

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 898

(Ano XI)
(23/03/2019)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2019

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



20/03/2019 Alexandre Santos Sampaio

» [A discricionariedade do gestor e a contratação direta por inviabilidade de competição](#)04

ARTIGOS

22/03/2019 Erika Cordeiro de Albuquerque dos Santos Silva Lima	
» Entidades familiares: uma análise da evolução do conceito de família no Brasil na doutrina e na jurisprudência	18
22/03/2019 Miria Pereira Laurindo Carvalho	
» Aplicabilidade das medidas socioeducativas: um enfoque na semiliberdade	40
21/03/2019 Benigno Núñez Novo	
» O Brasil tem condições de liderar a produção mundial de biodiesel	108
21/03/2019 Lindenbergh Silva de Oliveira Filho	
» Privacidade: o declínio de um direito	118
21/03/2019 Douglas Belanda	
» Verba sucumbencial pode ser alvo de transação	129
20/03/2019 Sergio Ricardo do Amaral Gurgel	
» Terrorismo fiscal: O Direito Penal do "quinto dos infernos"	131
20/03/2019 Bárbara Martins Silva	
» Os efeitos da decretação da relação de emprego nos contratos de estágio	139
20/03/2019 Elis Bandeira Alencar Brayner	
» Contrato de namoro: um meio eficaz de proteção aos bens de um casal	164
19/03/2019 Jader Máximo de Araújo	
» Compreendendo a substituição do Chefe do Poder Executivo ocorrida fora dos seis meses anteriores ao pleito à luz da Constituição Federal	167

19/03/2019 Kethley Rodrigues de Moraes	
» Pedofilia - Uma prática virtual	194
19/03/2019 Elis Bandeira Alencar Brayner	
» Posse no Código Civil - Teorias e seu conteúdo	227
18/03/2019 Adriana Edvirges de Santana Bittencourt	
» A literatura enquanto bem jurídico fundamental - O direito ao seu acesso e sua contribuição para a promoção da dignidade humana	238
18/03/2019 Welder Rodrigues Lima	
» Reforma trabalhista: análise da prevalência da negociação coletiva sobre os direitos trabalhistas legislados	251
18/03/2019 Dermeval Barbosa de Souza Filho	
» Directum: Construindo uma sociedade justa	260

MONOGRAFIA

18/03/2019 Enio Luiz Lazareti	
» Concubinato: os efeitos patrimoniais das uniões paralelas no ordenamento jurídico brasileiro ..	274

A DISCRICIONARIEDADE DO GESTOR E A CONTRATAÇÃO DIRETA POR INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO

ALEXANDRE SANTOS SAMPAIO:

Advogado. Mestre em Direito pelo UniCEUB - Centro Universitário de Brasília. Especialista em Direito Público pela Associação Educacional Unyahna. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal da Bahia. Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Bacharel em Administração pela Universidade do Estado da Bahia.

1 Introdução

O certame, por meio de um processo licitatório, é a regra para as contratações públicas, seja no âmbito da administração pública direta ou indireta[1], como no âmbito das empresas estatais[2]. Em alguns casos, no entanto, a lei autoriza a contratação direta, seja por dispensa de licitação ou inexigibilidade[3].

No primeiro caso, a legislação elenca taxativamente, *numerus clausus*, as hipóteses em que a dispensa de licitação é possível. Assim, o Administrador público possui um leque estrito de possibilidades em que pode se valer da dispensa para uma contratação direta.

Por outro lado, no segundo caso, quando a hipótese é de inviabilidade de competição, os permissivos legais são meramente exemplificativos, não existindo limites claros de que em quais situações é admitida a contratação direta por inexigibilidade de licitação[4].

Em razão disso, pretende-se neste artigo discorrer sobre os limites, porventura existentes, para que o gestor se valha da contratação direta por inviabilidade de competição. À primeira vista, percebe-se que os limites da inexigibilidade de licitação são, por vezes, muito elásticos[5].

A inquietação deste artigo surgiu da constatação, por meio de pesquisa perfunctória nas publicações feitas no Diário Oficial da União, de um leque amplo de contratações diretas por inexigibilidade de licitação cujos objetos são

consultorias, assessorias, treinamentos, patrocínios, dentre outros tipos de bens e serviços, dos mais variados tipos.

Ademais, segundo estatísticas das compras governamentais, elaborado pelo Ministério do Planejamento, nas contratações efetuadas pela Administração Pública direta federal, os processos de inexigibilidade de licitação, em termos de valor envolvido, alcançam o segundo lugar do ranking, ficando atrás somente das contratações efetuadas por meio de pregão eletrônico.

Tantas contratações da espécie são deveras preocupante, haja vista que a regra, como dito alhures, é a competição entre os interessados. A exceção, portanto, não deve se tornar uma regra[6].

É certo, *prima facie*, que existe uma certa carga de discricionariedade[7] inerente a uma contratação por inviabilidade de competição, mas isto não significa que inexistem limites ou marcos de observância jurídicos para este tipo de contratação.

Nesse diapasão, busca-se analisar e compreender quais são as divisas das quais o Administrador pode, ou não, optar por uma contratação direta por inexigibilidade de licitação.

O tema proposto é relevante para definir a atuação estatal, principalmente na aquisição de produtos, realização de obras, solicitação de serviços e alienação de bens[8], estabelecendo quando será possível, ou não, realizar uma contratação por inviabilidade de competição.

2 A inviabilidade de competição

A inexigibilidade de licitação ocorre quando se constata uma situação de inviabilidade de competição[9]. Acerca do tema, leciona Marçal Justen Filho[10] que a inviabilidade se verificará quando houver impossibilidade de seleção entre diversas alternativas, sendo as abordagens da Lei de Licitações meramente exemplificativas. Complementa o referido autor[11]:

É difícil sistematizar todos os eventos que podem conduzir à inviabilidade de competição. A dificuldade é causada pela complexidade do mundo real, cuja riqueza é impossível de ser delimitada através de regras legais. As causas de inviabilidade de

competição podem ser agrupadas em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza.

Sobre a matéria, outrossim, ensina também Lucas Rocha Furtado[12] que “sempre que houver inviabilidade de competição, e isso seja devidamente demonstrado e comprovado, estará autorizada a contratação direta, em face de sua inexigibilidade (art. 25, caput)”.

Extraí-se da doutrina suso mencionada, portanto, que as hipóteses legais de contratação direta por inviabilidade de competição são assemelhadas a uma norma em branco, pois não encerra o comando normativo em seu texto.

Em verdade, trata-se de um conceito indeterminado ou vago[13], na medida em que, ante a imprecisão legislativa, remete a sua completude à tarefa de subsunção do fato à norma[14], gerando uma inesgotabilidade de possibilidades de contratações direta por inviabilidade de competição.

Desse modo, ante a sua característica exemplificativa[15], deixa um leque de opções, inominadas, à disposição do Administrador. E, nesse caso, cabe justamente ao Administrador, com apoio do seu *staff* técnico, a realização do complemento normativo, apontando em que casos concretos a inviabilidade de competição estaria caracterizada. Percebe-se, assim, que a inexigibilidade de licitação decorre de uma situação fática ou técnica, perante a qual a Administração, em vista de uma necessidade, depara-se com a inviabilidade de competição.

Difere dos casos de dispensa de licitação em que o rol de hipóteses é extenso e exaustivo, descabendo a criação de dispensas não previstas expressamente em Lei. Explica o ilustre doutrinador Marçal Justen Filho[16]:

A inexigibilidade deriva da natureza das coisas, enquanto a dispensa é produto da vontade legislativa. Esse é o motivo pelo qual as hipóteses de inexigibilidade indicadas em lei são meramente exemplificativas. Enquanto as de dispensa são exaustivas, é que somente a dispensa de licitação é criada por lei - logo, a ausência de previsão legislativa impede o reconhecimento de dispensa de licitação. As hipóteses de inexigibilidade dependem das circunstâncias, impondo-se sua adoção independentemente da vontade do legislador.

A Lei nº 8.666/93, que institui as normas para licitações e contratos da Administração Pública, não define parâmetros objetivos claros que limitem a inexigibilidade de licitação, trazendo um elenco meramente exemplificativo, o que acaba deixando a cargo do Administrador público a definição dos casos em que a licitação se mostra inviável.

O art. 25 do aludido diploma legal[17] traz três situações em que a licitação se mostra inexigível, mas não esgota o tema, o que acaba por deixar uma porta aberta para abusos, intencionais ou não, do Administrador. Na mesma senda, o art. 30 da Lei nº 13.303/2016, que trata da contratação direta por inexigibilidade de licitação nas empresas estatais, também deixa margem para a deliberação administrativa.

A discricionariedade[18] permeia esta espécie de contratação, mas isto não significa livre arbítrio[19], que a contratação direta por inviabilidade de competição não possua requisitos e limites para serem observados.

Hartmut Maurer entende que “o poder discricionário não proporciona liberdade ou até arbitrariedade da administração. Não existe poder discricionário livre, mas somente um poder discricionário conforme o seu dever, ou melhor: um poder discricionário juridicamente vinculado”[20].

3 Limites da discricionariedade

Constata-se que a Constituição Federal e as leis infraconstitucionais (Lei nº 8.666/93 e Lei nº 13.303/2016) são muito flexíveis, aparentemente, com as contratações por inviabilidade de competição. Tal flexibilidade pode dar margem a desvios na atuação do Administrador Público e, por consequência, contribuir para a burla do mandamento constitucional da licitação como regra.

Na mesma senda, a nebulosidade das hipóteses permitidas pela Lei, no que tange à inviabilidade de competição, pode levar o Administrador Público a ser acionado pelos órgãos de controle (Ministério Público, TCU, CGU, etc.) mesmos nos casos em que se comportava uma contratação direta por inviabilidade de competição.

Não se está a defender engessar as contratações públicas, tampouco se pretende dizer que apenas pela via do certame licitatório é que a Administração Pública pode contratar com terceiros, mas alertar que é necessário a existência de balizas que devem ser observadas pelo Administrador Público para que se realize uma contratação direta por inviabilidade de competição.

Nesse espeque, é necessário ter em mente um viés de mão dupla: são necessários limites nas contratações diretas por inviabilidade de competição e, ao mesmo tempo, ao se observar todas as balizas para esta espécie de contratação, deve-se afastar o risco de o gestor público vir a ser penalizado por órgãos de controle ou a se tornar réu em ações judiciais promovidas pelo *parquet*.

A Constituição Federal de 1988, apesar de analítica, não estabelece parâmetros objetivos para a contratação direta por inviabilidade de competição. De igual forma, tanto a Lei nº 8.666/93 como a Lei nº 13.303/2016 também deixam margem para a atuação estatal sem critérios objetivos para a contratação direta por inexigibilidade de licitação[21].

Nesse quadro, como dito, o procedimento licitatório, pela via de uma competição entre todos os interessados aptos para atender o objeto demandado pela Administração Pública, é a regra nas contratações no âmbito da Administração Pública e, portanto, a contratação direta, seja qual a sua modalidade, constitui uma exceção, prevista na própria Constituição Federal, que permite, de acordo com o previsto em Lei Ordinária, a realização de contratações diretas[22].

Para Jorge Ulysses Jacoby Fernandes[23], a limitação das margens da discricionariedade do Administrador Público podem ser obtidas pelo confronto do interesse público e a natureza da contratação, existindo um certo limite de valoração de ordem moral, mas nem por isso incontrastável com o Direito.

Nessa senda, parece relevante traçar balizas com o apoio da Constituição Federal, nos princípios que se irradiam do seu texto, como o art. 5º, *caput*, que elenca o princípio da isonomia. Outrossim, o art. 37, *caput*, determina explicitamente que a Administração Pública obedeça aos princípios, dentre outros, da moralidade, impessoalidade e publicidade[24].

A respeito da influência do princípio da moralidade no processo de contratação, Diogo de Figueiredo Moreira Neto explicita que ele “vem acrescer ao processo um forte balizamento de licitude, que é sempre especialmente exigido no comportamento do Poder Público, além e em acréscimo da legalidade estrita e da legitimidade finalística” [25].

De igual forma, o art. 1º, inciso IV, e o art. 170, inciso IV, ambos da Constituição Federal, expõem que a livre iniciativa deve ser respeitada e, como fruto disso, a ampla competitividade entre os interessados em contratar com a

Administração Pública deve ser observada antes do Administrador partir para uma contratação direta por inviabilidade de competição[26].

Juntamente a tais vetores constitucionais, devem ser pensados em mecanismos que viabilizem um *compliance* adequado em situações de contratação direta por inviabilidade de competição e um *accountability* voltado para as decisões do gestor público nesta seara.

Cumprе ressaltar que, como meio de controle, mesmo nos casos de inexigibilidade de licitação, é necessário a observância de um processo interno, com a devida explicitação de motivos da tomada de decisão, sendo este um requisito de seriedade e de validade dos atos administrativos, nos termos do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/93[27].

A respeito dos procedimentos que auxiliam no controle da gestão pública, Ronny Charles Lopes de Torres[28] menciona:

A contratação direta deve obediência aos princípios do Direito Administrativo, exigindo, por exemplo, a realização de um procedimento formal, destinado a justificar a escolha de tal contratação, aprovação pela autoridade competente e o delineamento de seus parâmetros e objetivos. Prática correta e que atende ao interesse público é a realização de pesquisa de preços com empresas do mercado, a justificativa do preço contratado e a razão de escolha do fornecedor. Por conta dessas cautelas burocráticas, parte da doutrina sugere que a contratação direta seria uma “modalidade anômala de licitação”.

E mais, o direito à informação, ampla e com transparência, para toda a sociedade, com o intuito de amplificar o controle da coisa pública deve ser observado, igualmente como ferramenta limitadora da tomada de decisão do Administrador Público, ao optar, ou não, pela contratação direta por inviabilidade de competição. Nesse sentido, Maria Paula Dallari Bucci explicita que “a informação organizada é a base para a prestação de contas das autoridades ou gestores públicos à sociedade, a chamada responsividade ou *accountability*” [29].

Destarte, os limites da discricionariedade do Administrador público para a contratação direta por inviabilidade de competição podem influir nos caminhos a serem percorridos pelo Administrador Público para a realização das

contratações e, por conseguinte, afetar a gestão de políticas públicas no que concerne às suas contratações. Por oportuno, Renato Geraldo Mendes^[30] leciona:

Estudos realizados recentemente permitem concluir que saber quando a competição é viável e quando ela é inviável é a condição mais importante para atuar na área da contratação, pois é com base em tal distinção que se saberá em que caso a licitação é obrigatória e quando ela será afastada. Definir em que ocasião a licitação é obrigatória ou quando é o caso de adotar necessariamente a inexigência implicará decidir qual é o regime jurídico a ser adotado na fase externa do processo, o que possibilitará consequências muito diferentes, sob o ponto de vista das etapas e dos aros na seleção do futuro contratado.

Em suma, contratar diretamente por inviabilidade de competição é plenamente possível e admitida em lei, mas deve ser realizada como exceção à regra da competição e com cautelas para que a inviabilidade não se torne, em verdade, mera burla à licitação.

Em outros termos, os princípios da administração pública devem ser sopesados e o processo de contratação devidamente instruído, com todos os elementos que provem que a inviabilidade de competição está presente. Do contrário, estará o gestor exposto ao risco de ser sancionado nas mais diversas esferas de controle estatal.

4 Conclusões

À luz de todo exposto é possível sustentar (i) que a inexigibilidade de licitação é uma exceção que deve ser robustamente justificada a sua escolha para que não seja banalizada; (ii) há limites objetivos a serem observados pelo Administrador na contratação, tais como a necessidade de instruir o processo com as justificativas pertinentes; (iii) a moralidade, a impessoalidade, a publicidade e a eficiência, princípios de índole constitucional, devem ser tidas como balizas da atuação do Administrador Público; (iv) faz-se necessário também criar mecanismos de *compliance* e *accountability* de atuação estatal em busca do maior controle das decisões do Administrador Público quando opta pela contratação direta por inviabilidade de competição, com vistas garantir que o processo decisório, discricionário por sua própria natureza, seja revestido de

fundamentação adequada para comprovar que contratação direta, por inexigibilidade de licitação, é a melhor alternativa para a necessidade a ser atendida.

