação confere um direito ao ocupante), unilateralidade (pois, em geral, não haverá contrato) e contratação direta, sem licitação.⁵⁷

⁵⁴ CARDOSO. 2016, p. 405.

⁵⁵ BRASIL, 2017.

⁵⁶ MARRARA, 2019.

⁵⁷ Ibidem.

Essas características da CUEM explicitadas por Marrara (2019) são justamente atributos que não existiam antes da mesma. Não havia concessão de bens públicos para fins de moradia, muito menos com a estabilidade da perpetuidade e vinculação. Entretanto, questiona-se se de fato o surgimento da CUEM solucionou as ocupações existentes em imóveis públicos no Brasil e se, por outro lado, haveria uma disposição por parte dos entes em conceder esses imóveis que não estão cumprindo função alguma.

Faremos uma breve exposição das alterações ocorridas a partir da MP 2.220/2001 até a Lei n. 13.465, de 2017:

5.1 MP 2.220/2001

A respeito das medidas provisórias, a Constituição prevê: “Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.”⁵⁸

A Medida Provisória 2.220/2001 previa os requisitos para a CUEM individual e coletiva, as hipóteses de transferência e extinção do direito, além de prever a possibilidade da CUEM para ocupações de imóveis públicos, e em casos de imóveis em situação que colocasse em risco a vida dos ocupantes, o Poder Público deveria garantir outro local para o possuidor.⁵⁹

Entretanto, para que uma MP não perca sua eficácia, a mesma deve ser convertida em Lei “no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes”⁶⁰. Como dito anteriormente, foi essa MP que introduziu a concessão de uso especial de imóvel público situada em área urbana para

⁵⁸ Art. 62, Constituição Federal de 1988.

⁵⁹ BRASIL, 2001.

⁶⁰ § 3º, art. 62, Constituição Federal de 1988.

fins de moradia, a qual manteve nove artigos intactos até a edição da MP n. 759 de 2016, convertida posteriormente na Lei n. 13.465, de 2017.

5.2 LEI 11.481/2007

Foi a Lei 11.481/2007 que inseriu no rol de direitos reais do Código Civil de 2002 a concessão de uso especial para fins de moradia. Entretanto, “aos novos direitos não foi atribuído um título específico, o que gera algumas incompletudes e desloca a regulamentação da matéria para a esfera da legislação administrativista.”⁶¹. Deste modo, após novas discussões legislativas, foi promulgada a Lei 13.465/2017 que regulava a CUEM em bens públicos.

5.3 LEI 13.465/2017 E RESULTADOS ATUAIS

A Lei n. 13.465/2017 dispõe sobre regularização fundiária, alienação de bens públicos e outras matérias. Dentre as disposições, a Lei trata do direito real de uso e da CUEM, sendo esta última a matéria que adentramo-nos neste momento.⁶²

A Lei repete os dispositivos das MP citadas anteriormente, com a alteração de que aqueles que cumpriram o prazo estipulado para a CUEM até 22 de dezembro de 2016 já teriam o direito à mesma.⁶³

Deste modo, fica então aprovada a CUEM individual e coletiva, para imóveis privados e públicos, no Brasil. Ou seja, novos mecanismos foram criados de modo a garantir a legitimação da posse de bens públicos para fins de moradia.

Fazendo um recorte apenas no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao buscar as palavras “concessão de uso” e “moradia” no espaço de pesquisa jurisprudencial, no dia 17 de maio de 2023, foram encontrados 686 espelhos de acórdãos e 129 decisões monocráticas.

⁶¹ CARDOSO, p. 405, 2016.

⁶² BRASIL, 2017.

⁶³ Ibidem.

Entretanto, dos 686 acórdãos, 31 tratam especificamente do deferimento ou não da CUEM em bens públicos, sendo outras decisões ações de reintegração de posse, usucapião e matérias similares. Foram excluídos acórdãos de recursos que apenas alegam o direito fundamental à moradia, sem fazer menção à CUEM. A questão é: dos 31 acórdãos que decidem sobre deferimento ou não da CUEM, apenas 6 deles decidem pela concessão e os outros 25 indeferem o pedido por falta dos requisitos presentes nas leis que regulamentam o exercício da CUEM.

Tais números nos levam a algumas conclusões, sendo a primeira delas que a CUEM não resulta exatamente ao que se propõe. O que seria uma possibilidade de garantia de cumprimento do direito à moradia, se mostra insuficiente perante o judiciário brasileiro, reafirmando a dificuldade na efetivação do direito à moradia no Brasil. Conclui-se também que não há um conhecimento específico do instituto, uma vez que ações que deveriam requerer a CUEM são feitas com pedido de usucapião, matéria já consolidada ao tratar de bens públicos.

Com isso, observa-se que o instituto que foi criado para solucionar questões específicas da desigualdade social e garantir o direito à moradia, ainda não alcançou o objetivo pelo qual foi estabelecido. A desigualdade segue sendo bem demarcada no Brasil e o Direito se mostra ineficaz para a redução da mesma.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) o Brasil tem mais de 5 milhões de moradias irregulares⁶⁴. Iniciamos este trabalho fazendo referência a um princípio norteador da Constituição brasileira e das outras leis que à seguem: a dignidade da pessoa humana. Entretanto, a realidade é de desigualdade social e concentração de

⁶⁴ Disponível em: [https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/geral/brasil-tem-mais-de-5-milh%C3%B5es-de-moradias-irregulares-diz-ibge-1.424317#:~:text=Dos%20mais%20de%2065%2C5,Geografia%20e%20Estat%C3%ADstica%20\(IBGE\).](https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/geral/brasil-tem-mais-de-5-milh%C3%B5es-de-moradias-irregulares-diz-ibge-1.424317#:~:text=Dos%20mais%20de%2065%2C5,Geografia%20e%20Estat%C3%ADstica%20(IBGE).)

riquezas, que impossibilita a vivência desse princípio da mesma forma para toda a população.

A pesquisa apresentou elementos práticos para efetivação de uma moradia digna (adequada). Não se deve falar em efetivação de moradia sem características mínimas para promoção da dignidade da pessoa humana.

O acesso à moradia adequada pode ser uma pré-condição para a realização de vários outros direitos humanos, incluindo o direito a trabalho, saúde, segurança social, voto, privacidade ou educação. A possibilidade de ganhar a vida pode ser seriamente prejudicada quando uma pessoa for transferida, depois de uma remoção forçada, a um lugar isolado, onde não haja oportunidades de emprego. Sem comprovante de residência, as pessoas sem-teto podem não ser capazes de votar, desfrutar de serviços sociais ou de receber cuidados de saúde. Moradia inadequada pode ter repercussões diretas sobre o direito à saúde, por exemplo, se as casas e assentamentos tiverem pouca ou nenhuma água potável e saneamento, ou se estiverem em locais expostos a resíduos tóxicos, em razão dos quais os moradores podem cair gravemente doentes. (BRASIL. 2013, p. 69)

Como tentativa de ampliação da efetivação do direito à moradia, amplia-se também a possibilidade de utilização de bens públicos, concedendo-os especialmente para fins de moradia. A princípio, o novo direito surge com a esperança de efetivar o que a impossibilidade de usucapir bens públicos impede. Não obstante, o que se tem na prática são poucas mudanças, diante dos requisitos previstos para a CUEM.

Vimos também a forte influência do mercado imobiliário nos rumos da efetivação de direitos no Brasil. Diante disso, Maricato (2000) atenta ao que concluímos com pesquisas apontadas: não basta a criação de leis, mas é necessária mobilização pública e social para desenvolver essas políticas. A legislação deve funcionar de maneira a frear/regular a valorização do mercado imobiliário. Somada ao controle e promoção estatal da moradia adequada, identifica-se também a necessidade de ações de organizações e a facilitação para concretização de documentações.

A CUEM aparentemente serviria para regularizar os altos índices de moradias irregulares e ampliar a efetivação do direito à moradia. Contudo, de modo preliminar, o que se tem da pesquisa jurisprudencial não é muito animador, ou sugestivo, para um balanço dos 16 anos de CUEM no Brasil. O que nos leva a concluir que as previsões do Código Civil e suas atualizações não têm sido suficientes para a redução de desigualdades e promoção da pessoa para além do texto legal.

Quem não se desespera vendo nascer seu filho no berço da miséria? Um lugar onde só tinham como atração o bar, e o candomblé pra se tomar a benção. Esse é o palco da história que por mim será contada. Um homem na estrada. Equilibrado num barranco incômodo mal acabado e sujo, porém seu único lar, seu bem e seu refúgio. Um cheiro horrível de esgoto no quintal por cima ou por baixo, se chover será fatal. Um pedaço do inferno, aqui é onde eu estou. Até o IBGE passou aqui e nunca mais voltou. Numerou os barracos, fez uma pá de perguntas. Logo depois esqueceram...⁶⁵

É com um trecho da música de Racionais MC's que finalizo o presente trabalho, como tentativa de dar espaço a quem não é mencionado nas referências bibliográficas, mas são expostos durante todo o texto, os viventes. É preciso evidenciar que não se trata apenas de pesquisa acadêmica, mas da triste realidade brasileira. Com isso, a pesquisa se faz questionável quando o seu fim não volta para de onde ela parte: a camada que mais sofre com a desigualdade.

REFERÊNCIAS

- ALFONSIN, Betânia de Moraes. Et. al. **Da função social à função econômica da terra: impactos da Lei nº 13.465/17 sobre as políticas de regularização fundiária e o direito à cidade no Brasil.** Revista de Direito da Cidade, vol. 11, nº 1. pp.168-193. 2019
- BONDUKI, Nabil Georges. **Origens da habitação social no Brasil.** Análise Social, vol. XXIX (127), 1994 (3º), 711-732.
- BONDUKI, N. **Política habitacional e inclusão social no Brasil: revisão histórica e novas perspectivas no governo Lula.** arq.urb, n. 1, p. 70-104, 10 dez. 2019.

⁶⁵ Trecho da letra da música “Homem na estrada” do grupo brasileiro Racionais MC's.

BOTELHO, Adriano. **O financiamento e a financeirização do setor imobiliário: uma análise da produção do espaço e da segregação sócio-espacial através do estudo do mercado da moradia na cidade de São Paulo**. São Paulo. 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>.

BRASIL. **Medida Provisória n. 2.220, de 4 de setembro de 2001**.

Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm>.

BRASIL. **Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017**. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm>.

BRASIL. **Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República Direito à moradia adequada**. – Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013.

CARDOSO, Patrícia Silva. **Os direitos reais e a Lei n. 11.481/07: reflexões sobre a funcionalização do regime da propriedade pública**.

Revista de Direito da Cidade. vol. 08, n. 1

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Conteúdos do Seminário Internacional Pesquisa Déficit Habitacional e Inadequação de Moradias: avanços e desafios**. Disponível em: <<http://novosite.fjp.mg.gov.br/conteudos/>>.

JHERING, Rudolf von. **Teoria Simplificada da Posse**. Tradução:

Ricardo Rodrigues Gama. 1ª ed. Campinas: Russel Editores, 2005.

KOWARICK, Lúcio. **Cidade e cidadania: cidadão privado e subcidadão público**. São Paulo em perspectiva, 5 (2): 2-8, abril/junho. 1991

MARICATO, Ermínia. **Habitação social em áreas centrais**. Revista Oculum Ensaios. n. 1. 2000

MARICATO, Ermínia. **Urbanismo na periferia do mundo globalizado: metrópoles brasileiras**. São Paulo em perspectiva, 14(4) 2000.

MARICATO, Ermínia. **Metrópole, legislação e desigualdade**. Estudos Avançados 17 (48), 2003

MARRARA, Thiago. **Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia (CUEM): O que Mudou em Seu Regime Jurídico Desde a**

Constituição de 1988 até a Lei n.13465 de 2017? Disponível em:

<<http://genjuridico.com.br/2019/04/03/concessao-de-uso-especial-para-fins-de-moradia-cuem-o-que-mudou-em-seu-regime-juridico-desde-a-constituicao-de-1988-ate-a-lei-n-13465-de-2017/>>.

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Comentário Geral nº 4 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

RIBEIRO, Daniel Mendes. **Dignidade humana versus dignidade da pessoa: uma análise das modificações radicais da estrutura do Homo sapiens**. Universidade Federal de Minas Gerais. 10-Mar-2017. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1843/BUOS-ASUHFC>>.

ROLNIK, RAQUEL; et. al. **O Programa Minha Casa Minha Vida nas regiões metropolitanas de São Paulo e Campinas: aspectos socioespaciais e segregação**. Cad. Metrop., São Paulo, v. 17, n. 33, pp. 127-154, maio 2015.

SILVA, Helena Menna Barreto; CASTRO, Carolina Maria Pozzi de. **A legislação, o mercado o acesso à habitação em São Paulo**. Workshop habitação: como ampliar o mercado? Lincoln institute of land policy. Laboratório de habitação e assentamentos humanos da faculdade de arquitetura e urbanismo da Universidade de São Paulo.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3ª Edição atualizada. Rio de Janeiro. Renovar: 2004.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>>.

O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PELOS TRIBUNAIS COMO MECANISMO PARA EVITAR A DESIGUALDADE JURÍDICA

Michael Cassemiro de Carvalho¹

Luiza Raquel Elias Lopes²

Marlene de Paula Pereira³

RESUMO: O presente trabalho teve por objetivo uma análise acerca do uso da inteligência artificial pelos tribunais, tendo em vista o ano base de 2019. Buscou-se identificar os softwares e os robôs que auxiliam o poder judiciário brasileiro no provimento jurisdicional e refletir sobre o dilema produtividade x provimento justo. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, partindo da leitura e análise de artigos publicados em plataformas como Scielo e Google Acadêmico. Como principais resultados, constatou-se que, embora a inteligência artificial seja um importante mecanismo para assegurar o acesso à justiça, visto que o provimento justo é aquele que ocorre no tempo necessário, é importante haver certos cuidados para que os direitos fundamentais sejam preservados, tomando medidas que visem evitar a mecanização das decisões.

PALAVRAS-CHAVE: Celeridade Processual; Direito à um Julgamento Justo; Tecnologia.

¹ Graduando em Direito pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sudeste de Minas Gerais - Campus Rio Pomba, Brasil. E-mail: michaelcassemir@gmail.com.

² Graduanda em Direito pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sudeste de Minas Gerais - Campus Rio Pomba, Brasil. E-mail: luizaraqueifsemg@gmail.com.

³ Professora de Direito do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sudeste de Minas Gerais - Campus Rio Pomba, Brasil. Graduada e Mestre em Direito, Doutora em Extensão Rural. Email: marlene.pereira@ifsudestemg.edu.br.

INTRODUÇÃO

A inteligência artificial tem permeado todas as áreas de atuação, na maior parte das vezes, promovendo agilidade e produtividade aos diversos processos. Na esfera judiciária, também nota-se a presença, cada vez maior, da inteligência artificial, por meio da utilização de softwares e até mesmo do uso de robôs. Como toda novidade, tem provocado discussões, tanto em âmbito prático quanto teórico, visto que um dos principais problemas apontados como dificultadores do acesso à justiça é exatamente a morosidade dos processos judiciais, esses que acabam entregando à sociedade um “direito tardio”, que muitas vezes equivale-se à perda do direito.

A inteligência artificial tem permitido a agregação de processos semelhantes, favorecendo que os casos sejam julgados simultaneamente e de forma similar. Este fato acelera a resposta do Poder Judiciário à população, o que, por um lado, concretiza princípios processuais e constitucionais como a duração regular do processo e o acesso à justiça.

Por outro lado, o fato destes processos serem realizados por máquinas e até mesmo as sentenças serem dadas por robôs, ainda têm provocado desconforto, especialmente quando considerado que a área jurídica é, de forma geral, bastante conservadora.

Diante disso, como seria possível compreender que um processo que não foi analisado por um juiz e nem julgado efetivamente por este, possa ter sido justo? Em uma sociedade em que os ocupantes de cargos do Poder Judiciário recebem alguns dos mais altos salários, como admitir que um processo foi recebido, analisado e julgado por uma máquina, e que, portanto, é o resultado de uma associação de algoritmos sem causar desigualdade e um grande impacto social?

Este trabalho tem o objetivo de refletir a respeito desta temática, pontuando a respeito do uso da tecnologia e a garantia dos valores norteadores do ordenamento jurídico brasileiro, como o acesso à justiça e o respeito à dignidade do jurisdicionado, a fim de medir o impacto social causado pela inserção das tecnologias artificiais no Poder

Judiciário Brasileiro.

Sabe-se portanto das vantagens quanto ao uso das tecnologias, como por exemplo a produtividade e celeridade, mas as desvantagens podem vir a ser catastróficas, tendo em vista que quando há produtividade em um determinado setor de trabalho com o uso de inteligências artificiais, estas inserem no mercado novos tipos de trabalho. O autor Antônio Lanna⁴, esclarece que a inserção de novos postos de trabalho ameaçam e tornam-se desleais na concorrência com os postos de trabalho já estabelecidos, o que implanta uma desigualdade trabalhista no que tange a postos de trabalho.

A não igualdade começa a prevalecer, extinguindo profissões, atividades e tarefas rotineiras, além de retirar milhares de empregados de seus postos de trabalho. Outro aspecto importante a ser valorizado neste estudo, é que essa produtividade desleal afeta diretamente na desigualdade de renda, pois aqueles que sabem manobrar tais tecnologias garantem seus empregos e ganham salários mais valorizados ⁵.

O conhecimento sobre a operacionalização de tais tecnologias e IAs. garante aos trabalhadores superqualificados os maiores salários, enquanto os trabalhadores classificados de baixa e média qualificação são totalmente prejudicados, já que os de alta qualificação não sofrem ameaças advindas da inserção de robôs e sistemas automatizados. Assim, a desigualdade é encontrada exatamente no fato de esses trabalhadores de alta performance não sofrerem ameaças, já que suas atividades possibilitam a automatização das funções, pois justamente exercem comandos a serem obedecidos por estas novas tecnologias⁶.

Outro grande fator, é a respeito das tarefas a quais os trabalhadores de alta qualificação exercem e os de média e baixa qualificação praticam, pois a cada dia que se passa, as tarefas não

⁴LANNA, Antônio Bahury. Os Impactos Socio-Econômicos da Inteligência Artificial. *Contextura*, Belo Horizonte, n° 12, p. 26, jun. de 2018.

⁵*Ibid.*, p. 26.

⁶*Ibid.*, p. 26.

rotineiras, atribuídas aos trabalhadores de alta performance, crescem seus salários quantitativamente em relação aos que as não possuem, pois a estes de média e baixa qualificação está cada vez mais diminuindo seu valor de mercado. Com isso, os empregados que não são qualificados, mas possuem médio conhecimento para operarem as máquinas e as novas tecnologias, é a parcela de trabalhadores a serem mais afetados pela inserção das inteligências artificiais no mercado⁷.

Esse efeito pode ser observado pelo fator genérico do conhecimento parcial automatizado, o que faz os trabalhadores de média qualificação perderem mais do que os de baixa, pois estes não possuem em suas tarefas atividades que necessitam de conhecimento automatizado, assim sendo classificado todo o imbróglio da valorização salarial da mão de obra qualificada e a diminuição salarial do médio e baixo trabalhador, uma “polarização do emprego”⁸, que traz a desigualdade para jogo no que tange a renda.

A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica. Foram feitas buscas de artigos em plataformas como Scielo e Google Acadêmico, utilizando-se termos como “inteligência artificial nos tribunais”, “inteligência artificial e acesso à justiça”. Os resultados foram categorizados tendo em vista os aspectos positivos e negativos trazidos pelo uso da inteligência artificial pelo Poder Judiciário.

O trabalho está dividido em três partes. Na primeira delas faz-se uma abordagem geral a respeito do uso da inteligência artificial pelos tribunais; na segunda parte faz-se uma análise dos reflexos quantitativos relativos ao uso da inteligência artificial, considerando os avanços em termos de celeridade processual; e, na terceira parte, faz-se uma análise mais crítica em que se contrapõe o uso das tecnologias e a necessidade de se buscar sempre o processo justo e o julgamento adequado, com o objetivo de manter a igualdade e prevenir aplicações da desigualdade.

⁷*Ibid.*, p. 26-27.

⁸*Ibid.*, p. 26.

Para a finalidade desta pesquisa, preparou-se um levantamento bibliográfico acerca do uso da inteligência artificial pelo poder judiciário, os números e os desafios relacionados ao provimento jurisdicional em tempo razoável, bem como uma análise entre a duração do processo e o julgamento justo, estes que estão sendo apresentados a seguir.

1 A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SEU USO PELO PODER JUDICIÁRIO

Nesse âmbito, do poder judiciário, dá-se então, o uso da Inteligência Artificial, uma ciência relativamente recente que passou a ser desenvolvida após a Segunda Guerra Mundial para atuar nos mais variados campos, podendo ser dividido nas seguintes linhas de pensamento, raciocínio e de comportamento, isto é, sistemas que pensam ou atuam como seres humanos, e sistemas que pensam e atuam racionalmente⁹.

Não é novidade que o meio jurídico enfrenta o grande problema da lentidão, pois é perceptível a identificação de um sistema extremamente afogado e sobrecarregado, em que os recursos de inteligência artificial surgem com um foco bem específico, o de facilitar a realização de tarefas fáceis, a fim de proporcionar mais tempo para as mais relevantes atividades¹⁰.

A utilização da Inteligência Artificial deixou de ser uma possibilidade para se tornar uma realidade, uma vez que já está sendo aplicada e, cada vez mais, ganha espaço e notoriedade devido às vantagens que apresenta. Como um excelente exemplo, a sessão que foi presidida pela desembargadora Ângela Rodrigu, da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, realizada no ano de 2018, trouxe a possibilidade, essa graças ao auxílio da ferramenta “Radar”, de

⁹GOMES, Dennis dos Santos. Inteligência Artificial: Conceitos e Aplicações. *Revista Olhar Científico – Faculdades Associadas de Ariquemes*, v. 01, n.2, p. 234, ago./dez, 2010.

¹⁰GIANNAKOS, Demétrio Beck da Silva. A Inteligência Artificial nos Tribunais Brasileiros: um redutor de custos de transação. *Revista de Direito Da Empresa e Dos Negócios*, v. 3, n. 2, p. 5 e 13, 2019.

permitir que os 280 processos fossem julgados e encerrados em poucos minutos.

Perante a essa informação, a atuação desta ferramenta se dá da seguinte forma: o sistema Radar identifica e agrupa os processos e recursos que possuem pedidos idênticos, logo em seguida “os relatores elaboram o voto padrão a partir de teses fixadas pelos Tribunais Superiores e pelo próprio Tribunal de Justiça mineiro”¹¹.

Ademais, a ferramenta permite ainda que os magistrados realizem buscas orientadas por palavras-chave, data, órgão julgador, magistrado, dentre outros e, como resultado, torna os julgamentos mais céleres que em muito beneficia os envolvidos. Nesta mesma sessão, em especial, foi utilizada conjuntamente à ferramenta Radar, o recurso de taquigrafia digital, que possibilitaram que os áudios gravados sejam transcritos em documentos quase que de forma instantânea.

Por consequência, é impossível deixar de citar o momento delicado em que enfrentamos em relação a crise sanitária causada pelo novo coronavírus, COVID-19, mas que acabou se tornando mais um incentivo na transformação digital do sistema jurídico, já que o confinamento obrigou a todos a se adaptarem ao modo remoto de trabalho e, por isso, a tecnologia permitiu também a continuidade das atividades jurídicas, sendo realizado até mesmo, diversas audiências virtuais em diferentes áreas do direito e da justiça.

O presidente do Superior Tribunal de Justiça, Humberto Martins, no ano de 2021, também se posicionou sobre este assunto, e em seu ponto de vista: "Se vários setores do Estado estão tendo que se adaptar com o funcionamento remoto e com a internet, é com alegria

¹¹TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. TJMG utiliza inteligência artificial em julgamento virtual. Iniciativa, inédita entre tribunais de justiça, trará maior celeridade, segurança e economia para o Judiciário. *Portal TJMG, notícias*, 07 de nov. 2018. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-utiliza-inteligencia-artificial-em-julgamento-virtual.htm?fbclid=IwAR1QKEfS3HkBNFuO6TYOVIMZH7bNdilSqK63nu51-qYTV1UzLibfHylyYngg#.YYfgUGDMLIX>. Acesso em: 19 jun. 2021.

que constatamos que a passagem da informatização judicial no Brasil foi, em larga medida, bem-sucedida”¹².

Além dos que foram anteriormente citados, há ainda outros recursos importantes, e que são chamados de “*legal tech*”, como o Sistema de Automação da Justiça (SAJ), que gerencia a maior parte dos processos da justiça estadual e vem sendo desenvolvido desde 1992, como o principal sistema utilizado para a realização de processos digitais na justiça brasileira, tendo seu processo realizado de forma eletrônica desde a fase de petição inicial¹³.

Contudo, o que mais atrai no uso das tecnologias, é a sua eficiência, isto é, maior rapidez na realização de trabalhos que antes eram considerados maçantes e repetitivos e agora apresentam resultados mais precisos e até mesmo com uma qualidade superior.

Diante do que já foi exposto, surge um importante questionamento a respeito deste assunto: em que ponto o emprego da tecnologia deixa de ser um benefício para o meio jurídico e impacta diretamente a sociedade? Quando a função decisória é atribuída a um ser humano, o próprio ordenamento jurídico, tanto a Constituição Federal (em seu art. 93) quanto o Código de Processo Civil (art. 489), determinam ser necessário que este fundamente e exponha os argumentos e princípios que nortearam suas decisões; quando esta função fica a cargo de um algoritmo, a contestação de suas fontes e embasamentos tornam-se mais inatingíveis, por serem padronizadas em um software, uma vez que a maior parte da população nem mesmo sabe como se dá o funcionamento destes recursos, afastando-se do princípio da acessibilidade ampla do poder judiciário.

Com isso, a utilização da Inteligência artificial é extremamente

¹²CONJUR. Pandemia impulsionou a transformação digital no Judiciário, diz Dias Toffoli. *ConJur*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-12/pandemia-impulsionou-transformacao-digital-judiciario-toffoli>>. Acesso em 13 de maio de 2023.

¹³ANDRADE, Mariana Dionísio; ROSA, Beatriz de Castro; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro. Legal tech: analytics, Inteligência artificial e as novas perspectivas para a prática da advocacia privada. *Revista Direito GV*, vol. 16 n.1 São Paulo, Mar, p. 9, 2020.

eficiente e vantajosa em áreas como a da pesquisa, classificação e organização de informações, bem como da elaboração de contratos e dentre outras em que sua utilização realmente leva à maior celeridade e precisão na realização de tais tarefas; no entanto, ao atribuir a um software o trabalho decisório do juiz, o que pode ocorrer é aumentar ainda mais a desigualdade que já existe no sistema judiciário do Brasil, pois ainda que se fundamente as decisões padronizadas no sistema, há sempre que se considerar as peculiaridades existentes em cada caso concreto. Dessa forma, entende-se não considerar a tecnologia como a solução definitiva a todos os problemas do sistema judiciário¹⁴.

2 A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL EM NÚMEROS: O DESAFIO DO PROVIMENTO JURISDICIONAL EM TEMPO RAZOÁVEL

A inteligência artificial com sua conexão ao direito está se tornando um movimento moderno, permitindo aos órgãos do Poder Judiciário obterem uma ampla atuação na resolução de um dos seus grandes empecilhos, sendo o lento provimento dos atos que manifestam a vontade do Estado-juiz. Muitos tribunais brasileiros já estão aprimorando suas funcionalidades para atenderem a essa nova demanda da sociedade, tendo em vista que o nosso sistema judicial, conforme é abordado pelos autores Flores e Santos¹⁵, está totalmente congestionado e até mesmo apresenta-se em um estado de morosidade, e para poder se ver livre desse óbice, o Poder Judiciário enxerga a Inteligência Artificial como um recurso para auxiliar na redução dos processos existentes no país, que chegam à quase 80 milhões.

Destarte, o impacto do uso da inteligência artificial no Direito, este que reflete diretamente na celeridade processual e, de acordo com Felipe e Perrota, “(...) no Brasil, há um crescente uso da tecnologia em

¹⁴NUNES, Dierle.; MARQUES, Ana Luiza; P. C. Inteligência Artificial e Direito Processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. *Revista de Processo*, v. 285/2018, p. 421-447, nov. 2018.