Referências

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 mar. 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 15 mar. 2019.

BRASIL. *Lei nº 13.303*, de 30 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm>. Acesso em: 15 mar. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 014.333/2005-0. *Acórdão 1768/2008 – Primeira Câmara*. Brasília, 03 nov. 2008. Rel. Min. Marcos Vinicius Vilaça. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1768%2520ANOACORDAO%253A2008>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

COUTO E SILVA, Alumiro. *O poder discricionário no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Revista RPGE n. 27, 2004, p. 95-109.

DALLARI BUCCI, Maria Paula. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. cap. 2. p. 109-203.

DI PIETRO, Maria Sylvia et al. *Temas Polêmicos sobre licitações e contratos*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem licitação*. 9ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 5ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. (Trad. Luís Afonso Heck). São Paulo: Manole, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Renato Geraldo. *Lei de Licitações e Contratos Anotada*. 9ª Ed. Curitiba: Zênite, 2013.

MENDES, Renato Geraldo. *O processo de contratação pública*. Curitiba: Zênite, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*. 4ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Licitações públicas*. 4ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

VERRI JÚNIOR, Armando; TAVOLARO, Luiz Antônio; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Licitações e Contratos Administrativos: Temas atuais e controvertidos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

[1] Lei 8.666/93: “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

[2] Lei 13.303/2016: “Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30”.

[3] “Relativamente às falhas detectadas nas áreas de licitações e contratos, cabe ressaltar que a regra estatuída na Constituição Federal é a da obrigatoriedade de licitar (art. 37, inciso XXI, da Carta Magna), devendo as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de certame ser tratadas como exceções. Isso decorre dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, também insculpidos no caput do art. 37 da Constituição Federal, além de outros elencados pela doutrina para a licitação”. (Acórdão TCU nº 1768/2008 - Primeira Câmara)

[4] Benjamin Zymler explicita que, “por imperativo lógico, a inexigibilidade precede a dispensa de licitação. Primeiro, deve o aplicador do direito observar se a licitação é possível. Se não for, é caso imediato de inexigibilidade. Se for possível, poderá ser caso de dispensa de licitação”. (ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 61)

[5] Jessé Torres Pereira Júnior entende que o texto legal “acomoda todas as situações concretas em que for inviável a competição, ainda que sem correlação com as hipóteses definidas nos incisos. Assim, em dúvida se determinado caso enquadra-se sob tal ou qual inciso de inexigibilidade, deverá a Administração capitulá-lo, desde que segura quanto à impossibilidade da competição, no caput do art. 25. O leque de situações em que se apresenta tal impossibilidade é largo e variado”. (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009. p. 343)

[6] Joel Niebuhr entende que “as categorias tocantes à obrigatoriedade de licitação pública, inexigibilidade e dispensa resumem-se na questão de se apurar em quais hipóteses é necessário e em quais não é necessário proceder à licitação pública, devendo elas, portanto, ser apreendidas sistematicamente, como um conjunto que se integra”. (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*. 4ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 114)

[7] Harmut Maurer leciona que “à essência do poder discricionário pertence, exatamente, o exame das circunstâncias do caso particular sob o ponto de vista da intenção legislativa”. (MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. (Trad. Luís Afonso Heck). São Paulo: Manole, 2006, p. 145)

[8] Maria Sylvia Di Pietro e outros explicam que a atividade administrativa é distinta dos particulares, na medida em que “enquanto estes têm ampla liberdade para contratar, a Administração Pública só poderá exercitar esses direitos cumpridas determinadas formalidades legais, sem as quais poderá viciar o seu procedimento, tornando-o passível de anulação”. (DI PIETRO, Maria Sylvia et al. *Temas Polêmicos sobre licitações e contratos*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 84)

[9] Renato Geraldo Mendes assevera que “a imprecisão em torno da solução e a incerteza quanto à obtenção da plena satisfação da necessidade autorizam a escolha do contratado por meio de procedimento próprio e que não se confunde com o da licitação. (MENDES, Renato Geraldo. *O processo de contratação pública*. Curitiba: Zênite, 2012. p. 344)

[10] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 515-516.

[11] JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 16ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 483-484.

[12] FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 5ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 120.

[13] Lúcia Valle Figueiredo entende que os conceitos indeterminados, apesar de todo o conceito ser finito, possuem três zonas, uma com certeza positiva (é ou não uma urgência, por exemplo), outra negativa (isto é, determinada coisa não pode ser) e, também, uma zona intermediária, cinzenta, em que reside o problema da indeterminação. (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 217)

[14] Harmut Maurer explica que a aplicação do direito se efetiva em quatro processos: - averiguação e comprovação do fato: a) o que realmente aconteceu, ou seja, o que existe realmente? b) inovação, interpretação e comprovação do conteúdo do tipo legal: o que indica o tipo legal? c) subsunção: o fato corresponde aos elementos do tipo legal? d) comprovação da consequência jurídica: o que vale, pois? (MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. (Trad. Luís Afonso Heck). São Paulo: Manole, 2006, p. 141)

[15] Celso Antônio Bandeira de Mello salienta que o rol de casos elencados como hipóteses de inexigibilidade não é exaustivo, eis que a licitação é inexigível quando inviável a competição. Portanto, outras hipóteses de exclusão de certame licitatório existirão, ainda que não arroladas nos incisos legais, quando estejam ausentes os pressupostos jurídicos ou fáticos para a competição. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 561)

[16] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 528.

[17] Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

[18] Marçal Justen Filho define a discricionariedade como sendo “o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso

concreto, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico". (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 244)

[19] O saudoso Hely Lopes Meirelles adverte que "convém esclarecer que poder discricionário não se confunde com poder arbitrário. Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido". (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 103)

[20] MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. (Trad. Luís Afonso Heck). São Paulo: Manole, 2006, p. 148.

[21] Nem deveria o ordenamento jurídico exaurir as possibilidades de contratação direta por inexigibilidade de licitação. Alumiro Couto e Silva explica que "no Estado contemporâneo, extremamente complexo, seria impensável que a lei sempre determinasse, até os últimos pormenores, qual deveria ser o comportamento e a atuação dos diferentes agentes administrativos. A noção de que a Administração Pública é meramente aplicadora das leis é tão anacrônica e ultrapassada quanto a de que o direito seria apenas um limite para o administrador". (COUTO E SILVA, Alumiro. O poder discricionário no direito administrativo brasileiro. Porto Alegre: Revista RPGE n. 27, 2004, p. 97).

[22] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 273-274.

[23] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem licitação*. 9ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. P. 640.

[24] VERRI JÚNIOR, Armando; TAVOLARO, Luiz Antônio; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Licitações e Contratos Administrativos: Temas atuais e controvertidos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 184.

[25] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 275.

[26] Cumpre ressaltar que, nas inviabilidades "puras", não há espaço para licitação. José Cretella Júnior já ensinava que "não pode a autoridade ordenar a abertura de licitação, publicando editais, quando, por exemplo, há inviabilidade de competição, como, por exemplo, para a aquisição de uma obra de arte". (CRETILLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 240)

[27] VERRI JÚNIOR, Armando; TAVOLARO, Luiz Antônio; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Licitações e Contratos Administrativos: Temas atuais e controvertidos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 187.

[28] TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Licitações públicas*. 4ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 98.

[29] DALLARI BUCCI, Maria Paula. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. cap. 2. p. 109-203.

[30] MENDES, RENATO GERALDO. *Lei de Licitações e Contratos Anotada*. 9.ª ed., Curitiba: Zênite, 2013, p. 462.

ENTIDADES FAMILIARES: UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA NO BRASIL NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA

ERIKA CORDEIRO DE ALBUQUERQUE DOS SANTOS SILVA LIMA: Advogada inscrita na OAB/PE. Mestranda em Políticas Públicas pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes, do Rio de Janeiro. Especialista em Gestão Empresarial pela Universidade Cândido Mendes, do Rio de Janeiro/RJ. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Maceió/AL. Bacharel em Secretariado Executivo pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

Resumo: A família é um dos conceitos jurídicos que mais sofreu alterações nos últimos anos, fruto do influxo de diferentes perspectivas sobre as transformações verificadas nos valores e práticas sociais no período que vai do último quarto do século XX ao início do século XXI. Neste estudo, aborda-se a atual concepção acerca do pluralismo das entidades familiares.

Palavras-chave: Família. Casamento. União estável. União homoafetiva. Entidades familiares.

Abstract: The family is one of the legal concepts that has undergone the most changes in recent years, as a result of the influence of different perspectives on the transformations verified in values and social practices in the period from the last quarter of the twentieth century to the beginning of the twenty - first century. In this study, the current conception about the pluralism of family entities is addressed.

Keywords: Family. Marriage. Stable union. Homoafetive union. Family entities.

Sumário: Introdução. 1. A evolução da família. 2. O conceito de família. 3. Entidades familiares explícitas na Constituição Federal (art. 226, CF/1988). 3.1 Casamento (Família matrimonial). 3.2 União estável. 3.3 Família monoparental. 4. Entidades familiares não explícitas na Constituição. 4.1 Família homoafetiva. 4.1.1

União estável homoafetiva. 4.1.2 Casamento homoafetivo. 4.2 Família anaparental. 4.3 Famílias reconstituídas ou recompostas. 4.4 Família unipessoal. 5. Rol exemplificativo. 6. Há primazia da família constituída pelo casamento?. Conclusão. Referências.

Introdução

A família é um dos conceitos jurídicos que mais sofreu alterações nos últimos anos, fruto do influxo de diferentes perspectivas sobre as transformações verificadas nos valores e práticas sociais no período que vai do último quarto do século XX ao início do século XXI. Desde a concepção tradicional, que pressupunha o casamento para a formação da entidade familiar, até a moderna noção de família unipessoal, passando pela união estável, pela família monoparental e pela chamada família anaparental, diversas são as realidades sociais a demandar a qualificação de família, de sorte a atrair a proteção jurídica respectiva.

Neste estudo, aborda-se a atual concepção acerca do pluralismo das entidades familiares, buscando responder, com base na moderna doutrina e na recente jurisprudência, as seguintes perguntas essenciais: o direito brasileiro reconhece outras entidades familiares além do casamento? Em caso positivo, há que se cogitar de primazia do casamento em relação às demais entidades familiares?

Para tanto, aponta-se, inicialmente, breve histórico da evolução da família e as bases do atual conceito de família. Em seguida, serão analisadas, a partir da doutrina e da jurisprudência, as entidades familiares explícitas na Constituição Federal, bem como as entidades não expressas na Carta Magna. Por fim, serão respondidas as perguntas acima suscitadas.

1. A evolução da família

O Código de 1916 entendia que a família estava ligada a dois pontos fundamentais: o casamento formal e a consanguinidade. No entanto, ao longo dos anos, a realidade social trouxe uma nova concepção de família, sendo essa desvinculada de seus modelos originários baseados no casamento, sexo e

procriação. A nova concepção tem se pautado em valores, como a afetividade, o amor e o carinho.

Nesse contexto, Silvio Neves Baptista (2014, p. 26) expõe que: “Com o surgimento da industrialização, ocorreu o processo de urbanização acelerada e o surgimento de movimentos de emancipação das mulheres. Daí em diante, ocorreram profundas transformações econômicas e sociais, conseqüentemente comportamentais, que puseram fim à instituição familiar nos moldes patriarcais.”

Desse modo, observa-se que os tipos familiares atuais estão desvinculados do casamento solene e formal de outrora. Além disso, as famílias que antes eram numerosas e extensas em seu quantitativo de membros, deram lugar a modelos familiares mais restritos, com número reduzido de componentes.

Nesse sentido, no campo da estatística e da demografia, por exemplo, “as unidades de vivência dos brasileiros são objeto de pesquisa anual e regular do IBGE, intitulada Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (PNAD). Os dados do PNAD têm revelado um perfil das relações familiares distanciado dos modelos legais (...)” (LÔBO, 2015, p. 72).

2. O conceito de família

A Constituição Federal da República Brasileira (1988, p.1) conceitua família em seu art. 226, a saber: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Nessa seara, Rolf Madaleno (2015, p.36) faz importante comentário acerca das mudanças ocorridas no conceito tradicional de família:

A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional vista como unidade de produção cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva,

construída com base na afetividade e de caráter instrumental.

No bojo da Carta Magna, são explícitas como entidades familiares os seguintes modelos: casamento (art. 226 § 1º e § 2º, CF), união estável (art. 226 § 3º, CF) e família monoparental (art. 226 § 4º, CF), os quais serão tratados individualmente neste estudo.

Embora a Constituição Federal apenas liste em seu texto, explicitamente, apenas esses três tipos de entidades familiares, Paulo Lobo (2015) menciona que várias outras entidades devem ser consideradas. Tais entidades estão pautadas na afetividade, na estabilidade e na ostensibilidade.

3. Entidades familiares explícitas na Constituição Federal (art. 226, CF/1988)

Primeiramente, é necessário analisar à luz da doutrina e da jurisprudência cada uma das entidades familiares explícitas na Constituição, a saber: casamento (art. 226 § 1º e § 2º, CF), união estável (art. 226 § 3º, CF) e família monoparental (art. 226 § 4º, CF). Em seguida, serão consideradas as entidades não especificadas na Carta Magna.

3.1 Casamento (Família matrimonial)

O Código Civil (2002, p. 1) expõe em seu art. 1.511 que: "O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges". O mesmo diploma dispõe os deveres conjugais no art. 1.566, *in verbis*: "São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos".

Nesse contexto, para alguns doutrinadores, o casamento possui posição privilegiada em relação às demais entidades familiares:

Sempre desfrutou de especial proteção legal. Antes da CF/88, o Estado só reconhecia a família formada pelo casamento solene, que

jamais poderia ser desconstituído; somente anulado. Tudo isso para atender aos interesses do Estado e da Igreja, que impunham um padrão na tentativa de conservar a moralidade. (BAPTISTA, 2014, p. 27)

Como se observa, em alguns momentos, o casamento era tido como tão sagrado que jamais poderia ser desfeito. Hoje, com as diversas mudanças constitucionais e legislativas, é possível casar-se pela manhã e divorciar-se à tarde, de modo que se manter ou não casado é uma escolha pessoal, um direito postestativo, não cabendo ao Estado decidir a continuidade ou não de uma relação familiar.

Em se tratando do casamento, importante destacar na jurisprudência brasileira o seguinte julgado:

ALIMENTOS. ESPOSA QUE NÃO TRABALHA. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS. CABIMENTO. 1. O dever de mútua assistência existente entre os cônjuges se materializa no encargo alimentar, quando existente a necessidade. 2. Se o varão sempre foi o provedor da família e a mulher sempre se dedicou às atividades do lar e aos filhos comuns, é cabível a fixação de alimentos em favor da esposa. 3. Os alimentos devem ser suficientes para atender as necessidades da esposa, mas dentro da capacidade econômica do alimentante. 4. Os alimentos poderão ser revistos a qualquer tempo, durante o tramitar da ação, seja para reduzir ou majorar, seja até para exonerar o alimentante, bastando que novos elementos de convicção venham aos autos. Recurso provido, em parte. (Agravo de Instrumento Nº 70066175159, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio

Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 04/11/2015. Data de publicação: 05/11/2015).

No caso acima, entendeu o Tribunal que caberia fixação de alimentos para a esposa, pois “o varão sempre foi o provedor da família e a mulher sempre se dedicou às atividades do lar e aos filhos comuns”. A esposa, de certo modo, por exclusivamente ocupar-se da criação dos filhos e do cuidado com o lar, deixou de realizar investimentos educacionais e profissionais ao longo de sua vida, sendo assim cabível a fixação de alimentos, uma vez que seria mais difícil sua recolocação no mercado de trabalho para sustento próprio.

3.2 União estável

O art. 1.723 do Código Civil (2002, p. 1) traz os requisitos para caracterização da união estável: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Como se verifica, basta a convivência ser pública, contínua e duradoura, com ânimo de constituição de família para que seja configurada a união estável.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal entende não ser requisito para a união estável a vida debaixo do mesmo teto. É o que ficou estabelecido no enunciado de súmula 382 do STF, *in verbis*: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

Além disso, os tribunais têm entendido que o fato de nascerem filhos durante o relacionamento, por si só, não significa a existência de reconhecimento da união estável, é o que se extrai do julgado a seguir:

Reconhecimento e dissolução de união estável. Prova. 1 - A união estável exige convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família. 2 - A estabilidade do relacionamento é externada pela durabilidade e continuidade da convivência com aparência de casamento. O nascimento de filho, por si só, não significa a existência de

reconhecimento da união estável. 3 - Apelação não provida. (TJ-DF - 20150910163729 Segredo de Justiça 0016198-94.2015.8.07.0009 (TJ-DF). Data de publicação: 30/08/2016).

Um ponto de destaque recente no tema união estável se refere à sucessão, pois o companheiro(a), em relação à sucessão do casamento, saía em desvantagem, nos moldes do art 1.790 do CC. O assunto estava sob repercussão geral e foi recentemente julgado pelo STF:

DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL QUE PREVEEM DIREITOS DISTINTOS AO CÔNJUGE E AO COMPANHEIRO. ATRIBUIÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. Possui caráter constitucional a controvérsia acerca da validade do art. 1.790 do Código Civil, que prevê ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles outorgados ao cônjuge pelo art. 1.829 do mesmo Código. 2. Questão de relevância social e jurídica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. 3. Repercussão geral reconhecida. (RE 878694 RG, Relator (a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 16/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 18-05-2015 PUBLIC 19-05-2015).

De igual modo, também estava em repercussão geral a questão sucessória no tocante às uniões estáveis homoafetivas:

UNIÃO ESTÁVEL – COMPANHEIROS – SUCESSÃO – ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL – COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL ASSENTADA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca do alcance do artigo 226 da

Constituição Federal, nas hipóteses de sucessão em união estável homoafetiva, ante a limitação contida no artigo 1.790 do Código Civil. (RE 646721 RG, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 10/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 06-12-2011 PUBLIC 07-12-2011)

Nesse contexto, o plenário STF decidiu em 10/05/2017, por 7 votos a 3, que possuem o mesmo valor jurídico em termos de direito sucessório, tanto o casamento quanto a união estável, tendo o companheiro os mesmos direitos que o cônjuge no casamento.

Nessa mesma sessão plenária, o Supremo Tribunal afirmou que a equiparação entre companheiro e cônjuge, para fins de herança, abrange as uniões estáveis de casais homoafetivos. O placar dessa decisão foi de 6 votos a favor e 2 contrários.

Por fim, cabe mencionar que ambas as decisões, por terem sido decididas na sistemática da repercussão geral, servem de parâmetro para todas as disputas sucessórias nas diferentes instâncias da Justiça. Pela tese firmada, o art. 1.790 do CC foi considerado inconstitucional, por determinar regras distintas para a herança nos casos de uniões estáveis.

3.3 Família monoparental

O art. 226 § 4º, CF/88, dispõe sobre o conceito de família monoparental, a saber: "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes". (BRASIL, 1988, p. 1)

Paulo Lôbo (2015, p. 78) expõe que: "A Constituição limitou-se à descendência em primeiro grau. Assim, não constitui família monoparental a que se constitui entre avô e neto, mas é entidade familiar de natureza parental, tal como se dá com a que se forma entre tio e sobrinho".

Hoje, é muito comum encontrar famílias monoparentais. Nessa seara, Rolf Madaleno (2015, p.36) comenta o que contribuiu para o aumento desse tipo de família:

(...) é fruto, sobretudo, das uniões desfeitas pelo divórcio, pela separação judicial, pelo abandono, morte, pela dissolução de uma estável união, quando decorrente da adoção unilateral, ou ainda da opção de mães ou pais solteiros que decidem criar sua prole apartada da convivência com o outro genitor.

Cabe ainda mencionar que o fundamento da família monoparental está no art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que prevê o direito da criança ao convívio familiar, mesmo na falta de um dos pais.

4. Entidades familiares não explícitas na Constituição

Diante da dinâmica social, existem várias entidades familiares não expressas na Carta Magna, mas que não podem ser desconsideradas. Tais entidades são muito frequentes na atualidade e baseadas, principalmente na afetividade, tendo a doutrina discorrido sobre o tema, alcançando avanços jurisprudenciais.

Nesse diapasão, a doutrina leciona que: "Hoje, pode-se dizer que o elemento da consanguinidade deixou de ser fundamental para a constituição da família. (...), a doutrina e a jurisprudência vem aumentando o rol das modalidades de família, já sendo aceitas por alguns juristas outras formas, tais como a homoafetiva, a anaparental" (...) (BAPTISTA, 2014, p.24).

4.1 Família homoafetiva

De acordo com a doutrina especializada, esta entidade familiar se caracteriza pela relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo. Antes, com o conceito tradicional de família, não seria possível a admissão de modelos familiares incapazes de procriar, mas hoje a procriação não é fator essencial, é o

que expõe Silvio Neves Baptista (2014, p. 30): “A base da família deixou de ser procriação, a geração de filhos, para se concentrar na troca de afeto, de amor, é natural que mudanças ocorressem na composição dessas famílias.”

Para Paulo Lôbo (2015, p. 79), ‘a união homoafetiva é reconhecidamente uma entidade familiar, desde que preenchidos os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade e a finalidade de constituição de família’. Além disso, para o autor, outra prova de que esse tipo constitui família é o fato de que a Constituição Federal “não veda o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo com finalidades familiares”.

Nesse sentido, a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) trouxe interessante inovação. Em seu texto originário, ao tratar da violência doméstica contra a mulher, menciona, no art. 5º, parágrafo único: “As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”. (BRASIL, 2006, p. 1) (grifo nosso)

Alguns argumentam que a família homoafetiva não pode ser considerada família devido à impossibilidade de filiação. No entanto, são argumentos contrários a essa tese o fato de que: 1) a família sem filhos é tutelada constitucionalmente; 2) a procriação não é finalidade indeclinável da família constitucionalizada; e 3) a adoção é permitida a qualquer pessoa, independentemente do estado civil (art. 42, ECA), não impedindo que a criança se integre à família, ainda que o parentesco civil seja apenas com um dos parceiros.

Nesse contexto, a jurisprudência tem se baseado nos seguintes aspectos: 1) na existência de normas constitucionais que tutelam especificadamente as relações familiares; e 2) no fato de que a doutrina tem encontrado fundamento para as uniões homossexuais no âmbito dos direitos fundamentais, constantes no art. 5º da Carta Magna, em especial à igualdade.

4.1.1 União estável homoafetiva

O art. 226, § 3º, CF, dispõe que: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

No mesmo sentido, o art. 1.723, CC, estabelece que: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Observa-se que, em ambos os diplomas, consta a expressão “homem e mulher”, ou seja, duas pessoas para caracterização da união estável, porém, de sexos distintos. No entanto, o STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 estabeleceu o seguinte entendimento:

O STF, na ADI n. 4.277, em 2011, tendo em vista a omissão do legislador ordinário na disciplina da matéria e as controvérsias reinantes na jurisprudência dos tribunais, decidiu, aplicando diretamente a Constituição, que a união homoafetiva é espécie do gênero união estável. Para o STF, a norma constante do art. 1.723 do CC, que alude à união estável entre homem e mulher, não obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer a proteção estatal. Assim, sua interpretação em conformidade com a Constituição exclui qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Esse reconhecimento deve ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heterossexual” (LÔBO, 2015, p. 80).

Outros julgados mostram que o entendimento sobre uniões estáveis homoafetivas foi consolidado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE. UNIÃO HOMOAFETIVA. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COMO ENTIDADE FAMILIAR. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DAS REGRAS E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS VÁLIDAS PARA A UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, ambas da Relatoria do Ministro Ayres Britto, Sessão de 05/05/2011, consolidou o entendimento segundo o qual a união entre pessoas do mesmo sexo merece ter a aplicação das mesmas regras e consequências válidas para a união heteroafetiva. 2. Esse entendimento foi formado utilizando-se a técnica de interpretação conforme a Constituição para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Reconhecimento que deve ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heteroafetiva. 3. O direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro restou decidida. No julgamento do RE nº 477.554/AgR, da Relatoria do Ministro Celso de Mello, DJe de 26/08/2011, (...) 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 687432 AgR, Relator (a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/09/2012, ACÓRDÃO

ELETRÔNICO DJe-193 DIVULG 01-10-2012
PUBLIC 02-10-2012)

Como se observa, a união homoafetiva é espécie do gênero união estável. Para o STF, o art. 1.723 do CC, que alude à união estável entre homem e mulher, não obsta que a união seja entre pessoas do mesmo sexo. A decisão tomada em sede de ADI tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, significando força normativa equivalente à lei.

4.1.2 Casamento homoafetivo

No ano de 2012, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp 1.183.378, evocou os princípios constitucionais e decidiu pela legalidade e constitucionalidade do casamento direto de casais homossexuais e não apenas por conversão da união estável.

A doutrina, analisando a ementa do acórdão em tela, tece comentários importantes sobre o tema:

Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta aos princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo livre planejamento familiar. (LÔBO, 2015, p. 81)

Um avanço notável da temática se deu com a edição da Resolução n.º 175, de 2013, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual passou a determinar que os oficiais de registro de casamento recebam as habilitações para casamento homoafetivo, ou seja, entre pessoas do mesmo sexo, vedando às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre essas pessoas.

Depois dessas inovações, os institutos do casamento ou da união estável podem ser utilizados por qualquer casal, seja heterossexual ou homossexual. É como dispõe Paulo Lôbo (2015, p. 81):

Todos os direitos e deveres jurídicos decorrentes do casamento ou da união estável são iguais para o casal heterossexual ou homossexual, assim na relação entre os cônjuges ou companheiros, como entre os pais e filhos. Nenhuma restrição ou limitação pode haver em razão do sexo igual ou distinto, notadamente quanto à natureza familiar dessas uniões, aos filhos, regimes de bens, aos alimentos, à sucessão hereditária.

Dentre os direitos concedidos aos casais homoafetivos, seja em sede de união estável, seja no âmbito de casamento, está o direito de adoção, não havendo, sob a ótica dos tribunais superiores, qualquer impedimento constitucional para que duas pessoas do mesmo sexo adotem uma mesma criança. Pelo contrário, até mesmo famílias formadas por uma só pessoa podem adotar uma criança, bastando preencher os requisitos legais da adoção.

4.2 Família anaparental

Esta modalidade familiar não foi contemplada expressamente na Constituição. Trata-se de modelo familiar constituído “por pessoas que convivem em uma mesma estrutura organizacional e psicológica visando a objetivos comuns, sem que haja a presença de alguém que ocupe a posição de ascendente. Têm-se como exemplos dois irmãos que vivem juntos ou duas amigas idosas que decidem compartilhar a vida até o dia de sua morte” (BAPTISTA, 2014, p.23).

Para Maria Berenice Dias (2006, p. 184): “Quando não existe uma hierarquia entre gerações e a coexistência entre ambos não dispõe de interesse sexual, o elo familiar que se caracteriza é de outra natureza, é a denominada família anaparental”.

Nesse tipo de entidade familiar, as pessoas sem laços de parentesco convivem em caráter permanente, com ajuda mútua e afetividade, porém, não há entre seus membros finalidade econômica, nem sexual.

Alguns se perguntam se uma república repleta de estudantes poderia ser considerada família anaparental. A doutrina versa sobre o tema:

Observam Renata Almeida e Walsir Rodrigues Júnior não existir família anaparental onde ausente a pretensão de permanência, por maior que sejam os vínculos de afetividade do grupo, como, por exemplo, em uma república de estudantes universitários, cujos vínculos não foram construídos com a intenção de formar uma família e certamente serão desfeitos com o término do curso. (MADALENO, 2015, p.11).

A jurisprudência tem-se debruçado sobre situações envolvendo famílias anaparentais, como no julgado a seguir:

EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. LEI Nº 8.009/90. 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 de proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei nº 8.009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles. Sem embargo do fim proposto da impenhorabilidade, a decisão cuida de entidade familiar que se insere totalmente no conceito de família do art. 226, pois dotada do requisito de afetividade, estabilidade e ostensibilidade. Não há, nesse caso, "sociedade de fato" mercantil ou civil, e não se poderá considerar como tal a comunidade familiar de irmãos solteiros

(Recurso Especial nº 159.851-SP, DJ de 22.06.1998).

Nesse interessante julgado, o tribunal reconheceu a impenhorabilidade do bem de família habitado por irmãos solteiros, reconhecendo a constituição de uma família por possuir os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensibilidade. Como se vê, a jurisprudência abraçou e consolidou, de maneira formal, a noção de família anaparental.

4.3 Famílias reconstituídas ou recompostas

Este tipo de entidade familiar “com frequência abrangem filhos de duas estirpes, padrastos e madrastas, depois de uma nova união dos cônjuges”. (VENOSA, 2016, p. 9) Trata-se de modelo familiar formado pela junção de famílias anteriormente existentes, como menciona Giselda Hironaka (2015, p. 57): “Família mosaico, modelo pelo qual se reconstitui família pela junção de duas famílias anteriores, unindo filhos de um e de outro dos genitores, além dos filhos comuns que eventualmente venham a ter”.

Nos casos envolvendo famílias recompostas, os tributais têm levado em consideração alguns princípios, como a dignidade da pessoa humana e a afetividade, uma vez que “o Código Civil não traçou desenho claro dessas famílias, não definindo as prerrogativas parentais dos padrastos, nem seu eventual dever de alimentar ao enteado.” (VENOSA, 2016, p. 9)

Paulo Lôbo (2015, p. 82) comenta os motivos de atualmente existirem tantas famílias reconstituídas:

A incidência elevada de separações de fato e divórcios, no Brasil, faz aflorar o problema das relações jurídicas, além das afetivas, das famílias recompostas (*stepfamily, familles recomposés*), assim entendidas as que se constituem entre um cônjuge ou companheiro e os filhos do outro, vindos de relacionamento anterior.

De fato, com a facilidade do divórcio, é comum hoje serem verificadas famílias recompostas, de modo que as demandas sobre esse tipo de entidade têm aumentado. Apenas para exemplificar, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp nº 1106637, "reconheceu a legitimidade de padrasto para pedir a destituição do poder familiar, em face do pai biológico, como medida preparatória para a adoção da criança, quando comprovada qualquer das causas de perda do poder familiar. A situação corrente é o abandono do filho pelo genitor separado" (LÔBO, 2015, p. 85)

4.4 Família unipessoal

Mas o que dizer das famílias formadas por uma só pessoa? Podem ser consideradas famílias? Muitas são as moradias brasileiras habitadas por apenas uma pessoa, sejam solteiras, separadas ou viúvas.

Na doutrina, esse tipo de entidade familiar tem sido conceituada como: "*famílias singles*", onde seus habitantes, sozinhos, ganham reconhecimento jurídico, a exemplo da aplicação em seu favor do instituto do bem de família, a tornar impenhorável o imóvel onde residam, independentemente da constituição de família tradicional." (BAPTISTA, 2014, p. 32) Acolhendo esse entendimento, o STJ editou a súmula n.º 364, a qual dispõe que "o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas".