¹⁵FLORES, Nilton Cesar da Silva; SANTOS, Raphael de Souza Almeida. Direitos e Inteligência Artificial: metamorfose, vieses algorítmicos e decisionismo tecnológico no Brasil. *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*, Santo Ângelo, v. 21, n. 40, p. 02, maio/agos, 2021.

favor do serviço jurídico prestado pelos escritórios de advocacia e pelo próprio Poder Judiciário na entrega da jurisdição”¹⁶. Nesse sentido, a I.A é incorporada para agilizar grande parte dos processos e estabelecer uma maior segurança ao sistema.

Com isso, através do Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁷, é possível identificar uma análise da justiça detalhada com informações sobre o desempenho dos órgãos que fazem parte do poder judiciário. Seus dados mostram que em 2019 o poder judiciário conseguiu encerrar o ano com 77,1 milhões de processos em tramitação. Esse dado se torna impressionante porque em 2018 só foi possível colocar 1,5 milhões de processos.

Ademais, a produtividade média do magistrado aumentou para 13%, ocasionando 68,5% de taxa de congestionamento, número considerado pelo CNJ como o menor índice da história do Relatório Justiça em Números. Assim, o ponto importante é que o relatório traz a informação de que com o lançamento da Base Nacional de Dados do Poder Judiciário - DataJud, a gestão judiciária obteve um avanço em 2020, e informa que a sua completa inserção permitirá haver uma simplificação, podendo até existir a extinção de cadastros para a economia de recursos públicos e também a alocação de servidores, visando uma maior eficiência¹⁸.

Cabe ressaltar que a DataJud é um sistema de base única com informações detalhadas acerca de cada processo judicial. É um ato otimista que com a inteligência artificial buscará solucionar diversos conflitos e contribuir para o encerramento de diferentes processos já interpostos no Poder Judiciário Brasileiro¹⁹.

¹⁶FELIPE, Bruno F. C.; PERROTA, Raquel P. C.. Inteligência Artificial no Direito - Uma Realidade a ser Desbravada. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*, v. 4, n. 1, p. 06, Jan/Jun, Salvador, 2018.

¹⁷CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2020: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, p.5, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 19 jun. 2021.

¹⁸*Ibid.*, p. 6.

¹⁹*Ibid.*, p. 5.

A partir dos dados disponibilizados pelo CNJ e as informações a serem abordadas em seguida sobre a implementação e a finalidade da I.A nos Tribunais brasileiros, percebe-se que com a existência das I. A (s), o Poder Judiciário ficará mais desburocratizado com números de eficácia nunca visto. Os dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça podem ser um reflexo do uso dos robôs, que possibilitaram uma maior agilidade desde a sua inserção no judiciário, e que no futuro trará a eficiência desejada pelo CNJ.

De acordo com Silva e Mairink, a inteligência artificial foi implementada no Tribunal de Justiça de Pernambuco e seu auxílio proporcionou uma maior agilidade nas atividades de triagem dos processos. O robô Elis em três dias analisou cerca de 5.267 processos, sendo 84% aptos a prosseguirem em tramitação; 12% prescritos; 3% apresentaram erro no cadastro; 0,5% foram distribuídos incorretamente e os outros 0,5% estavam com dados divergentes. Com o programa de I.A Elis, a capital do estado de Pernambuco conseguiu em 15 dias dar andamento em 70 mil processos dos 447 mil que estavam acumulados²⁰.

Outro ponto importante, é que o Supremo Tribunal Federal (STF), conforme assevera Bragança e Bragança²¹, desenvolveu um projeto em colaboração com a Universidade de Brasília para a criação de um modelo que seja eficiente na produção de pesquisas, sendo usado principalmente na busca de precedentes. Este modelo foi denominado de Victor, uma homenagem ao ex-ministro do STF Victor Nunes Leal.

O desenvolvimento da ferramenta Victor, teve seus trabalhos iniciados quando a ministra Cármen Lúcia presidiu o STF (2016 a 2018), assim, no ano de 2017 o projeto foi idealizado para agilizar a leitura de recursos extraordinários e os vincular a determinados temas, ou seja,

²⁰SILVA, Jennifer Amanda Sobral da.; MAIRINK, Carlos Henrique Passos. Inteligência artificial: aliada ou inimiga. *LIBERTAS: Revista de Ciências Sociais Aplicadas*, Belo Horizonte, v. 9, n.2, p. 74, ago./dez, 2019.

²¹BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fátima da F. P. G. Revolução 4.0 no Poder Judiciário: Levantamento do uso de inteligência artificial nos Tribunais brasileiros. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 46, p. 70, nov, 2019.

faz o que a juíza Caroline Somesom Tauk chama de “(...) materialização de um sistema de precedentes”²².

Suas atribuições permitem a nossa mais alta corte brasileira a otimizar sua eficiência e aumentar o número de processos julgados que precisam ser avaliados, assim possui como objetivo uma maior celeridade durante o processamento. Ademais, o STF disponibiliza sua base de dados para que o sistema identifique o grupo de processo a qual fará parte, permitindo ao robô operar nos mais de 45 mil processos existentes, totalizando cerca de 952 mil documentos no ano de 2019²³.

Além disso, é notório que o sistema realiza atividades em minutos e que se fossem feitas de modo tradicional, o método físico demandaria um grande número de servidores a cumprirem a tarefa em um tempo maior e, por isso, o STF vem investindo no sistema do robô Victor. A exemplo, temos como principal número a informação compartilhada pelo CNJ²⁴ que durante o período de agosto de 2017 e julho de 2019, exatos 4 *terabytes* de dados sobre processos recursais sem vício estavam a disposição do Robô, sendo, 118.288 processos e 2,7 milhões de peças.

3 ENTRE A DURAÇÃO DO PROCESSO E O JULGAMENTO JUSTO

A Constituição Federal ampliou o leque de direitos do cidadão, assegurando, dentre eles, os direitos fundamentais, os direitos sociais e o acesso à Justiça. Para a garantia do acesso à Justiça, diversas ferramentas processuais foram colocadas à disposição. A garantia do devido processo legal compreende algumas categorias fundamentais,

²²SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF apresenta inovações em seminário sobre Corte Constitucional Digital. *Portal STF, Notícias*, 26 abr. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=464769&ori=1>. Acesso em: 19 jun. 2021.

²³INAZAWA, Pedro; HARTMANN, Fabiano; CAMPOS, Teófilo de; SILVA, Nilton e BRAZ, Fabricio. Projeto Victor - como o uso do aprendizado de máquina pode auxiliar a mais alta corte brasileira a aumentar a eficiência e a velocidade de avaliação judicial dos processos julgados. *Especial Machine Learning*, Universidade de Brasília, p. 1-6, 2019.

²⁴CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Inteligência artificial na Justiça / Conselho Nacional de Justiça. Coordenação: José Antônio Dias Toffoli; Bráulio Gabriel Gusmão. Brasília: CNJ, p. 33, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Inteligencia_artificial_no_poder_judiciario_brasileiro_2019-11-22.pdf. Acesso em: 26 jun.2021.

como a garantia do juiz natural (CF, art. 5º, inc. XXXVII) e do juiz competente (CF, art. 5º, inc. LIII), garantia do acesso à Justiça (CF, art. 5º, inc. XXXV), de ampla defesa e de contraditório (CF, art. 5º, inc. LV) e da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, inc. IX)²⁵.

Assim, o processo deve buscar realizar o melhor resultado concreto, com a finalidade de ter uma duração razoável. Nesse sentido, meios que proporcionem a celeridade de sua tramitação têm sido buscados e desenvolvidos. Soluções negociadas dos conflitos, processo eletrônico, fortalecimento da defensoria pública e uso da inteligência artificial pelo Poder Judiciário vão ao encontro deste propósito, visto que agilizam, e muito, o trabalho processual, permitindo uma resposta mais rápida a quem dela necessita.

Sabe-se que processo justo é aquele que assegura o melhor resultado possível, no tempo em que se necessita, porque a justiça tardia beira à injustiça, como ensinou Rui Barbosa²⁶. Entretanto, espera-se também que o processo seja conduzido por um juiz que seja o competente, imparcial, capaz de aplicar a lei de modo a atender as necessidades das partes e faça isto de forma fundamentada, como a Constituição Federal determina.

Câmara²⁷ afirma que a jurisdição é a função estatal de solucionar as causas que são submetidas ao Estado, através do processo, aplicando a solução juridicamente correta. Assim, cabe ao juiz mais do que “dizer o direito”, mas aplicá-lo com técnica e equilíbrio. O juiz, no Estado Democrático de Direito, não é apenas a “boca da lei” ou aquele que deve simplesmente repetir o que disse o legislador, mas aquele que deve interpretar a realidade social pelos caminhos da legislação, assegurando o direito e a pacificação social.

Neste sentido é que se impõe a discussão a respeito do uso da

²⁵BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

²⁶ BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5 ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1977.

²⁷CÂMARA, Alexandre de Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

inteligência artificial, pois é preciso pensar em que medida um robô tem condições de emitir uma decisão justa e efetiva, sem causar desigualdade. Além de celeridade, a prestação jurisdicional precisa garantir ao cidadão que a decisão terá qualidade e o tratamento oferecido será equânime, no sentido de que as pessoas que estejam na mesma situação receberão o mesmo tratamento.

Certamente é necessário que o Poder Judiciário se adeque às modificações sociais, ao avanço tecnológico, ao aumento da velocidade das informações, ao desenvolvimento científico, ao surgimento de novos conflitos e, utilize a tecnologia, para entregar ao cidadão um serviço de melhor qualidade. Entretanto, devem essas modificações serem observadas, sem comprometer os princípios essenciais como a segurança jurisdicional e a equidade no tratamento entre as partes. O princípio da razoável duração do processo deve estar em harmonia com outros princípios constitucionais, como princípio do devido processo legal, princípio da igualdade de tratamento e segurança jurídica.

Deste modo, nada há de inconveniente, ao contrário, acredita-se que seja importante e recomendável o uso da tecnologia, especificamente da inteligência artificial como ferramenta para acelerar a marcha processual. Todavia, é importante também que esta ferramenta seja utilizada com equilíbrio, de forma moderada, com vistas mesmo a auxiliar o trabalho do magistrado e não substituí-lo.

O robô, portanto, poderá fazer o resumo do processo, reconhecer, organizar as informações relevantes para ajudar na melhor tomada de decisão. Ainda, informar a tendência de decisões sobre determinado assunto durante os anos, e quais as leis aplicadas ao caso em processos semelhantes. Mas a decisão final deverá ser do juiz²⁸.

As ações repetitivas, de busca, pesquisa, quantificação sem dúvidas podem ser executadas por uma máquina, sem que isto

²⁸ZAGANELLI, Carla Torres. A razoável duração do processo civil e a inteligência artificial. Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 14, 2019.

comprometa o resultado final, entretanto, as reflexões, ponderações e aplicação do direito ao caso concreto, de modo a atender a necessidade do cidadão deve ser do magistrado. Grinover explica que o juiz natural é mais que um direito subjetivo da parte, é o princípio da garantia da própria jurisdição, pois sem ele não existe função jurisdicional²⁹

Muito tem se falado atualmente em uma evolução da inteligência artificial no sentido de poder ser utilizada não apenas como uma ferramenta nas atividades de repetição, mas também na tomada de decisões, apresentando propriamente uma decisão para o caso. Acredita-se que este não seja um caminho alinhado com as garantias constitucionais de acesso à justiça e direito ao julgamento justo, pois à medida que os algoritmos substituem a função do magistrado, perde-se em qualidade da decisão, em individualidade do julgamento, e, portanto, em equidade e justiça.

Compreende-se que o tempo é de reflexão e ponderação dos ônus e dos bônus da inteligência artificial aplicada ao campo do Direito. A tecnologia tem modificado todos os campos de trabalho, e muitas das vezes, positivamente, facilitando o desenvolvimento das atividades, ou tornando-as mais rápidas. Entretanto, é preciso contrabalançar as vantagens e desvantagens da aplicação e buscar compreender até que ponto é possível usufruir dos benefícios, sem perder o essencial, que é assegurar de forma justa os direitos do cidadão.

O direito à decisão fundamentada requer um cuidado de análise do caso e de individualização da decisão, o que não poderá ser feito por uma máquina. Souza³⁰, ressalta que outro elemento que faz com que os sistemas jurídicos inteligentes sejam passíveis de críticas é o fato de atenderem exclusivamente ao modo e critérios aplicados pelo seu criador, o programador.

Como não é possível, por enquanto, se falar em uma inteligência

²⁹GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. *Revista de Processo*, v. 29, p. 11, jan., 1983.

³⁰SOUSA, Wesley Gomes de. Inteligência artificial e celeridade processual no judiciário: mito, realidade ou necessidade?. Brasília, p. 25, 2020.

artificial verdadeiramente autônoma, os *softwares* existentes operam de maneira condicionada, sempre respondendo aos *inputs* e *outputs* pré-determinados e estabelecidos por quem desenvolve o programa. Disso decorre que o resultado das eventuais decisões tomadas pelo computador continuará fortemente influenciado pelos valores, crenças e convicções da pessoa que criou a inteligência artificial, por mais que se busque uma pretensa imparcialidade e superação do subjetivismo³¹.

Souza³² observa que embora uma decisão judicial, em geral, siga um padrão (descrição do fato, discussão da jurisprudência e aplicação da lei aos fatos), elas não são exatamente iguais. Além dos aspectos estruturais da decisão, como escrita e forma de argumentação, ainda há as divergências entre os juízes em relação a fatos semelhantes. Com isto o autor nota que a substituição do juiz por uma máquina não é fácil e que um ser humano na condição de julgador é essencial.

O mesmo raciocínio se aplica quando passamos para a análise dos meios alternativos de solução de conflito. A presença do ser humano é fundamental na mediação, conciliação, condução de negociações, definição de acordos³³. Já em outros campos do Direito, como cálculos, prescrição, execução de precatórios, dentre outros, não existe problema em utilizar a tecnologia como ferramenta para se alcançar o resultado esperado, ao contrário, é até desejável que tal aconteça.

RESULTADOS

Para melhor demonstração de que a inteligência artificial está sendo incorporada no poder judiciário brasileiro de modo a dar provimento jurisdicional em tempo razoável, o quadro 1 traz as principais inteligências artificiais desenvolvidas para uso nos tribunais do país.

³¹*Ibid.*, p.15.

³²*Ibid.*, p.15.

³³*Ibid.*, p.27.

Quadro 1 - Inteligência Artificial utilizadas nos Tribunais do Brasil

Inteligência Artificial utilizadas nos Tribunais do Brasil	
Inteligência Artificial (I.A)	Tribunal
VICTOR	STF
SÓCRATES	STJ
ALICE, SOFIA E MÔNICA	TCU
BACENJUD E LEIA PRECEDENTES	TJSP
RADAR E SAPIENS	TJMG
POTI, JERIMUM E CLARA	TJRN
ELIS	TJPE
ROBÔ SINAPSE	TJSE
LARRY ASSESSOR BACENJUD	TJPR
LEIA PRECEDENTES PORTAL E-SAJ	TJAC
ATHOS, HÉRCULES	TJAL

Inteligência Artificial utilizadas nos Tribunais do Brasil

Inteligência Artificial (I.A)	Tribunal
TUCUJURIS	TJAP
	TJAM
LEIA PRECEDENTES	
SINAPSES	TJBA
IA MANDAMUS, ROBÔ DE IMPRESSÃO, ROBÔ DE ALERTA DE PROCESSOS URGENTES, DE ACOMPANHAMENTO DE PROCESSOS SENTENCIADOS E ROBÔ DE ACOMPANHAMENTO DE PROCESSOS PARALISADOS.	TJRR
HÓRUS, AMON, ARTIU, TOTH, SEREF, E CONCILIAÇÃO	TJDFT
ATHOS	TJES
BERNA PROJUDI/PJD	TJGO
TANATOSE	TJTO
BUSINESS ANALYTICS	TJSC

Inteligência Artificial utilizadas nos Tribunais do Brasil

Inteligência Artificial (I.A)	Tribunal
PORTAL E-SAJ	TJMS
IA SINAPSES	TJRO
TANATOSE	TJTO
BUSINESS ANALYTICS	TJSC
PORTAL E-SAJ	TJMS
IA QLIK E ATHOS	TJPI
ATHOS	TJRJ
IA GERADOR DE RECURSOS; IA VALIDAÇÃO DE ASSUNTOS; IA EXECUÇÃO FISCAL; IA CLASSIFICADOR POR CONTEÚDO E GRAFO.	TJRS
IA GERADOR DE RECURSOS; IA VALIDAÇÃO DE ASSUNTOS; IA EXECUÇÃO FISCAL; IA CLASSIFICADOR POR CONTEÚDO E GRAFO.	TJRS

Inteligência Artificial utilizadas nos Tribunais do Brasil

Inteligência Artificial (I.A)	Tribunal
ÍNDIA, MIGRATOR 4.0 BERNA E NUMOPED	TJPA
PORTAL E-SAJ	TJCE
MAKO E SISBAJUD	TJMT
ÍNDIA, MIGRATOR 4.0 BERNA E NUMOPED	TJPA
PORTAL E-SAJ	TJCE
SEM INFORMAÇÕES	TJPB
SEM INFORMAÇÕES	TJMA

Fonte: os autores, 2023.

Diante do quadro 1, percebeu-se que o robô Victor, possui a função desenvolvida para auxiliar o STF na separação dos recursos em temas e encaixá-los nos de repercussão geral, acelerando a análise dos processos. Assim como a I.A denominada Radar, que permite ao magistrado fazer pesquisas, por palavras-chave, data de distribuição, por órgão julgador, magistrado, parte, advogado e outras demandas. Também possibilita a consulta de casos repetitivos na comarca para poder julgá-los conjuntamente, caso seja necessário³⁴.

³⁴CARVALHO, Michael Cassemiro de; LOPES, Luiza Raquel Elias; PEREIRA, Marlene de Paula. A Duração Razoável do Processo e o Direito a um Julgamento Justo: Inserção das I.A (S) nos Tribunais. In: *Anais do Congresso Brasileiro Interdisciplinar em Ciência e Tecnologia*. Anais. Diamantina (MG) Online, p. 1 , 2022.

As inteligências artificiais usadas pelo Tribunal de Contas da União (TCU), Alice, Sofia e Mônica, são robôs projetados para atuarem juntos na busca por fraudes em licitações públicas e pela análise de documentos de forma automática. Também visam aumentar a eficiência e efetividade na elaboração de políticas públicas. Por outro lado, no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), o robô Bacenjud, elabora para o Tribunal certas minutas. É considerado como “(...) um sistema que interliga a Justiça ao Banco Central às instituições bancárias, (...)”³⁵. Dessa forma, as solicitações e os envios de ordens judiciais são mais eficientes, essas atividades são realizadas por meio do robô.

O robô Poti, atuante no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN), determina o bloqueio e/ou o desbloqueio de contas, além de atuar na emissão de certidões. No mesmo Tribunal, o robô Jerimum, classifica e rotula processos, enquanto a I.A Clara, realiza leitura de documentos e sugere tarefas, além de recomendar decisões, como por exemplo, a extinção de uma execução³⁶.

Elis, inteligência artificial do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE), possui a função de analisar os processos de execução fiscal, a fim de gerar maior celeridade. Enquanto o Tribunal de Justiça de Roraima, utiliza o robô Mandamus, com o objetivo de ser um sistema voltado para a automação de processos e o cumprimento de mandados por meio eletrônico. E, visando a celeridade, o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, utiliza a ferramenta denominada Sinapse, para dar celeridade aos processos, bem como promover serviços de I.A em parceria com outros sistemas. Sua funcionalidade permite o trabalho colaborativo.

³⁵TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, TJSP. Tribunal inicia testes para automatização de atividades cartorárias. *Portal Comunicação Social TJSP*, 10 de dezembro de 2019. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=5984>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

³⁶CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Inteligência artificial na Justiça / Conselho Nacional de Justiça. Coordenação: José Antônio Dias Toffoli; Bráulio Gabriel Gusmão. Brasília: CNJ, p. 30-37, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Inteligencia_artificial_no_poder_judiciario_brasileiro_2019-11-22.pdf. Acesso em: 26 jun.2021.

Assim, Dias Toffoli, atual ministro e ex-presidente do STF (2018-2020), em entrevista ao Valor Econômico, declarou que "os novos tempos demandam celeridade processual. Somente conseguiremos alcançar o pleno acesso à Justiça quando somarmos todas as forças disponíveis. E um ator relevante é, sem dúvida, a ferramenta tecnológica." ³⁷.

Porém, muitos têm receio quanto ao uso da I.A. como um meio de autoaprendizagem, que no caso, poderia gerar alguma relação social no âmbito do Direito, trazendo implicações a área em específico, mas o uso dessa tecnologia permite às varas dos fóruns gerenciarem suas ações, principalmente quando se fala em pronunciamentos judiciais, ou seja, diversas funções estão sendo designadas às máquinas³⁸.

Portanto, entende-se que o uso da inteligência artificial está em crescimento e seu alastramento no Direito vem sendo inescusável, porque proporciona resultados para uma melhor produtividade dos órgãos do judiciário. E, conforme os números divulgados pelo CNJ, em seu relatório referente ao ano de 2019, é imprescindível o emprego de robôs para dar fim aos quase 80 milhões de processos que estão em trâmite no poder judiciário brasileiro.

CONCLUSÕES

Buscou-se com este trabalho refletir a respeito do uso da inteligência artificial no campo jurídico, considerando seus aspectos positivos como padronização e celeridade das decisões judiciais, mas enfatizando também a necessidade de ponderar e buscar o equilíbrio entre rapidez e produtividade e um julgamento justo e individualizado para impedir a geração de desigualdades sociais.

Acredita-se que a tecnologia proporciona uma evolução em todos

³⁷BAETA, Zínia. CNJ Implanta Centro de Inteligência Artificial. Valor Econômico, São Paulo. 18 abr. 2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/noticia/2019/03/18/cnj-implanta-centro-de-inteligencia-artificial.ghtml>. Acesso em: 20 jun. 2021.

³⁸FLORES, Nilton Cesar da Silva; SANTOS, Raphael de Souza Almeida. Direitos e Inteligência Artificial: metamorfose, vieses algorítmicos e decisionismo tecnológico no Brasil. *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*, Santo Ângelo, v. 21, n. 40, p. 02 e 09, maio, 2021.

os campos de trabalho, trazendo benefícios como agilidade e eficiência. Entretanto, no campo judicial, esta agilidade não pode se sobrepor ao julgamento justo e a escassez de postos de trabalho, tendo em vista que a inserção de novas tecnologias afeta diretamente as tarefas realizadas pelos servidores do Poder Judiciário, o que os mesmos perderem a sua super qualificação para os que são super qualificados em operar sistemas automatizados, visto que com a inserção de IAs, esses servidores perdem a sua capacidade de serem insubstituíveis.

Fato este que retira seu emprego e diminui sua remuneração, pois antes os trabalhadores eram essenciais para a realização do trabalho a qual operam e agora não mais. Nesse sentido, a igualdade deixa de existir pelo fato de que principalmente no que tange ao quesito educação, os trabalhadores que nunca tiveram contato com tecnologias, deixam de ter valor de mercado e passam a ser uma mão de obra barata, o que faz serem ameaçados pela inteligência artificial, esta a responsável pela desigualdade de renda abordado no estudo.

Nesse aspecto, em um cenário onde tudo caminha para o meio tecnológico, o sistema judiciário também dialoga com este assunto e é possível perceber cada vez mais a pretensão de automação das atividades desta área; certamente a mudança não ocorrerá de forma instantânea, mas sim paulatinamente, à medida que novas ferramentas e recursos são criados, inseridos ou adaptados à realidade jurídica, e também na medida em que os aplicadores vão se adequando a eles.

A ideia de inserir e propagar o uso da tecnologia na área jurídica não significa substituir a imagem do julgador, nem tampouco sua importância e atuação intelectual, neste caso, a utilização correta das ferramentas é fundamental de modo a otimizar a atuação do jurista; o foco está em questões como: chegar a uma análise jurídica mais eficiente, possibilitar uma pesquisa jurídica e doutrinar mais rápido de forma objetiva, ou até mesmo, como diminuir o volume de documentos

físicos acumulados³⁹.

Assim, a inteligência artificial é desejável sempre que o seu uso não implicar em substituição da figura do juiz e a geração de desigualdades, sendo utilizada apenas para auxiliar e não substituir. Por outro lado, para que se tenha um julgamento justo, individual e um tratamento equânime, conforme preceitua a Constituição Federal, o ser humano é essencial, pois tem condições de aplicar a lei ao caso concreto com equilíbrio, parcimônia e sensibilidade.

Já em casos em que a análise individualizada não é requisitada, por tratar-se de questões objetivas, compreende-se que a tecnologia tem muito a contribuir, revelando-se verdadeiramente como um caminho sem volta, dados os benefícios que é capaz de trazer sem instaurar desigualdades, tendo em vista que o tratamento da inserção de IAs sem observar a parcimônia e a equidade, gera desigualdades sociais.

Por fim, trata-se de assunto que precisa ser abordado com ponderação e cautela, e não como uma necessidade que precisa ser aprimorada para o bem-estar geral. A sociedade evolui, os conceitos se modificam, as técnicas, mecanismos e ferramentas se transformam, mas o objetivo a ser perseguido é o mesmo: justiça ampla e acessível a todos, ou seja, que toda mudança seja utilizada para alcançar o melhor resultado possível e este nem sempre será por meio de processo mais rápido.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mariana Dionísio; ROSA, Beatriz de Castro; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro. **“Legal tech: analytics, Inteligência artificial e as novas perspectivas para a prática da advocacia privada”**. *Revista Direito GV*, vol. 16 n.1 São Paulo, Mar, p. 5-10, 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201951>. Acesso em: 27/04/2021.

³⁹ANDRADE, Mariana Dionísio; ROSA, Beatriz de Castro; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro. Legal tech: analytics, Inteligência artificial e as novas perspectivas para a prática da advocacia privada. *Revista Direito GV*, vol. 16 n.1, São Paulo, Mar. p. 10, 2020.

BAETA, Zínia. “**CNJ Implanta Centro de Inteligência Artificial**”. Valor Econômico, São Paulo. 18 abr. 2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/noticia/2019/03/18/cnj-implanta-centro-de-inteligencia-artificial.ghml>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BARBOSA, Rui. “**Oração aos Moços**”. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5 ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1977.

BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fátima da F. P. G. “**Revolução 4.0 no Poder Judiciário: Levantamento do uso de inteligência artificial nos Tribunais brasileiros**”. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 46, p. 65-76, nov. 2019. ISSN 2177-8337. Disponível em: <http://lexcultccjf.trf2.jus.br/index.php/revistasjrj/article/view/256>. Acesso em: 19 jun. 2021.

BRASIL. Constituição Federal (1988). “**Constituição da República Federativa do Brasil**”. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. “**O Novo Processo Civil Brasileiro**”. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO, Michael Cassemiro de; LOPES, Luiza Raquel Elias; PEREIRA, Marlene de Paula. “**A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E O DIREITO A UM JULGAMENTO JUSTO: INSERÇÃO DAS IA (S) NOS TRIBUNAIS**”. In: Anais do Congresso Brasileiro Interdisciplinar em Ciência e Tecnologia. Anais. Diamantina(MG) Online, 2022. Disponível em: <[https://www.even3.com.br/anais/cobicet2022/515813-A-DURACAO-RAZOAVEL-DO-PROCESSO-E-O-DIREITO-A-UM-JULGAMENTO-JUSTO--INSERCAO-DAS-IA-\(S\)-NOS-TRIBUNAIS](https://www.even3.com.br/anais/cobicet2022/515813-A-DURACAO-RAZOAVEL-DO-PROCESSO-E-O-DIREITO-A-UM-JULGAMENTO-JUSTO--INSERCAO-DAS-IA-(S)-NOS-TRIBUNAIS)>. Acesso em: 16/09/2022.