A jurisprudência tem admitido a família unipessoal como família, conferindo-lhes direitos:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. MÓVEIS GUARNECEDORES DA RESIDÊNCIA. IMPENHORABILIDADE. LOCATÁRIA/EXECUTADA QUE MORA SOZINHA. ENTIDADE FAMILIAR. CARACTERIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. LEI 8.009/90, ART. 1º E CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 226, §4º. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. O Conceito de entidade familiar deduzido dos arts.

1º da Lei 8.009/90 e 226, §4º da CF/88, agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que, como na hipótese, é separada e vive sozinha, devendo o manto da impenhorabilidade, destarte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência. 2. Recurso especial conhecido e provido. (Recurso Especial nº 205.170-SP, DJ de 07.02.2000).

E não só reconhecendo a impenhorabilidade dos bens que guarnecem a residência, mas, também, a própria residência, como no julgado a seguir:

PROCESSUAL. EXECUÇÃO. IMPENHORABILIDADE. IMÓVEL – RESIDÊNCIA. DEVEDOR SOLTEIRO E SOLITÁRIO. LEI 8.009/90. A interpretação teleológica do Art. 1º, da Lei 8.009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão. É impenhorável, por efeito do preceito contido no Art. 1º da Lei 8.009/90, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário. (REsp 182.223/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Rel. p/ Acórdão Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/02/2002, DJ 07/04/2003, p. 209).

Para alguns autores, a exemplo de Paulo Lôbo (2018, p. 1), a inclusão da pessoa sozinha no conceito de entidade familiar é relativa, ou seja, apenas para fins de impenhorabilidade do bem de família. Isso porque essa entidade sofre algumas críticas, dentre elas o fato de que, por ser uma só pessoa, não estaria preenchido o requisito da afetividade para caracterização como entidade familiar

não expressa na Constituição, pois a afetividade somente pode ser concebida em relação ao outro.

5. Rol exemplificativo

Como se vê, doutrina e jurisprudência, modernamente, entendem que o rol do art. 226, da CF/88, é meramente exemplificativo. Não se tem limitado a compreensão de família às entidades expressamente previstas no texto constitucional, admitindo-se novas modalidades, criadas pela dinâmica das relações sociais, às quais se têm reconhecido direitos de variadas espécies, notadamente, no que tange a alimentos, direito sucessório e proteção processual.

A dinâmica dos tribunais, em especial do STJ, tem sido de que os tipos de entidades familiares explicitamente constantes na Carta Magna não são *numerusclausus*, sendo o rol do art. 226, da CF/88, meramente exemplificativo.

É como leciona Giselda Hinoraka (2015, p. 57):

Não há rol taxativo pelo qual seja possível designar todas as estruturas familiares (...) temos observado que a nossa legislação tem-se mostrado incapaz de acompanhar a evolução, a velocidade e a complexidade dos mais diversos modelos de núcleo familiares que se apresentam como verdadeiras entidades familiares, embora o não reconhecimento legal.

Conforme leciona Paulo Lobo (2018, p. 1), a leitura constitucional não deve ser fria, incapaz de considerar as mudanças nos valores e práticas sociais. A Constituição é inclusiva, é cláusula geral de inclusão, deve ser interpretada sistematicamente, em harmonia com seus princípios, como a igualdade. A Carta Magna não exclui qualquer modalidade familiar, os intérpretes é que fazem tal exclusão, violando claramente o megaprincípio da dignidade da pessoa humana, sob o qual está assentada a Constituição Federal.

6. Há primazia da família constituída pelo casamento?

Superada a análise sobre as entidades familiares explícitas ou não na Constituição Federal, importante considerar o seguinte questionamento: há primazia do casamento em relação às demais entidades familiares?

Existem duas correntes sobre o assunto. A primeira prega que existe primazia do casamento como modelo de família, afastando a igualdade entre os tipos, de modo que as demais entidades expressas na Constituição, união estável e entidade monoparental, devem receber a proteção jurídica de modo limitado.

Um dos argumentos utilizados pelos adeptos dessa corrente se refere ao art. 226 § 3º, CF, o qual dispõe que: "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" (BRASIL, 1988, p.1). Desse modo, para os seguidores dessa corrente, se houvesse de fato igualdade, essa regra seria inútil, pois, para eles, converter união estável em casamento demonstra hierarquia entre as entidades e não a autonomia entre elas.

Já os adeptos da segunda vertente consideram que há igualdade entre os três tipos explícitos na CF/88, não havendo qualquer primazia do casamento. Para eles, a Constituição assegura liberdade de escolha das relações e atribui a mesma dignidade para todas as entidades. Argumentam esses autores que é preciso harmonizar a leitura constitucional com os princípios, a exemplo dos princípios da igualdade, da liberdade de escolha e, também, pelo fato de a Constituição não excluir nenhuma entidade em sua interpretação.

Na atualidade, tanto na jurisprudência quanto na doutrina, tem prevalecido o entendimento da segunda corrente, de que não há primazia do casamento em detrimento das demais entidades familiares. Os tribunais têm interpretado a Constituição de forma sistemática, equiparando as entidades familiares, com especial valoração do princípio da igualdade.

Conclusão

Na atualidade, a doutrina reconhece um pluralismo de entidades familiares, não havendo primazia do casamento em relação às demais entidades familiares, sendo suficientes para caracterização de entidade familiar o preenchimento dos requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

Os tipos de entidades familiares explicitamente previstos na Constituição não são *numerus clausus*, ou seja, o art. 226 da CF é rol meramente exemplificativo. A Constituição Federal de 1988 não impõe qualquer cláusula de exclusão de entidades familiares, ao contrário de constituições anteriores, as quais apenas admitiam a família constituída pelo casamento.

A Constituição é inclusiva, é cláusula geral de inclusão, e deve ser interpretada sistematicamente, em harmonia com seus princípios, como a igualdade. Assim, a interpretação constitucional precisa levar em conta a dinâmica social e as decisões dos tribunais, as quais têm demonstrado inequivocamente que a Carta Magna não exclui qualquer modalidade familiar, cabendo aos intérpretes interpretar a norma sem violar o princípio da dignidade da pessoa humana, que é base e rege toda Constituição Federal.

Referências

BAPTISTA, Silvio Neves. **Manual de direito de família**. 3. ed. Recife: Bagaço, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 nov. 2018.

_____. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 nov. 2018.

_____. **Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006.** Lei Maria da Penha. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 15 nov. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes *et al.* **Tratado de direito das famílias.** 3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LÔBO, Paulo. **Entidades familiares constitucionalizadas:** para além do *numerus clausus*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** 16 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

APLICABILIDADE DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS: UM ENFOQUE NA SEMILIBERDADE

MIRIA PEREIRA LAURINDO CARVALHO: bacharel em Direito pelo Centro Luterano do Brasil Ceulp/Ulbra e Pós graduada em Docência do Ensino Superior pela Faculdade ITOP.

Projeto de conclusão de curso apresentado como requisito parcial da disciplina de Trabalho de Curso em Direito II (TCD II), do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Palmas – CEULP/ULBRA.

THIAGO PEREZ RODRIGUES DA SILVA

(Orientador)

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo avaliar acerca da aplicabilidade das medidas socioeducativas, verificando se de fato estas medidas ressocializam os adolescentes infratores. Para isso se fez necessário usar a pesquisa doutrinária para discorrer sobre a evolução histórica da legislação destinada às crianças e adolescentes no Brasil. As medidas socioeducativas têm como objetivo principal a ressocialização do adolescente infrator, dessa forma buscou-se analisar cada uma dessas medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como os atos infracionais praticados e as garantias processuais destinadas aos mesmos. Objetivando uma melhor compreensão do assunto destaca-se a medida de inserção em regime de semiliberdade como meio de ressocialização, e a importância do amparo por parte da família, da sociedade e do Estado na proteção integral da criança e do adolescente. Como complementação, apresentado a visão da sociedade civil sobre o sistema socioeducativo do Tocantins e se a realidade apresentada atende com o que está preconizado no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA.

Palavras chaves: Adolescentes. Medidas Socioeducativas. Ressocialização.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO DESTINADA ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL. 1.1. O CÓDIGO DE

MENORES DE 1927. 1.2 O CÓDIGO DE MENORES DE 1979 - LEI Nº 6.697, DE 10 DE OUTUBRO DE 1979. 1.3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO PRINCÍPIOS DA ABSOLUTA PRIORIDADE. 1.4 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. 2 RESSOCIALIZAÇÃO X PUNIÇÃO. 2.1 AS GARANTIAS PROCESSUAIS DESTINADAS AOS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LE. 2.3 ININPUTABILIDADE PENAL DO ADOLESCENTE. 2.4 AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. 2.4.1 Advertência. 2.4.2 Obrigação de Reparar o Dano. 2.4.3 Obrigação de Serviços à Comunidade. 2.4.4 Liberdade Assistida. 2.4.5 Inserção em Regime de Semiliberdade. 2.4.6 Internação em Estabelecimento Educacional . 2.4.7 Medidas Protetivas (art. 101, I a IX do Eca). 3 A SEMILIBERDADE COMO MECANISMO DE RESSOCIALIZAÇÃO. 3.1 A RESPONSABILIDADE DA FAMÍLIA, DA SOCIEDADE E DO ESTADO PELA CRIANÇA E PELO ADOLESCENTE PERANTE A LEI (CF/88 E O ECA). 3.2 BENEFÍCIOS DA SEMILIBERDADE. 3.3 ESTRUTURA DA SEMILIBERDADE NO TOCANTINS. 3.4 VISÃO DA SOCIEDADE CIVIL SOBRE O SISTEMA SOCIOEDUCATIVO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico que se inicia faz referência aos adolescentes brasileiros, que após a criação da Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, passaram a ser considerados como sujeitos de direitos, independente da sua cor, raça ou classe social, por serem pessoas em desenvolvimento precisam ser protegidos pela família, pela sociedade e pelo Estado como está previsto no artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

Ao longo da história os adolescentes adquiriram reconhecimento garantias e direitos, mas também não foram eximidos dos seus deveres como qualquer cidadão. Dessa forma, conforme a gravidade do ato infracional cometido cumprirá medidas socioeducativas que variam da advertência à internação.

Em relação ao número de adolescentes infratores e possível reincidência de atos infracionais é importante destacar que não há informações atualizadas ou dados estatísticos conforme os Planos de Atendimento dos Projetos Político Pedagógico das Unidades de Semiliberdade estudado, os documentos disponíveis dizem respeito ao funcionamento do sistema socioeducativo do Tocantins.

Tais medidas não se baseiam em pena punitiva, mas em processo educativo e socializador, que por mais grave que seja a infração cometida pelo adolescente, não se comparam as penas sob o direcionamento do Código Penal.

Para tanto, inicia-se o primeiro capítulo com o estudo da evolução histórica da tutela dos direitos da criança e dos adolescentes brasileiros, bem como verificando as disposições normativas, adotada em matéria de ato infracional.

No segundo capítulo, a pesquisa focará em analisar cada uma das medidas socioeducativas no ordenamento brasileiro como meio de ressocialização, cujo objetivo é fazer com que o adolescente infrator volte a viver em sociedade de forma útil, observando o que permite o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O presente estudo tem por escopo analisar que toda a medida socioeducativas tem o intuito de responsabilizar o adolescente, considerando sua condição de pessoa em desenvolvimento, e é dever do Estado garantir que tais medidas sejam cumpridas.

Dentre os diversos atos infracionais cometidos por adolescentes em nossa sociedade, e as várias medidas socioeducativas aplicadas a cada caso, levantam questionamentos, acerca da medida e suas consequências quando aplicada ao adolescente que cometeu algum ato infracional.

O terceiro e último capítulo busca-se analisar de forma concreta a medida de semiliberdade como mecanismo de ressocialização para os adolescentes infratores.

Tem-se, neste capítulo, ainda, a análise das unidades de semiliberdade no Tocantins, observando a sua estrutura e funcionamento.

Por fim, o olhar do CEDECA-TO como parte da sociedade civil sobre o sistema socioeducativo do Tocantins que em parceria com o Centro de Direitos Humanos de Palmas realiza mensalmente o monitoramento do sistema sócio educativo do Estado.

Assim, o tema a ser discutido abordará as medidas socioeducativas previstas em lei, que visam à recuperação do adolescente em conflito com a norma legal, que tem como objetivo principal a ressocialização do adolescente infrator, e

receberá todos os cuidados referentes à sua proteção e desenvolvimento, conforme o artigo 4º do ECA.

1 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO DESTINADA ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES **NO BRASIL**

No que se refere a evolução histórica da legislação destinada às crianças e adolescentes brasileiras Costa (2005, p.47) elabora a seguinte afirmação: “[...] tem a possibilidade de permitir questionar conceitos atuais, vistos em nossos dias como naturais, mas que nem sempre tiveram o mesmo significado”.

As crianças e adolescentes da antiguidade não eram considerados como merecedores de atenção especial e passaram despercebidos por séculos, concernente a proteção dos seus direitos. Alguns doutrinadores afirmam que antes e durante a idade média as crianças eram consideradas como uma pessoa adulta com responsabilidades e deveres.

É importante ressaltar que na idade antiga (4000 a.C a 476 d.C), não existe registro acerca dos direitos de crianças e adolescentes, sempre houve crianças, mas nem sempre infância, o conceito de infância não era conhecido como nos dias atuais. Seguindo essa mesma linha de raciocínio é o que defende Sandra Corazza:

As crianças são grandes ausentes da história simplesmente porque, no chamado “passado” – da Antiguidade à Idade Média- não existia este objeto discursivo a que hoje chamamos infância, Nem essa figura social chamada criança (...). Não é que não existissem seres humanos pequenos, gestados, paridos, nascidos, crescidos – a maioria deles mortos, antes de nascerem- mas é que eles não era atribuída a mesma significação social e subjetiva; nem com eles eram realizadas as práticas discursivas e não-discursivas que somente fizeram o século XVIII, na plenitude, o XIX e até mesmo os meados do século XX: nem a infância, nem a criança, nem o infantil foram considerados, em qualquer medida, sequer problemas (CORAZZA, 2002, p. 81).

No Brasil-colônia durante o Império as crianças e os adolescentes não tinha espaço no mundo jurídico, esta compreensão não se faz pela inexistência

biológica dos mesmos, e sim pela falta de amparo legal às crianças filhas de índios e escravos. A essas crianças não eram permitido sequer ter uma identidade, o que comprova a que nenhum direito lhes eram garantido.

A população carente era entregue a Igreja Católica, um período marcado pela Roda dos Expostos, instituição criada pela Irmandade da Santa Casa de Misericórdia um sistema assistencial voltado tanto para os doentes como para crianças abandonadas. A estrutura física das rodas era de um cilindro oco de madeira que girava em torno do próprio eixo, assim a mãe que não podiam assumir publicamente seus filhos por serem mães solteiras tinha a

identidade preservada, atitude comum, devido aos padrões da época. Mauricio Neves de Jesus faz a seguinte citação:

As Primeiras Rodas dos Expostos no Brasil-colônia foram fundadas em 1926, na Bahia, e em 1738 no Rio de Janeiro. De acordo com as Ordenações Filipinas, a responsabilidade de criar as crianças enjeitadas eram das Câmaras Municipais. Porém, em 1775, o Alvará do Ministro Sebastião José de Carvalho e Mello atribuía a responsabilidade pela assistência aos expostos apenas à Santa Casa. Registra Eva Teresinha Silveira Faleiros que “o Alvará, documento real, portanto legal e oficial, não menciona quaisquer obrigações financeiras da Corte, nem das Câmaras Municipais com a criação dos expostos na Roda” (JESUS, 2006, P.37).

Posteriormente em 1927 o Código de Menores proibiu o sistema das Rodas, porém os bebês poderiam ser entregues a instituição e a mãe poderia ter a identidade não revelada, só que o registro da criança dessa vez era uma obrigatoriedade.