CONJUR. “**Pandemia impulsionou a transformação digital no Judiciário, diz Dias Toffoli**”. *ConJur*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-12/pandemia-impulsionou-transformacao-digital-judiciario-toffoli>>. Acesso em 13 de maio de 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.” **Inteligência artificial na Justiça / Conselho Nacional de Justiça**”. Coordenação: José Antônio Dias Toffoli; Bráulio Gabriel Gusmão. Brasília: CNJ, p. 5-37, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Inteligencia_artificial_no_poder_judiciario_brasileiro_2019-11-22.pdf. Acesso em: 26 jun.2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. “**Judiciário ganha agilidade com uso de inteligência artificial**”. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/judiciario-ganha-agilidade-com-uso-de-inteligencia-artificial/>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. “**Justiça em Números 2020: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça**”. Brasília: CNJ, 2020.

Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 19 jun. 2021.

FELIPE, Bruno F. C.; PERROTA, Raquel P. C.. **“Inteligência Artificial no Direito - Uma Realidade a ser Desbravada”**. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*, v. 4, n. 1, p. 01-16, Jan/Jun. Salvador, 2018. ISSN: 2526-0049. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/4136>. Acesso em: 19 jun. 2021.

FLORES, Nilton Cesar da Silva; SANTOS, Raphael de Souza Almeida. **“Direitos e Inteligência Artificial: metamorfose, vieses algorítmicos e decisionismo tecnológico no Brasil”**. *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*, Santo Ângelo, v. 21, n. 40, p. 99-113, maio/agos, 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.31512/rdj.v21i40.403>. Acesso em: 05 nov. 2021.

GIANNAKOS, Demétrio Beck da Silva. A Inteligência Artificial nos Tribunais Brasileiros: um redutor de custos de transação. *Revista de Direito Da Empresa e Dos Negócios*, v. 3, n. 2, 2019.

GOMES, Dennis dos Santos. **“Inteligência Artificial: Conceitos e Aplicações”**. *Revista Olhar Científico – Faculdades Associadas de Ariquemes*, v. 01, n.2, Ago./Dez. 2010. Documento pdf. Disponível em: https://www.professores.uff.br/screspo/wp-content/uploads/sites/127/2017/09/ia_intro.pdf. Acesso em 24/05/2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **“O princípio do juiz natural e sua dupla garantia”**. *Revista de Processo*, v. 29, p. 11, jan. 1983.

INAZAWA, Pedro; HARTMANN, Fabiano; CAMPOS, Teófilo de; SILVA, Nilton e BRAZ, Fabricio. **“Projeto Victor - como o uso do aprendizado de máquina pode auxiliar a mais alta corte brasileira a aumentar a eficiência e a velocidade de avaliação judicial dos processos julgados”**. Especial Machine Learning, Universidade de Brasília, p. 1-6, 2019. Disponível em: https://cic.unb.br/~teodecampos/ViP/inazawa_etal_compBrasil2019.pdf. Acesso em: 17 jun. 2021.

LANNA, Antônio Bahury. **Os Impactos Socio-Econômicos da Inteligência Artificial**. *Contextura*, Belo Horizonte, nº 12, jun. de 2018, p. 21-30. Artigo recebido em 12/05/2018 e aprovado em 23/05/2018. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revistacontextura/article/view/3850/pdf>. Acesso em: 07 de abril de 2023.

NUNES, Dierle.; MARQUES, Ana Luiza; P. C. **“Inteligência Artificial e Direito Processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas”**. *Revista de Processo*, v. 285/2018, nov. 2018, p. 421-447.

SILVA, Jennifer Amanda Sobral da.; MAIRINK, Carlos Henrique Passos. **“Inteligência artificial: aliada ou inimiga”**. LIBERTAS: *Revista de*

Ciências Sociais Aplicadas, Belo Horizonte, v.9, n.2, p.64-85, ago./dez. 2019. Disponível em: <http://famigvirtual.com.br/famig-libertas/index.php/libertas/article/view/247>. Acesso em: 25 jun.2021.

SOUSA, Wesley Gomes de. **“Inteligência artificial e celeridade processual no judiciário: mito, realidade ou necessidade?”**.

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do Título de Mestre em Administração pelo Programa de Pós-Graduação em Administração da Faculdade de Administração, Contabilidade, Economia e Gestão de Políticas Públicas da Universidade de Brasília. Brasília, p. 15-35, 2020. Disponível em:

<<https://educapes.capes.gov.br/handle/capes/614291>>. Acesso em 13 de maio de 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **“STF apresenta inovações em seminário sobre Corte Constitucional Digital”**. Portal STF, Notícias, 26 abr. 2021. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=464769&ori=1>. Acesso em: 19 jun. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **“TJMG utiliza inteligência artificial em julgamento virtual. Iniciativa, inédita entre tribunais de justiça, trará maior celeridade, segurança e economia para o Judiciário”**. Portal TJMG, notícias, 07 de nov. 2018. Disponível em:

<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-utiliza-inteligencia-artificial-em-julgamento-virtual.htm?fbclid=IwAR1QKEfS3HkBNFuO6TYOVIMZH7bNdilSqK63nu51-qYTV1UzLibfHylYngg#.YYfgUGDMLIX>. Acesso em: 19 jun. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, TJSP. **“Tribunal inicia testes para automatização de atividades cartorárias”**. Portal Comunicação Social TJSP, 10 de dezembro de 2019. Disponível em:

<<https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=5984>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

ZAGANELLI, Carla Torres. **“A razoável duração do processo civil e a inteligência artificial”**. Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 14, 2019. Disponível

em:<https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2019/pdf/CarlaTorresZaganelli.pdf>. Acesso em 13 de maio de 2023.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E POLÍTICAS PÚBLICAS: O DESMANCHE DO PROGRAMA “MINHA CASA MINHA VIDA” E A AGENDA ULTRADIREITISTA DE NECROPOLÍTICA

Arthur Januzzi Caputo Gonçalves¹

Rafael Pacheco Lanes Ribeiro²

RESUMO: A pesquisa, apesar de breve, visou ao atravessamento do conceito de Necropolítica, de Achille Mbembe, à dinâmica tecida entre a ascensão de governos de extrema direita e o desmantelamento de políticas públicas como concretização de uma agenda de morte imposta a corpos periféricos em um contexto de Estado Democrático de Direito. De maneira a tornar o problema de pesquisa mais palpável, recortou-se o Programa “Minha Casa, Minha Vida” como política de Estado exemplar e as patentes e fatais consequências de seu desmanche pelo governo federal brasileiro no ano de 2020. Assim, foi possível se verificar que, ao se percorrer dedutivamente os aspectos gerais de Estado e de governo em um contexto de ascensão ultradireitista, foi possível se investigar, com maior grau de concretude, os efeitos aprioristicamente não aparentes de uma política de morte e escárnio que paira sobre corpos pretos, marginalizados e fronteiriços. Portanto, valeu-se de concepções tais como o luto e a performatividade de assembleia em Judith Butler, de maneira a se ampliar, na esteira de Silvio Luiz de Almeida, o sujeito central do racismo institucional, no que se reputou uma “democratização” da

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. E-mail: arthur.caputo@ufv.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9868381920825454>.

² Doutorando em Educação e Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Professor Universitário Substituto do Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa e Professor Universitário e Coordenador do curso de Direito do Centro Universitário de Viçosa – UNIVIÇOSA. Pós-graduando em Direito Ambiental e Pós-graduado em Direito Processual Civil. E-mail: rafael.pacheco.ribeiro@ufv.br. Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/4415541236103449>.

condição preta a sujeitos fronteiriços que não são clivados pela norma em um aspecto de raça.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil do Estado. Políticas públicas. Necropolítica. Racismo. Minha Casa, Minha Vida.

INTRODUÇÃO

Sob um viés eminentemente sociológico e político, a presente pesquisa buscará tecer as repercussões da responsabilidade civil do Estado por omissão mediante a análise do desmanche do Programa “Minha Casa Minha Vida” ao longo do mandato presidencial de 2019 a 2022 no Brasil.

De forma a se perscrutar as agendas de governos ultradireitistas como constructo geral e abstrato, a investigação se dará sobre políticas públicas como ato discricionário da Administração Pública, com recorte específico no Programa “Minha Casa, Minha Vida” como agenda positiva de concretização do mandamento constitucional de moradia digna. Por isso, ao longo da produção, valer-se-á de constructos de direitos Constitucional, Civil e Administrativo, além de forte substrato na teoria da necropolítica, de Achille Mbembe, de maneira a se delinear as repercussões de governos de extrema direita sobre políticas públicas, em um movimento que se fará claro como derivado de um aparato governamental neoliberal e eminentemente racista.

Assim, analisar-se-á a responsabilidade civil do Estado por omissão a partir de casos exemplares, tais como a tragédia de moradia precária do litoral paulista, ocorrida no ano de 2023, e se indagará, ao longo de todo o trabalho, em que medida o dever de indenizar do Estado se torna artifício mais vantajoso que a colocação e manutenção de ações afirmativas de concretização de direitos e garantias básicos.

Nesse ponto, ressalte-se não se tratar de uma crítica desautorizada à imputação de responsabilidade civil ao Estado em casos de omissão, mas de uma investigação sobre a qual a responsabilidade civil

atravessará os apontamentos neoliberalistas de desmantelamento do aparato institucional do Estado a partir de uma agenda positiva clivada em um racismo institucional.

Por isso mesmo, a responsabilidade civil do Estado por omissão será brevemente revista, mormente a terminologia *omissão*, conforme se pretende delinear, não faz jus às reais agendas de governos extremistas de direita que, conforme já se indicou, valem-se de arranjos e movimentos positivos de colocação de ideais, em primeira análise, racistas, em uma lógica absolutamente imiscuída de um instrumento promotor de uma necropolítica.

Diante disso, sedimenta-se o seguinte problema de pesquisa: em um aparato governamental neoliberal e ultradireitista, a responsabilidade civil do Estado por omissão se torna artifício atenuador da necropolítica institucional? Para tanto, realizou-se o recorte no Programa “Minha Casa Minha Vida”, de forma a focalizar a pesquisa em um direito fundamental: a moradia digna, disposta no art. 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Como hipóteses, emergem duas possíveis respostas: i) a concretização de uma agenda neoliberal de clivagem aprioristicamente racial, consubstanciada no desmantelamento da política habitacional, promove a responsabilidade civil do Estado por omissão como atenuante da colocação de corpos marginalizados em um campo extrínseco à tutela constitucional; e ii) a responsabilidade civil do Estado por omissão, a partir de indenizações pecuniárias a vítimas de tragédias de habitação precária, transcende uma instrumentalidade meramente de governo e se demonstra uma garantia de Estado à tentativa de um mecanismo mantenedor do neoliberalismo atravessado às mais diversas formas de governo.

A pesquisa se justifica em seu ímpeto de alocar discussões sociológicas do Direito sobre uma matéria eminentemente Civil e Administrativa e, com isso, emergir uma provocação às construções

dogmáticas de direito positivo sob a égide da necropolítica como agenda de governo, atenuada pela responsabilidade civil do Estado por omissão.

Para tanto, valer-se-á de método de revisão bibliográfica ampla, com os seguintes descritores de busca de artigos de periódicos: Minha Casa Minha Vida; moradia precária; responsabilidade civil do Estado por omissão; extrema direita; políticas públicas; biopolítica; e necropolítica.

A construção textual se dará de forma a se introduzir algumas das categorias intrínsecas a um governo neoliberal, com o recorte no bolsonarismo, em uma exposição dos arranjos de desmantelamento institucional a partir de uma concepção de necropolítica. Após, inserir-se-á a responsabilidade civil do Estado por omissão, com a devida crítica terminológica e com as repercussões na prática jurídica.

1 A ASCENSÃO DA EXTEMA DIREITA E O DESMANTELAMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE SOBRE A AGENDA DE RACISMO INSTITUCIONAL

O presente capítulo abordará os aparatos e mecanismos de agenda positiva de governos neoliberais, em uma investigação permeada por uma linha analítica histórica, a partir de teorias que dão cabo ao entendimento das condições de possibilidade para a ascensão de um governo de extrema direita em um constructo de Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, em primeiro momento, desimportará o marco temporal fixado no governo bolsonarista, que será devidamente delineado no segundo capítulo. A abordagem inicial é geral e abstrata, de forma a se expor as categorias neoliberais em um constructo que transita entre as concepções de Estado e de governo.

Feito isso, será possível se voltar à investigação dos óbices gerados por um governo ultradireitista sobre a efetiva implementação de políticas

públicas capazes de ofertar concretude aos mandamentos constitucionais de eficácia limitada³.

Para tanto, é imprescindível que se valha de uma construção teórica que perpassa a biopolítica de Michel Foucault e o seu refinamento em Achille Mbembe com o constructo da necropolítica como elemento eminentemente racista (ALMEIDA, 2021).

Com isso, serão formuladas provocações de cunho sociológico do Direito, de maneira a se trilhar um fio histórico e material da necropolítica como agenda racista de governo, que acaba por se estender a corpos marginalizados, através de suas desqualificações e deslegitimações em vida e em morte, em um processo de enlutamento também eivado dos valores ultradireitistas.

1.1 A DESVALORIZAÇÃO DOS CORPOS E O ESCÁRNIO AO LUTO: NOTAS SOBRE A NECROPOLÍTICA

Ao se investigar o aparato ideológico de governos de extrema direita, é necessário, antes, realizar um breve apontamento acerca da dualidade Estado e governo. Em tradições jurídicas clássicas, como na Teoria Geral do Estado de Sahid Maluf, entende-se que o Estado, “embora seja poder essencialmente nacional, quanto à sua origem, sua expressão concreta e funcional resulta da sua institucionalização no órgão estatal” (MALUF, 2014, p. 37).

Veja que na doutrina clássica a expressão *órgão estatal*, trazida por Maluf (2014), diz respeito justamente ao governo que dá cabo à soberania e ao poder do Estado, em uma eminente diferenciação entre Estado e governo. A pesquisa poderia partir desse simplório, porém sólido, entendimento, no entanto, para que se promova efetiva e crítica

³ “As normas de eficácia diferida [*i.e.* ou limitada], para aplicarem a matéria a que diretamente se referem, precisam apenas de meios técnicos ou instrumentais. Desde o primeiro momento, sua eficácia ou aplicabilidade pode manifestar-se de maneira imediata, posto que incompleta, ficando assim, por exigências técnicas, condicionadas a emanação de sucessivas normas integrativas” (BONAVIDES, data, p. 252).

investigação do neoliberalismo, o trabalho se enveredará a uma construção neomarxista.

Assim, de maneira a se afastar a referida dualidade, parte-se da concepção de que o Estado Democrático de Direito brasileiro, na forma em que se encontra e se mantém, é intrinsecamente capitalista, liberal (PACHUKANIS, 2017) e derivado, por corolário, dos movimentos de colonização⁴ (ALMEIDA, 2021), portanto, seria inócua a tarefa de se delinear as diferenciações entre Estado e governo, ao passo em que o ideal liberalista pós-fordista perpassa a construção de todas as estruturas, tanto de Estado, quanto de governo, em um entendimento consolidado por uma dinâmica de renovação do marxismo, com a superação de sua forma ortodoxa, especialmente representada por autores como Evguiéni Pachukanis e Louis Althusser (CALDAS, 2015).

Por isso mesmo, independente da forma de governo praticada, se de esquerda ou de direita, o neoliberalismo sempre estará presente como substrato inexorável do próprio Estado. Isso importa assentar que, em maior ou menor grau, as instituições de Estado são absolutamente atreladas a uma ideologia neoliberal de centralização do capital e fetichização da norma (PACHUKANIS, 2017).

Ocorre que, quando da tomada do poder por um governo ultradireitista, por qualquer meio, inclusive o eleitoral, é patente que ações afirmativas de promoção e garantia de direitos fundamentais são afetadas a partir de um desmantelamento institucional próprio de uma agenda de necropolítica.

Como bem expõe Sílvio Luiz de Almeida (2021), a necropolítica deve ser analisada sob dois vieses basilares: o racismo institucional e a base do Estado sobre o colonialismo. Neste sentido, a necropolítica é estabelecida por Mbembe, que “tal como já fizera Aimé Césaire ([1950]

⁴ Mbembe (2016, p. 135-136) trata, neste ensaio, das diversas formas de colonialismo, de forma a ofertar contornos de modernidade a uma dinâmica que continua a guardar os seus objetivos iniciais de demarcação e controle: “A ocupação colonial tardia difere em muitos aspectos da primeira ocupação moderna, particularmente em sua combinação disciplinar, biopolítica e necropolítica. A forma mais bem sucedida de necropoder é a ocupação colonial contemporânea da Palestina”.

2020), lembra que é o colonialismo a origem de tais tendências”, uma vez que “o colonialismo é o lugar em que a governamentalidade se apresenta como o exercício permanente e sistemático da morte” (ALMEIDA, 2021, p. 5).

É nessa toada que a teoria da necropolítica em Mbembe determina expressa e inequivocamente que o neoliberalismo se trata “da universalização da condição negra ou devir negro no mundo”, isto porque “escancara o colonialismo como governamentalidade [...] mesmo após as lutas de libertação e os processos de descolonização jurídica e política” (ALMEIDA, 2021, p. 7-8).

Daí se afirmar que toda a construção de um Estado Democrático de Direito perpassa uma clivagem elementar de raça, justamente a partir do racismo como governamentalidade inexorável do neoliberalismo: “A governamentalidade neoliberal é a necropolítica, um *necroliberalismo* [...] A necropolítica é a forma de exercício da soberania que se funda na expansão da lógica colonial” (ALMEIDA, 2021, p. 9).

Apesar de fixar os corpos pretos no epicentro desta elucubração de um *necroliberalismo*, Almeida (2021) entende que a evolução das formas do capitalismo emergiu certa “democratização” da condição negra, ou seja, o sujeito central da necropolítica, apesar de preto, estende-se a todo e qualquer corpo marginalizado e clivado em outras construções que perpassam a raça e a etnia.

Por logo, um governo ultradireitista – neoliberal e necropolítico por excelência – vale-se dos artifícios ideológicos do Estado para gerar uma parcela viável da sociabilidade material, relegando a um espaço fronteiro aqueles corpos outrora colonizados, em uma agenda positiva de morte, ininteligibilidade e esquecimento (BUTLER, 2018).

Isso importa afirmar que, às costas dos ideais democráticos do Estado (MARX, 2013), especialmente representados pela igualdade e pela liberdade, passam processos ideológicos de um neoliberalismo que cliva a população em dois grupos: um passível de ser morto e um outro que deve ser tutelado.

No exato instante em que se estabelece o neoliberalismo como agenda de governo, promovendo um movimento positivo de necropolítica, corpos marginalizados são mortos e destituídos de sua própria cidadania e subjetividade jurídica, em um movimento de agressões sistêmicas e institucionalizadas sob o manto de uma dita omissão.

Isso acaba por redundar, a nível cultural, na vedação ao enlutamento por essas vidas não viáveis; por esses corpos que, mesmo após a morte, são alocados em um espaço de não pertencimento ao corpo social (BUTLER, 2022), por meio da “criação de ‘mundos de morte’, formas novas e únicas de existência social, nas quais vastas populações são submetidas a condições de vida que lhes conferem o *status* de ‘mortos-vivos’” (MBEMBE, 2016, p. 146).

Entendido o mecanismo de atuação da governamentalidade neoliberal, pode-se proceder à análise dos seus efeitos sobre direitos e garantias constitucionais, com especial enfoque nas políticas públicas de concretização de normas constitucionais de eficácia limitada.

1.2 POLÍTICAS PÚBLICAS E A AFIRMAÇÃO DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS: O DESARRANJO INSTITUCIONAL NEOLIBERAL

Sob o desiderato de se entender a dinâmica atrelada à agenda neoliberal de desarranjo institucional, é imprescindível que se realize breve exposição da inserção de políticas públicas como elemento central das novas democracias, em uma eminente *paternalização* do Estado, porquanto o Estado de Bem-Estar Social se desmantelou nas décadas de 1970 e 1980⁵ mundo afora, momento de crise do sistema fordista de produção e distribuição (MARQUES; FARIA, 2018).

Em se tratando de Brasil, Bucci (2013) entende que a redemocratização tardia, atrelada a um desenvolvimentismo acelerado,

⁵ Segundo Bucci (2006, p. 4), “em certos momentos, como ocorreu nos anos 80 com o declínio do Estado de bem-estar nos países europeus, a multiplicação de direitos, particularmente os direitos sociais, seria um fator de perda de competitividade dos Estados, na medida em que tais direitos imporiam a criação e manutenção de pesadas e dispendiosas estruturas de serviços públicos”.

próprio de países subdesenvolvidos, cria condições inafastáveis à afirmação de políticas públicas como agenda de garantismo constitucional. Segundo a autora, “o fio condutor da reflexão [*i.e.* sobre políticas públicas] é a relação entre política como força originária, que se exterioriza no governo, e sua forma institucionalizada pelo direito, que se reconhece no Estado, com suas estruturas e funcionalidades” (BUCCI, 2013, p. 26).

Nesse toar, as políticas públicas passam a ser pensadas epistemologicamente no Brasil na década de 1990 (BUCCI, 2013), após promulgação da Constituição Federal de 1988. Ao passo em que a carta constitucional dispunha acerca de numerosos direitos e garantias fundamentais, carecia de eficácia imediata, fato que emergiu a precípua necessidade de o Estado, por intermédio de seu governo e de sua Administração Pública, intervir com a implementação de políticas públicas que dessem cabo às normas constitucionais de eficácia limitada:

Para ser considerada legítima, uma política pública deve derivar, necessariamente, de obrigações juridicamente vinculantes, previstas seja na Constituição Federal, nos documentos internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil ou, até mesmo, nas leis infraconstitucionais. Eis aí o seu fundamento de validade, como não poderia deixar de ser no contexto de um Estado de Direito. (DUARTE, 2013, p. 4).

Com a solidificação do movimento constitucionalista e do próprio Estado Democrático de Direito, “o conteúdo jurídico da dignidade humana vai [...] se ampliando à medida que novos direitos vão sendo reconhecidos e agregados ao rol dos direitos fundamentais” e isso, segundo Bucci (2006, p. 3), ocorre “ao mesmo tempo em que se multiplicam as formas de opressão, tanto pelo Estado como pela economia”.

Essa atestação é cara à pesquisa, na medida em que emerge o teor econômico das políticas públicas que, segundo Bucci (2006), surgiram sob o escopo de fomentar a economia e injetar capital no setor privado e a sua forma foi simplesmente transportada à garantia de direitos sociais,

momento em que receberam roupagem de política pública social, “assim, não há um modelo jurídico de políticas sociais distinto do modelo de políticas públicas econômicas”, sendo certo que ambas se originam “da mesma fonte histórica, que é a formação do Estado intervencionista” (BUCCI, 2006, p. 5).

Em linha analítica paralela, a pesquisadora promove uma diferenciação entre políticas de Estado e políticas de governo, que será utilizada em concreto na seção 2.2, em uma clivagem fortemente delineada na ação estratégica e na agenda positiva que motivou a sua promoção: ao passo em que uma política de Estado se presta a dar cabo a um direito ou a uma garantia a longo prazo, sob o crivo do interesse público; uma política de governo, derivada de uma vontade político-governamental, presta-se à finalidade de notabilizar agendas eleitorais ou assegurar acordos políticos (BUCCI, 2006).

Por ora, necessário somente sedimentar dois aspectos: a natureza das políticas públicas e os seus aparatos instrumentais. De pronto, destaque-se que as políticas públicas se tratam, via de regra, de atos discricionários realizados pela Administração Pública, uma vez que, como aconteceu no caso do “Minha Casa, Minha Vida”, o aparato do Poder Executivo estatal se debruça sobre um direito fundamental disposto na Constituição da República Federativa do Brasil, no entanto, com eficácia limitada e, portanto, absolutamente condicionadas a posteriores esforços legislativo infraconstitucional e executivo.

A atuação da Administração Pública na garantia da eficácia das normas constitucionais pode ser perfeitamente delineada pelo quadro de referências e pelo ciclo das políticas públicas, conceitos que perpassam as elucubrações teóricas multidisciplinares de Bucci (2006 e 2013) e Duarte (2013).

Assim, quadro de referências pode ser definido como o caminho, institucional pelo qual uma política pública deve passar para que a eficácia da norma possa ser devidamente expressada (BUCCI, 2015). Por isso mesmo, o quadro de referências dá cabo a uma abordagem jurídico-

institucional, de maneira a centralizar na Administração Pública a responsabilidade por planejar uma política pública para que, ao cabo, a norma constitucional seja eficaz (BUCCI, 2015).

Já em se tratando do ciclo das políticas públicas, tem-se, segundo Duarte (2013), uma categorização das etapas necessárias à efetivação de uma política pública, partindo da identificação do problema, perpassando a formulação de uma agenda e de alternativas para, ao fim, tomar-se a decisão ideal ao caso concreto. O ciclo ainda é de grande valor quando sua natureza não-linear emerge a avaliação como meio de se medir a eficácia real da ação.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: OMISSÃO OU AGENDA POSITIVA DE MORTE?

Na investigação das causas e consequências do desmanche de políticas públicas, já se viu que uma possível causa é a agenda necropolítica ultradireitista e se verá adiante que, como consequência imediata, emerge-se a responsabilidade civil do Estado por omissão, o que promove dois apontamentos: como causa, a responsabilidade civil do Estado por omissão é colocada em cheque, mormente se sabe que a agenda neoliberal é positiva e firmada na clivagem racial da necropolítica; como consequência, por lógico, o instituto de responsabilização do Estado por omissão deve ser analisado sob uma óptica que perpassa os direitos Civil e Administrativo e invade uma seara sociológica do Direito e do Estado.

Por isso mesmo, este capítulo será inteiramente dedicado à explanação da responsabilidade civil do Estado por omissão sob os três aspectos lançados (civil, administrativo e sociológico), de forma a se verificar se, ao fim e ao cabo, o dever de indenizar imputado ao Estado quando da ocorrência de tragédias de habitação precária é um mecanismo de legitimação da agenda necropolítica.

As seguintes seções se debruçarão, portanto, sobre uma camada mais concreta e judicializada dos apontamentos gerais e abstratos

lançados no primeiro capítulo. Estima-se, ao fim, a feitura de uma coerente análise do nexos de causalidade entre o desmanche do Programa “Minha Casa, Minha Vida” e as tragédias de moradia precária, de forma a se destacar a finalidade real da responsabilização do Estado por omissão.

3 UMA ANÁLISE JURÍDICA DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO: ESTADO DA ARTE E LOCALIZAÇÃO DOGMÁTICA

De pronto, necessário se ressaltar que o instituto da responsabilidade civil do Estado por omissão está alocado ao Direito Administrativo, porquanto somente poderá ocorrer caso haja descumprimento de deveres vinculado ou discricionário pela Administração Pública (NASCIMENTO, 2014). Essencial, portanto, localizar, na doutrina de Direito Administrativo, a discricionariedade do dever imputado à Administração Pública quanto à salvaguarda ao direito social de moradia digna, mormente a implementação de políticas públicas, via de regra, deriva diretamente de uma dicotomia entre dever de prestar e condições materiais de fazê-lo (NASCIMENTO, 2014), portanto:

É de se reconhecer que, diante das possibilidades fáticas e jurídicas, não é dado ao administrador escolher entre agir e não agir no interesse da coletividade. A discricionariedade cede lugar à obrigação de agir, eivando a omissão de ilicitude, haja vista o dever jurídico que tem o Poder Público de tudo fazer para satisfazer os legítimos interesses coletivos e individuais consagrados na ordem jurídica de cada Estado. (NASCIMENTO, 2014, p. 24).

Vê-se, então, que o objeto central de análise, nada obstante se trate de dever discricionário⁶ da Administração Pública e, portanto, tenda à necessidade de se comprovar a culpa do ato danoso (NASCIMENTO, 2014), em se tratando concretamente do desmanche de uma política

⁶ “Atos ‘discricionários’ [...] seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de *avaliação* ou *decisão* segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, *ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles*” (MELLO, 2015, p. 438)

pública em pleno funcionamento, inclusive com destinação orçamentária definida por lei, o dever de agir emerge como corolário imediato da função executiva.

É nesse sentido que sedimentou entendimento o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2020), de maneira que o art. 37, §6º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), seja mitigado e o dever de indenizar em decorrência de danos causados por omissão de dever de cuidado opere independentemente de culpa, em um constructo de responsabilidade objetiva⁷.

Verifica-se, portanto, que a Corte Constitucional já iniciou uma trajetória de responsabilização objetiva do Estado por omissão, sem, entretanto, invadir propriamente a seara do Direito Administrativo que firma a dicotomia entre os deveres vinculado e discricionário⁸. Ou seja, aqueles deveres discricionários continuam sujeitos a um constructo de responsabilidade subjetiva, cujo dever de indenizar somente se operará mediante a comprovação de omissão dolosa⁹.

À espreita disso, a pesquisa não se aprofundará na natureza da responsabilidade civil do Estado por omissão, de forma a emergir uma crítica analítica à subjetividade da responsabilidade, senão se debruçará, justamente, sobre os elementos componentes da responsabilidade civil:

⁷ No julgamento do RE 136.861, de 13/08/2020, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes, que deu cabo ao Tema 366, em regime de Repercussão Geral, o STF entendeu pela responsabilidade objetiva do Estado em face da omissão de deveres fiscalizatórios. Muito embora o caso concreto não se coadune perfeitamente com a matéria ora abordada, o entendimento fixado emerge um ponto de não retorno, ao passo em que impõe à Administração Pública o dever de guarda e de agir para prevenir eventual dano.

⁸ “A diferença nuclear entre ambos [i.e. atos vinculados e discricionários] residiria em que nos primeiros a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado, enquanto nos segundos a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprio para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar” (MELLO, 2015, p. 438-439).

⁹ Segundo Maria Helena Diniz (2019), a omissão dolosa se trata de um comportamento cujo autor assume o risco de provocar o dano e, por logo, enseja, verificado o nexo causal, a indenização nos termos do art. 927, do Código Civil.

o ato ilícito, o nexo de causalidade e o dano, nos termos do art. 186, do Código Civil (BRASIL, 2002).

Mais que uma exegese normativa dos dispositivos que compõem a sistemática da responsabilidade civil, o objetivo é retroceder um nível na investigação, de forma a se analisar a natureza da omissão estatal em caso de desmanche de política pública a partir do “Minha Casa, Minha Vida”.

4 O DEVER DE INDENIZAR EM FACE DA OMISSÃO ESTATAL: CRÍTICA ANALÍTICA À AGENDA NEOLIBERAL BOLSONARISTA NO DESMANCHE DO PROGRAMA “MINHA CASA, MINHA VIDA”

As classificações e dicotomias sobre políticas públicas expostas na seção 1.2 se prestam, justamente, a uma categorização do Programa “Minha Casa, Minha Vida” em uma breve análise de seu ciclo e quadro de referência. De início, destaque-se que a referida política pública é eminentemente econômica e de Estado, sem prejuízo de sua finalidade paralela de assegurar moradia digna.

Implementado no ano de 2009, pelo governo Lula (PT), o “Minha Casa, Minha Vida” passou a ser gerido pelo Ministério das Cidades, operando de forma a oferecer subsídios parciais ou integrais, além de baixas taxas de juros, de maneira que construtoras do setor privado construíssem habitações populares por preços muito abaixo do mercado.

Apesar da sua evidente natureza econômica, uma vez que o repasse de verbas é realizado diretamente para a iniciativa privada, dados dão conta de que o “Minha Casa, Minha Vida” “assumiu aspectos pioneiros na intervenção pública habitacional no país: contemplar grupos sociais historicamente marginalizados – não obstante estar sob um arranjo que privilegia especialmente as construtoras” (EUCLYDES; MOREIRA; MARTINS; SILVEIRA, 2022, p. 6).

Nesse mesmo sentido, em uma análise da avaliação como aspecto do quadro de referências e do próprio ciclo da política pública, reforça-se o pioneirismo e a imprescindibilidade do “Minha Casa, Minha Vida”, que

emergiu “a importância do acesso à moradia e o impacto da casa própria na vida dos beneficiários”, mostrando-se crucial “para que famílias de baixa renda acessassem o direito à moradia (previsto na Constituição)” (EUCLYDES; MOREIRA; MARTINS; SILVEIRA, 2022, p. 11).

Há de se ressaltar que o foco da presente pesquisa não é outro senão investigar o desmanche do “Minha Casa, Minha Vida” como agenda neoliberal e ultradireitista de necropolítica. Por isso mesmo, a seguir, analisar-se-á a implementação do natimorto Programa “Casa Verde e Amarela” pelo governo federal, no ano de 2021.

Pensado como o substituto do “Minha Casa, Minha Vida”, o Programa bolsonarista foi inserido no aparato estatal brasileiro de maneira a renovar a política habitacional original e, pretensamente, alterar o seu funcionamento, notadamente no tocante aos subsídios. No entanto, além de praticamente não ter saído do papel, o “Casa Verde e Amarela” se mostrou, ainda enquanto projeto, absolutamente avesso às finalidades de uma política habitacional, ao passo em que “não se vinculou ao objetivo de solucionar problemas mais complexos como o tratamento de áreas de risco, o desadensamento, o acesso ao saneamento, etc.” (MARCO; BATTIROLA, 2021, p. 1866).

Na toada dessa dinâmica de desmantelamento e repaginação de políticas já estabelecidas e consagradas é que se inserem as categorias de que se tratou na seção 1.1 e se desdobrará mais neste ponto. A ascensão de um governo ultradireitista, representado neste trabalho pelo recorte no bolsonarismo (2019-2022), deve ser analisada sob um substrato democrático, uma vez que “trata-se de uma crise ‘parasitária’ ou ‘mórbida’, consequência de uma ‘nova direita’ [...], de onde se explica algumas de suas características, dentre as quais o anti-intelectualismo e o antielitismo” (MOTA; FORTE, 2023, p. 272).

A democracia é a característica maior do moderantismo, assim como tudo que é gradual, prudente, reformista, tolerante e afeito ao compromisso e à solução pacífica dos contrastes, de onde concluímos que a democracia não é afeita ao autoritarismo. Por outro lado, o polo “extremista”, de direita ou de esquerda, carrega as características do que é catastrófico, disruptivo, irracional, anti-iluminista e antirrevolucionário, afeitas,

portanto, a formas de autoritarismo, que dispensa o diálogo e a solução pacífica de conflitos (MOTA; FORTE, 2023, p. 268)

Veja que a afirmação de Mota e Forte não diz respeito à impossibilidade da ascensão de um governo extremista no seio de um Estado Democrático de Direito que, inclusive, assegure os pilares básicos da democracia e, concomitantemente, impregne as suas instituições de ideais necropolíticos, uma vez que os autores constataam “a existência de uma extrema direita de matriz populista e autoritária no Brasil, da qual Bolsonaro e o bolsonarismo são sua expressão emblemática” (MOTA; FORTE, 2023, p. 279).

Para que se compreenda o escopo final da pesquisa, é essencial que se promova derradeiro esforço imagético, de forma a se amoldar as hipóteses lançadas ao longo do trabalho a um caso hipotético. Na presente seção, lança-se mão da tragédia ocorrida no litoral norte paulista, no início do ano de 2023¹⁰, como caso exemplar.

No mês de fevereiro do ano de 2023, fortes chuvas atormentaram o litoral norte do estado de São Paulo, na região de São Sebastião e Ubatuba, deixando, segundo os registros, 65 (sessenta e cinco) mortos e pelo menos uma pessoa desaparecida. Neste toar, de plano, é imprescindível se afastar categoricamente a hipótese de força maior como excludente de ilicitude por parte do Estado.

Para que se rechace a norma disposta no art. 393, do Código Civil, que prevê a inimputabilidade de responsabilidade civil em caso de força maior, ou seja, evento da natureza, é necessário se incorporar os preceitos lançados ao longo da pesquisa. Já se sabe que, quando da ocorrência da tragédia, o Programa “Minha Casa, Minha Vida” já tinha

¹⁰ O desastre que deixou 65 mortos em decorrência das chuvas e deslizamentos de terras ocorreu em 19 (dezenove) de fevereiro de 2023 e foi considerada a maior tragédia decorrente de chuvas na relação mortos por 24 horas. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2023/03/19/temporal-devastador-no-litoral-norte-de-sp-completa-um-mes-confira-um-resumo-da-tragedia.ghhtml>. Acesso em 3 jul. 2023.

sido desmantelado, tendo sido implementado o inoperante Programa “Casa Verde e Amarela”.

O que se visa expor não se trata de um exercício futurístico de que, caso o “Minha Casa, Minha Vida” não tivesse sido interrompido, a tragédia não teria ocorrido com as proporções que se deram. Por outro lado, o objetivo é justamente apontar que o desastre ocorreu em um interim em que nenhum programa habitacional estava em pleno funcionamento. Isso importa dizer que, à época, o Estado brasileiro, por meio de sua Administração, tinha o dever discricionário de assegurar a moradia digna e segura – seja por meio do “Minha Casa, Minha Vida”, do “Casa Verde e Amarela” ou qualquer outro institucional.

Com o primeiro desmantelado e o segundo natimorto, o governo Lula (PT), que se iniciou no primeiro dia do primeiro mês do ano de 2023, deparou-se com a retomada de políticas públicas inativadas ou ignoradas pelo governo federal antecessor como dependente da aprovação de Proposta de Emenda Constitucional e sanção de Medidas Provisórias – no caso do “Minha Casa, Minha Vida”, a Medida Provisória de nº 1.162/2023, de 15 (quinze) de fevereiro de 2023, que seguiu como Projeto de Lei de Conversão na data de 13 (treze) de junho de 2023 e retomou a vigência do Programa¹¹.

Nesse toar, sendo o “Minha Casa, Minha Vida” uma política pública de Estado, com objetivos límpidos de manutenção e continuidade temporal, no momento em que ocorre uma tragédia sobre moradias precárias, justamente o foco de atuação do Programa descontinuado, resta ao Estado a responsabilidade civil por omissão, conforme se delineou na seção 2.1.

Entretanto, em vez de dar cabo a uma aplicação hipotética da norma ao caso disposto, o que se visa sedimentar é justamente uma provocação em seu cerne: a responsabilidade civil do Estado por omissão – seja subjetiva ou objetiva –, no caso concreto, far-se-á medida de

¹¹ Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/06/13/mp-do-minha-casa-minha-vida-segue-para-sancao>. Acesso em 3 jul. 2023.

absoluta atenuação da agenda bolsonarista de desmantelamento da política habitacional.

A morte de 65 (sessenta e cinco) pessoas; o assolamento de diversas famílias, em regra, de baixa renda; a destituição das vidas e o escárnio das mortes emergem evidentes no instituto da responsabilidade civil do Estado por omissão, em uma agenda positiva e concreta de necropolítica e racismo institucional (ALMEIDA, 2021), resquício de um governo federal ultradireitista.

5 CONCLUSÃO

A produção se valeu do conceito de Achille Mbembe de Necropolítica e analisou, ao longo de seus dois capítulos, de que maneira as políticas públicas, enquanto atos administrativos discricionários, são afetadas, concretamente, pelo desmantelamento das instituições democráticas por uma agenda ultradireitista e necropolítica, ou seja, racista.

Quando da introdução, a pesquisa trouxe como hipóteses as seguintes, ora subsumidas: i) a responsabilidade civil do Estado por omissão é um instituto jurídico meramente atenuador de eventuais danos decorrentes de má-prestação de serviços públicos garantidores de direitos fundamentais; e ii) a responsabilidade civil do Estado por omissão é o instituto perfeito para que a agenda necropolítica ultradireitista perpassasse as formas de governo e se fixe no Estado Democrático de Direito, de forma que o ordenamento já contenha, pronto e acabado, um mecanismo de pseudoreparação do dano – e aqui se está falando de morte.

Como se pode observar da integralidade do trabalho, os objetivos levaram à constatação da segunda hipótese como a mais plausível. Como se adiantou na introdução, debruçar-se-ia sobre a própria terminologia *omissão* como problemática dialógico-gramatical quando confrontada com a agenda positiva de morte expressa pela necropolítica e; sobre a

relação – geral e concreta no “Minha Casa, Minha Vida” – da ascensão de um governo ultradireitista com uma agenda necropolítica com o desmantelamento das políticas públicas de garantias de direitos fundamentais tutelados pela Constituição Federal.

Ao se percorrer a metodologia indicada, qual seja, a revisão bibliográfica, foi possível se verificar que, de fato, a imputação de responsabilidade ao Estado pelo que se denomina omissão é, na verdade, uma forma de amenizar a agenda positiva de morte disseminada pelo aparato de um governo neoliberal. Acresceu-se a isto, ainda, o fato de que ainda se discute, na doutrina e no Superior Tribunal Federal, a natureza de tal responsabilidade, se objetiva ou subjetiva, mormente se viu que o ato discricionário não cumprido, em regra, gera responsabilidade ao Estado somente se comprovados culpa ou dolo.

Em suma, para o curto espaço que se dispunha, foi possível tecer uma provocação a ambas natureza e terminologia da responsabilidade civil do Estado por omissão, com especial enfoque na omissão, em embate direto com a agenda de morte exposta por Mbembe. Apesar de não ter abordado tão fortemente o Programa “Minha Casa, Minha Vida”, e também porque não se tratou de pesquisa quali-quantitativa, seria interessante se debruçar mais minuciosamente sobre os dados e o ciclo da política pública, em uma abordagem multidisciplinar por excelência.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, S. L. Necropolítica e Neoliberalismo. **Caderno CRH**, Salvador/BA, v. 34, 2021, p. 1-10. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.9771/ccrh.v34i0.45397>. Acesso em 27 jun. 2023.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo/SP: Malheiros, 2004.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.
_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 136.861**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 13 de agosto de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoPro>

cesso.asp?incidente=1515920&numeroProcesso=136861&classeProcesso=RE&numeroTema=366. Acesso em 3 jul. 2023.

BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo/SP: Saraiva, 2013.

_____. O conceito de políticas públicas em direito. *In*: BUCCI, M. P. D. (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo/SP: Saraiva, 2006.

BUCCI, M. P. D. Quadro de Referências de uma Política Pública: primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional. *In*: **O Direito na Fronteira das Políticas Públicas**. São Paulo/SP: Páginas e Letras, 2015.

BUTLER, J. **Corpos em Aliança e a Política das Ruas: Notas para uma teoria performativa de assembleia**. 2 ed. Rio de Janeiro/RJ: Civilização Brasileira, 2018.

BUTLER, J. **Reivindicação de Antígona: O parentesco entre a vida e a morte**. Rio de Janeiro/RJ: Civilização Brasileira, 2022.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. vol. 3, 35 ed., São Paulo/SP: Saraiva Educação, 2019.

DUARTE, C. S. O ciclo das políticas públicas. *In*: SMANIO, G. P.; BERTOLIN, P. T. M. (orgs.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo/SP: Atlas, 2013.

EUCLYDES, F. M.; MOREIRA, V. S.; MARTINS, A. F. H.; SILVEIRA, S. F. R. O processo de política pública do “Minha Casa, Minha Vida”: criação, desenvolvimento e extinção. **Revista de Sociologia e Política**.

Curitiba/PR, v. 30, 2022, p. 1-20. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/rsocp/a/XzN3FcCLxhX7dtzWBfdbhyN/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 27 jun. 2023.

MALUF, S. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo/SP: Saraiva, 2014.

MARCO, C. M; BATTIROLA, A. M. D. Programa Habitacional Casa Verde e Amarela – Uma análise sobre a importância do debate nas esferas públicas para a construção do espaço público. **Revista Direito da Cidade**. Rio de Janeiro/RJ, v. 13, n. 4, 2021, p. 1855-1887. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/57055/40053>. Acesso em 28 jun. 2023.

MARQUES, E.; FARIA, A. P. **A política pública como campo multidisciplinar**. 2 ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Unesp/Fiocruz, 2018.

MARX, K. **O Capital – Livro I – Crítica da Economia Política: O processo de produção do capital**. São Paulo/SP: Boitempo, 2013.

MBEMBE, A. Necropolítica. **Arte & Ensaios**, n. 32, Rio de Janeiro/RJ, p. 123-151, 2016. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5290520/mod_resource/content/1/necropolitica.pdf. Acesso em 27 jul 2023.

MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo/SP: Malheiros, 2015.

MOTA, F. A.; FORTE, J. P. S. A ascensão da extrema direita e os desafios ao Estado Democrático de Direito no Brasil (2018 – 2022).

Revista Ciências Sociais. Fortaleza/CE, v. 54, n. 1, 2023, p. 259-287. Disponível em:

<http://www.periodicos.ufc.br/revcienso/article/view/72159/229205>. Acesso em 27 jun. 2023.

NASCIMENTO, M. F. Responsabilidade Civil do Estado por omissão.

Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas. Vitória da Conquista/BA, n. 18, 2014, p. 11-33. Disponível em:

<https://periodicos2.uesb.br/index.php/ccsa/article/view/2054/1748>. Acesso em 27 jun. 2023.

PACHUKANIS, E. B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. 1 ed. São Paulo/SP: Boitempo, 2017.

RESPONSABILIDADE CIVIL E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA: REPERCUSSÕES PARA A REDUÇÃO DA DESIGUALDADE SOCIAL NO ÂMBITO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Ana Karolyna Coelho Silva Vital¹

Rafael Pacheco Lanes Ribeiro²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo a discussão acerca da responsabilidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência e suas consequentes alterações no âmbito do Direito Civil. Dessa maneira, serão feitas considerações acerca do instituto da responsabilidade civil, bem como de questões pertinentes à teoria das capacidades e suas principais alterações práticas trazidas às pessoas com deficiências após a promulgação da Lei 13.146/2015, visando reduzir a desigualdade social dessa classe. Nesse sentido, utilizou-se de jurisprudências para ilustrar e destacar as dificuldades ainda pertinentes no âmbito prático das decisões proferidas pelos tribunais no que tange à responsabilidade civil das pessoas com deficiência.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Pessoa com deficiência. Lei 13.146/2015. Desigualdade social.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade apresentar as repercussões causadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no âmbito do direito

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. E-mail: ana.vital@ufv.br.

² Doutorando em Educação e Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Professor Universitário Substituto do Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa e Professor Universitário e Coordenador do curso de Direito do Centro Universitário de Viçosa – UNIVIÇOSA. Pós-graduando em Direito Ambiental e Pós-graduado em Direito Processual Civil. E-mail: rafael.pacheco.ribeiro@ufv.br.

civil, mais especificamente no que tange ao instituto da responsabilidade civil.

Para tanto, será realizada uma pesquisa doutrinária-jurisprudencial com o fito de definir e relacionar as temáticas, além de demonstrar como o poder judiciário brasileiro vem se comportando mediante tais alterações e se, de fato, contribuíram para a redução da desigualdade social brasileira ao que se refere às pessoas com deficiência.

De partida, será elucidado, sem o intuito de exaurimento do tema, o instituto da responsabilidade civil, seus conceitos e elementos primordiais, bem como as teorias nele envolvidas e, sobretudo, suas características essenciais para uma responsabilização mais efetiva.

Em seguida, serão apontadas as ideias centrais da teoria das capacidades no que se refere ao direito civil brasileiro, bem como as alterações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e suas modificações no âmbito prático, quebrando estereótipos não só legais, mas também sociais.

Ao final, realizar-se-á uma exposição da jurisprudência que interliga as temáticas da responsabilidade civil e da teoria das capacidades. Desse modo, serão feitas análises de acordo com as decisões proferidas pelos tribunais com o fito de verificar se na prática jurídica essas mudanças estão sendo de fato efetivadas, sobretudo no que diz respeito à responsabilidade civil.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL: CONCEITOS E ELEMENTOS BASILARES

Inicialmente, se faz necessário apontar que a responsabilidade civil abarca situações e aspectos muito mais profundos dos que, por ora, serão relatados no presente corpo textual. Apesar dessa dificuldade salutar, serão apontados seus conceitos, principais elementos e teorias adotadas pelo Direito brasileiro e que, de alguma forma, encontram respaldo e repercutem na vida cotidiana.

De acordo com a renomada civilista Maria Helena Diniz³, a responsabilidade civil se trata, sobretudo da:

Aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral e/ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda, ou, ainda, de simples imposição legal. A responsabilidade civil requer prejuízo a terceiro, particular ou Estado, de modo que a vítima poderá pedir reparação do dano, traduzida na recomposição do *status quo ante* ou em uma importância em dinheiro.

Em outras palavras, a responsabilidade civil pode ser entendida como sendo o dever de reparação imposto a um terceiro em razão de um fato pelo qual ele foi o responsável, sendo esse acontecimento motivo para prejuízo a outrem. Em síntese, é uma situação a qual pede-se reparação por um dano sofrido em decorrência de lesão ao dever jurídico, podendo este ser material ou imaterial, direto ou indireto, positivo ou negativo.

Analisando o texto legal, encontra-se posto sobre a referida temática, no artigo 927 do Código Civil de 2002⁴:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Apesar de se tratar explicitamente do dever de indenizar, entende-se que tal conceituação não deve limitar-se a isso, ampliando suas definições amparadas nas diversas situações cotidianas.

A exemplo, tem-se as situações de omissão, negligência ou imprudência e que também são formas causadoras de dano, e conseqüentemente, ensejadoras de prejuízos passíveis de reparação ao lesado.

³ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**, v. 4, 2012, p. 200.

⁴ BRASIL. **Código Civil**, 2002.

Nesta linha de pensamento, Filardi, Lacerda e Rocha⁵ defendem que:

a doutrina civilista pátria define tradicionalmente a Responsabilidade Civil como o dever (obrigação) de ressarcir um dano injusto. Sobreleva nesta definição a ideia de reparação (ressarcimento), justificada por um dano que não deve ser tolerado pela vítima.

Em síntese, coloca-se o dever de reparação em destaque quando se pensa em Responsabilidade Civil. Entretanto, também é necessário analisar outros elementos que se fazem presentes nesse conceito tão atual quando se pensa no direito civil.

Entre os elementos ensejadores da Responsabilidade Civil, destaca-se o ato ilícito (doloso ou culposos), o nexo de causalidade e o dano.

A culpa pode ser entendida, segundo Tepedino, Terra e Guedes⁶, como um desvio na conduta padrão de comportamento do agente que se é esperada socialmente. Ou seja, há uma inobservância daquilo que se é esperado pela sociedade.

Entretanto, para se chegar a essa definição sintética e sem fronteiras apegadas ao subjetivismo, foram necessárias inúmeras discussões doutrinárias acerca da temática até se chegar aos entendimentos respaldados pela realidade social atual e, como bem aponta Bandeira⁷:

Sem embargo da discussão doutrinária acerca da necessidade de o agente conhecer a conduta do homem médio e ser capaz de se orientar segundo este padrão de comportamento para ser responsabilizado, o certo é que a culpa normativa afasta o subjetivismo inerente à concepção psicológica da culpa, fortemente atrelada à intenção e às circunstâncias pessoais do

⁵ FILARDI, Felice Gaio; LACERDA, Luiz Augusto Castello Branco de; ROCHA, Marcos Fonseca da. Apontamentos sobre a responsabilidade civil nas negociações preliminares (*culpa in contrahendo*): **Cadernos de Direito – UNIFESO**. Teresópolis/RJ, v. 1, n. 1, 2016. p. 36 - 37.

⁶ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Responsabilidade Civil: Fundamentos do Direito Civil**, v.4. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p.8.

⁷ BANDEIRA, Paula Greco. A Evolução do Conceito de Culpa e o Artigo 944 do Código Civil: **Revista da EMERJ**, v. 11, n. 42, 2008. p. 232.

agente, provocando o seu divórcio com a moral, e facilitando, em última análise, a prova da culpa.

Por outro lado, se tratando da Responsabilidade Civil, o dano é facilmente compreendido “como elemento central, sem o qual não se configura o dever de indenizar”⁸. Dessa forma, o dano pode ser tanto patrimonial quanto extrapatrimonial.

O primeiro deles, como o próprio nome sugere, se refere a lesão patrimonial sofrida pelo lesado pelo ato praticado pelo agente causador do dano, podendo ser aquilo que efetivamente se perdeu (dano emergente) ou então aquilo que se deixará de ganhar (lucros cessantes).

Já o dano extrapatrimonial “é a lesão a qualquer aspecto da dignidade da pessoa humana”⁹, e em complementação ao citado, e também a lesão aos direitos da personalidade. Em um vislumbre detalhado, “o dano moral é o dano imaterial, também chamado de extrapatrimonial, que diz respeito à lesão aos direitos da personalidade como à honra, à imagem, à liberdade, intimidade, dignidade e ao próprio corpo.”¹⁰

Ainda, complementando o conceito de dano extrapatrimonial, este abrange o dano moral, o dano estético e a depender do caso concreto, a perda de uma chance.

Por fim, o último elemento que vem a merecer relevante discussão é o nexo causal, que, apesar de diferente dos anteriores, **foge** do senso comum, ele demonstra ser de suma importância para o entendimento e aplicação da responsabilidade na realidade fática do Direito.

⁸ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Responsabilidade Civil: Fundamentos do Direito Civil**, v.4. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p.29.

⁹ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Responsabilidade Civil: Fundamentos do Direito Civil**, v.4. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 9.

¹⁰ SANTOS, Amanda Pires dos. **A banalização do dano moral: responsabilidade civil e posicionamento dos Tribunais Pátrios**. Tese (Bacharelado em Direito) - UniEVANGÉLICA. Anápolis, 2018, p. 18.

Sua relevância está no fato de que, através do nexo de causalidade, une-se a conduta ilícita do agente (culposa ou dolosa) e o resultado danoso. Por exercer essa função primordial de elo entre o fato/ato do agente e o dano, para Talliton George, “o nexo causal cumpre uma dupla função na responsabilidade civil, quais sejam: determinar a quem deve se imputar um resultado danoso e na verificação da extensão do dano a se indenizar, pois serve de medida na indenização.”¹¹

Apesar da existência evidente de tais elementos, a especificidade de análise de cada caso concreto gera uma dificuldade na aplicação do dever de indenizar em cada situação. Na tentativa de aplicar o direito ao caso concreto, surgem algumas teorias sobre o nexo de causalidade, sendo que para o Direito Civil Brasileiro as mais aplicadas são: a Teoria da equivalência das condições, a Teoria da causalidade adequada e a Teoria da causalidade direta e imediata, vejamos:

A Teoria da equivalência das condições “reputava-se como causa, para fins de responsabilização, qualquer evento considerado, por si só, capaz de gerar dano”¹². Em outras palavras, “para a referida teoria, portanto, não procede à distinção entre causa e condição. De fato, se várias condições concorrem para o mesmo evento, todas têm o mesmo valor, equivalendo-se.”¹³. Ou seja, mesmo as condições mínimas teriam a mesma contribuição para a produção do resultado danoso.

Para a Teoria da equivalência das condições, cada ato/fato envolvendo o evento danoso, importa e é suficiente para ensejar o dever de reparação. Neste sentido, tal teoria poderia gerar situações absurdas no mundo do Direito, tal como, responsabilizar o fabricante da arma pela morte de um indivíduo, causada por um disparo efetuado por um assaltante em sua empreitada criminosa.

¹¹ OLIVEIRA, Talliton George Rodrigues de. **O nexo de causalidade na responsabilidade civil**. Tese (Bacharelado em Direito) - UniCeub. Brasília, 2011, p. 11.

¹² TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Responsabilidade Civil: Fundamentos do Direito Civil**, v.4. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 86..

¹³ MORSELLO, Marco Fábio. O nexo causal e suas distintas teorias: apreciações críticas: **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 19, jan. 2007, p. 212.

De outro modo é a Teoria da causalidade adequada, que nas palavras de Talliton George Rodrigues de Oliveira:

A conduta originária do dano será considerada sua causa desde que tal resultado decorra naturalmente desta conduta e não de circunstâncias especiais, ou seja, sempre que igual conduta for praticada e o dano ocorrer independentemente de outras circunstâncias, ela será a causa. Portanto, a condição deve ser adequada à produção do efeito. Esta teoria parte da observação do que comumente acontece na vida, desta forma, afirma que uma condição será considerada causa de um dano quando de forma natural causaria aquele dano. Esta, portanto, seria a causa adequada a produzir o dano.¹⁴

Em outros termos, de acordo com tal corrente de pensamento, deve-se analisar a circunstância potencialmente existente para a produção de um efeito danoso, ou seja, a que mais se sobressai, de modo a relacioná-la fatidicamente como causa geradora do dano em questão.