A idéia de proteção em relação à criança não existia, eram tratadas como um pequeno adulto até enquanto durassem suas curtas vidas e dessa forma, com total descaso, foram alvo para trabalhar na agricultura a partir dos cinco anos de

idade, sendo também obrigados a suportar castigos físicos, tais castigos eram os mesmos impostos aos adultos. Como espancamentos com chicotes, ferros e paus com o pretexto de serem moldadas conforme os desejos dos adultos.

Havia ainda, grandes números de mortalidade infantil, abandono, pobreza e o atendimento oferecido as crianças eram precários, péssimas condições de saúde e higiene.

Fica evidente que nesse período da Idade Média, apesar da sociedade já ter evoluído em várias áreas do conhecimento, a preocupação com a infância não se fazia presente. Philippe Ariès discorre que:

Por volta do século XII, a arte medieval desconhecia a infância ou não tentava representa-la. É difícil crer que essa ausência se devesse à incompetência ou à falta de habilidade. É mais provável que não houvesse lugar para a infância nesse mundo. (ARIÈS,1981, p. 50).

A partir do século XIX e XX a infância passa a significar algo de preocupação e assume uma posição importante para a família e sociedade, finalmente a criança passa a ser considerada como ser humano que precisa de proteção especial e diferenciada.

Como conseqüência do desenvolvimento do capitalismo e da pobreza generalizada que atingia a população, o número de menores submetidos a cumprirem penas em prisões comuns junto com os maiores de idade, pois nesse período não existia diferença de tratamento etário, trouxe um enorme descontentamento e indignação na sociedade por falta de uma legislação específica destinada aos menores.

O Direito penal no Brasil era regido pelas Ordenações Filipinas por mais de dois séculos até a promulgação do Código Criminal do Império em 1930. As punições para os adolescentes estavam previstos no Livro V das Ordenações do Reino de acordo com os delitos que cometessem, uma característica dessa legislação era intimidar através do terror.

A legislação penal do livro V, tinha a morte como uma espécie de pena comum, aplicadas inúmeras vezes com requintes de crueldade, tal pena era aplicada a várias espécies de delitos.

Segundo, Mauricio Neves de Jesus:

As punições do Livro V era realmente terrível, o que não constitui privilégio seu, pois assim era toda a legislação penal de sua época. A morte era pena comum e se aplicava a grandes números de delitos, sendo executada muitas vezes com requintes de crueldade. (...) As penas dependiam das condições dos réus e empregava-se amplamente a tortura. O sentido geral dessa legislação é o da intimidação feroz, puramente utilitária, sem haver proporção entre as penas e os delitos, confundindo-se os interesses do Estado com os da religião.

(JESUS, 2006, p. 32).

Estava previsto nas Ordenações Filipinas que o genitor tinha o direito de aplicar os castigos que bem entendesse, haja vista que era considerado autoridade máxima no contexto familiar.

A inimizabilidade penal começava desde os sete anos de idade, eximindo-o da pena de morte e ao mesmo tempo concedendo-lhe a diminuição da pena e a imimizabilidade penal era atribuído aos maiores de vinte e um anos podendo lhes ser imposta a pena de morte dependendo da gravidade do ato delituoso.

A classificação da produção legislativa legitimamente brasileira, é dividida em quatro períodos, quais sejam: o Código Criminal do Império estendido até a promulgação do Código de Menores de 1927, passando pelo Código Penal de 1990. O segundo, de 1927 até 1979, foi um marco no Brasil pelo surgimento de uma nova legislação específica, em substituição à lei conhecida como Código Mello Mattos. O terceiro período com a aplicação do novo Código de Menores e o último e o quarto período após discussões que levaram a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990.

O Código Penal Criminal do império de 1930 aboliu as chamadas penas cruéis, previstas no livro V das Ordenações Filipinas, uma inovação ao garantir no seu artigo 10 que não se julgarão criminosos os menores de quatorze anos, como não havia uma legislação específica, o Código Criminal também era responsável pela medida que seria aplicada aos menores de quatorze anos se tivessem agido com discernimento no ato tido como crime, ou seja, recolhimento as casas de correção determinado pelo julgador ao tempo que lhe fosse imposto, desde que não ultrapassasse o limite de dezessete anos de idade.

Ocorre, entretanto, que como existiam poucas casas de correção para assistência aos adolescentes infratores, a aplicação da lei e a falta de estrutura pública geraram o descaso por parte do Estado brasileiro em desfavor aos referidos adolescentes, que acabavam sendo jogados em prisões juntamente com adultos em situações desumanas e vulnerável as promiscuidades.

1.2. O CÓDIGO DE MENORES DE 1927

Também conhecido como o Código de Mello Mattos em homenagem ao magistrado José Cândido Albuquerque Mello Mattos, primeiro juiz de menores no Brasil e pelo seu empenho e dedicação em criar junto ao juizado um estabelecimento de assistência as crianças e adolescentes delinqüentes e marginalizados, foi ele que ficou à frente do juizado entre 1924 e 1934.

Dentre os artigos que somavam duzentos e trinta e um do Código de Menores, garantia que o menor de dezoito anos, delinqüentes abandonados e aos que estivessem correndo risco de se transformar em delinqüente, seriam submetidos as medidas de proteção previstas naquela legislação. O art. 1º da referida legislação assegura que:

Art. 1º O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinqüente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código.

O legislador não se preocupou somente com os menores abandonados e delinqüentes, como também inovou ao expressar sobre o pátrio poder, prevendo a sua suspensão aos genitores que por negligencia, incapacidade ou por outro motivo injustificado deixasse de cumprir com as suas obrigações. Situação que

gerou muitas críticas e inconformismo na época, muitos pais trabalhavam em busca de garantir o sustento e dessa forma passavam o dia fora de casa impossibilitados de assistir os filhos.

Abordou a questão do trabalho infante-juvenil, garantindo uma jornada máxima de trabalho de apenas seis horas para menores de dezoito anos e para os menores de doze anos era terminantemente proibido, como também proibiu o trabalho noturno aos menores de dezoito anos.

O Código de Mello Mattos foi um sistema punitivo e severo, haja vista, que em seu artigo 71, previam para os menores entre dezesseis e dezoito anos que cometiam crimes considerados graves pelas circunstâncias e gravidade do ato e se fosse constatado que se tratava de indivíduo perigoso e perverso, esse mesmo indivíduo era punido de acordo com a regra do artigo 65 do Código Penal. E na falta de estabelecimentos para condenados de menor idade eram obrigados a cumprir a pena em estabelecimentos prisionais comuns, mesmo que mantidos separados dos apenados adultos ali permaneciam até que fosse possível comprovar a sua recuperação. Amim esclarece:

A tutela da infância, nesse momento histórico, caracteriza-se pelo regime de internações com quebra dos vínculos familiares, substituídos por vínculos institucionais. O objetivo era recuperar o menor, adequando-o ao comportamento ditado pelo Estado, mesmo que o afastasse por completo da família. A preocupação era correccional e não afetiva (AMIM, 2014, P.48)

A falta de recursos e de autonomia para manter os institutos existentes e implantação de outros eram obstáculos para a aplicação do Código de Mello Mattos, e a cada dia ficava mais claro e evidente que não havia estrutura que suportasse a execução das normas e que o problema da infância e juventude só seria resolvido a partir do momento que o Estado chamasse para si a responsabilidade social e assegurar a valorização da família, e aos miseráveis dar condição e proteção para a sua subsistência e educação dos seus filhos.

Inúmeras foram às tentativas de políticas públicas que buscassem um resultado eficaz, más nenhuma obtiveram êxito e a necessidade de uma nova

legislação que acompanhasse evolução da sociedade brasileira, com novas adaptações ao Código Mello Mattos baseados pelas discussões e debates que marcaram os anos 70 no Brasil e no exterior, foram mais que suficientes argumentos para que fosse aprovado em 1979 o novo Código de Menores Brasileiro.

1.3 O CÓDIGO DE MENORES DE 1979 - LEIS Nº 6.697, DE 10 DE OUTUBRO DE 1979

O novo Código de Menores de 1979, que substituiu o Código de Mello Mattos, estabeleceu a doutrina da situação irregular, onde os menores infratores eram afastados da sociedade em nome de uma falsa proteção eram internados em instituições tidas como verdadeiras prisões. O temido Código de Menores estabelecia a capacidade judicial de agir preventivamente ou repressivamente em relação aos menores e cabia ao magistrado julgar cada caso concreto e dizer se determinada criança se enquadrava como delinqüente e se era ou não abandonada e posteriormente qual a proteção cabível, e ao Estado eram atribuídos a tutela de órfãos abandonados.

Janiere Portela Leite Paes discorre:

Instituiu a grande legislação, assim, a primeira estrutura de proteção aos menores, com a definição ideal para os Juizados e Conselhos de Assistência, trazendo clara a primeira orientação para que a questão fosse tratada sob enfoque multidisciplinar. Sua obra tornou-se um marco referencial, cumprindo papel histórico. A ideia de uma legislação especial, com a característica de sistema, proporcionada por um Código, atribuindo deveres paternos, impondo obrigações estatais e criando estruturas, foi essencial (PAES, 2013).

O Código de Menores de 1979 trouxe um dispositivo no qual o Estado passa a intervir agindo livremente em questões relativas à família e na forma de criação dos seus filhos, podendo suspender o pátrio poder, caso fosse vista como abandono, o que caracterizava situação irregular e essas crianças por força da lei eram recolhidas aos internatos, verdadeiras “prisões” até atingirem maior idade.

No que diz respeito a doutrina da Situação Irregular, Roberto da Silva menciona:

Sob esta categoria o Código de Menores de 1979 passou a designar as crianças privadas das condições essenciais de sobrevivência, mesmo que eventuais, as vítimas de maus tratos e castigos imoderados, as que se encontrassem em perigo moral, entendidas como as que viviam em ambientes contrários aos bons costumes e as vítimas de exploração por parte de terceiros, as privadas de representação legal pela ausência dos pais, mesmo que eventual, as que apresentassem desvios de conduta e as autoras de atos infracionais (SILVA, 2001).

Com o passar dos anos e com o desenvolvimento da sociedade o Código de Menores tornara-se insuficiente para acompanhar essa realidade, que sofria fortes influencias por parte da Convenção dos Direitos da Criança da ONU.

A Convenção dos Direitos da Criança é um tratado que tem por objetivo garantir a proteção às crianças e adolescentes do mundo inteiro, que foi aprovada pela Resolução 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas em vinte de novembro de 1989 e no ano seguinte esse documento foi oficializado como lei internacional. Considerado como instrumento de direitos humano mais aceito na história mundial foi também o marco legal nacional e internacional, este documento é composto de 10 princípios importantes:

I - Direito à igualdade, sem distinção de raça, religião ou nacionalidade;

II - Direito à especial proteção para o seu desenvolvimento físico, mental e social;

III - Direito a um nome e uma nacionalidade;

IV - Direito à alimentação, moradia e assistência médica adequada para a criança e sua mãe;

V - Direito à educação e a cuidados especiais para a criança física ou mentalmente deficiente;

VI - Direito ao amor e à compreensão dos pais e da sociedade;

VII - Direito à educação gratuita e ao lazer infantil;

VIII - Direito a ser socorrido em primeiro lugar, em caso de catástrofes;

XI - Direito a ser protegida contra o abandono e a exploração no trabalho;

X - Direito a crescer, dentro de um espírito de solidariedade, compreensão, amizade e justiça entre os povos.

A Convenção dos Direitos da Criança teve forte influência na elaboração da Constituição Federal, e sem dúvida um passo adiante na área dos direitos da infância, resultado da atuação e influência dos movimentos sociais.

A promulgação da tão sonhada Constituição da República, em 1988, caracterizou uma nova fase a ser vivenciada com perspectivas favoráveis, com implementações de políticas públicas visando avanços significativos nas garantias destinadas às crianças desamparadas.

1.4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO PRINCÍPIO DA ABSOLUTA PRIORIDADE

A Constituição apresentou como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana, considerando esse princípio um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Assim, valorizando a pessoa humana e a própria família, o constituinte se preocupou em propiciar a criança e ao adolescente a possibilidade de uma vida digna.

E seguindo esse comando constitucional, a criança e adolescente passaram a ser considerados no mundo jurídico como cidadãos de direitos, e tais direitos tiveram uma evolução histórica significativa. Para que não pairasse qualquer

dúvida sobre a aplicabilidade do preceito constitucional artigo 227, *caput*, da norma constitucional está expresso:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com a absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, 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.

Diante do exposto no artigo 227, a Constituição atribuiu em primeiro lugar a família como responsável pela efetivação desses direitos, porque é na família que acontece o grau de aproximação capaz de detectar quaisquer necessidades, sejam elas físicas, sociais e morais das crianças ou adolescentes.

Nenhum grupo de pessoas recebeu proteção e atenção especial, como na referência constitucional, não bastou que os direitos elaborados para crianças e adolescentes fossem só prioritários, a Assembleia Constituinte compreendeu que deveria ser prioridade absoluta. Nasce então, a Doutrina da Proteção Integral, uma conquista em se tratando dos direitos das crianças e adolescentes que posteriormente resultou na criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo que, a elaboração do mesmo é toda voltada nesse sentido, com o objetivo básico de favorecer uma proteção efetiva aos direitos, garantias e princípios expressos na Constituição Federal de 1988. Alexandre Morais da Rosa discorre:

Para tanto, é preciso compreender a "Doutrina da Proteção Integral", segundo a qual crianças e adolescentes são reconhecidos como titulares de direitos e deveres. Embora em desenvolvimento, devem ser tratados como sujeitos, com suas peculiaridades (ROSA, 2009, p. 2393).

Desse modo, possibilitando uma mudança da triste realidade vivenciada pelas crianças e adolescentes, como o abandono familiar, maus tratos, exploração sexual, falta de alimentação e qualquer direito básico que um ser humano deveria usufruir, principalmente para a pessoa em especial condição de desenvolvimento. Para tanto, é necessário que o direito da criança e do adolescente, assim como as

suas peculiaridades sejam do conhecimento de todos, para que a sociedade possa cobrar do poder público as ações de proteção e fazer com que sejam cumpridas as garantias constitucionais como prioridade absoluta.

1.5 O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA

O Estatuto da Criança e do Adolescente surgiu no ordenamento jurídico brasileiro e recebeu o nº 8.069, entrando em vigor em 12 de outubro de 1990, esta lei tem como norte a constituição de 88, o meio mais eficaz de garantir os direitos das crianças e de adolescentes.

No que se refere ao Estatuto da Criança e do Adolescente Wilson Donizeti Liberati (2012, p.18) elabora a seguinte definição: “[...] um conjunto de regras direcionadas à proteção, e garantias dos direitos de crianças e adolescentes, cuja construção se deu por meio do esforço de milhares de pessoas e comunidades comprometidas com uma nova prática do direito”.

A própria Constituição Federal de 1988, já despertava para a necessidade de se posicionar e favorecer a criança e o adolescente uma proteção especial abordando a questão da prioridade absoluta do Estado, e pela sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento buscou-se, na prática e de fato essa proteção, portanto uma vitória da sociedade. O art. 2º e 3º do ECA disciplina *in verbis*:

Art. 2º. Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa de até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes a pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

A idéia e o sentimento que a sociedade tinha em relação aos Códigos anteriores que regulavam as normas destinadas a crianças e adolescentes são de

um Código Penal para menores, devido às punições severas disfarçadas de medidas de proteção, pois os menores infratores eram de forma generalizada tratados como criminosos e privados de seus direitos, e sem nenhum apoio a família.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é considerado uma grande conquista da legislação brasileira, um valioso instrumento de cidadania, consequência das lutas de movimentos sociais que tinha como objetivo a proteção e o respeito aos direitos infanto-juvenis.