Por fim, a Teoria da causalidade direta e imediata se traduz como sendo a adotada pelo codificador pátrio, refletida, sobretudo, através do artigo 403 do Código Civil de 2002, que diz: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”¹⁵

Segundo tal entendimento, “reconhece-se o dano como imediato quando se pode identificar uma linha reta entre ação, conduta ou ato e consequência ou evento danoso, mesmo que haja algum intervalo entre eles.”¹⁶

Por conta dessa teoria, estariam excluídos os chamados “danos por ricochete”, que pode ser entendido como sendo aqueles sofridos por pessoas intimamente ligadas à vítima direta do ato ilícito e que, de forma indireta, também tiveram seus direitos fundamentais lesados. Dessa maneira, “fixada está a autonomia do dano por ricochete, no quadro dos

¹⁴ OLIVEIRA, Talliton George Rodrigues de. **O nexo de causalidade na responsabilidade civil**. Tese (Bacharelado em Direito) - UniCeub. Brasília, 2011, p. 24-25.

¹⁵ BRASIL. **Código Civil**, 2002.

¹⁶ KRETZMANN, Renata Pozzi. **Nexo de causalidade na responsabilidade civil: conceito e teorias explicativas**. 2018, p. 6 (Artigo publicado em site jurídico).

prejuízos passíveis de ressarcimento. Cuida-se de um dano próprio do terceiro, sendo seu objeto diverso do prejuízo primário.”¹⁷

Em últimos apontamentos, entende-se que para que se tenha entendimento e aplicação da responsabilidade civil de maneira efetiva, é necessário que se compreenda, além de seus conceitos e elementos basilares, as teorias que se fazem presentes dentro dessa realidade. Desse modo, ter-se-á uma aplicação mais coerente dos danos referentes à responsabilização civil.

2 A TEORIA DAS CAPACIDADES NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

De partida, se faz necessário apontar que a capacidade civil se refere à aptidão que a pessoa natural possui para adquirir e exercer direitos. Ademais, ela pode ser subdivida em dois grupos: a capacidade de direito e a capacidade de fato.

A capacidade de direito, também conhecida como personalidade jurídica, pode ser interpretada como sendo a possibilidade de se adquirir direitos e contrair obrigações.¹⁸ Já a capacidade de fato se trata, sobretudo, da aptidão que o indivíduo possui para exercer pessoalmente atos da vida civil. Ou seja, se trata de uma noção mais aplicável no dia a dia através das diversas ações cotidianas.

Para melhor aplicar a Teoria das Capacidades à realidade concreta, o Código Civil de 2002 apresentou três classificações distintas no que se refere à Capacidade Civil: os capazes, os relativamente incapazes e os absolutamente incapazes.

O primeiro deles constitui a regra geral da Teoria das Capacidades e se resume àqueles cidadãos que se encontram plenamente

¹⁷ FACCIO, Lucas; ANDRADE, Fábio Siebeneichler. Notas sobre a legitimidade para o dano moral em ricochete em perspectiva comparada: em favor de uma interpretação ampliada no direito civil brasileiro: **civilistica.com**, a. 10, n. 3, 2021. p. 6.

¹⁸ CANUTO, Samy Chagas Brasiliense. O desenvolvimento da Capacidade de Fato desde a perspectiva do Direito Romano até o Estatuto da Pessoa com Deficiência - Uma análise da autonomia no âmbito jurídico: **Anais do XV Encontro de Iniciação Científica da UNI7**, v. 9, n.1, 2019, p. 103.

capazes para realizar seus atos da vida civil, bem como contrair direitos e obrigações. Desse modo, constituem-se como capazes no Brasil, em regra, as pessoas maiores de 18 anos.

Por outro lado, os relativamente incapazes

são aqueles cujas restrições para a prática dos atos do cotidiano se aplicam para determinadas situações, mas não incidem para outras. Assim, como exemplos, um sujeito menor de dezoito anos, mas maior de dezesseis anos pode, em condições gerais, contrair matrimônio (art. 1.517, CC/2002), fazer testamento (art. 1.860, parágrafo único, CC/2002), figurar como testemunhas (art. 228, I, CC/2002), entre outros; da mesma forma, um sujeito reconhecidamente pródigo tem restrições para atos que envolvam disposição patrimonial, mas não encontra óbice para o exercício, per si, de direitos de personalidade.¹⁹

Em outras palavras, os relativamente incapazes são parcialmente capazes por conta de limitações trazidas pela idade que possuem. Ou seja, encontram-se “a caminho” da plena capacidade civil.

Por fim, os absolutamente incapazes trazidos pelo Código de 2002 seriam “os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos”, assim como os que, “mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade” (art. 3.º, II e III, do CC/2002, atualmente revogados).²⁰

E é justamente essa última classificação que vem sendo alvo de discussões e apontamentos de diversos doutrinadores pelo fato de que não só o atual Código, mas sobretudo seus antecessores, a consagraram revestida de preconceito e estereótipos que acabaram culminando com o agravamento da desigualdade social das pessoas com algum tipo de deficiência e que, inevitavelmente, viriam a se enquadrar em tal classificação.

À exemplo de tais incompreensões, tem-se o uso da expressão “loucos de todo gênero” ao se referir às pessoas com deficiência mental no Código Civil de 1916. É certo que as compreensões naquela época

¹⁹ SIRENA, Hugo Cremonez. A incapacidade e a sistemática geral do direito civil sob a égide do novo estatuto da pessoa com deficiência (Lei 13.146/2015): **Revista de Direito Privado**, v. 70, out. 2016, p. 3.

²⁰ BRASIL. **Código Civil**, 2002.

eram diferentes das atuais e, justamente por isso, era inevitável que as concepções e ideais se transformassem, a fim de reduzir as disparidades sociais e estigmas sofridas por esse fragmento social, em 2015 o Estatuto da Pessoa com Deficiência entra em vigor no ordenamento jurídico brasileiro.

Por isso, com o fito de reduzir tais desigualdades sociais referidas às pessoas com deficiência, houveram mudanças significativas no âmbito do Direito Civil no que se refere a tais classificações, bem como suas formas de tratamento e repercussões na realidade prática.

A princípio, as Ordenações Filipinas apresentavam considerações relevantes sobre a temática. A exemplo, no art. 66, 3, do seu Livro I, trazia a polícia como detentora do poder para lidar com os possíveis dissabores gerados pelos deficiências mentais, dizendo que "contra o perigo proveniente da divagação dos loucos, dos embriagados, de animais ferozes, ou danados, e daqueles, que, correndo, podem incomodar os habitantes"²¹. Com isso, percebe-se o tratamento inferiorizante e preconceituoso trazido pelo excerto.

Já com o advento da codificação brasileira, ao contrário do que antes se havia importado, no que se refere a ordenamento jurídico, trouxe de maneira mais sistematizada a questão da incapacidade. Tanto no Código de 1916 quanto no de 2002,

o fundamento para a limitação via incapacidade foi o da proteção do incapaz. Isso é facilmente constatável pela leitura da doutrina do tema nos manuais, que costuma se referir ao incapaz como alguém mais vulnerável e, por conseguinte, merecedor de proteção.²²

Em termos práticos, as consequências geradas por tais limitações se mostraram bastante semelhantes em ambos os Códigos, de modo que,

²¹ REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 6, jan - mar. 2016, p. 38.

²² REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 6, jan - mar. 2016, p. 40.

em ambas legislações, anula-se o ato praticado pelo absolutamente incapaz e aquele realizado pelo relativamente incapaz, é anulável²³.

Sendo assim, o Código Civil de 1916 apresentava como sendo absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos, os loucos de todo o gênero, os surdos-mudos e os ausentes.

Já o Código Civil de 2002 manteve na mesma categoria os menores de 16 anos, mas alterou, sobretudo, a maneira de referência aos demais grupos, trazendo “os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (grifo nosso).”²⁴

Apesar das mudanças trazidas na própria escrita dos referidos dispositivos legais brasileiros, nota-se que as repercussões na vida cotidiana das pessoas com deficiência mental continuaram as mesmas: tal grupo populacional permaneceu subjugado e com tratamentos inferiorizados, sendo taxados como um grupo à parte, totalmente incapaz de realizar seus atos da vida civil, manifestar suas vontades e, sobretudo, serem ouvidos.

Por conta dessa necessidade veemente de se enquadrar de fato tais pessoas no contexto da vida em sociedade, ou seja, reduzir as desigualdades de tratamento por elas sofridas, foi promulgado em 2015 o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146). “Porquanto o novo axioma do Estatuto é de que o deficiente está em uma situação que o diferencia dos demais indivíduos da sociedade, não sendo esta situação considerada mais como uma doença.”²⁵

De acordo com o texto da lei,

²³ REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 6, jan - mar. 2016, p. 40..

²⁴ BRASIL: **Código Civil**, 2002.

²⁵ LOPES, Tainá de Campos. **O estatuto da pessoa com deficiência e os principais reflexos no direito brasileiro**. Tese (Bacharelado em Direito) - UniEVANGÉLICA. Anápolis, 2018, p. 29.

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.²⁶

Ou seja, já através do Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu artigo 6º, nota-se que houve uma mudança significativa no que se refere ao enquadramento das pessoas com deficiência no rol das capacidades: evadiram do grupo dos absolutamente incapazes e ingressaram nos absolutamente capazes. Uma mudança legal necessária, e que promove sobremaneira a inclusão e dignidade das pessoas com deficiência, registre-se.

Isso se deve, sobretudo, ao dever de promover a inserção social desses grupos, bem como o princípio da isonomia, que deve conferir tratamento igualitário a todos, mesmo com suas disparidades evidentes, atentando sempre para a dignidade da pessoa humana.

Para facilitar a ampliação de tais liberdades individuais no que se refere ao exercício da vida civil pública, foram inserido no ordenamento jurídico pátrio uma inovação assistencial às pessoas com deficiência, a chamada tomada de decisão apoiada, com o fito de assegurar a plena igualdade entre pessoas com deficiência e as demais no âmbito social, sendo a tomada de decisão apoiada:

um processo judicial criado pela Lei Brasileira de Inclusão para garantir apoio à pessoa com deficiência em suas decisões sobre atos da vida civil e assim ter os dados e informações necessários para o pleno exercício de seus direitos. É um processo

²⁶ BRASIL: **Estatuto da Pessoa com Deficiência**, 2015.

autônomo, com rito próprio, no qual a própria pessoa com deficiência indica os apoiadores de sua confiança a serem nomeados pelo juiz²⁷

Ou seja, tem a função precípua de possibilitar às pessoas com deficiência uma isonomia, concedendo-lhes a possibilidade e o auxílio necessário para a prática dos atos da vida civil que por ventura se encontram limitados pela deficiência em questão.

Diferente do que havia antes, onde a regra era a curatela, ato pelo qual por meio de um:

processo judicial no qual um juiz, assistido por uma equipe multiprofissional, analisa as necessidades de uma pessoa adulta (com 18 anos ou mais) para o exercício de sua capacidade civil e decide se ela pode ou não praticar atos relacionados ao seu patrimônio e negócios, ou se precisará de apoio para isso, podendo ser pleiteada por pais, tutores, cônjuge ou qualquer parente, pelo Ministério Público (para aquelas com deficiência intelectual ou mental) ou pelo próprio interessado²⁸

Note que, ao contrário da tomada de decisão apoiada, na curatela a pessoa com deficiência, mesmo que suas limitações não sejam de grande limitação, estaria interdita de todos os atos da vida civil, cabendo a alguém, decidir por ela, inclusive em atos relacionados à sua sexualidade ou mesmo estado civil.

A diferença então, entre a curatela e a tomada de decisão apoiada, está no fato de a curatela, primeiramente, apresenta-se como uma manifestação mais “rígida”, ou seja, é utilizada em casos mais extremos em que o deficiente em questão possui sua capacidade de manifestação de vontade muito comprometida, de modo a impedir sua tomada de decisão autônoma. Já na tomada de decisão apoiada, o apoiado possui autonomia para tal, existindo apenas a presença de um apoiador que lhe prestará auxílio quando necessário.

²⁷ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO: Tomada de decisão apoiada e curatela: medidas de apoio previstas na Lei brasileira de inclusão a pessoa com deficiência. Brasília: **CNMP**, 2016. p. 7.

²⁸ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO: Tomada de decisão apoiada e curatela: medidas de apoio previstas na Lei brasileira de inclusão a pessoa com deficiência. Brasília: **CNMP**, 2016. p. 12.

Desse modo, entende-se atualmente que a tomada de decisão apoiada constitui a regra, enquanto que a curatela, exceção.

3 OS IMPACTOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA ESFERA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Além de representarem uma mudança na própria aplicação prática da teoria das capacidades, o Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe alterações também na esfera da Responsabilidade Civil e que, de certa forma, contribuíram para a redução das desigualdades sociais.

A princípio, é necessário analisar os artigos 928 e 932, I e II do Código Civil brasileiro, que dizem:

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

[...]

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;²⁹

Mesmo com a clareza de tais dispositivos legais, é necessário estabelecer uma reflexão relacionando-os com a atual visão acerca da teoria das incapacidades e a responsabilidade civil, tendo em vista as mudanças classificatórias trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Como aponta Barbosa, “esta nova determinação legal projeta dúvida quanto ao fato de remanescer ou não uma corresponsabilidade, em especial, do curador em face dos atos de seu curatelado”.³⁰

²⁹ BRASIL: **Código Civil**, 2002.

³⁰ BARBOSA, Edgar Fernando. Da responsabilidade civil da pessoa com deficiência e do afastamento da responsabilidade civil solidária do curador após o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência: *Brazilian Journal of Development*, v. 6, n. 12, 2020, p. 96056.

Em outros termos, é nítido que, com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, as pessoas com deficiência passam a atingir a plena capacidade civil, sendo necessário rever algumas considerações acerca dos artigos supracitados, que atribuíam a responsabilidade civil solidária aos devidos curadores do incapaz.

Por isso, é nítido que, a partir de então, podem ocorrer dubiedades de interpretação, quanto à aplicabilidade de interpretações de tais dispositivos legais no que tange à responsabilidade civil.

Afinal, a pergunta que fica é:

1. Quem será responsável pelas decisões tomadas pela pessoa com deficiência, legalmente apoiadas, que gerem danos a terceiros?
2. E a quem responsabilizar pelos prejuízos causados por pessoa com deficiência, quando curatelada?

A fim de melhor exemplificar e aludir tal questionamento, abaixo serão apresentadas algumas jurisprudências sobre a temática em questão.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE POR MÁ GESTÃO. PRELIMINARES. NEGÓCIOS JURÍDICOS PRATICADOS POR INCAPAZ. RESPONSABILIDADE CIVIL DA CURADORA E DO INTERDITADO. Reapreciação do recurso. Decisão do STJ. Cumpre frisar que, embora o STJ tenha determinado a anulação do acórdão com o novo julgamento dos apelos, em verdade, apenas o recurso interposto pelos réus pode ser apreciado nesse momento, tendo em vista que esse era o objeto do Recurso Especial, já que o apelo não fora conhecido por ser uma reedição da contestação. Eventual rejuízo dos apelos das demais partes poderia ensejar a reformatio in pejus sem qualquer recurso para tanto. Ilegitimidade passiva. O réu Adriano tem legitimidade para responder pelos prejuízos supostamente causados durante o mandato de síndico. Incompatibilidade de ritos. Havendo pluralidade de pedidos, cada qual sob um rito diferente, é permitida a sua cumulação se a ação tiver sido proposta sob o rito ordinário. Inépcia da inicial. O pedido de danos materiais foi especificamente postulado, não havendo inépcia a ser reconhecida. Mérito. **A responsabilidade do curatelado é subsidiária e mitigada, sendo que, em regra, o curador deve responder pelos ilícitos praticados pelo seu protegido. Responsabilidade que obedece aos mesmos requisitos impostos aos pais pelos atos dos filhos.** Art. 932, II, do CC. Caso concreto em que o interditado não vivia na companhia e sob a autoridade de sua curadora, pois mantinha relacionamento amoroso com a moradora do condomínio autor e com ela residia, a qual sabia de sua condição de interditado e,

inclusive, ajudou na tentativa de levantamento da interdição. **Responsabilidade da curadora afastada.** Distribuição da sucumbência adequadamente fixada. REJEITARAM AS PRELIMINARES E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DOS RÉUS. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70039509658, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alexandre Kreutz, Julgado em 24/04/2019). (TJ-RS - AC: XXXXX RS, Relator: Alexandre Kreutz, Data de Julgamento: 24/04/2019, Vigésima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/05/2019).³¹

A jurisprudência trazida, prolatada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul exemplifica uma situação em que houve a afirmação de que a responsabilidade civil seria do curador, uma vez que se trata de responsabilidade subsidiária, ou seja, é acionada quando o devedor principal, no caso, o curatelado, não pode arcar com a dívida em questão. Entretanto, por conta de uma possibilidade de levantamento da interdição, a responsabilidade da curadora foi afastada.

Ademais, ainda na Apelação em questão, observa-se o emprego da expressão "interditado" quando se faz referência à pessoa com deficiência que necessita de auxílio do curador. Expressão essa repleta de preconceitos e estereótipos negativos e que facilmente poderia ser substituída pelo termo "curatelado".

Com isso, nota-se que, apesar da legislação se fazer ferrenha quanto às tentativas de se diminuir os casos de desigualdade social, na prática situações como essas ainda vêm a acontecer.

Civil e consumerista. Operações bancárias. Correntista inabilitado para os atos da vida civil (interditado). Ausência de comunicação à casa bancária. Responsabilização civil. Requisitos não caracterizados. Impossibilidade. Inexistindo comunicação à casa bancária quanto à inabilitação de seu correntista para os atos da vida civil (interdição), **não há como imputar-lhe responsabilidade pelas operações bancárias realizadas diretamente pelo interditado, pois não caracterizados os requisitos necessários a tal finalidade, notadamente o ato ilícito ou abusivo e o nexos causal entre este e os alegados danos morais ou materiais.** (Apelação, Processo nº 0107593-87.2009.822.0001, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 1ª Câmara Cível, Relator (a) do Acórdão: Juiz Adolfo Theodoro, Data de julgamento: 22/03/2017). (TJ-RO - APL: XXXXX20098220001 RO XXXXX-87.2009.822.0001, Relator: Juiz Adolfo Theodoro Naujorks Neto, Data de

³¹ Agravo Nº 70080612963, **Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS**, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em 24/04/2019.

Assim como na jurisprudência anterior, o acórdão acima, acima também faz uso da expressão “interditado”. Entretanto, diferentemente da anterior, no caso em questão, caso houvesse ocorrido ato ilícito ou abusivo e o nexo causal, haveria imputação de responsabilidade civil ao curatelado em questão, como bem apresenta a ementa.

4 CONCLUSÃO

Observa-se que a responsabilidade civil está presente constantemente na vida, justamente por conta dessa frequência e constância, é que se faz necessário, o estabelecimento de parâmetros viáveis e realistas acerca de sua verificação e possível quantificação.

Tratando da teoria das capacidades, é evidente que seus efeitos perpassam o campo teórico e respingaram também no instituto da responsabilidade civil.

Se por um lado, no campo teórico houve mudanças significativas e que, de fato, deveriam promover uma redução das desigualdades de tratamento das pessoas com deficiência, tornando-as de fato, participadoras da vida em sociedade, por outro, a realidade vislumbrada nas jurisprudências atuais demonstra tamanho desleixo na aplicação de tais alterações legislativas. Isso foi observado, sobretudo, através do uso de expressões arraigadas de preconceitos e que, à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência, não mais deveriam ser utilizadas.

Além disso, foi detectada também uma inconstância corriqueira por parte dos tribunais no que tange à efetiva responsabilização quando se trata de uma pessoa com deficiência. É pertinente um questionamento se a responsabilidade recairia sobre a pessoa com deficiência, uma vez

³² **TJ-RO - APL:** XXXXX20098220001 RO XXXXX-87.2009.822.0001, Relator: Juiz Adolfo Theodoro Naujorks Neto, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 03/04/2017.

que, agora, ela possui uma maior autonomia para a prática de seus atos da vida civil, ou então sob a seu curador ou apoiador.

Com isso, observa-se uma veemente necessidade de uma maior regulamentação legislativa no que tange à responsabilidade civil da pessoa com deficiência, a fim de que se evite essas possíveis lacunas legislativas, bem como possibilidade uma maior efetivação da necessária redução das desigualdades sociais da pessoa com deficiência tanto aludida com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Bem como, se faz necessária e urgente uma atualização dos julgadores quanto aos termos, medidas e procedimentos que devem ser adotados para casos que envolvam pessoas com deficiência. Como é sabido, às pessoas com deficiência é garantida a paridade de armas, para que possam atuar, por meio do princípio da equidade, em igualdade de condições para com as pessoas sem deficiência!

Sendo assim, além de garantir por meio de um aparato legal, o estado deve garantir também a aplicabilidade de seus instrumentos, formando profissionais julgadores, capazes e qualificados para prolação de decisões adequadas e moldadas às peculiaridades da vida humana.

REFERÊNCIAS

Agravo Nº 70080612963, **Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS**, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em 24/04/2019

BANDEIRA, Paula Greco. A Evolução do Conceito de Culpa e o Artigo 944 do Código Civil: **Revista da EMERJ**, v. 11, n. 42, 2008. p. 227 - 249.

BARBOSA, Edgar Fernando. Da responsabilidade civil da pessoa com deficiência e do afastamento da responsabilidade civil solidária do curador após o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência: **Brazilian Journal of Development**, v. 6, n. 12, p. 96055 - 96072, 2020. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/21263>. Acesso em: 2 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRASIL, **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 20 fev. 2023.

CANUTO, Samy Chagas Brasiliense. O desenvolvimento da Capacidade de Fato desde a perspectiva do Direito Romano até o Estatuto da Pessoa com Deficiência - Uma análise da autonomia no âmbito jurídico: **Anais do XV Encontro de Iniciação Científica da UNI7**, v. 9, n.1, 2019.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO: Tomada de decisão apoiada e curatela: medidas de apoio previstas na Lei brasileira de inclusão a pessoa com deficiência. Brasília: **CNMP**, 2016. p. 27.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**, v. 4, 2012, p. 200.

FACCIO, Lucas; ANDRADE, Fábio Siebeneichler. Notas sobre a legitimidade para o dano moral em ricochete em perspectiva comparada: em favor de uma interpretação ampliativa no direito civil brasileiro: **civilistica.com**, a. 10, n. 3, 2021. p. 1 - 21.

FILARD, Felice Gaio; LACERDA, Luiz Augusto Castello Branco de; ROCHA, Marcos Fonseca da. Apontamentos sobre a responsabilidade civil nas negociações preliminares (*culpa in contrahendo*): **Cadernos de Direito – UNIFESO**. Teresópolis/RJ, v. 1, n. 1, 2016. p. 35 - 58.

KRETZMANN, Renata Pozzi. Nexo de causalidade na responsabilidade civil: conceito e teorias explicativas, 2018. (Artigo publicado em site jurídico)

LOPES, Tainá de Campos. **O estatuto da pessoa com deficiência e os principais reflexos no direito brasileiro**. Tese (Bacharelado em Direito) - UniEVANGÉLICA. Anápolis, p. 44, 2018.

MORSELLO, Marco Fábio. O nexo causal e suas distintas teorias: apreciações críticas: **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 19, jan. 2007, p. 211- 218.

OLIVEIRA, Talliton George Rodrigues de. **O nexo de causalidade na responsabilidade civil**. Tese (Bacharelado em Direito) - UniCeub. Brasília, p. 38. 2011.

REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 6, jan - mar. 2016, p. 37 - 54.

SANTOS, Amanda Pires dos. **A banalização do dano moral: responsabilidade civil e posicionamento dos Tribunais Pátrios**. Tese (Bacharelado em Direito) - UniEVANGÉLICA. Anápolis, p. 47. 2018.

SIRENA, Hugo Cremonez. A incapacidade e a sistemática geral do direito civil sob a égide do novo estatuto da pessoa com deficiência (Lei 13.146/2015): **Revista de Direito Privado**, v. 70, out. 2016, p. 1 - 7.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Responsabilidade Civil: Fundamentos do Direito Civil**, v.4. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TJ-PA - APL: XXXXX20118140301 BELÉM, Relator: DIRACY NUNES ALVES, Data de Julgamento: 09/06/2016, 5ª CAMARA CÍVEL ISOLADA, Data de Publicação: 22/06/2016.

TJ-RO - APL: XXXXX20098220001 RO XXXXX-87.2009.822.0001, Relator: Juiz Adolfo Theodoro Naujorks Neto, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 03/04/2017.

PESSOA IDOSA E(M) FAMÍLIA SOLIDÁRIA: DESATANDO NÓS E CONSTRUINDO NOVOS NINHOS¹

Jacqueline Lopes Pereira²

Mariana Demetruk Marchioro³

RESUMO: Os dias atuais presenciam o envelhecimento da população e, na realidade brasileira, observa-se que as relações familiares são impactadas por tal mudança etária. Investigam-se os núcleos familiares formados por idosos que vivenciam relação denominada pela doutrina de “família solidária”. O artigo, elaborado com base em pesquisa bibliográfica, exame de dados concretos e decisões judiciais, adota como fio condutor a vulnerabilidade desse grupo, dividindo-se em quatro seções. Primeiramente, discorre-se sobre a condição social e jurídica da pessoa idosa no Brasil. Em segundo momento, apresenta-se a “família solidária” como meio de emancipação desse grupo e indica a experiência da legislação estrangeira de “convivência de ajuda mútua”. O terceiro ponto verticaliza quatro perfis da liberdade relacionados à família, quais sejam, negativo, positivo, formal e substancial e, em último item, estudam-se alguns efeitos decorrentes do reconhecimento da entidade familiar.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa idosa. Família solidária. Vulnerabilidade.

INTRODUÇÃO

¹ Título em referência ao texto PERROT, Michelle. *O nó e o ninho*, Revista Veja, 25 anos: Reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993.

² Doutoranda e mestra em Direito das Relações Sociais (PPGD-UFPR). Especialista em Direito das Famílias e Sucessões pela ABDConst. Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Direito Civil Constitucional (Virada de Copérnico). Servidora pública do TJPR.

³ Mestra em Direito (PPGD-UFSC). Especialista em Direito das Famílias e Sucessões pela ABDConst em Psicologia Jurídica pela Unibrasil. Pesquisadora do Grupo de estudos e pesquisa Direito de Família em Perspectiva–GFAM–CNPq/UFSC.). Advogada.

O envelhecimento da população é fenômeno do “mundo do ser” que afeta o “mundo do dever ser”⁴ e as novas configurações familiares que nascem desse cenário questionam o direito de família da forma que tradicionalmente concebido.

A partir desse problema, valendo-se da metodologia civil constitucional, dedutiva e teórica, a qual implica em “reconhecer que a Constituição ocupou o lugar do Código Civil na centralidade do direito privado”⁵, o estudo realiza recorte voltado à “família solidária” constituída por idosos. Compreende-se que essa entidade familiar não é explícita no direito positivo e apresenta-se como campo profícuo de estudo.

Em primeiro momento, o artigo investiga em que consiste a vulnerabilidade da pessoa idosa, delimitando o perfil do grupo vulnerável que se pretende estudar no âmbito da família solidária. Em segundo lugar, parte-se de ilustração de caso concreto que guia a reflexão sobre as relações familiares formadas exclusivamente por idosos e o questiona-se se a família solidária seria horizonte de proteção e emancipação para essas pessoas.

Desse modo, tangenciam-se os perfis da liberdade, sob a perspectiva da família como direito, dever e coexistencialidade. A família solidária reflete-se nessa tríade como entidade familiar que nasce de relações horizontais entre pessoas vulneráveis que, pelo amparo mútuo em solidariedade, caminham à emancipação e exercício de liberdades positiva e substantiva. Nesse tópico, problematiza-se a apreensão da

⁴ FACHIN, Luiz E. PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Ânima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET*. Curitiba, ano 3, n. 5, 2011. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-Edson-Fachin.pdf>. Acesso em 07 mai. 2023.

⁵ Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, desta mudança “decorrem características novas, opostas à do direito civil tradicional, tais como a prevalência das situações não patrimoniais protegidas prioritariamente pelo constituinte, o reconhecimento da historicidade das regras jurídicas, bem como a valorização da função dos institutos jurídicos.”. MORAES, Maria Celina Bodin. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 1.

família em termos restritos à conjugalidade e esclarece-se qual é o sentido de “solidariedade” condizente com a família estudada.

Em terceiro momento, analisa-se a família solidária sob a noção plural de liberdades em família. E, por fim, o trabalho comenta alguns efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes da entidade familiar examinada, com enfoque na preservação do exercício da liberdade substancial da pessoa idosa por meio do resguardo de patrimônio mínimo que mantenha seu rol capacitório.

1 AS "NOVAS" PESSOAS IDOSAS COMO SUJEITOS DO DIREITO BRASILEIRO

Nas últimas décadas, o Brasil passou por significativas mudanças sociais, econômicas e políticas, as quais refletem na estrutura demográfica do país. Embalada pela queda da natalidade, desenvolvimentos tecnológicos, avanços da medicina, dentre outros fatores, a pirâmide etária brasileira aponta o envelhecimento da população.

Segundo o IBGE, entre 1950 e 2000 a proporção de idosos no Brasil esteve abaixo de 10% e, a partir de 2010, começou crescer, sendo que a estimativa para 2070 é que a proporção da população idosa supere os 35%, percentual superior ao indicador para o conjunto dos países desenvolvidos⁶.

Tendo em vista a diversidade de visões para a mesma expressão nominal de “pessoa idosa”, como as visões biológica, psicológica, sociocultural, legal, dentre outras, para servir de referencial como ingresso na velhice para fins de reconhecimento de direitos, adota-se o marco etário, sendo “pessoa idosa” toda aquela que possua idade igual

⁶ BRASIL. IBGE Coordenação de População e Indicadores Sociais. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98965.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2023.

ou superior a 60 anos, em conformidade com o artigo 1º da Lei 10.741/2003 (Estatuto da Pessoa Idosa)⁷.

O critério etário para a aceção da pessoa idosa como vulnerável é relevante, na medida em que permite chegar a dados objetivos sobre a condição do grupo. Um desses dados refere-se à expectativa de vida de quem nasce no Brasil, a qual aumenta nas últimas décadas e, em 2021, foi estimada em setenta e sete anos⁸. A referida categoria abrange pessoas com diferença etária de aproximadamente trinta anos. Essa ampla diferença de idade, inclusive, justifica medidas de maior prioridade às pessoas com idade superior a oitenta anos, tais como a alteração legislativa que incluiu o § 2º ao artigo 3º do Estatuto da Pessoa Idosa através da lei n. 13.466 de 12 de julho de 2017⁹.

Ciente da pluralidade da composição do grupo etário e das possíveis formações familiares que seus integrantes possam constituir, o presente trabalho tem como tarefa inicial delimitar seu objeto.

Nesse sentido, Ana Amélia Camarano e Solange Kanso El Ghaouri, pesquisadoras do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em estudo intitulado “Famílias com idosos: ninhos vazios?”, procederam à análise restrita de formas de vida em família com participação da pessoa idosa, e identificaram dois grupos principais: famílias *com* idosos e famílias *de* idosos¹⁰.

⁷ GRAVINIS, Claudete Rodrigues Teixeira. O idoso: Fruto das relações sociais e objetivo maior para um novo (re)pensar. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 70, nov 2009. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/o-idoso-fruto-das-relacoes-sociais-e-objetivo-maior-para-um-novo-re-pensar/>. Acesso em: 07 mai. 2023.

⁸ BRASIL. IBGE. *Tábua completa de mortalidade em 2021*. Disponível em: <https://ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9126-tabuas-completas-de-mortalidade.html>. Acesso em: 07 mai. 2023.

⁹ Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurar à pessoa idosa, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. [...]

§ 2º Dentre as pessoas idosas, é assegurada prioridade especial aos maiores de 80 (oitenta) anos, atendendo-se suas necessidades sempre preferencialmente em relação às demais pessoas idosas.

¹⁰ CAMARANO, Ana Amélia; GHAOURI, Solange Kanso El. *Famílias com idosos: ninhos vazios?* Disponível em:

A pesquisa investigou tais configurações familiares e as diferenciou de modo que famílias *de* idosos foram compreendidas como as realidades sociais em que uma pessoa idosa seria quem proporciona o sustento econômico dos demais, e a família *com* idosos seria aquela em que o idoso seria parcial ou totalmente dependente dos cuidados dos demais¹¹.

Sem se descuidar da relevância do tema que circunda a relação da pessoa idosa que reside com seus descendentes, cônjuges ou companheiros, ou ainda, a temática relativa à pessoa idosa vítima de violência ou abusos, o artigo investiga as realidades de vivência do idoso que reside com outras pessoas em condição similar.

Revela-se imprescindível, por consequência, tratar brevemente qual o significado que a pesquisa atribui à “vulnerabilidade”. Para explorar essa compreensão, parte-se de uma leitura civilista aliada a marcos teóricos interdisciplinares. Ainda que no contexto brasileiro a proposta da “repersonalização da pessoa” no direito civil¹² tenha emergido da aplicação concreta do princípio da dignidade da pessoa humana, alguns grupos de pessoas são eleitos, ao ver de Heloisa Helena Barboza, como sujeitos sobre os quais recai maior atenção do ordenamento jurídico em virtude de sua desigualdade perante os outros e, por isso, demandam medidas de cuidado, tanto em políticas públicas, quanto nas relações privadas¹³.

Exemplo central de medida que se volta à proteção dos idosos é o microssistema de proteção¹⁴ conhecido como Estatuto da Pessoa Idosa

https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4523. Acesso em: 07 mai. 2023.

¹¹ Idem.

¹² ROSENVALD, Nelson. *A personalização da personalidade*. Disponível em: <https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/346128676/a-personalizacao-da-personalidade-artigo-de-nelson-rosenvald>. Acesso em: 06 mai. 2023.

¹³ BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 109-110.

¹⁴ Os microssistemas protetivos, também compreendidos como leis especiais, segundo Moraes, “passam a constituir o direito geral de um instituto ou de uma inteira matéria. Ao Código não se pode mais reconhecer o valor de um direito geral, de sede de princípios. Ele funciona apenas como direito residual, disciplina dos casos não regidos por normas particulares, para integrar e completar as previsões eventualmente lacunosas das leis

(Lei n. 10.741/2003). Essa legislação desenvolve a ideia de “rede de proteção” da pessoa idosa ao enfatizar a necessidade de resguardar seus direitos fundamentais nas interfaces de suas relações com o Estado e com outras pessoas, inclusive com a imposição de sanções em casos de violação desses direitos (Título III do Estatuto). Interessante observar que essa lei sublinha a qualidade de direito personalíssimo do envelhecimento (artigo 8º) e reitera o papel constitucionalmente atribuído à família, à sociedade e ao Estado para a proteção e existência da pessoa idosa com mais dignidade.

A vulnerabilidade desses sujeitos concretos se elevou no contexto da pandemia de COVID-19, que, segundo dados oficiais, até o mês de maio de 2023 causou o óbito de 701.833 brasileiros e brasileiras¹⁵. Não apenas as pessoas idosas consistem no grupo de maior incidência de óbitos pela doença, como também sofrem os efeitos do isolamento social. Os cuidados em casas de apoio ou mesmo no lar familiar exigiram reforço e inovação para que se mantivessem direitos de convivência com filhos e netos. Larissa Tenfen Silva e Ana Paula de Oliveira Antunes sublinham a acentuação das vulnerabilidades nesse quadro fático:

Idosos em situação de asilamento, da mesma forma, muitas vezes são abandonados para que se respeite o isolamento social e, poupados dos riscos do coronavírus, acabam morrendo sozinhos de tristeza, depressão, ou ainda, de doenças causadas pela baixa da imunidade agravadas pelo abandono. Em tempos difíceis, não há matemática exata capaz de encontrar solução para todas questões referentes à convivência dos idosos.¹⁶

Desse modo, infere-se a relevância do estudo em se refletir meios alternativos à institucionalização e à restrição do convívio familiar de pessoas idosas. Para tanto, dirige-se ao segundo passo do trabalho para,

especiais”. (MORAES, Maria Celina Bodin. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 25).

¹⁵ BRASIL. *Painel Coronavirus*. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 10 mai. 2023.

¹⁶ SILVA, Larissa Tenfen; ANTUNES, Ana Paula de Oliveira. A convivência entre avós idosos e netos no contexto da pandemia da COVID-19 no Brasil. In: NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARZAGÃO, Silvia Felipe (org.). *Coronavírus: impactos no direito da família e sucessões*. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 301.

através do ponto de vista do direito das famílias contemporâneo, entender em que consiste a “família solidária” e qual seria sua dimensão funcional.

2 DIREITO DAS FAMÍLIAS RENOVADO: A FAMÍLIA SOLIDÁRIA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO E EMANCIPAÇÃO DA PESSOA IDOSA

Em 1943, as irmãs Y. E. A., L. A. E. e M. L. E. A. conheceram aquele que se tornaria um de seus maiores amigos, o senhor E. B. Passado certo tempo de amizade, decidiram conviver no imóvel de titularidade deste último e, por trinta anos, construíram seu cotidiano em uma relação social distinta de laços de conjugalidade ou parentalidade. Após o falecimento de E. B., as três irmãs, já idosas, depararam-se em frágil situação, pois seu convivente não tinha herdeiros necessários¹⁷ e a casa onde residiram por décadas seria objeto de partilha entre parentes colaterais de quarto grau com quem o *de cuius* não mantivera qualquer contato em vida.

O referido caso foi objeto de parecer elaborado por Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, por meio do qual foi identificado que a convivência narrada envolvia a construção de vínculo familiar, pois, à luz de uma interpretação civil constitucional do art. 1.593 do Código Civil, a socioafetividade seria fonte de parentesco e que restou devidamente configurada no caso a denominada “posse do estado” de irmãos¹⁸.

Mantendo como fio condutor a vulnerabilidade e partindo do caso concreto, volta-se a atenção à relação da pessoa idosa no aspecto familiar. Situações como a retratada indicam formas de família distintas das erigidas tradicionalmente e demonstram a possibilidade de configurações familiares em que há horizontalidade em relação de pessoas com semelhante vulnerabilidade.

¹⁷ De acordo com a dicção do artigo 1.845 do Código Civil Brasileiro: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”.

¹⁸ FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Parentesco parabiológico. Fraternidade Socioafetiva*. Possibilidade Jurídica. Efeitos que podem ensejar. In: Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 388, ano 102, Nov-dez- 2006. p. 260-273.

Antes de tratar da entidade familiar, é importante observar o perfil renovado que o direito das famílias contemporâneo manifesta. E essa manifestação é alicerçada, de acordo com Luiz Edson Fachin, no tripé da família constitucional como direito fundamental, dever e coexistencialidade¹⁹.

A família é direito fundamental de toda pessoa construir sua identidade pessoal também como integrante de uma coletividade que a ampare e a auxilie em sua autoconstituição. Essa primeira acepção dialoga diretamente com o propósito da função "eudemonista" da família que, de acordo com Lamartine Oliveira e Francisco Muniz, busca instrumentalmente a felicidade das pessoas que a compõem²⁰.

Em contrapartida ao sentido de direito – e de acordo com Maria Celina Bodin de Moraes – a família é também dever e responsabilidade mútua que considera as desigualdades inerentes às relações humanas e exige que o comportamento do coletivo volte-se à proteção daqueles que são mais vulneráveis, no caso, a pessoa idosa²¹.

Assim, a família é coexistencialidade, pois construída pela força dos fatos sociais. Em razão da relevância da vivência que constitui a pessoa, o direito das famílias deve reconhecer efeitos que tutelam o exercício da liberdade interrelacional.

Tão logo se observam as normas jurídicas dirigidas à proteção da pessoa idosa, identificam-se os elementos da referida tríade. O *caput* do artigo 3º do Estatuto da Pessoa Idosa²² ao prever a garantia da convivência familiar aliado à leitura do artigo 230 da Constituição Federal

¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Depoimento especial de crianças e adolescentes vítimas de violência*. Curitiba: Tribunal de Justiça do Paraná, 29/08/2016. Conferência Magna de Abertura.

²⁰ MUNIZ, Francisco José Ferreira. OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de. *Curso de direito de família*. 4. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 13.

²¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. A nova família, de novo: Estruturas e função das famílias contemporâneas. *Revista Pensar*. v. 18. n. 02. 2013. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2705>>. Acesso em: 06 mai. 2023.

²² Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar à pessoa idosa, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

que impõe o dever de amparo à pessoa idosa atende ao primeiro e ao segundo pilar da família constitucional.

Nesse sentido, destaca-se a definição de “família” por Pietro Perlingieri, o qual a qualifica como “valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contrariedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana”, e como “lugar onde se desenvolve a pessoa”²³. Para o autor, trata-se de formação social que visa à realização das exigências humanas e, ainda, assevera que o primado da pessoa e o reconhecimento das formações sociais como sendo colocadas ao seu exclusivo serviço reforçam os deveres de solidariedade entre as pessoas que compõem a relação familiar²⁴.

Essa compreensão harmoniza-se ao que Ana Carla Harmatiuk Matos identifica como família solidária: “realidades de convívio com esforço mútuo para a manutenção de pessoas que têm em comum a necessidade premente de auxiliar-se”²⁵.

Embora seja conceito embrionário no Brasil e, inclusive, sua forma possa também abranger a união de mães solteiras e pessoas com deficiência²⁶, em países como a Espanha, há legislações que expressamente abarcam a possibilidade de reconhecimento de relações entre conviventes e equiparadas a famílias. Judith Solé comenta que as leis catalãs n. 19/1998 e n. 22/2000 contêm em seus preâmbulos a preocupação com o envelhecimento progressivo da população, a correlata prolongação da vida, assim como a necessidade de regular e reconhecer

²³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 243-244.

²⁴ Idem.

²⁵ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. “Novas” Entidades Familiares e seus Efeitos Jurídicos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e Solidariedade: Teoria e Prática do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 45.

²⁶ Sobre o tema, menciona-se o artigo PEREIRA, Jacqueline Lopes. A Família Solidária como Proposta de Mitigação de Vulnerabilidades de Idosos, Pessoas com Deficiência e Famílias Monoparentais. *Revista Digital do IAB*, v. VI, p. 127-170, 2014.

modos de convivência que evitam a institucionalização de idosos em abrigos geriátricos²⁷.

Ana Giménez Costa e Cristina Villó Travé elucidam que as referidas leis destinam-se a regulamentar situações distintas, a Lei 19/1998²⁸ dispõe sobre a coexistência entre pessoas maiores com o escopo de resolver suas dificuldades econômicas e sociais, além de evitar o isolamento em instituições geriátricas, independentemente do casamento e da configuração de união estável, e a Lei 22/2000²⁹ dedica-se ao acolhimento de pessoas idosas, por meio de um contrato complexo, bilateral, *intuitu personae*, pelo qual as famílias adotivas se obrigam a prestar assistência, cuidados e alimentos, bem como a assegurar o bem-estar e a plena integração do acolhido³⁰.

Frise-se que Ana Giménez Costa e Cristina Villó Travé, no estudo intitulado “*La regulación catalana de una nueva situación convivencial*”:

²⁷ “En la situació actual d’envelliment progressiu de la població com a conseqüència de la prolongació de la vida i de la reducció de la natalitat, una regulació legal de signe proteccionista que estructurí aquest tipus de convivència pot solucionar el benestar general de les persones grans que s’hi acullin, resoldre’ls les difi cultats econòmiques i socials i ésser una opció més a l’ingrés d’aquestes en institucions geriàtriques” (SOLÉ, Judith. *El tractament legal dels nous models familiars*. Disponível em: <https://ajuntament.barcelona.cat/dretssocials/sites/default/files/revista/revista15-art3-tractament-legal-nous-models-familiars.pdf> . Acesso em: 06 mai. 2023.

²⁸ “Esta norma de signo proteccionista buscaba flexibilizar el concepto de convivencia y, a su vez, fomentar un nuevo tipo de convivencia entre personas mayores, que pretende resolver sus dificultades económicas y sociales y evitar su aislamiento en instituciones geriátricas, al margen del matrimonio y de las uniones estables de pareja.” (COSTA, Ana Giménez; TRAVÉ, Cristina Villó. *La regulación catalana de una nueva situación convivencial: las relaciones convivenciales de ayuda mutua*. Disponível em: <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/51990/153-167.pdf?sequence=1>. Acesso em: 06 mai. 2023.)

²⁹ Segundo as Lei 22/2000, de Acogida de Personas Mayores (LAPM), “es la primera Ley que regula en el ámbito español un acogimiento de carácter civil, como un contrato complejo, bilateral, intuitu personae y retribuido, por el que acogedores y acogidos establecen entre ellos relaciones jurídicas cuasi familiares que dan lugar a una convivencia, en la que los acogedores se obligan a prestar asistencia, cuidado y alimentos a los acogidos, con el fin de procurar su bienestar y su plena integración en una misma vivienda.” (COSTA, Ana Giménez; TRAVÉ, Cristina Villó. *La regulación catalana de una nueva situación convivencial: las relaciones convivenciales de ayuda mutua*. Disponível em: <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/51990/153-167.pdf?sequence=1>. Acesso em: 06 mai. 2023).

³⁰ COSTA, Ana Giménez; TRAVÉ, Cristina Villó. *La regulación catalana de una nueva situación convivencial: las relaciones convivenciales de ayuda mutua*. Disponível em: <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/51990/153-167.pdf?sequence=1>. Acesso em: 06 mai. 2023.

*las relaciones convivenciales de ayuda mutua*³¹, procederam à análise pormenorizada acerca da Lei n. 19/1998, salientando que, para a configuração da relação de ajuda mútua, devem estar presentes os seis pressupostos do art. 240-1 CCCat:

Artículo 240-1. Régimen jurídico. Dos o más personas que conviven en una misma vivienda habitual y que comparten, sin contraprestación y con voluntad de permanencia y de ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas, constituyen una relación de convivencia de ayuda mutua, que se rige por los acuerdos que hayan estipulado o, en su defecto, por lo establecido por el presente título.³²

Ademais, ressaltam aspectos da constituição das relações de ajuda mútua, a impossibilidade das referidas relações se darem entre ascendentes e descendentes, a distinção de tratamento entre as relações de ajuda mútua que se formam em razão de vínculos de amizade, companheirismo e de parentesco, a limitação do número de integrantes em cada caso, sobre a ausência de previsão legal acerca da composição mista, parentes e amigos (embora as autoras entendam que seja possível), impossibilidade da configuração da relação de ajuda mútua entre cônjuges ou companheiros, a finalidade e as causas de extinção³³.

Destarte, compreendida a família como direito, dever e coexistencialidade, retoma-se a ilustração delineada ao início do presente tópico para lançar luz à possibilidade de conceber a família de modo diverso aos erigidos pelas relações de conjugalidade e de parentalidade.

Ao se pensar a família solidária, percebe-se uma relação de coexistência amalgamada pelo cuidado recíproco pode construir vivência em família que não exige vínculo conjugal, tampouco de parental. Trata-

³¹ *Idem.*

³² Em tradução livre: “Artigo 240-1. Regime jurídico. Duas ou mais pessoas que convivem em uma mesma habitação e que compartilham, sem contraprestação e com desejo de permanência e de ajuda mútua, os gastos comuns ou o trabalho doméstico, ou ambas as coisas, constituem uma relação de convivência de ajuda mútua, que se rege pelos acordos que estipularam ou, em sua inexistência, pelo estabelecido no presente título”.

³³ COSTA, Ana Giménez; TRAVÉ, Cristina Villó. *La regulación catalana de una nueva situación convivencial: las relaciones convivenciales de ayuda mutua*. Disponível em: <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/51990/153-167.pdf?sequence=1>. Acesso em: 06 mai. 2023.

se de vínculo horizontal e com a finalidade de minimizar os efeitos da condição de vulnerabilidade dos que a compõem³⁴.

A relação que ora se estuda sob o direito das famílias mostra-se campo do exercício de solidariedade entre as pessoas. O sentido adotado para essa solidariedade não se refere ao de coesão entre membros da sociedade no desempenho de funções previamente delineadas, mas sim à ideia de "alteridade na coexistência"³⁵.

Reconhece-se a família como a base da sociedade, independentemente de sua forma, detentora da função de realização da dignidade e desenvolvimento de seus membros. Nesse viés, segundo Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, a família "é, efetivamente, realidade sociológica, que antecede o direito, não sendo possível aprisioná-la a conceitos ou modelos fechados e formalmente instituídos"³⁶.

Trata-se de horizonte de distinguir a relevância da relação social como juridicamente pertinente, em razão de ter como epicentro a pessoa humana concreta e livre.

Observada a perspectiva renovada do direito das famílias, analisa-se especificamente a família solidária no tópico a seguir, adotando-se a

³⁴ Em que pese se tratar de caso diverso da família solidária, o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a família integrada exclusivamente por irmãos (anaparental) para o fim de conceder efeitos protetivos às pessoas que a compõem. Um exemplo é a decisão do Recurso Especial nº 159.851/SP, que assegurou a impenhorabilidade de imóvel como bem de família em razão de irmãos solteiros habitarem nela: EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. LEI 8009/90. IMPENHORABILIDADE. MORADIA DA FAMÍLIA. IRMÃOS SOLTEIROS. OS IRMÃOS SOLTEIROS QUE RESIDEM NO IMÓVEL COMUM CONSTITUEM UMA ENTIDADE FAMILIAR E POR ISSO O APARTAMENTO ONDE MORAM GOZA DA PROTEÇÃO DE IMPENHORABILIDADE, PREVISTA NA LEI 8009/90, NÃO PODENDO SER PENHORADO NA EXECUÇÃO DE DÍVIDA ASSUMIDA POR UM DELES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 159.851*, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Brasília, DF, julgado em 19 mar. 1998, publicado em 22 jun. 1998).

³⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 47.

³⁶ FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Parentesco parabiológico. Fraternidade Socioafetiva. Possibilidade Jurídica. Efeitos que podem ensejar. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 388, ano 102, Nov-dez- 2006. p. 260-273.

leitura dos perfis da liberdade³⁷ em conjugação às peculiaridades da entidade familiar.

3 LIBERDADES E A CONSTRUÇÃO DE FAMÍLIA SOLIDÁRIA COMO VIDA QUE SE VALORIZA

Os três pilares que erigem a família constitucionalizada (direito, dever e coexistência) correlacionam-se aos perfis pelos quais a liberdade é vivenciada. A noção plural de liberdade demanda o exame pormenorizado de seus sentidos negativo, positivo formal e substancial. Esses perfis serão a seguir apreciados sob a perspectiva da família solidária formada por pessoas idosas.

3.1 LIBERDADE NEGATIVA

Principia-se pela liberdade negativa como uma liberdade que se restringe ao espaço das relações interprivadas, espaço esse que tem como limites as restrições e coerções previstas em lei, sem interferências externas. Ao remeter essa noção ao direito das famílias, interpreta-se que o Estado brasileiro, em tese, não veda a formação de entidades familiares diversas daquelas expressas no artigo 226 da Constituição Federal.

Em virtude de ter predominado no sistema jurídico pátrio uma visão regulatória do direito de família durante o século XX, isto é, que reconhecia como entidade familiar somente a matrimonializada, é importante a reflexão apresentada por Paulo Lôbo sobre o caráter *numerus apertus* ou *numerus clausus* da previsão constitucional³⁸. Fundado no sentido da liberdade negativa e da tutela da pessoa humana em sua integridade, Lôbo compreende que a Constituição Federal

³⁷ “A liberdade, portanto, pressupõe, como seu elemento central a *possibilidade* de uma *escolha*. No pensamento contemporâneo tal concepção ocupou o lugar daquela noção mais ampla, proveniente diretamente do pensamento aristotélico, da liberdade como ausência completa de condições ou de limitações.” (MORAES, Maria Celina Bodin. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 185-186)

³⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 80-82.

apresenta apenas um rol exemplificativo de entidades familiares e que o intérprete é quem deve, na análise da situação concreta, avaliar se a relação social, não vedada pelo ordenamento jurídico, caracteriza-se como família.

A proteção de novas entidades familiares, ao ver de Pianovski Ruzyk, sobressai quando pensada em conjunto com os princípios do eudemonismo e da pluralidade das entidades familiares³⁹. Essa última dialoga com o sentido de liberdade negativa e com família como direito fundamental não restringido pelo Estado, nos termos de inexistir coerção para que se exerça a forma de vida valorizada para si.

Nota-se que a família solidária não tem sua formação vedada, contudo, a mera afirmação de que um comportamento não seja defeso pelo Estado é insuficiente quando se enfrentam relações familiares com vulneráveis. Por isso, a relevância de visualizar a liberdade também em seu aspecto positivo.

3.2 LIBERDADE POSITIVA

A liberdade positiva abre horizonte de visualização do indivíduo como seu próprio senhor em liberdade de não ser impedido de escolher o que fazer ou deixar de fazer o que valoriza para si. Essa liberdade difere do sentido negativo na medida em que possibilita a construção da subjetividade e da tomada de decisões determinantes para os rumos da própria vida.

Esse perfil de liberdade se sobressai ao se pensar o direito de família, pois tangencia a autoconstituição da pessoa em dimensão coexistencial e coletiva. Essa liberdade permite que a vivência em relação qualificada como família surta efeitos de modo diverso à redução a uma simples exteriorização de autonomia privada com termo inicial. Para Pianovski, ela “é a liberdade que se vive, na qual se constroem compromissos

³⁹ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdades*: Repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2011. p. 316.

recíprocos que não cabem normalmente em um contrato ou em um pacto, mas que se constituem no comportamento que forja a vivência em comum”⁴⁰.

O Supremo Tribunal Federal (STF) indica interpretação condizente com os perfis negativo e positivo da liberdade em relações familiares tanto no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, quanto do Recurso Extraordinário n. 898.060 (Repercussão Geral n. 622). No primeiro caso, o STF reconheceu as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar equiparada à união estável heterossexual⁴¹ e, no segundo, o relator Ministro Luiz Fux ao examinar caso de paternidade socioafetiva ressaltou que:

[...] O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das kjmventades particulares.⁴²

O STF vincula a pluralidade das entidades familiares ao direito à busca pela felicidade (*pursuit of happiness*) em reconhecimento da liberdade positiva e do exercício da vida desejada sem interferência paternalista e restritiva do Estado.

Ao se promover o diálogo entre as liberdades negativa e positiva e a interpretação do ordenamento jurídico, vislumbra-se a família solidária como constituída informalmente pela vida em comum de pessoas idosas em rede de similar vulnerabilidade.

⁴⁰ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Institutos fundamentais do direito Civil e Liberdades*: Repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2011, p. 334-335.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277*, Plenário, Rel. Min. Ayres Britto, Brasília, DF, julgado em 05 mai. 2011, publicado em 14 out. 2011.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 898.060*, Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>>. Acesso em: 06 mai. 2023.

Ainda é relevante tangenciar a liberdade formal e a liberdade substancial para ultrapassar a compreensão estrutural da família.

3.3 LIBERDADE COMO ABSTRAÇÃO OU LIBERDADE FORMAL

A liberdade como abstração, ou liberdade formal, tem estreita ligação com a autonomia privada e pode ser resumida como o perfil da liberdade garantida formalmente a todos.

Na acepção conferida às relações familiares compostas por pessoas idosas, a liberdade como abstração parte de um espaço de igualdade de condições, inexistente na concretude dos fatos. Essa liberdade dialoga com o plano estrutural da família e recai na construção dos elementos de uma relação jurídica como conceitos restritos, o que amparou, inclusive, a manutenção do casamento como modelo de família unitário reconhecido pelas codificações ocidentais⁴³.

Assim, embora a liberdade formal remeta ao igual direito de todos constituírem família, revela-se a sua insuficiência ao pensar na família solidária, que é relação familiar construída no trilhar de vivências concretas não subsumidas à ideia de mera estrutura destinada a pessoas em igualdade de condições, mas como função que ampara seus componentes para minimizar a situação de precariedade.

A pessoa como centro do ordenamento jurídico não pode ser limitada à liberdade como abstração ou à autonomia privada: é preciso ir além e perscrutar a abertura do sistema jurídico à concretude da vida como local de liberdade substantiva.

3.4 LIBERDADE SUBSTANCIAL, SUBSTANTIVA OU COMO EFETIVIDADE

⁴³ FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Parentesco parabiológico. Fraternidade Socioafetiva. Possibilidade Jurídica. Efeitos que podem ensinar. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 388, ano 102, Nov-dez- 2006. p. 261.