O ECA estabelece aos adolescentes como sujeitos de direitos a partir da Doutrina da Proteção Integral, criada para garantir acesso pleno e permanência nas políticas públicas básicas, bem como, atender as crianças e adolescentes de maneira a satisfazer todas suas necessidades e direitos frente ao mundo adulto, de acordo com Art. 227 da Constituição Federal. Portanto a Lei 8.069/90 reforça o que já havia sido expresso de forma taxativa na CF/88, contendo dispositivos relacionados aos direitos fundamentais garantidos a crianças e adolescentes, quanto aos seus instrumentos legislativos essenciais a sua execução.

O Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe com sua concepção uma nova forma de tratar as políticas direcionadas à infância e à adolescência no Brasil. Trata também das responsabilidades e deveres da família, da sociedade e do poder público que devem garantir o cumprimento dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes definidos pela lei.

No ECA, também está estabelecido questões de direitos fundamentais, referente às sanções aplicadas ao adolescente infrator e qual as políticas públicas de assistência, e os tipos de crimes contra a criança e adolescentes. Quanto aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes o artigo 7º do ECA estabelece:

Art. 7º. A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

No caso de ato infracional cometido por criança (até 12 anos), aplicam-se as medidas de proteção. Nesse caso, o órgão responsável pelo atendimento é o Conselho Tutelar.

O Conselho Tutelar é o órgão criado conjuntamente ao ECA, instituído pela Lei 8.069 no dia 13 de julho de 1990. Órgão encarregado de zelar dos direitos das crianças e adolescentes, estabelecido por lei municipal formado por membros eleitos pela comunidade para mandato de quatro anos, e para que isso ocorra em total dissonância com a mesma diploma legal o artigo 131 estabelece:

Art. 131. O Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta lei.

O Conselheiro Tutelar tem o dever de atender aqueles que procuram o Conselho Tutelar, bem como, ouvir denúncias anônimas e averiguar se estas são procedentes ou não, e somente após análise das situações que lhes foram apresentadas de cada caso é que serão aplicadas as medidas cabíveis. É importante esclarecer que o Conselho Tutelar aplica as medidas, porém não as executa, portanto, os interessados devem buscar os poderes necessários para execução de tais medidas.

O ECA estabelece ainda, as garantias processuais ao adolescente em conflito com a lei, atualmente há uma grande discussão acerca da criminalidade e, sobretudo por razões da delinqüência juvenil, o adolescente apresenta maior vulnerabilidade, e os fatores de risco social são apontados como a principal causa da prática do ato infracional. A Lei Federal 8.069/90 assegura ao adolescente infrator garantias para que eles possam reencontrar a liberdade e a cidadania ora negada.

O Estatuto da Criança e do Adolescente com um total de duzentos e setenta e sete artigos, divididos em dois livros: o I Parte Geral e o II Parte Especial, todos voltados para a proteção de jovens brasileiros, rompeu com a Doutrina da Situação Irregular impregnada a uma falsa ideologia da sociedade, colocou as crianças e adolescentes brasileiros em uma posição desta vez como sujeitos de direitos que merecem uma atenção diferenciada, especializada e integral.

2 RESSOCIALIZAÇÃO X PUNIÇÃO

Ressocializar significa tornar-se sociável aquele que está desviado das regras morais da sociedade, nesse caso, fazer com que o adolescente infrator volte ao convívio social de forma útil. Para saber se é possível a ressocialização do adolescente infrator devem ser considerados alguns fatores já que a adolescência é uma etapa da vida do ser humano marcadas por diversas mudanças comportamentais, época de grandes descobertas e rupturas.

A família como primeira instituição fundada na terra, exerce um papel de suma importância na vida das crianças e adolescentes, e sem dúvida é essencial para formação do caráter dos mesmos, dessa forma contribuir para a não inserção do adolescente no mundo da criminalidade. Os motivos que levam o adolescente a cometer atos infracionais são diversos, como por exemplo: fatores genéticos, biológicos, emocionais e psicológicos, como também as amizades e a desigualdade social. Por pertencerem a uma classe social de extrema pobreza, baixa escolaridade e por serem colocados à margem da sociedade, acabam encontrando na delinqüência a única saída.

Apesar de todas essas justificativas envolvendo os fatores sociais que levam os jovens para a criminalidade, não poderíamos tratá-los como se não tivessem violado os direitos de outras pessoas, assim sendo, qualquer conduta tipificada como ato infracional cometida por criança e adolescente será objeto de averiguação e aplicação das medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em complemento ao raciocínio, Wilson Donizete Liberati discorre:

Desse modo, o adolescente autor de ato infracional "responde" responde pela prática do ato infracional, frente às disposições contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como nas demais regras de controle social. Ou seja, o adolescente será coagido a ajustar sua conduta, por meios de ações do poder estatal, em virtude do ilícito praticado (LIBERATI, 2012, p. 150).

A vulnerabilidade é o que coloca o adolescente em risco social, conseqüentemente as razões apontadas como o principal aumento da prática de ato infracional em nosso país. Por isso, o objetivo de ressocializar o adolescente infrator é um problema que gera discussão e veio evoluindo ao longo do tempo.

A incansável busca da recuperação do adolescente infrator relacionado com o problema das drogas e por muitos deles pertencerem a famílias de classe média baixa, com dificuldades econômicas e baixa escolaridade dificulta ainda mais o objetivo de um resultado

positivo, é preciso que a sociedade se conscientize de sua responsabilidade, não basta só esperar os resultados das políticas públicas de proteção.

A realidade é que nenhum ser humano nasce violento, dessa forma a violência pode ser desaprendida. Desde 1990 com a criação do ECA os adolescentes infratores passaram a ter um tratamento diferenciado, como sujeitos de direitos, instituiu-se a partir daí a doutrina da proteção integral.

A idéia de punição penal do adolescente infrator cai por terra pela simples razão de que, é somente aos dezoito anos de idade que inicia a imputabilidade penal.

Nesse sentido, considerando, os princípios gerais do direito são cabíveis a aplicação de sanções a menores de 18 anos de idade que pratiquem ato infracional, desde que esta aplicação aconteça de apreciação judicial e de competência exclusiva do Juiz (Súmula 108 do STJ), lembrando que, tais medidas, não possuem caráter punitivo e sim de medida socioeducativa.

Quanto à aplicação das medidas socioeducativas Wilson Donizeti Liberati esclarece:

Após o processo judicial de apuração do ato infracional, observando o devido processo legal, a autoridade judicial poderá aplicar as medidas que lhe aprover, considerando a capacidade do infrator de cumpri-las, segundo seu estágio de desenvolvimento

intelectual, físico, moral e psíquico. Mas é importante salientar, por fim, que a medida em destaque, além de caráter educativo e pedagógico que carrega em seu desenvolvimento, tem natureza jurídica punitiva e de retribuição ao ato infracional praticado (LIBERATI, 2012, p. 130).

Acontecido o ato infracional, posteriormente será imposta a medida cabível, qualquer sanção ao infrator só poderá ser imposta pelo juiz, observando o procedimento legal, esses delitos se extingue quando o infrator completa vinte e um anos e assim não terão antecedentes criminais.

Assim, as medidas previstas em lei, que visam à recuperação do adolescente infrator, como também sua forma de aplicação, que tem como objetivo principal a ressocialização, já que a lei estabelece que o adolescente é prioridade no Estado brasileiro e receberá todos os cuidados referentes à sua proteção e desenvolvimento, conforme o artigo 4º do ECA .

A responsabilização legal do adolescente infrator é um dever do Estado, que através da lei tem como objetivo principal conscientizar esse adolescente para que respeite as regras impostas, como também a cumprir suas obrigações de convívio social.

Com o objetivo de reeducá-los a ter princípios, considerando sua fase de desenvolvimento prepara o adolescente, sendo assim, a decisão de não voltar a cometer infrações é exclusiva do adolescente, mas o amparo da família é fundamental para a ressocialização.

2.1 AS GARANTIAS PROCESSUAIS DESTINADAS AOS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI

São asseguradas ao adolescente infrator com previsão legal nos artigos 110 e 111 do Estatuto da Criança e do Adolescente, essas medidas tem a finalidade de recuperar o adolescente em conflito com a lei, ou seja, ele terá que recebê-la como um processo de regras de convivência e respeito. A primeira garantia assegurada ao adolescente infrator é o pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente (art.111, inciso I do ECA). Vale

ressaltar que é garantia constitucional, a pessoa só poderá ser processada se tiver conhecimento da imputação que lhe é feita.

Humberto Theodoro Júnior interpreta:

A garantia do devido processo legal, porém, não se exaure na observância das formas da lei para a tramitação das causas em juízo. Compreende algumas garantias 25 fundamentais como a garantia do juiz natural (CF, art. 5º, inc. XXXVII), e do juiz competente (CF, art. 5º, inc. LIII), a garantia do acesso à Justiça (CF, art. 5º, inc. XXXV), de ampla defesa e contraditório (CF, art. 5º, inc. LV) e, ainda, a de fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93, inc. IX) (THEODORO JR., 2011, p. 26)

Obedecendo ao princípio do devido processo legal como garantia e efetividade da aplicação de normas processuais que visam proteger as partes arbitrariedade, nos casos em que envolvem os adolescentes não é diferente tanto em procedimentos judiciais como administrativos.

No artigo 111 do Estatuto da Criança e do Adolescente está previsto:

São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:

I - pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente;

II - igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa;

III - defesa técnica por advogado;

IV - assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei;

V - direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente;

VI - direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento.

A garantia da ampla defesa e do contraditório, como também a igualdade na relação processual é clara e evidente no artigo citado, sendo assim, o adolescente tem o direito de se confrontar com vítimas e testemunhas e produzir todos os meios de provas admitidos em direito.

A representação é a peça inicial da ação socioeducativa, e atribuição exclusiva do Promotor de Justiça, em regra essa representação pode ser escrita, obedecendo aos requisitos do artigo 182, § 1º e 2º, do ECA, caso contrário poderá ser indeferida pelo juiz aplicando as regras do CPC subsidiariamente nesses casos. Ao adolescente é assegurado na ação socioeducativa todos os direitos que os adultos têm, considerado como sujeito de direitos prevalecendo a doutrina da proteção integral.

Como dispõe o artigo 207 do Estatuto da Criança e do Adolescente a presença de um advogado é indispensável para sua defesa.

Artigo 207 do ECA:

Nenhum adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional, ainda que ausente ou foragido, será processado sem defensor.

§ 1º Se o adolescente não tiver defensor, ser-lhe-á nomeado pelo juiz, ressalvado o direito de, a todo tempo, constituir outro de sua preferência.

§ 2º A ausência do defensor não determinará o adiamento de nenhum ato do processo, devendo o juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente, ou para o só efeito do ato.

§ 3º Será dispensada a outorga de mandato, quando se tratar de defensor nomeado ou, sido indicado por ocasião de ato formal com a presença da autoridade judiciária.

As condutas descritas como crime ou contravenção penal praticada pelos adolescentes não serão consideradas como maus antecedentes em virtude da sua condição especial de pessoa em formação e desenvolvimento.

2.2 ATO INFRACIONAL

O Ato infracional é a conduta de desrespeito às leis, à ordem pública, aos direitos dos cidadãos ou ao patrimônio, cometido por crianças ou adolescentes. Kaminski, (2002 p.51), define ato infracional como: “[...] sinônimo de crime, ter-se-ia que aquele corresponde, analiticamente, a toda conduta típica, antijurídica e culpável.”

É importante ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, trata o adolescente, mesmo sendo ele infrator ou não, como uma pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, motivo que a eles destina-se legislação específica.

O adolescente que cometer ato infracional estará sujeito a uma ação socioeducativa e conseqüentemente será imposta ao mesmo uma medida socioeducativa como meio de responsabilização. Essa expressão “ato infracional” foi o termo criado pelos legisladores na ocasião em que o Estatuto da Criança e do Adolescente fora elaborado, modificando legalmente o nome da prática de crime ou contravenção praticado por criança ou adolescente.

No Brasil, desde 1990 com a criação do ECA os adolescentes infratores passaram a ter um tratamento diferenciado, como sujeitos de direitos, instituiu-se a partir daí a doutrina da proteção integral. A infância e a adolescência ao longo da história da humanidade não eram conhecidas e tão pouco tratadas como peculiares e que exigiam cuidados por parte dos governantes.

Ha mais de duas décadas, desde a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, os adolescentes infratores tem a garantia de ser verificada se de fato a lei está sendo cumprida e se resultados estão sendo obtidos.

O ECA trata o ato infracional, conceituando-o em seu artigo 103 que: “considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

No caso de ato infracional cometido por criança (até 12 anos), aplicam-se as medidas de proteção previstas no artigo 101 do ECA.

Artigo 101 do ECA:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - matrícula e frequência obrigatória em estabelecimento oficial de

ensino fundamental;

IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;

V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII - abrigo em entidade;

VIII - colocação em família substituta

Nesse caso, o órgão responsável pelo atendimento como já foi mencionado anteriormente é o Conselho Tutelar e somente poderão ser destinadas a tais crianças, as medidas protetivas.

Tanto a criança como o adolescente são inimputáveis perante a lei, porém quando um adolescente entre doze e dezoito anos de idade, que comete um ato

infracional aplica-se medida socioeducativa, estabelecidas no artigo 112 dessa mesma lei, que serão estudadas adiante.

Nesse sentido, Chaves (1997, p.510) garantem que: “O Ministério Público não tem competência para aplicar as medidas socioeducativas. Qualquer sanção ao infrator só pode ser imposta pelo juiz, observando o procedimento legal”.

Considerando, os princípios gerais do direito, são cabíveis a aplicação de sanções a menores de 18 anos de idade que pratiquem ato infracional, desde que esta aplicação aconteça de apreciação judicial e de competência exclusiva do Juiz conforme a Súmula 108 do STJ citada acima, lembrando que, tais medidas, não possuem caráter punitivo e sim de medida socioeducativa.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Bianca Mota de Moraes e Helene Vieira Ramos:

Com relação às crianças, ou seja, às pessoas de até 12 anos de idade incompletos, que cometem infrações análogas às penais, o Estatuto da Criança e do Adolescente as exclui da aplicação de medida socioeducativa, determinando, no seu art. 105, que ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas de proteção previstas no art. 101, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, (art. 99 do ECA) (MORAES e RAMOS, 2014 P. 978).

Nota-se que a legislação brasileira faz distinção a esta condição peculiar de desenvolvimento da criança, ou seja, na visão do legislador pessoas de até 12 anos incompletos não tem condições de compreender a ilicitude do ato e por esta razão necessitam de medida de proteção.

Constatado o ato infracional, passado o devido processo legal, e se for comprovada a culpa da criança ou adolescente, recordando que, em se tratando de criança de até 12 anos de idade serão imposta as medidas de proteção, e conseqüentemente as medidas socioeducativas se tiver entre 12 e 18 anos de idade como foi conceituado anteriormente.

É importante esclarecer que o adolescente que comete ato infracional somente poderá ser apreendido, sendo proibida a sua prisão. Assim dispõe o artigo 107 do ECA:

Art. 107. A apreensão de qualquer adolescente e o local onde se encontra recolhido serão incontinenti comunicados à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada.

Parágrafo único: Examinar-se-á, desde logo e sob pena de responsabilidade, a possibilidade de liberação imediata.

Ocorrendo a apreensão do adolescente infrator, assim como qualquer pessoa, autora de crime não poderá ser privado de sua liberdade, a não ser por apreensão em flagrante pela autoridade judiciária competente, obedecendo ao preceito constitucional previstos nos artigos 5º, LXI e 93, IX. O que acabou resultando no disposto do artigo 106 do Estatuto da Criança e do Adolescente, nele está expresso que “nenhum adolescente será privado de sua liberdade senão em flagrante de ato infracional ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”.