A liberdade substancial, substantiva ou como efetividade, por outro lado, tem como ponto central a função da família como liberdade em si. Sem dúvida, Amartya Sen é autor com significativas contribuições à compreensão desse perfil e a visão por ele adotada para o sentido de liberdade remete essa “[a]os *processos* que permitem a liberdade de ações e decisões como as *oportunidades* reais que as pessoas têm, dadas as suas circunstâncias pessoais e sociais.”⁴⁴.

Esse perfil de liberdade refere-se à gradação entre os funcionamentos disponíveis para a pessoa viver em mínimo bem-estar e a factibilidade de conseguir obtê-los. Como realidade sociológica anterior ao Direito, a família tem função que sobreleva a sua estrutura, pois, por ser rede relacional em que pessoas produzem sua vivência cotidiana, é também horizonte para a ampliação do rol capacitório das pessoas que nela interagem⁴⁵.

A liberdade substantiva é, portanto, concretizada em meio a uma relação que permita a realização de escolhas constitutivas da própria subjetividade. O direito à convivência familiar com dignidade da pessoa idosa, previsto no artigo 3º do Estatuto da Pessoa Idosa, é direito fundamental concretizado pela construção da vivência diária relacional em que a solidariedade merece realce.

Com base no exame horizontal dos sentidos de liberdade, conclui-se que a família solidária consiste em manifestação da liberdade vivida como fonte de normatividade que extrapola a lógica formal, positiva e pontual de autonomia privada contratual. Por isso, os efeitos decorrentes desse modo de vida não são previstos em momento prévio e genésico, mas da liberdade positiva vivida na coexistência em relação familiar.

⁴⁴ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 32.

⁴⁵ FACHIN e PIANOVSKI RUZYK pontuam que o “direito brasileiro contemporâneo reconhece a insuficiência do fechamento conceitual, tutelando os integrantes da família com fundamento na proteção de um espaço em que possam livremente satisfazer suas aspirações afetivas e no qual prevaleça o valor da solidariedade.” (FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Parentesco parabiológico. Fraternidade Socioafetiva. Possibilidade Jurídica. Efeitos que podem ensejar. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 388, ano 102, Nov-dez- 2006. p. 261).

Não é possível pensar a dimensão da existência humana, especialmente no caso de pessoa idosa, sem também refletir a respeito de efeitos protetivos que decorram da família solidária como instrumento de concretização de direitos fundamentais. Por isso, o trabalho atenta-se à realidade de casos concretos e exame de repercussões que decorrem do reconhecimento da entidade familiar.

4 EFEITOS DO RECONHECIMENTO DA FAMÍLIA SOLIDÁRIA FORMADA POR PESSOAS IDOSAS

Tratar de efeitos de relações existenciais é adentrar no universo de concretude do exercício da liberdade positiva e da liberdade substancial. No caso dos quatro idosos, objeto de parecer de Fachin e Pianovski Ruzyk, dois efeitos sobressaem. Um pode ser generalizado como consequência da vivência em relação familiar, enquanto o outro decorre do exame específico do relato.

O primeiro remonta à ideia de patrimônio mínimo que, ao ver de Fachin, consiste em não tornar autônomo o patrimônio, tampouco impedir a própria existência do sujeito na ausência de um mínimo patrimonial⁴⁶.

A discussão que levou à elaboração de parecer ao caso de Y. E. A., L. E. A. e M. L. E. A. teve origem no processo de Inventário proposto por parentes colaterais de quarto grau de E. B. perante a justiça estadual de Minas Gerais. Ora, as idosas e conviventes foram excluídas do rol de possíveis herdeiros, antes de ser julgada a Ação de Reconhecimento de Irmandade Socioafetiva e de ser finalizada a discussão sobre a existência de relação de parentesco socioafetivo entre essas e o *de cujus*.

As idosas pretendiam suspender o Inventário ou reservar metade do patrimônio inventariado até comprovarem a sua qualidade de herdeiras na ação de reconhecimento de irmandade socioafetiva. Com a reserva,

⁴⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 12.

pretendiam continuar a exercer seu direito de moradia no imóvel em que viveram por décadas e que era de titularidade de E. B.⁴⁷.

Situação semelhante foi julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O caso concreto consistia em ação declaratória ajuizada por um idoso, que visava ao reconhecimento de união estável formada com sua cunhada que falecera em 2002. Os herdeiros da senhora interuseram recurso de Apelação ao tribunal após sentença de primeiro grau favorável ao autor, alegando que não havia indícios suficientes que remetesse a uma conjugalidade entre os idosos, senão a uma situação de “amizade”. O cunhado fora casado com a irmã da falecida por mais de cinquenta anos e os três idosos viveram na mesma residência por décadas.

Em seu julgamento, a Corte sul-rio-grandense levou em consideração elementos fáticos que atestavam a existência de entidade familiar, inclusive o depoimento de um cuidador que, embora prestasse serviços de enfermagem somente às duas idosas, recebia o pagamento exclusivamente do autor da ação. A esposa deste falecera em março de 1994 e até o fim da vida de sua cunhada, o idoso continuou a residir com esta. Isto é, por oito anos os dois cunhados idosos conviveram, cuidando e amparando um ao outro, em comportamento constituinte de relação familiar compreendida pelo Tribunal como companheirismo e comunhão de vida com afeto e solidariedade⁴⁸.

⁴⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento n° 1.0024.05.6894694/001(1)*, Rel. Des. Albergaria Costa, Belo Horizonte, MG, decisão monocrática de 11 set. 2006, publicado em 16 set. 2006.

⁴⁸ O desembargador relator Luiz Felipe Brasil deixou claro em seu voto que a entidade familiar verificada do caso concreto divergia da união estável em sentido conjugal: “Por todo o exposto, resta incontroverso que H. e N., após a morte de sua esposa, mantiveram a coabitação preexistente, mas com as características necessárias à formação de uma entidade familiar unidos por laços de afeto, solidariedade e companheirismo em etapa já avançada da vida que mantiveram juntos”. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n.º 70012067096*. Apelante: Paulo S. O. Apelados: N. M. S. e outros. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, Porto Alegre, RS, julgado em 27 de julho 2005, publicado em 04 ago. 2005).

Desse modo, com o reconhecimento da entidade familiar, o idoso autor da ação pode continuar a exercer a posse no imóvel em que residira com a esposa e a cunhada durante parte de suas vidas.

Nos casos narrados, assim como em outras relações de convivência entre pessoas idosas que configuram família solidária, o resguardo de um mínimo patrimonial que garanta o direito à moradia e consequente produção da vida cotidiana é efeito concreto da liberdade positiva e motriz que permite o exercício da liberdade substantiva.

A interpretação que prevalece nos tribunais brasileiros quanto à ponderação entre o patrimônio mínimo do idoso e o direito de propriedade de outrem é a de resguardar o primeiro em detrimento do segundo.

A título exemplificativo, cita-se caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que, após juízo de ponderação entre o direito de propriedade e direito à moradia, decidiu resguardar o segundo com consequente proteção do vulnerável idoso. O caso refere-se a recurso de apelação cível interposta pela filha em face de sentença que julgou improcedente a ação de reintegração de posse por ela ajuizada contra seus pais. O voto do relator avaliou que o sistema jurídico brasileiro, através de normas da Constituição Federal⁴⁹ e do Estatuto da Pessoa Idosa⁵⁰, evidencia lógica protetiva à pessoa idosa com tutela de seus direitos fundamentais, dentre os quais está a moradia digna. Por isso – e em razão de ser atribuído aos filhos o dever de cuidado aos pais idosos – o colegiado concluiu que, “a despeito de haver legítima pretensão no âmbito infraconstitucional a reaver a posse do bem, existem comandos normativos constitucionais que tutelam o interesse dos idosos”⁵¹.

⁴⁹ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

⁵⁰ Art. 37. A pessoa idosa tem direito a moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhada de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública ou privada.

⁵¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível nº 0002069-45.2014.8.07.0001*, Rel. Des. Josapha Francisco dos Santos, Brasília, DF, acórdão de 08 jun. 2016, publicado em 22 jun. 2016.

Observa-se desse caso concreto, assim como do caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e da consulta de Y. E. A., L. E. A. e M. L. E. A., a necessidade de proteger o bem imóvel a título de instrumento que concretiza o direito de moradia de pessoas idosas. Embora a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios não retrate uma família solidária, a fundamentação jurídica construída no julgamento é adequada ao se pensar em famílias constituídas por idosos sem traços de conjugalidade, com características similares a famílias anaparentais⁵².

Por outro vértice de efeitos, no caso ilustrado no parecer, houve o reconhecimento específico da irmandade socioafetiva, que não se confunde com a família solidária, mas que pode eventualmente ser abrangida em seu contexto. A partir da leitura do artigo 1.593 do Código Civil Brasileiro⁵³, Fachin compreende ser possível o reconhecimento de vínculos de parentesco “de outra origem”, qualificada como socioafetiva⁵⁴.

Em leitura aliada à liberdade positiva como comportamento voltado à coexistência em solidariedade e cuidado recíproco, a dimensão socioafetiva de uma relação entre pessoas que, a princípio, não possuem vínculos de parentesco consanguíneo ou jurídico, pode ensejar o reconhecimento de laço de irmandade socioafetiva.

A posse de estado de irmandade, no caso concreto relatado, decorre da convivência e construção da relação entre idosos tais como se irmãos fossem com a constatação de pelo menos dois dos elementos *nominatio*, *tractatio* e *reputatio*. O *nomen* ou *nominatio* não é entendido como elemento essencial para o reconhecimento de parentesco socioafetivo, pois se trata da atribuição de nome de família a outros membros. A *tractatio* refere-se à dimensão interna da relação construída pelos

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 159.851*, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Brasília, DF, julgado em 19 mar. 1998, publicado em 22 jun. 1998.

⁵³ Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

⁵⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

conviventes e se vincula à concretização da solidariedade na coexistência. Ainda, a *reputatio* complementa a *tractatio* por ser mera exteriorização e reconhecimento no meio social da relação como familiar⁵⁵.

Nesse aspecto, cita-se que, em outubro de 2022, o Superior Tribunal de Justiça noticiou o julgamento de caso que tramita em segredo de justiça em que se deu provimento a um Recurso Especial para reconhecer a possibilidade jurídica de pedido de irmandade socioafetiva *post mortem*. O Relator Ministro Marco Buzzi observou que “a socioafetividade tem assento tanto na relação paterno-filial quanto no âmbito das relações mantidas entre irmãos, associada a outros critérios de determinação de parentesco.”⁵⁶.

Embora a posse de estado de irmandade possa ser instrumental para assegurar direitos aos conviventes de família solidária, é dispensável para o reconhecimento da entidade familiar e não pode ser considerada um efeito obrigatório dessa modalidade, pois essa, como visto nas páginas antecedentes, é reconhecida no exercício da liberdade vivida e não a partir do reconhecimento judicial de vínculo de parentesco.

Essa constatação reforça que o sentido de liberdade positiva adotado no presente trabalho não se pauta pela constituição da relação familiar em momento inaugural, formal e genésico. Assim também eventual pactuação ou formalização da declaração dos membros da relação familiar, ao invés de ser uma peça essencial e indispensável para a constituição da família solidária, será pensada como elemento fático que corrobora a exteriorização da vontade e liberdade das pessoas conviventes no momento anterior e presente à instrumentalização⁵⁷. Isso

⁵⁵ FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Parentesco parabiológico. Fraternidade Socioafetiva. Possibilidade Jurídica. Efeitos que podem ensejar. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 388, ano 102, Nov-dez- 2006, p. 271-272.

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *É juridicamente possível o reconhecimento de parentesco socioafetivo entre irmãos, mesmo após a morte de um deles*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/11102022-E-juridicamente-possivel-o-reconhecimento-de-parentesco-socioafetivo-entre-irmaos--mesmo-apos-a-morte-de-um-deles.aspx>. Acesso em: 10 mai. 2023.

⁵⁷ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Institutos fundamentais do direito Civil e Liberdades: Repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2011, p. 335.

porque, como se trata de uma liberdade vivida, logo após a declaração, é possível que os rumos da vida levem os componentes da família a outra configuração.

Quanto à dimensão dos efeitos do reconhecimento da entidade familiar, resgata-se a citação aos ensinamentos de Luiz Edson Fachin a respeito do transcorrer de três sentidos do direito civil constitucional: formal, substantivo e prospectivo.

A primeira dimensão refere-se à positivação expressa de direitos como, no que toca ao presente estudo, o direito de idosos à convivência familiar em relação interpessoal com dignidade e respeito à sua vulnerabilidade (artigo 230 da Constituição Federal e artigo 3º da Lei 10.741/2003). O segundo sentido liga-se à leitura do sistema jurídico sob viés principiológico, não limitado à lei expressa, podendo-se mencionar o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da pluralidade das entidades familiares para visualização da família solidária. Por fim, o terceiro sentido, prospectivo, é degrau da constitucionalização do direito civil que busca na reconstrução de significados uma forma de libertação e emancipação das pessoas que se projeta diante das falhas da concretude dos fatos⁵⁸.

A função prospectiva do direito permite reconhecer a força do exercício da liberdade positiva que constitui relações familiares e combater desigualdades e vulnerabilidades concretamente produzidas em desconformidade às pretensões do texto positivado.

No sentido prospectivo e sob a perspectiva do direito de família, a proteção dos efeitos do reconhecimento de famílias não explícitas formalmente deve ter como ponto central as pessoas nelas consideradas e a busca pelo direito à felicidade, conforme entendimento exposto em julgamento recente do STF⁵⁹. No caso da pessoa idosa, em razão de sua

⁵⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 17-18.

⁵⁹ Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 898.060/SC*. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em: 21/09/2016. Processo Eletrônico Repercussão Geral. DJe: 24 ago.2017.

maior vulnerabilidade, devem-se evidenciar efeitos que garantam, por exemplo, a proteção do patrimônio mínimo e direito à moradia digna, conforme a pouco se tangenciou. Fachin e Pianovski Ruzyk ressaltam a importância da proteção ser realizada dessa forma “sob pena de, assim não ocorrendo, transformar-se o Direito de Família em lugar de exclusão centrada em pré-concepções avessas à dimensão social em que as relações familiares se forjam”⁶⁰.

Logo, a atribuição de efeitos às relações existenciais sem ênfase exclusiva e finalística à dimensão patrimonial deve considerar a vulnerabilidade da pessoa idosa e seu direito a patrimônio mínimo. Ao examinar os institutos do direito civil como instrumentos de resguardo do mínimo existencial das pessoas em família solidária, depara-se com a repersonalização do direito das famílias e cumprimento da função de cuidado ao vulnerável idoso pelo próprio sistema jurídico.

As mudanças do mundo do “ser” informam ao direito das famílias que é preciso lançar luz a relações sociais antes não examinadas como famílias, mas que em virtude de serem exercício de liberdades, são assim consideradas para a proteção de efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais do ser humano vulnerável.

5 CONCLUSÃO

Os dias atuais anunciam desafios ao direito das famílias em reconhecer novas entidades familiares tendo como sujeitos concretos um significativo contingente populacional de pessoas vulneráveis.

Nesse cenário, surge a família solidária, a qual consiste em relações familiares formadas por pessoas em condição de vulnerabilidade semelhante, como mães sem cônjuge ou companheiro em centros urbanos, pessoas com deficiência e, no caso do presente artigo, de pessoas idosas. O perfil renovado do direito das famílias brasileiro em

⁶⁰ FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Parentesco parabiológico. Fraternidade Socioafetiva. Possibilidade Jurídica. Efeitos que podem ensinar. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 388, ano 102, Nov-dez- 2006, p. 271.

vertente teórica civil constitucional erige o direito à convivência familiar da pessoa idosa em forma de família não restrita aos modelos expressos no texto positivo e, a partir da pesquisa, são sublinhadas algumas conclusões.

A interpretação dirigida ao reconhecimento da pluralidade de entidades familiares desatrelada do texto posto é tendência do Supremo Tribunal Federal em decisões recentes em matéria de direito das famílias, pois em duas oportunidades (ADPF 132/ADI 4277 e RE 898.060) ressaltou que ao Estado cabe reconhecer a forma de vida que as pessoas valorizam para si na busca da felicidade (*pursuit of happiness*).

A família é relação de coexistencialidade e constituição da subjetividade que admite formas não limitadas a uma mera estrutura “formal”. Assim, é preciso ultrapassar a visão de relação familiar como conjugalidade e parentalidade e considerá-la em relação dinâmica de emancipação.⁶¹

A concretude que constitui a pessoa idosa nessa relação dinâmica pode gerar efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais protegidos pelo Direito, tais como o direito à moradia da pessoa idosa.

Como efeito preponderantemente extrapatrimonial, apontou-se a configuração de “posse de estado de irmãos”, ou “irmandade socioafetiva”, que pode eventualmente ser efeito da vivência em família solidária para o combate de vulnerabilidades.

Conclui-se, por fim, que a família solidária constituída por idosos é a realidade vivida que engendra a emancipação pelo cuidado recíproco em vivência que converge à concretização da vida que se valoriza. O reconhecimento e exame da entidade familiar mostra o íntimo compromisso prospectivo do direito das famílias como instrumento de emancipação de pessoas em condição de vulnerabilidade.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL. IBGE Coordenação de População e Indicadores Sociais. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98965.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2023.

BRASIL. IBGE. *Tábua completa de mortalidade em 2012*. Disponível em: <https://ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9126-tabuas-completas-de-mortalidade.html>. Acesso em: 07 mai. 2023.

BRASIL. *Painel Coronavirus*. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 10 mai. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *É juridicamente possível o reconhecimento de parentesco socioafetivo entre irmãos, mesmo após a morte de um deles*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/11102022-E-juridicamente-possivel-o-reconhecimento-de-parentesco-socioafetivo-entre-irmaos--mesmo-apos-a-morte-de-um-deles.aspx>. Acesso em: 10 mai. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 159.851*, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Brasília, DF, julgado em 19 mar. 1998, publicado em 22 jun. 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277*, Plenário, Rel. Min. Ayres Britto, Brasília, DF, julgado em 05 mai. 2011, publicado em 14 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 898.060/SC*. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em: 21/09/2016. Processo Eletrônico Repercussão Geral. DJe: 24 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível nº 0002069-45.2014.8.07.0001*, Rel. Des. Josapha Francisco dos Santos, Brasília, DF, acórdão de 08 jun. 2016, publicado em 22 jun. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento nº 1.0024.05.6894694/001(1)*, Rel. Des. Albergaria Costa, Belo Horizonte, MG, decisão monocrática de 11 set. 2006, publicado em 16 set. 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70012067096*. Apelante: Paulo S. O. Apelados: N. M. S. e outros. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, Porto Alegre, RS, julgado em 27 de julho 2005, publicado em 04 de agosto de 2005.

CAMARANO, Ana Amélia; GHAOURI, Solange Kanso El. *Famílias com idosos: ninhos vazios?* Disponível em:

https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4523. Acesso em: 06 mai. 2023.

COSTA, Ana Giménez; TRAVÉ, Cristina Villó. *La regulación catalana de una nueva situación convivencial: las relaciones convivenciales de ayuda mutua*. Disponível em:

<http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/51990/153-167.pdf?sequence=1>. Acesso em: 06 mai. 2023.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. *Depoimento especial de crianças e adolescentes vítimas de violência*. Curitiba: Tribunal de Justiça do Paraná, 29/08/2016. Conferência Magna de Abertura.

FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz E. PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Ânima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET*. Curitiba, ano 3, n. 5, 2011. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-Edson-Fachin.pdf> Acesso em 06 mai. 2023.

FACHIN, Luiz E. PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Parentesco parabiológico. Fraternidade Socioafetiva. Possibilidade Jurídica. Efeitos que podem ensejar. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 388, ano 102, Nov-dez- 2006. p. 260-273.

GRAVINIS, Claudete Rodrigues Teixeira. O idoso: Fruto das relações sociais e objetivo maior para um novo (re)pensar. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 70, nov 2009. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/o-idoso-fruto-das-relacoes-sociais-e-objetivo-maior-para-um-novo-re-pensar/> . Acesso em: 07 mai. 2023.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. “Novas” Entidades Familiares e seus Efeitos Jurídicos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e Solidariedade: Teoria e Prática do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 35- 48.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A nova família, de novo: Estruturas e função das famílias contemporâneas. *Revista Pensar*. v. 18. n. 02. 2013. Disponível em:

<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2705>. Acesso em: 06 mai. 2023.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de. *Curso de direito de família*. 4. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

PEREIRA, Jacqueline Lopes. A Família Solidária como Proposta de Mitigação de Vulnerabilidades de Idosos, Pessoas com Deficiência e Famílias Monoparentais. *Revista Digital do IAB*, v. VI, p. 127-170, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PERROT, Michelle. *O nó e o ninho*. Revista Veja, 25 anos: Reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdades: Repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2011.

ROSENVALD, Nelson. *A personalização da personalidade*. Disponível em:

<https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/346128676/a-personalizacao-da-personalidade-artigo-de-nelson-rosenvald>. Acesso em: 06 mai. 2023.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Larissa Tenfen; ANTUNES, Ana Paula de Oliveira. A convivência entre avós idosos e netos no contexto da pandemia da COVID-19 no Brasil. In: NEVARES, Ana Luiza Maia; XAVIER, Marília Pedroso; MARZAGÃO, Silvia Felipe (org.). *Coronavírus: impactos no direito da família e sucessões*. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. p. 291-302.

SOLÉ, Judith. *El tractament legal dels nous models familiars*. Disponível em:

<https://ajuntament.barcelona.cat/dretssocials/sites/default/files/revista/revista15-art3-tractament-legal-nous-models-familiars.pdf>>. Acesso em: 06 mai. 2023.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA EM MULHERES DA PERIFERIA DO BRASIL: RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS IMPACTOS

Isadora Costa Mazoca ¹

Renê Vial²

RESUMO: A violência obstétrica se refere a qualquer ação ou omissão que cause danos à mulher em todas as fases da gravidez, parto, pós-parto e aborto. As condutas danosas são praticadas por profissionais de saúde, bem como pelas instituições hospitalares. Neste contexto, o objetivo do artigo é analisar a responsabilidade civil dos profissionais de saúde e estabelecimentos médicos nos casos de violência obstétrica em mulheres de periferia do Brasil, utilizando uma abordagem dedutiva baseada em doutrina e jurisprudência. Para tanto, iremos examinar o conceito de violência obstétrica e a sua distinção do erro médico, bem como a aplicação da responsabilidade civil, levando-se em conta a natureza da obrigação, bem como os danos causados à parturiente e ao neonato. Conclui-se que a presença de uma legislação específica para a questão da violência obstétrica poderia contribuir para a fiscalização das práticas relacionadas ao tema e para o acompanhamento dos direitos das mulheres, mormente as da periferia, fornecendo-lhes orientações adequadas.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia. Violência obstétrica. Responsabilidade civil.

INTRODUÇÃO

¹ Isadora Costa Mazoca, Engenheira Civil, MBA em Gestão de Projetos e estudante de Direito da Faculdades Kennedy.

² Renê Vial, Doutor em Direito Privado. Professor de Graduação e Pós-graduação. Advogado.

A violência obstétrica é uma realidade preocupante que afeta as mulheres em todo o mundo, incluindo aquelas que residem em regiões periféricas do Brasil. Esse tipo de violência ocorre durante o processo de atendimento médico no período de gestação, parto e pós-parto, violando os direitos reprodutivos e a integridade física e emocional das mulheres. No contexto da periferia, as disparidades sociais e de acesso à saúde são mais acentuadas.

Mulheres que residem em regiões periféricas do Brasil são particularmente vulneráveis à violência obstétrica devido a uma série de fatores. A desigualdade no acesso a serviços de saúde de qualidade é uma questão central, uma vez que essas mulheres enfrentam maiores dificuldades em obter um atendimento obstétrico apropriado. A falta de infraestrutura adequada e a escassez de profissionais de saúde contribuem para essa realidade, resultando em um sistema precário que muitas vezes falha em atender às necessidades específicas das mulheres da periferia.

Diante desse cenário, é fundamental explorar as questões relacionadas à responsabilidade civil em casos de violência obstétrica e compreender os impactos dessa forma de violência na vida das mulheres da periferia. Nesse contexto, é importante analisar como as políticas de saúde, a formação dos profissionais e a falta de regulamentação podem influenciar na violência obstétrica e como a responsabilidade civil pode ser uma ferramenta para garantir que as mulheres recebam um atendimento respeitoso e de qualidade, além de buscar a devida reparação pelos danos sofridos.

O objetivo desta pesquisa é investigar a responsabilidade civil dos profissionais de saúde e das instituições hospitalares diante da violência obstétrica enfrentada por mulheres residentes em áreas periféricas. Considera-se, para tanto, que a responsabilidade civil se refere à obrigação legal de reparar danos causados a terceiros, especificamente às mulheres que são vítimas de violência obstétrica. Será realizada uma análise da aplicabilidade das normas existentes para responsabilizar os

causadores desses atos violentos, além de identificar possíveis lacunas na legislação que precisem ser preenchidas para assegurar a efetiva proteção das mulheres vítimas da violência obstétrica.

2 DEFINIÇÃO DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

A violência obstétrica se manifesta por práticas abusivas, humilhantes e desrespeitosas durante o processo de assistência ao parto e ao puerpério. Essas ações podem resultar em dor, danos ou sofrimento para as mulheres, incluindo o uso de procedimentos sem o consentimento explícito, forçado ou até mesmo sem a devida informação fornecida à mulher.³

As mulheres da periferia são especialmente discriminadas no que diz respeito à violência obstétrica devido à falta de acesso a serviços de saúde que sejam considerados de qualidade. A impossibilidade de obter cuidados eficientes e a ocorrência de intervenções médicas desnecessárias exemplificam formas de violência do cotidiano dessas mulheres.

A periferia brasileira enfrenta diversos desafios em relação à saúde, incluindo a falta de infraestrutura adequada, escassez de profissionais e dificuldades de acesso a serviços essenciais. A violência obstétrica inclui uma variedade de práticas que desrespeitam os direitos das mulheres, incluindo a violência verbal, física e emocional. Mulheres de periferia são particularmente vulneráveis a essa forma de violência, devido às desigualdades sociais e econômicas.

Ao residir em áreas periféricas, por vezes, as mulheres enfrentam condições precárias de saúde, incluindo acesso limitado a serviços de pré-natal, acompanhamento adequado durante a gestação e assistência especializada no momento do parto. Infelizmente, a citada desigualdade

³ PICKLES, Camilla. **'Obstetric violence and the law'**: British academy postdoctoral researchfellow. Oxford: University of oxford law, 2017. Disponível em: <<https://www.law.ox.ac.uk/centres-institutes/centrecriminology/blog/2017/01/obstetric-violence-and-law-british-academy>>. Acesso em 14 abr. 2023.

socioeconômica e a falta de políticas públicas contribuem para agravar ainda mais essa situação.

Além disso, as mulheres da periferia são frequentemente vítimas de estigmatização com base em sua origem social, sua raça ou etnia, e esse tratamento preconceituoso pode se refletir no atendimento obstétrico. Dito de outra forma, essas mulheres podem enfrentar a falta de respeito ou, até mesmo, a omissão de informações adequadas sobre procedimentos e opções disponíveis.⁴

Tal realidade é preocupante, pois viola o direito das mulheres à saúde e à dignidade. Por isso, é fundamental que sejam implementadas medidas para combater a desigualdade e a estigmatização, garantindo acesso a serviços de saúde de qualidade e o respeito aos direitos das mulheres, independentemente de suas origens. Somente, desse modo, pode-se promover uma maternidade segura e humanizada para todas as mulheres, inclusive aquelas que vivem em regiões periféricas.

Em alguns casos, mulheres de periferia podem ser submetidas a intervenções médicas desnecessárias durante o parto, como cesarianas não indicadas, episiotomias sem necessidade ou ainda a administração excessiva de medicamentos, como a ocitocina para a indução do parto. Existem diversos exemplos de práticas violadoras de direitos, tais como a recusa de atendimento em hospitais e maternidades, a restrição na escolha dos acompanhantes, o uso de xingamentos, humilhações e comentários ofensivos, a realização da manobra de Kristeller e de múltiplos exames de toque, especialmente em hospitais-escola, a tricotomia, o enema, a imobilização de membros e outras práticas que podem ser consideradas inadequadas.