Se não for permitido ao adolescente a liberação, após todas as comunicações acima citada, deverá ser apresentado ao Ministério Público com todas as informações detalhadas se for o caso instrumentos do crime, bem como, exames e perícias e o que for necessário como procedimento legal.

Cabe destacar o entendimento de Nazir David Milano Filho e Rodolfo Cesar Milano:

Necessário destacar que o flagrante é a situação em que se encontra o agente autor, no caso de adolescente, de ato infracional que esteja sendo cometido, acabado de cometê-lo, e perseguindo o agente, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; ou é encontrado o agente, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor

da infração, autorizando, assim, a prisão independentemente de determinação judicial (FILHO e MILANO, 1999, p. 21)

Nesse sentido, fica evidente que é cabível a aplicação de sanção aos menores de dezoito anos de idade que tiverem praticado ato infracional, desde que sejam de competência exclusiva do juiz obedecendo aos princípios legais do direito, e do devido processo legal.

Meneses (2008, p.91) esclarece que: “Para cada ato infracional corresponde uma medida socioeducativa [...]”.

No caso de ato infracional cometido por criança (até 12 anos), aplicam-se as medidas de proteção como já foi conceituado.

2.3 ININPUTABILIDADE PENAL DO ADOLESCENTE

O Código Penal estabeleceu a idade mínima de 18 anos para a imputabilidade penal e foi incluída na Constituição Federal de 88 como cláusula pétrea no seu artigo 228, que assim dispõe: “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos a norma da legislação especial”. Em 1990, com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, passa a tratar da responsabilização dos menores de dezoito anos, sendo então revogado o código de menores.

Dispõe o artigo 104 do Estatuto:

Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os efeitos dessa Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.

Esse artigo se refere exclusivamente aos adolescentes entre doze e dezoito anos de idade e no seu parágrafo único destaca que deve ser considerada a idade do adolescente na data do fato.

A ação delituosa praticada pelo adolescente estarão sujeito a medida socioeducativa até os dezoito anos de idade, e o cumprimento pode chegar até os vinte e um anos no caso da medida de internação, art. 121 §5º do ECA.

Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

§ 5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.

O elemento da imputabilidade é de fato o diferencial, para que os adolescentes autores de atos infracionais tenham um tratamento distinto de um sistema penal para adultos. Pela lei vigente os adolescentes infratores podem ser processados e a eles devem ser impostas as medidas socioeducativas voltadas essencialmente a ressocialização, no sentido de reinserção social. Para tanto qualquer medida socioeducativa deve ser entendida pelo adolescente infrator como sanção-educação e não como castigo.

Seguindo está linha de raciocínio Ana Paula Motta Costa esclarece:

Aos adolescentes não se pode imputar (atribuir) responsabilidade frente à legislação penal comum. Todavia, pode-se-lhes atribuir responsabilidade com base nas normas do Estatuto próprio, pois respondem pelos delitos que praticam, submetendo-se a medida socioeducativas de caráter penal especial. Tal caráter justifica-se especialmente porque as referidas medidas são impostas aos sujeitos, ao mesmo tempo em que decorrem da prática de atos infracionais, ou crimes tipificados na lei penal, e, ainda, é indiscutível seu caráter afitivo, especialmente tratando-se da privação de liberdade (COSTA, 2005, P. 79)

Apesar de muitos acharem que adolescentes autores de atos infracionais não são responsabilizados pelos seus atos, isso é uma inverdade, pois existem medidas retributivas destinadas aos adolescentes infratores.

Márcio Mothé Fernandes (1998, p.7) explica que: “[...], os adolescentes autores de atos infracionais podem ser responsabilizados e sofrerem medidas educativas e retributivas, passíveis de culminar com a privação de liberdade, por até três anos”.

Conforme determinação legal o adolescente autor de ato infracional sofre medida socioeducativa e não pena.

Deve-se levar em consideração que o adolescente tem plena segurança em relação a sua liberdade e direitos sem sofrer constrangimentos, excepcionando-se aquelas restrições que por força legítima do Estado na defesa da sociedade que por ventura vê desrespeitadas as normas de convivência. Por esse motivo qualquer do povo que encontrar o adolescente em flagrante de ato infracional poderá apreendê-lo, assim como a autoridade policial e seus agentes (PRADE, 1995).

Diante do exposto, vimos que são eles inimputáveis penalmente, mas também não foram eximidos dos seus deveres como qualquer cidadão. Tanto que o Estatuto da Criança e do Adolescente responsabiliza o adolescente que pratica ato infracional, estabelecendo sanções sob forma de medidas socioeducativas. Tais medidas têm o objetivo de assegurar ao adolescente a sua preparação para voltar a viver em sociedade e evitar que este volte a delinquir.

2.4 AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

São medidas destinadas aos adolescentes autores de ato infracional obrigatoriamente mediante ordem judicial, a qual a autoridade competente pode proferir sentenças socioeducativas, tais medidas dividem-se entre as Medidas em Regime Aberto (restritivas de direitos) e as Medidas em Regime Fechado (restritivas de liberdade).

Quanto a natureza jurídica das medidas socioeducativas, acabou dividindo opinião entre os doutrinadores: de um lado alguns se posicionam de que a natureza jurídica das medidas socioeducativas é punitiva por ser de cunho sancionador, enquanto outros defendem que é de caráter pedagógico no sentido do seu conteúdo propriamente dito.

Visando a aplicação correta das medidas socioeducativas, e para garantir que elas sejam em conformidade com o Estatuto da Criança e do Adolescente é

que foi criada a Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012, o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE. O SINASE prevê normas para padronizar os procedimentos jurídicos envolvendo menores de idade, que vão desde a apuração do ato infracional até a aplicação de determinada medida socioeducativa.

O adolescente não possui a plena capacidade de responder criminalmente pelos seus atos, dessa forma, conforme a gravidade do ato infracional cometido cumprirá medidas socioeducativas que variam da advertência à internação. As medidas socioeducativas é uma tentativa do Estado em recuperar o adolescente infrator com o intuito de despertar a responsabilidade social, para que ele possa voltar a sonhar com a cidadania e evitar a reincidência. Wilson Donizati Liberati conceitua:

As medidas sócio-educativas são aquelas atividades impostas aos adolescentes quando considerados autores de ato infracional. Destinam-se à formação do tratamento tutelar empreendido a fim de reestruturar o adolescente para atingir a normalidade da integração social (LIBERATI 1997, p. 80).

Tais medidas não se baseiam em pena punitiva, mas em processo educativo e socializador, que por mais grave que seja a infração cometida pelo adolescente sempre leva-se em consideração a capacidade do adolescente em cumpri-la, ressaltando que o Estatuto da Criança e do adolescente possibilita o melhor para o adolescente.

Ainda nesse sentido, Wilson Donizetti Liberati, leciona sobre a aplicação das medidas socioeducativas e os objetivos a serem alcançados:

A medida socioeducativa é a manifestação do Estado, em resposta ao ato infracional, praticado por menores de 18 anos, de natureza jurídica impositiva, sancionatória e retributiva, cuja aplicação objetiva inibir a reincidência, desenvolvida com a finalidade pedagógica-educativa. Tem caráter impositivo, porque a medida é aplicada independentemente da vontade do infrator- com exceção

daquelas aplicadas em sede de remissão, que tem finalidade transacional. Além de impositiva, as medidas socioeducativas têm cunho sancionatório, porque, com sua ação ou omissão, o infrator quebrou a regra de convivência dirigida a todos. E, por fim, ela pode ser considerada uma medida de natureza retributiva, na medida que é uma resposta do Estado à prática do ato infracional praticado (LIBERATI, 2006, P. 102).

Portanto, o presente estudo tem por escopo analisar que toda a medida socioeducativas tem o intuito de responsabilizar o adolescente, considerando sua condição de pessoa em desenvolvimento, e é dever do Estado garantir que tais medidas sejam cumpridas.

A lei 8.069/90 disciplinou a existência das seguintes medidas socioeducativas: advertência, reparação do dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação em estabelecimento educacional. Com exceção das duas últimas que privam o adolescente de liberdade, as demais têm enfoque de cumprimento aberto.

Dentre os diversos atos infracionais cometidos por adolescentes em nossa sociedade, e as várias medidas socioeducativas aplicadas a cada caso, levantam questionamentos, acerca da medida e suas consequências quando aplicada ao adolescente que cometeu algum ato infracional.

Destarte, a aplicabilidade das medidas socioeducativas tem a finalidade de recuperar o adolescente em conflito com a lei, ou seja, ele terá que recebe-la como um processo de regras de convivência e respeito, com total esclarecimento, do contrário receberá como punição, contribuindo para outras condutas graves. Maurício Neves de Jesus diz que: "Todas as medidas socioeducativas apresentam natureza punitiva e conteúdo pedagógico".

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Mário Luiz Ramidoff acrescenta:

[...] As medidas sócio educativas é uma reação estatal adequada pedagogicamente às necessidades educacionais e sociais dos adolescentes que através da prática de ato infracional sinalizaram situação de ameaça

ou violência aos seus direitos individuais e ou às suas garantias fundamentais. Por isso, a construção técnico-epistemológica, político-democrática e ideológico-humanitária determina que o conteúdo deva ser pedagógico de toda e qualquer medida socioeducativa a ser judicialmente aplicada, e, assim, consequentemente cumprida (RAMIDOFF 2011, p. 108).

No âmbito da Justiça, a competência para proferir sentenças socioeducativas é o juiz da infância, a quem caberá no momento oportuno cessar a medida, observando as circunstâncias do fato e a gravidade da infração e todas as análises necessárias. Todos esses princípios com aprofundamento teórico na doutrina da proteção integral, disposta no artigo 227 da Constituição de 88 e no Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 112, a qual o seu objetivo é responsabilizar o adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional.

2.4.1 Advertência

A advertência é a medida socioeducativa menos rigorosa, e está prevista no artigo 115 do Estatuto onde está disposto que: “a advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada”, ou seja, de acordo com as formalidades legais.

Mario Volpi conceitua:

A advertência constitui uma medida admoestatória, informativa, formativa e imediata, sendo executada pelo Juiz da Infância e Juventude. A coerção manifesta-se no seu caráter intimidatório, devendo envolver os responsáveis num procedimento ritualístico. A advertência deverá ser reduzida a termo e assinada pelas partes (VOLPI, 2002, p. 23).

Essa medida será aplicada ao adolescente autor de ato infracional leve em que não houve violência nem grave ameaça a nenhuma pessoa, e se for a primeira vez que o adolescente cometa um ato infracional, de modo suficiente para que o mesmo reflita sobre a sua conduta inadequada.

Roberto João Elias discorre:

A admoestação em questão deve ser esclarecedora, ressaltando, com respeito ao adolescente, as consequências que poderão advir se porventura for reincidente na prática de atos infracionais. No que tange aos pais ou responsável, deve-se esclarecê-lo quanto à possibilidade de perderem o poder familiar ou serem destituídos da tutela ou guarda (ELIAS, 2010, p. 157).

O Seu propósito é alertar os adolescentes, seus genitores ou responsáveis legais para os riscos e conseqüências do envolvimento no ato infracional. Dessa forma, a advertência se resume em uma conversa entre a autoridade competente e o adolescente infrator, na presença dos genitores ou responsável legal onde serão explicadas as conseqüências que virão caso for reincidente na prática de qualquer infração. Se o adolescente voltar a cometer ato infracional será imposta outra medida, apesar da lei não especificar quantas advertência devem ser aplicadas ao mesmo adolescente infrator.

2.4.2 Obrigação de Reparar o Dano

A referida medida está prevista no artigo 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual o entendimento do legislador, é de que o adolescente poderá reparar o dano material causado à vítima como forma de recompensa. A reparação do dano poderá acontecer de três formas conforme o artigo 116 do ECA.

Dispõe o art. 116:

Art. 116. Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima.

Parágrafo único. Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada.

Vale esclarecer que essa medida coercitiva é também educativa tem caráter pedagógico no sentido de conscientizar o adolescente dos seus atos, e o obriga reparar o dano causado a vítima, dessa forma visa a criação do senso de responsabilidade, a de não causar dano a outrem. A restituição só ocorrerá se o bem retirado da vítima não tiver se perdido, o ressarcimento por sua vez, poderá ser acordado entre a vítima e o infrator substituindo a devolução da coisa por dinheiro. Já a compensação do prejuízo poderá ser realizada por qualquer outro meio.

Neste sentido Renata Ceschin M. de Macedo discorre:

O cunho da medida é essencialmente educativo, no sentido de conscientizar o adolescente de que o dano causado a outrem deve ser ressarcido e com a finalidade de lhe inculcar responsabilidade por seus atos. A transferência do encargo aos pais ou responsável frustraria tal objetivo, bem como acabaria por ferir o princípio constitucional previsto no art. 5º, XLV (MACEDO, 2008, p. 150).

A responsabilidade pela reparação do dano é do adolescente, não podendo ser transferida, porém, a reparação do dano será de responsabilidade exclusiva dos genitores se o adolescente tiver menos de dezesseis anos de idade, na ocasião da infração.

Não sendo possível a execução da medida de reparação do dano, a autoridade competente deve se atentar e fazer a substituição por outra mais adequada.

Nesse sentido é o entendimento de Nazir David Milano Filho e Rodolfo Cesar Milano:

O Estatuto da Criança e do Adolescente, talvez prevendo circunstâncias prejudiciais, consignou a possibilidade de substituição de medidas sócio educativas, quando necessário, até mesmo por medidas mais severas, tudo como forma de conscientização do adolescente de seu

papel no mundo moderno e viabilizar sua reeducação social (FILHO e MILANO, 1999, p. 21).

A medida sócioeducativa de reparação do dano traz resultados satisfatórios para a sociedade em relação da conduta praticada pelo adolescente, e ao mesmo tempo fazendo com que o adolescente se conscientize de que o dano causado a outrem deve ser reparado, para que aprenda que o que não é seu tem que ser respeitado.

2.4.3 Obrigação de Serviços à Comunidade

Consiste na obrigação de serviços gratuitos e de interesse geral da comunidade, prestados em várias entidades assistenciais por período que não exceda seis meses, tem caráter socializador com o objetivo de conscientizar o adolescente infrator que não se deve cometer um ilícito penal, no sentido que ele não volte a delinquir.

Esta medida está elencada no artigo 117 do ECA:

Art. 117. A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais. Parágrafo único. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho.

Esta medida deverá oferecer ao adolescente infrator a oportunidade de convívio social, e deverá realizar as tarefas que lhe foram impostas de forma que não prejudique suas atividades escolares conforme a aptidão do adolescente, a jornada de trabalho não poderá exceder oito horas semanais.

Segundo Cristiane Dupret:

O legislador definiu no art. 117 a medida de prestação de serviços à comunidade. Trata-se da realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais: hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais (DUPRET, 2012, p. 228:229).

Essa medida é controlada pela própria entidade beneficiada que ficará responsável por fiscalizar, ficando de elaborar e encaminhar todos os meses relatório detalhados das atividades desempenhadas pelo adolescente à autoridade judiciária, e se necessário comunicará faltas ou abandono até o fim do cumprimento da medida.

Mario Volpi discorre:

Entendemos que a prestação de serviços à comunidade será cada vez mais efetiva na medida em que houver o adequado acompanhamento do adolescente pelo órgão executor, o apoio da entidade que o recebe, e a utilidade real da dimensão social do trabalho realizado (VOLPI, 2002, p. 24).

No entanto, a prestação de tarefas é gratuita, não havendo a possibilidade de relação de emprego, é uma obrigação imposta ao adolescente autor de ato infracional e ninguém poderá realizá-la em seu lugar.

2.4.4 Liberdade Assistida

A medida de liberdade assistida se apresenta como a que melhor tem oferecidos resultados, e para que esses resultados aconteçam é de fundamental importância que sejam designados pelo juiz competentes profissionais capacitados e comprometidos para acompanhar o adolescente e sua família para reconduzir esse adolescente ao caminho da convivência social.