⁴ SANTOS, Vanessa Cedraz dos; MORAIS, Aisiane Cedraz; SOUZA, Zannety Conceição Silva do Nascimento; SILVA, Indinara Arimateia Rodrigues da; RAMOS, Rayciane Santos Suzart; SANTOS, Jaciele de Souza dos; SANTOS, Juliana Silva dos; NOGUEIRA, Sara Daniele de Araujo. **Violência Obstétrica na Perspectiva de Raça/Cor: Uma Revisão Integrativa.** Revista Paulista de Enfermagem. 2020. p. 10. Disponível em: <https://repen.com.br/revista/wp-content/uploads/2021/08/REPEN_2020_v31_Violencia-Obstetrica-na-Perspectiva-de-Raca-Cor.pdf>. Acesso em 20 de abr. de 2023.

As condutas acima mencionadas violam a dignidade e os direitos das mulheres, causando danos físicos, emocionais e psicológicos. Nesse sentido, torna-se indispensável combater tais práticas, garantindo um atendimento obstétrico respeitoso, informado e baseado em evidências, que priorize o bem-estar e a autonomia das mulheres.⁵

No que diz respeito ao procedimento da episiotomia, trata-se de um corte realizado na região do períneo, utilizando uma tesoura ou bisturi, geralmente sem anestesia devido à sua ineficácia em momentos de alta adrenalina. O objetivo dessa intervenção é aumentar a abertura do canal vaginal e, teoricamente, facilitar a saída do bebê.⁶ Por sua vez, a manobra de Kristeller consiste em aplicar pressão na parte superior do útero durante as contrações, com o intuito de empurrar o nascituro em direção à pelve. Essa manobra pode envolver o uso dos braços, joelhos ou até mesmo o profissional se apoiando no abdômen da mulher. Já a tricotomia é o procedimento de remoção dos pelos pubianos, enquanto o enema se refere à lavagem intestinal.⁷

A falta de comunicação clara e adequada entre os profissionais de saúde e as mulheres durante o trabalho de parto também pode ser uma forma de violência obstétrica. As mulheres têm o direito de receber informações sobre os procedimentos realizados, os riscos e benefícios associados, e ter suas dúvidas e preocupações sanadas de forma respeitosa. Os autores de condutas que possam ser consideradas ilícitas estarão não apenas violando a chamada Lei do Sistema Único de Saúde, mas também infringindo o Código de Ética Médica, o qual veda ao médico: “Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta

⁵ SOUZA, Lennon Marcus da Silva. **Responsabilidade civil nos casos de Violência obstétrica**. Araçatuba: Centro Universitário Toledo, 2017, p. 19.

⁶ BENTO, Paulo Alexandre de Souza São; SANTOS, Rosangela da Silva. **Realização da episiotomia nos dias atuais à luz da produção científica: uma breve revisão**. Rio de Janeiro: Escola de Enfermagem Anna Nery, 2006, p. 553.

⁷ VELOSO, Roberto Carvalho. **Reflexos da responsabilidade civil e penal nos casos de violência obstétrica**. Brasília: Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais, 2016, pp. 261-272.

possa lhe provocar danos, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal”.⁸

Ao analisar o dispositivo acima mencionado, fica evidente que o médico possui a responsabilidade de fornecer informações, bem como de explicar, de maneira compreensível, os procedimentos que serão realizados. Essa comunicação adequada é essencial para que a gestante possa tomar decisões sobre a própria saúde e a do seu bebê. O objetivo das normas citadas é garantir que a mulher tenha a compreensão plena do que está acontecendo, permitindo que ela participe ativamente das questões relacionadas ao cuidado obstétrico. Dessa forma, o médico cumpre o seu dever ético e jurídico de informar a gestante, promovendo o respeito à autonomia e a tomada de decisões compartilhadas no processo de cuidado durante a gestação.

A paciente só será considerada como tendo feito uma escolha livre se receber informações suficientes para formar sua convicção. É fundamental, portanto, que a paciente receba dados claros, precisos e abrangentes, que lhe permita compreender plenamente os riscos, benefícios e alternativas envolvidos no procedimento obstétrico. Somente assim, a mulher poderá tomar uma decisão informada e exercer a sua autonomia.

Nota-se que a garantia do consentimento informado é essencial para respeitar os direitos e a dignidade da paciente no contexto do cuidado obstétrico. Desse modo, é essencial que os médicos forneçam informações completas, precisas e relevantes, garantindo que o consentimento fornecido pela mulher seja obtido de maneira legalmente válida. A avaliação da validade do consentimento dependerá dos padrões éticos e legais em cada contexto específico.⁹

⁸ CONSELHO Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2217 de 27 de setembro de 2018, modificado pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 226/2019. Brasília, DF: Código de Ética Médica, 2019, p. 27.

⁹ BODINI, Larissa. **Da responsabilidade civil decorrente da violência obstétrica e necessidade de sua regulamentação por lei**. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito). – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2020, p. 04.

Se for comprovado que o médico pressionou a paciente para obter o consentimento, utilizando artifícios indevidos, seja distorcendo a realidade (dolo) ou fazendo ameaças (coação), o profissional estará agindo ilegalmente.¹⁰ Reitera-se ser necessário que o consentimento seja obtido de maneira livre, voluntária e informada, sem qualquer forma de manipulação ou intimidação por parte do médico ou outros profissionais envolvidos no ato obstétrico. O uso de artifícios para obter o consentimento configura uma violação dos direitos da mulher e vai de encontro aos princípios éticos e jurídicos que regem a prática médica. Em síntese, a relação entre médico e paciente deve ser baseada na confiança, respeito mútuo e na busca pelo bem-estar da mulher, garantindo que as suas decisões sejam tomadas de forma autônoma e consciente.¹¹

3 IMPACTOS DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NA SAÚDE DAS MULHERES

A falta de respeito e apoio durante o parto pode levar a complicações pós-parto, como depressão e dificuldades em relação ao ambiente familiar, social e profissional. Esses efeitos nocivos podem se estender para além do período puerperal, afetando a qualidade de vida e o bem-estar das mulheres a longo prazo. As vítimas de violência obstétrica podem demonstrar sentimentos como medo, ansiedade, raiva e tristeza enquanto resultados de experiências traumáticas durante o parto, o que pode afetar a saúde mental e, até mesmo, o vínculo com o bebê.

¹⁰ GODINHO, Adriano Marteleto e outros. **Responsabilidade civil, novas tendências:** A responsabilidade civil dos profissionais da saúde pela violação da autonomia dos pacientes. Indaiatuba: Editora Foco, 2017, p. 263.

¹¹ GODINHO, Adriana Marteleto. **A responsabilidade civil dos profissionais de saúde pelo dano derivado do desrespeito à autonomia dos pacientes.** Migalhas de Responsabilidade Civil. 2023. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/383886/responsabilidade-pelo-dano-do-desrespeito-a-autonomia-dos-pacientes>>. Acesso em 10 de maio de 2023.

A criação de uma lei específica sobre violência obstétrica poderia ser importante para garantir a proteção dos direitos das mulheres e a responsabilização adequada dos profissionais de saúde envolvidos nesses casos. Uma legislação clara e abrangente permitiria a definição precisa do que constitui violência obstétrica, estabelecendo diretrizes e protocolos para a prevenção, a identificação e o tratamento desse tipo de violência. Além disso, a referida lei forneceria uma base jurídica sólida para a aplicação da reparação civil das vítimas, considerando tanto os danos materiais, incluindo custos médicos e perda de renda, quanto danos imateriais, como o sofrimento emocional e trauma decorrentes da violação a direitos da personalidade.

Ademais, partindo do instituto da reparação civil, objeto de análise neste trabalho, a criação de uma lei sobre violência obstétrica também teria um impacto educativo e de conscientização da sociedade. Ao reconhecer e abordar explicitamente a violência obstétrica como uma questão grave de saúde pública, a legislação poderia promover a formação adequada dos profissionais de saúde, bem como sensibilizar as pessoas sobre os direitos das mulheres durante o processo de gestação, parto e pós-parto.

Devido à ausência de uma legislação específica no Brasil sobre casos de violência obstétrica, as análises judiciais dessas situações são realizadas com base em parâmetros normativos e dogmáticos relacionados às regras gerais de responsabilidade civil aplicáveis a hospitais e profissionais de saúde. Nesse cenário normativo, os tribunais examinam os casos, princípios e regras que regem a relação entre médico e paciente, de um modo geral, buscando determinar se houve violação dos deveres profissionais, negligência, imperícia, imprudência ou qualquer outra forma de conduta ilícita que tenha causado danos à parturiente. A falta de uma legislação específica, portanto, implica a necessidade de interpretar e aplicar normas gerais já existentes de maneira apropriada a casos de violência obstétrica, que são bastante específicos, garantindo, por meio da interpretação dos dispositivos legais,

a proteção dos direitos das mulheres e a responsabilização dos envolvidos nas violações.¹²

Ao realizar buscas nos bancos de dados dos tribunais brasileiros, foi possível constatar que há uma escassez de acórdãos que mencionem explicitamente o termo “violência obstétrica”. No entanto, mesmo nos casos em que o termo não foi utilizado, limitando-se à descrição das práticas que caracterizam essa violência, a maioria das decisões pesquisadas resultou na improcedência das alegações, devido à falta de provas. Adota-se como hipótese que, na maioria dos casos de violência obstétrica, a palavra da vítima entra em confronto com a versão apresentada pelo profissional de saúde, havendo dificuldade em reunir evidências concretas que possam comprovar os fatos e, conseqüentemente, a obtenção de uma decisão favorável à vítima.

Classificar os casos de violência obstétrica como erros médicos faz com que um grave problema de saúde pública, de natureza institucional no âmbito da assistência ao parto, pareça meros incidentes isolados. Nesse sentido, a implementação de uma forma de responsabilização distinta que se dê a partir da aplicação de uma lei que cuide detidamente do tema poderia contribuir para um maior controle no número de ocorrências, algo que lamentavelmente ainda não existe no Brasil.

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil desempenha um papel fundamental no combate à violência obstétrica. Os profissionais de saúde e as instituições da área têm a obrigação de garantir um ambiente seguro, respeitoso e empático para as mulheres durante o processo de assistência ao parto. Caso haja violação aos direitos das mulheres por meio de práticas

¹² LEITE, Júlia Campos. **A desconstrução da violência obstétrica enquanto erro médico e seu enquadramento como violência institucional e de gênero**. Florianópolis: Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress (Anais Eletrônicos), 2017. Disponível em: <http://www.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499455813_ARQUIVO_ARTIGOFAZENDOGENERO.pdf>. Acesso em 1 de maio de 2023.

abusivas, aplicar-se-ão as normas atinentes à responsabilização legal dos infratores.

Tecnicamente, a responsabilidade civil surge a partir do não cumprimento de uma obrigação, geralmente quando ocorre um ato ilícito. O referido instituto é parte integrante do Direito das Obrigações, uma vez que a principal consequência para o autor da ilicitude é a reparação do dano sofrido pela vítima. Nesse contexto normativo, a responsabilidade civil desempenha um papel fundamental na garantia de justiça e na proteção dos direitos das partes envolvidas em uma relação jurídica.¹³

O fenômeno da responsabilidade civil na situação de violência obstétrica pode abranger diferentes aspectos, como a reparação dos danos físicos e psicológicos sofridos pelas mulheres, a aplicação de retratações e a execução de medidas que visam a evitar a repetição dos atos lesivos. Além disso, as ações relacionadas à responsabilidade civil também podem contribuir para conscientizar a sociedade sobre a importância do respeito aos direitos das mulheres durante o parto.

Destaca-se que a violência obstétrica nem sempre se manifesta de forma evidente, sendo, às vezes, imperceptível fisicamente, conforme demonstra o Tribunal de Justiça de São Paulo:

RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MORAL - VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA.

Direito ao parto humanizado é direito fundamental. Direito da apelada à assistência digna e respeitosa durante o parto que não foi observado. A mulher tem pleno direito à proteção no parto e de não serem vítimas de nenhuma forma de violência ou discriminação. Privação do direito à acompanhante durante todo o período de trabalho de parto. Ofensas verbais. Contato com filho negado após o nascimento deste. Abalo psicológico *in re ipsa*. Recomendação da OMS de prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde. Prova testemunhal consistente e uniforme acerca do tratamento desumano suportado pela parturiente. Cada parturiente deve ter respeitada a sua situação, não cabendo a generalização pretendida pelo hospital réu, que, inclusive, teria que estar preparado para enfrentar situações como a ocorrida no caso dos autos. Paciente que ficou doze horas em trabalho de parto, para só então ser encaminhada a procedimento cesáreo. Apelada que teve ignorada a proporcão e

¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 44.

dimensão de suas dores. O parto não é um momento de “dor necessária”. Dano moral mantido. Quantum bem fixado, em razão da dimensão do dano e das consequências advindas. Sentença mantida. Apelo improvido.¹⁴

Trata-se de um caso de apelação civil que busca a improcedência dos danos morais decorrentes de violência obstétrica. Na situação em questão, o direito da gestante de escolher o tipo de parto, que seria o humanizado, não foi respeitado. Além disso, a puérpera foi submetida a tratamentos desrespeitosos, teve o direito a um acompanhante negado e foi impedida de fazer contato com o seu filho após o nascimento. Diante dos fatos, o tribunal decidiu negar provimento ao recurso, considerando que havia um conjunto suficiente de provas para demonstrar a ocorrência da violência obstétrica.

Situações como as tratadas no acórdão acima evidenciam que a falta de recursos financeiros e de auxílio jurídico acerca dos direitos reprodutivos, além do medo de represálias, são algumas das barreiras enfrentadas pelas mulheres, sobretudo nas periferias, onde normalmente as pessoas carecem de uma presença do Estado. A cultura de impunidade e a falta de fiscalização adequada dos serviços de saúde, nessas regiões, dificultam a aplicação da responsabilidade civil às pessoas naturais e jurídicas envolvidas em atos de violência obstétrica.

Cabe, para encerrar este tópico, destacar que a violência obstétrica é uma violação dos direitos humanos e vai contra todas as diretrizes e normas cogentes do Direito Internacional. O combate a essa forma de violência requer conscientização, educação e implementação de políticas públicas e práticas sociais que priorizem a aprendizagem e o respeito aos direitos das mulheres durante o processo de atendimento obstétrico.

¹⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. (5ª câmara de direito privado). **Apelação nº 0001314-07.2015.8.26.0082**. Relator: Fábio Podestá. São Paulo, 11 de out. de 2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10877095&cdForo=0>>. Acesso em: 10 mai. 2023.

5 A RELAÇÃO ENTRE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E RESPONSABILIDADE CIVIL

A relação entre violência obstétrica e a responsabilidade civil envolve a questão dos direitos das mulheres e a prestação de cuidados adequados durante o processo de parto. Como dito antes, a responsabilidade civil se refere à obrigação de reparar danos cuja origem são condutas juridicamente inadequadas, violadoras de direitos.

A responsabilidade civil pode ser classificada como objetiva ou subjetiva, podendo ou não envolver a culpa como elemento fundamental. A teoria baseada na culpa é conhecida como responsabilidade civil subjetiva e ocorre quando o causador do dano, mesmo não tendo a intenção de provocá-lo, acaba, devido à sua imprudência, negligência ou imperícia, causando prejuízos a terceiros.¹⁵

Nessa perspectiva, a culpa desempenha um papel fundamental na caracterização da responsabilidade civil subjetiva, como definido pelo artigo 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”¹⁶ (Código Civil de 2002). Esses elementos são essenciais para estabelecer a responsabilidade do agente pelos danos causados.

Por sua vez, a responsabilidade civil objetiva é baseada diretamente no risco inerente à atividade realizada pelo autor. Essa teoria procura justificar a responsabilidade, estabelecendo que aqueles que se envolvem em uma atividade perigosa devem assumir os riscos associados a ela e reparar os danos resultantes, mesmo na ausência de dolo ou culpa. Nota-se que o fato de se envolver em uma atividade de risco já implica a responsabilidade pelo dano causado, independentemente de

¹⁵ A imprudência é caracterizada pela falta de precaução, resultando em ações precipitadas. A negligência ocorre quando o agente não age com a devida atenção e diligência, falhando em agir com zelo adequado. Já a imperícia ocorre quando o agente acredita possuir habilidades e conhecimentos necessários para realizar determinada ação, mas, na realidade, não está devidamente preparado.

¹⁶ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF: Vade Mecum Saraiva, 2020, p. 133.

haver ou não intenção de lesar, ou a presença da culpa em sentido estrito, por parte do agente.¹⁷

Na responsabilidade objetiva, a concepção se desloca da ideia de culpa para a noção de risco. Essa noção de risco pode estar associada ao proveito, implicando a responsabilidade daquele que obtém algum tipo de benefício a partir do fato que causa o dano, tendo, portanto, a obrigação de repará-lo.¹⁸ Conforme estabelece o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil brasileiro: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”¹⁹ (Código Civil de 2002).

Um elemento essencial para a exigência de reparação em um caso de responsabilidade civil é o nexo causal, que estabelece a relação entre a conduta do agente e o resultado danoso. No entanto, em algumas situações pode ser difícil determinar qual das diversas circunstâncias foi o fator determinante para a ocorrência do dano. Por essa razão, existem, ao menos, três teorias que podem ser utilizadas para estabelecer o nexo causal: a da causalidade, a da equivalência das condições e a dos danos diretos e imediatos, cada uma delas buscando abordar a relação de causa e efeito de maneira própria.

A teoria da causalidade adequada considera como causa do dano apenas a ação que verdadeiramente originou o fato; sendo assim, se o dano ocorreu, podemos concluir que o fato em questão foi capaz de causá-lo. Por sua vez, na teoria da equivalência das condições, todas as circunstâncias que contribuíram para a ocorrência do dano são consideradas causas, uma vez que, segundo essa teoria, se alguma delas fosse eliminada, o dano não teria ocorrido. Quanto à teoria dos danos

¹⁷ VELOSO, Roberto Carvalho. **Reflexos da responsabilidade civil e penal nos casos de violência obstétrica**. Brasília: Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais, 2016, p. 262.

¹⁸ VELOSO, Roberto Carvalho. **Reflexos da responsabilidade civil e penal nos casos de violência obstétrica**. Brasília: Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais, 2016, p. 264.

¹⁹BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF: Vade Mecum Saraiva, 2020, p. 161.

diretos e imediatos, haveria, de certo modo, uma fusão das duas teorias mencionadas anteriormente, pois, neste caso, torna-se necessário que exista uma relação estreita de causa e efeito entre a falta de cumprimento da obrigação e o dano sofrido.²⁰

Apesar das três teorias mencionadas, é importante destacar que o nosso Código Civil não adotou nenhuma delas de forma explícita, ainda que alguns autores considerem a teoria dos danos diretos e imediatos como a mais apropriada ao nosso ordenamento jurídico. Nos termos da lei, em especial do artigo 403 do Código Civil: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”²¹ (Código Civil de 2002).

Como dito em outro momento deste trabalho, a despeito de serem casos comuns em nossa sociedade, a violência obstétrica ainda não recebe a devida atenção das normas jurídicas. Provavelmente, a ausência de uma lei que, entre outros aspectos, defina categoricamente a espécie de responsabilidade civil aplicável a esse tipo de violência aos direitos das mulheres, deve-se à falta de interesse político. A sociedade toma pouco contato com os casos relacionados à violência obstétrica, o que contribui para a percepção de que esse problema não existe ou não é relevante, tornando-se uma preocupação negligenciada pelas autoridades públicas.

Embora a área da saúde seja frequentemente alvo de processos judiciais, ainda existem desafios significativos para que seja conferido às gestantes o acesso a institutos que possam protegê-las, a exemplo da responsabilidade civil. A dificuldade de estabelecer a culpa dos profissionais, elemento exigido para a responsabilidade por erro médico, figura como razão significativa para levar à hesitação das mulheres na busca por reparação dos danos causados por violência obstétrica. Essa

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2019, páginas 526 e 527

²¹ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF: Vade Mecum Saraiva, 2020, p. 141.

situação cria uma barreira para as vítimas que acabam deixando de buscar reparações pelos danos sofridos.

É possível que o cenário esteja mudando, pois se percebe que, atualmente, os usuários do sistema de saúde, inclusive aqueles pertencentes às classes socialmente desfavorecidas, têm uma compreensão mais clara de seus direitos como pacientes. No entanto, ainda não se observa uma mudança significativa no comportamento desses usuários e dos profissionais do Direito em relação à violência obstétrica. Muitos são os casos em que os médicos são percebidos a partir de um temor reverencial, o que pode limitar a busca por responsabilização em casos de violação dos direitos das mulheres.

Cabe conceituar, para melhor entendimento do objeto de análise neste artigo, que o erro médico é caracterizado como um dano ou prejuízo à saúde dos pacientes resultante de ação ou omissão no exercício da profissão, sem que haja a intenção de causá-lo. Em outras palavras, trata-se de uma conduta negligente, de imprudência ou de imperícia, por parte do médico durante o exercício de suas funções profissionais, porém, sem a presença de intenção deliberada de causar prejuízos materiais ou morais.²²

Reafirma-se que devido à ausência de uma legislação específica, são utilizados os critérios gerais de responsabilidade civil para lidar com os danos decorrentes da violência obstétrica, classificados como resultados da prática de erros médicos. Entretanto, é preciso destacar que as situações de violência obstétrica e de erro médico podem ocorrer de forma simultânea, mas não são interdependentes, de modo que cada uma delas deveria contar com abordagens juridicamente distintas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

²² CORREIA-LIMA, Fernando Gomes. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília/DF: Conselho Federal de Medicina, 2012, p. 19.

No campo jurídico, os casos de violência obstétrica são frequentemente tratados como erros médicos, o que gera contradições significativas. O erro médico envolve uma conduta que vai de encontro à melhor prática médica, seja por negligência, imprudência ou imperícia. Ao limitar a violência obstétrica a essa definição, estamos considerando apenas uma dimensão do problema, deixando de reconhecer essa forma de violência como uma questão de gênero, institucionalmente aplicada na assistência ao parto.

Conclui-se que a legislação brasileira poderia ser aprimorada no intuito de proporcionar às mulheres, especialmente as que moram nas periferias, um cuidado obstétrico adequado. A normatividade jurídica tem bastante a contribuir para tornar o sistema de saúde mais deficiente, atendendo às demandas das parturientes, sobretudo, no que diz respeito à comunicação com a equipe médica e, conseqüentemente, com o envolvimento nas decisões relacionadas ao parto.

Essas medidas normativas iriam gradativamente contribuir para a criação de um espaço seguro para que as mulheres pudessem expressar as suas opiniões, sentindo-se valorizadas. Ao reunir dados de forma sistemática, a partir da aplicação da lei, seria possível identificar padrões e tendências que auxiliariam na formulação de políticas públicas voltadas para a qualidade do atendimento obstétrico.

Espera-se que este trabalho ajude na conscientização do problema da violência obstétrica, incentivando debates e reflexões sobre a tema. Ao final, ainda que não tenhamos uma legislação específica, o mais importante é que não fechemos os nossos olhos para a realidade do atendimento médico conferido às mulheres durante todas as fases da gravidez, em especial daquelas que vivem nas periferias das cidades.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcélia Ferreira de. **A violência obstétrica como afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia.** Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2018.

ANDRADE, Brienda Padilha; AGGIO, Cristiane de Melo. **Violência obstétrica: a dor que cala**. Londrina: GT3- Violência contra a Mulher e Políticas Públicas, 2014.

BENTO, Paulo Alexandre de Souza São; SANTOS, Rosangela da Silva. **Realização da episiotomia nos dias atuais à luz da produção científica: uma breve revisão**. Rio de Janeiro: Escola de Enfermagem Anna Nery, 2006.

BODINI, Larissa. **Da responsabilidade civil decorrente da violência obstétrica e necessidade de sua regulamentação por lei**. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito). – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF: Vade Mecum Saraiva, 2020, p. 133.

CONSELHO Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2217 de 27 de setembro de 2018, modificado pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 226/2019. Brasília, DF: Código de Ética Médica, 2019, p. 27.

CORREIA-LIMA, Fernando Gomes. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília/DF: Conselho Federal de Medicina, 2012.

FIOCRUZ. Nascer no Brasil. Rio de Janeiro: **Inquérito Nacional Sobre Parto e Nascimento**, 2014.

GODINHO, Adriana Marteleto. **A responsabilidade civil dos profissionais de saúde pelo dano derivado do desrespeito à autonomia dos pacientes**. Migalhas de Responsabilidade Civil. 2023. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/383886/responsabilidade-pelo-dano-do-desrespeito-a-autonomia-dos-pacientes>>. Acesso em 10 de maio de 2023.

GODINHO, Adriano Marteleto e outros. **Responsabilidade civil, novas tendências: A responsabilidade civil dos profissionais da saúde pela violação da autonomia dos pacientes**. Indaiatuba: Editora Foco, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LEITE, Júlia Campos. **A desconstrução da violência obstétrica enquanto erro médico e seu enquadramento como violência institucional e de gênero**. Florianópolis: Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress (Anais Eletrônicos), 2017. Disponível em: <http://www.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1499455813_ARQUIVO_ARTIGOFAZENDOGENERO.pdf>. Acesso em 1 de maio de 2023.

PICKLES, Camilla. **'Obstetric violence and the law'**: British academy postdoctoral research fellow. Oxford: University of faculty of oxford law, 2017. Disponível em: <<https://www.law.ox.ac.uk/centres->

institutes/centrecriminology/blog/2017/01/obstetric-violence-and-law-british-academy>. Acesso em 14 abr. 2023.

SANTOS, Vanessa Cedraz dos; MORAIS, Aisiane Cedraz; SOUZA, Zannety Conceição Silva do Nascimento; SILVA, Indinara Arimateia Rodrigues da; RAMOS, Rayciane Santos Suzart; SANTOS, Jaciele de Souza dos; SANTOS, Juliana Silva dos; NOGUEIRA, Sara Daniele de Araujo. **Violência Obstétrica na Perspectiva de Raça/Cor: Uma Revisão Integrativa**. Revista Paulista de Enfermagem. 2020. P. 10. Disponível em: <https://repen.com.br/revista/wp-content/uploads/2021/08/REPEEn_2020_v31_Violencia-Obstetrica-na-Perspectiva-de-Raca-Cor.pdf>. Acesso em 20 de abr. de 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. (5ª câmara de direito privado). **Apelação nº 0001314-07.2015.8.26.0082**. Relator: Fábio Podestá. São Paulo, 11 de out. de 2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10877095&cdForo=0>>. Acesso em: 21 set. 2020.

SENA, Lígia Moreira. **“Ameaçada e sem voz, como num campo de concentração.” A medicalização do parto como porta e palco para a violência obstétrica**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2016.

SOUZA, Lennon Marcus da Silva. **Responsabilidade civil nos casos de Violência obstétrica**. Araçatuba: Centro Universitário Toledo, 2017.

VELOSO, Roberto Carvalho. **Reflexos da responsabilidade civil e penal nos casos de violência obstétrica**. Brasília: Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais, 2016.

DIREITO CIVIL E DESIGUALDADES SOCIAIS: ANAIS DO VIII CONGRESSO MINEIRO DE DIREITO CIVIL

A presente obra coletiva foi organizada pelos professores que compuseram a Comissão Organizadora do VIII Congresso Mineiro de Direito Civil, com o propósito de divulgar os debates ocorridos e inspirar novas reflexões sobre o assunto. Os dezesseis textos compilados neste livro enfrentam problemas atuais e relevantes, demonstrando a necessidade de releitura dos institutos do Direito Civil à luz das desigualdades que marcam a sociedade brasileira contemporânea. Trata-se de publicação que consolida os resultados do evento e reforça o mérito de todos os acadêmicos, os apoiadores e as instituições que contribuíram, cada um à sua maneira, para a realização do congresso.

Home Editora
CNPJ: 39.242.488/0002-80
www.homeeditora.com
contato@homeeditora.com
91988165332
Tv. Quintino Bocaiúva, 23011 - Batista
Campos, Belém - PA, 66045-315