Wilson Donizete Liberati afirma:

O melhor resultado dessa medida será conseguido pela especialização e valor do pessoal ou entidade que desenvolverá o acompanhamento com o jovem. Os técnicos ou as entidades deverão desempenhar sua missão através de um estudo de caso, de métodos de abordagem, organização técnica da aplicação da medida e designação de agente capaz, sempre sob a supervisão do juiz. (VOLPI, 2002, p. 24).

Essa medida tem o objetivo de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente através da escola, trabalho e da família com o intuito de que esse adolescente se conscientize e não volte a cometer mais nenhum tipo de infração. Tal medida consiste em acompanhamento, auxílio e orientação do adolescente infrator e sua família. O adolescente juntamente com sua família será acompanhado pela pessoa designada pela autoridade judiciária competente escolhida dentre uma lista de capacitados para o encargo.

O adolescente infrator será acompanhado de um orientador cujas atribuições estão previstas no art. 119 do ECA:

Art. 119. Incumbe ao orientador, com o apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros:

I - promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social;

II - supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula; III - diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho;

IV - apresentar relatório do caso.

Sem dúvida a medida de liberdade assistida prevista no artigo 118 do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como as outras tem o objetivo de

ressocializar o adolescente para a convivência social e o orientador destinado ao caso tem a missão fundamental na vida e na formação da personalidade desses jovens que necessitam de maior fiscalização e acompanhamento.

Todavia o legislador não estipulou o prazo máximo, aplicando-se o mesmo prazo implantado para as medidas de semiliberdade e internação que será de três anos. O mínimo estabelecido em lei é de seis meses e se houver motivos o magistrado revoga ou poderá fazer a substituição por outra medida (art. 99 e 113 do ECA).

2.4.5 Inserção em Regime de Semiliberdade

Como o próprio nome evidencia, a semiliberdade funciona como um meio termo, evitando a perda total da liberdade do adolescente, ou seja uma privação de liberdade parcial, possibilitando aos mesmos que sejam recolhidos durante a noite e durante o dia participar de programas de educação e trabalho.

O artigo 120 do ECA trata a medida de semiliberdade:

Art. 120. O regime de semiliberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.

§ 1º São obrigatórias a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação.

O parágrafo primeiro destaca a escolarização e a profissionalização como uma obrigatoriedade, e no parágrafo segundo como não estabelece prazo, no entanto não podendo ser excedido o prazo de três anos, já que se aplicam as disposições relativas à internação.

2.4.6 Internação em Estabelecimento Educacional

Esta é a medida socioeducativa considerada a mais severa de todas, elencada no artigo 121 do Estatuto da Criança e do adolescente, deverá ser aplicada pelo juiz competente e proposta pelo representante do Ministério Público, destinando-se a aqueles adolescentes que praticaram atos infracionais graves.

Assim dispõe o artigo 121 do ECA:

Art. 121. A internação constitui medida privativa de liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

§ 1º. Será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário.

§ 2º. A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses.

§ 3º. Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.

§ 4º. Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida.

§ 5º. A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.

§ 6º. Em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização

judicial, ouvido o Ministério Público.

Essa é a única medida sócioeducativa que priva o adolescente de sua liberdade, por esse motivo só deverá ser aplicada nos casos em que houver grave ameaça a outrem ou uso de violência, sendo que também é observado a

reincidência em outras infrações tida como grave ou descumprimento de outra medida anteriormente imposta (art. 122, I a III do ECA).

A medida de internação, não poderá ultrapassar os três anos podendo ser aplicada somente nos casos excepcionais como preconiza o ECA.

É importante ressaltar que o cumprimento dessa medida só poderá acontecer em estabelecimentos próprios para adolescentes, de forma segura e tranquila e tendo todos os meios possíveis que possa reintegrá-lo ao convívio familiar e social.

O adolescente apresenta maior vulnerabilidade e os fatores de risco social são apontados como a principal causa da prática do ato infracional, por esse motivo vários princípios devem ser observados e principalmente a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Moraes e Ramos faz algumas considerações a esse respeito:

A adolescência é a menor fase da vida, um verdadeiro rito de passagem. Compreende a idade entre 12 e os 18, durando apenas 6 de todos os anos da existência de uma pessoa. Por isso, a preocupação do legislador com a internação, limitando a sua duração a 3 anos, o que já se constitui em metade deste período de amadurecimento. A internação precisa ser excepcional. Isto significa que sua aplicação somente se justifica quando não há outra mais adequada à situação. [...] é de se dizer que a internação precisa respeitar a condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento. Este princípio traz uma ótica multidisciplinar sobre o comportamento do adolescente, realçando as suas especificidades em relação ao adulto e impondo sejam tomadas em conta por todos os operadores do sistema suas circunstanciais condições psíquicas, físicas e emocionais (MORAES e RAMOS, 2014, p. 1027:1028).

Três princípios orientam a aplicação da medida de internação: o da brevidade no que se refere que a internação tem tempo determinado; o da

excepcionalidade informa que havendo a possibilidade de substituir a medida de internação, o juiz deverá aplicá-la; e o princípio do respeito ao adolescente em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, nesse princípio o Estado reafirma que é dever do Estado zelar pela integridade física e mental dos adolescentes privados de liberdade (art. 125 do ECA).

Wilson Donizeti Liberati esclarece que:

Ao efetuar a contenção e a segurança dos infratores internos, as autoridades encarregadas não poderão, de forma alguma, praticar abusos ou submeter a vexame ou a constrangimento. Vale dizer que devem observar os direitos do adolescente privado de liberdade, previstos no art. 124 (LIBERATI 2003, 2014, p. 133).

A internação também poderá ser substituída, pela medida de semiliberdade ou em meio aberto, sempre considerando a gravidade do ato infracional e se o adolescente privado de liberdade apresentar bom comportamento dentre outros motivos considerável para que aconteça a conversão da medida. De qualquer forma, o infrator que completar vinte e um anos de idade deverá imediatamente ser liberado.

A internação tem a finalidade educativa quando o estabelecimento possui condições de oferecer ao adolescente em conflito com a lei escolaridade, cultura e profissionalização, dessa forma vai dá suporte para que esse mesmo adolescente volte a viver em sociedade de forma útil. Tem a finalidade curativa quando a internação se dá em estabelecimento ocupacional, psicopedagógico, hospitalar ou psiquiátrico, caso a conduta delituosa seja proveniente de algum distúrbio patológico.

Nesse contexto tem-se o entendimento de Mario Volpi:

O que concretiza tais estabelecimentos é o fim social a que eles se destinam. Para esse fim estarão voltados os meios pedagógicos utilizados em sua dinâmica. Tal fim social é o exercício da cidadania plena pelo adolescente submetido por lei à medida socioeducativa. O conteúdo pedagógico estará voltado, portanto, para os elementos

que compõem o artigo 6º do Estatuto: os fins sociais a que o ECA se dirige; as exigências do bem comum; os direitos e deveres individuais e coletivos; a condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento (VOLPI 2002, p. 30).

Apesar da medida de internação privar o adolescente de sua liberdade, e colocá-lo em instituição sob a responsabilidade do Estado, jamais poderá afastá-lo da família e escola, mantendo o caráter pedagógico que a medida foi criada, ou seja, deverão cumprir as obrigações contidas no rol do artigo 94 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A internação poderá ser provisória não podendo ser superior a quarenta e cinco dias. A autoridade competente irá analisar se há indícios suficientes para aplicação dessa medida e a internação definitiva só ocorrerá por meio de sentença. Por ser medida excepcional a internação deve obedecer aos requisitos legais

Ao adolescente privado de sua liberdade deverão ser garantidos os direitos previstos no art. 124 do ECA, *in verbis*:

São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes:

I - entrevistar-se pessoalmente com o representante do Ministério Público;

II - peticionar diretamente a qualquer autoridade;

III - avistar-se reservadamente com seu defensor;

IV - ser informado de sua situação processual, sempre que solicitada;

V - ser tratado com respeito e dignidade;

VI - permanecer internado na mesma localidade ou naquela mais próxima

ao domicílio de seus pais ou responsável;

VII - receber visitas, ao menos, semanalmente;

VIII - corresponder-se com seus familiares e amigos;

IX - ter acesso aos objetos necessários à higiene e asseio pessoal;

X - habitar alojamento em condições adequadas de higiene e salubridade;

XI - receber escolarização e profissionalização;

XII - realizar atividades culturais, esportivas e de lazer;

XIII - ter acesso aos meios de comunicação social;

XIV - receber assistência religiosa, segundo a sua crença, e desde que assim

o deseje;

XV - manter a posse de seus objetos pessoais e dispor de local seguro para guardá-los, recebendo comprovante daqueles porventura depositados em poder da entidade;

XVI - receber, quando de sua desinternação, os documentos pessoais

indispensáveis à vida em sociedade.

Todas estas garantias e a intervenção do Estado têm como objetivo assegurar a proteção integral do adolescente respeitando a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Garantindo o reconhecimento dos direitos individuais do infrator, dessa forma não admitindo outros meios para apuração do ato infracional a não ser pelo devido processo legal.

2.4.7 Medidas Protetivas (art. 101, I a IX do ECA)

Essa medida é destinada às crianças que praticam atos infracionais, porém aos adolescentes que se encontram em situação de risco poderão ser aplicadas medidas protetivas, de forma isolada ou cumulativamente com alguma medida socioeducativa. Seguindo essa linha de raciocínio Clícia Maria Leite Nahra e Mônica Bragaglia alude:

Algumas das medidas de proteção podem e devem, de acordo com o ECA, acumular-se às medidas socioeducativas, pois os adolescentes infratores não perdem seu direito a proteção integral. As medidas de proteção de I a VI são incluídas no rol de medidas aplicáveis aos adolescentes autores de atos infracionais, além das medidas socioeducativas (NAHRA E BRAGAGLIA 2002, p.54).

Nesse sentido, as medidas de proteção são aplicadas pela autoridade competente (juiz, promotor ou conselheiro tutelar) às crianças e adolescentes sempre que os direitos reconhecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente forem ameaçados ou violados (art. 98 do ECA).

Patrícia Silveira Tavares assim as define:

As medidas de proteção podem ser definidas como providências que visam salvaguardar qualquer criança ou adolescente cujos direitos humanos tenham sido violados ou estejam ameaçados de violação. São, portanto, instrumentos colocados à disposição dos agentes responsáveis pela proteção das crianças e dos adolescentes, em especial, dos conselheiros tutelares e da autoridade judiciária a fim de garantir, no caso concreto, a efetividade dos direitos da população infanto-juvenil (TAVARES in MACIEL, 2010, p. 523).

Ademais, essa medida tem o objetivo de evitar que crianças e adolescentes sejam atingidos quando seus direitos forem ameaçados ou violados por atitudes do Estado, dos pais ou responsáveis.

Paulo Lucio Nogueira destaca:

Contudo, se a criança precisa comparecer em juízo, deve ser intimado seu representante e apresentá-la, pois há casos em que sua presença torna-se indispensável para esclarecimentos de muitos fatos e deve ela ser ouvida, o que não pode ser abusivo (NOGUEIRA 1998, p. 148)

As medidas de proteção deverão ser acompanhadas pelo registro civil da criança ou do adolescente conforme o artigo 102 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para se saber qual a medida mais adequada dentre as aplicáveis, a autoridade competente poderá ser com base de estudo social que pode ser determinada de ofício ou por requerimento das partes.

3 A SEMILIBERDADE COMO MECANISMO DE RESSOCIALIZAÇÃO

A medida socioeducativa que corresponde a semiliberdade como mecanismo de ressocialização possibilita ao adolescente infrator exercer atividades externas no período diurno, dessa forma o adolescente reinicia um convívio social, trabalhando e estudando, sendo obrigatório o seu retorno no período noturno. Dessa forma, não há necessidade de colocação em regime totalmente fechado, ou seja, funciona como um meio termo entre a liberdade e a internação, é a medida mais restritiva da liberdade pessoal depois da medida de internação, a regra é que poderá ser aplicada desde o início e não somente como forma de transição para o meio aberto (art. 120 do ECA).

Esta medida já existia no artigo 39 do antigo Código de Menores, denominada de "Colocação em Casa de Semiliberdade", e só era aplicada como forma de transição para o meio aberto, pressupondo uma internação anterior.

A medida socioeducativa de semiliberdade só será aplicada, caso não seja possível a substituição por medida mais branda, como por exemplo, a de liberdade assistida.

A medida de semiliberdade geralmente é imposta nos casos de adolescentes que apresenta conduta inadequada, que não obedece as orientações dos genitores e já cometeu inúmeros atos infracionais graves.

Vale esclarecer que existem dois tipos de semiliberdade: o primeiro será determinado desde o início pela autoridade competente, conforme o devido processo legal; o segundo é pela progressão de regime, destinados aos adolescentes que cumprem medida de internação (art. 120 do ECA).

Nesse sentido preleciona Mario Volpi:

A semiliberdade contempla os aspectos coercitivos desde que afasta o adolescente do convívio familiar e da comunidade de origem; contudo, ao restringir sua liberdade, não priva totalmente do direito de ir e vir. Assim como na internação, os aspectos educativos baseiam-se na oportunidade de acesso a serviços, organização da vida cotidiana etc. Deste modo, os programas de semiliberdade devem, obrigatoriamente, manter uma ampla relação com os serviços e programas sociais e/ou formativos no âmbito externo à unidade de moradia (VOLPI 2002, p. 26).

Os adolescentes sujeitos a esta medida serão acompanhados de forma que se desvincule totalmente da criminalidade, e orientados no sentido de que serão capazes de fortalecer os vínculos de convivência familiar e social. Nesse caso, o adolescente e sua família

serão devidamente assistidos, sendo inseridos em programas de assistência social, como também deverá estar devidamente matriculado em unidade de ensino com supervisão do seu desempenho escolar, profissionalizá-lo e direcionar esse adolescente para o mercado de trabalho. Proporcionando ao adolescente autor de ato infracional condições plenas de reestruturação psíquica e familiar

para que seja possível a reconstrução de um novo indivíduo e resgata-lo como pessoa sujeito de direitos.

Assim sendo, o adolescente terá o apoio e a supervisão de uma equipe multidisciplinar, inclusive dentro do convívio familiar, visando à reeducação, a readaptação e o seu retorno junto à sociedade. Assim, a medida de semiliberdade se diferencia da medida de internação pelo fato de que o adolescente poderá exercer atividades externas, é medida restritiva de liberdade, mas o objetivo é construir um novo referencial nas relações pessoais como também com o meio social.

Segundo Mário Luiz Ramidoff:

Dessa maneira, através do regime de semiliberdade é possível a realização de atividades externas, independentemente, de autorização judicial; contudo, são obrigatórias a escolarização e a profissionalização. O regime de semiliberdade prazo determinado, porém a sua manutenção deve ser reavaliada no máximo a cada 6 (seis) meses, e, por certo, em nenhuma hipótese, tal regime excederá o período de 3 (três) anos (RAMIDOFF 2011, p. 111).

A educação é o caminho mais viável e sem dúvida o meio mais eficiente de ressocializar o adolescente em conflito com a lei a condutas adequadas que o levarão de volta ao convívio social.

O investimento na estrutura familiar juntamente com a influência que essa família possui na transmissão de valores é essencial para afastar o adolescente do crime, o que se torna difícil e complicado nesses casos, devido a família viver em total desorganização social e em comunidades pobres, e a consequência dessa disso são adolescentes vulneráveis e sujeitos as influências do meio em que vivem.

É importante citar o que o ilustre autor Mauricio Neves de Jesus explana sobre a responsabilidade da sociedade:

Quanto a responsabilidade da sociedade pelo adolescente em conflito com a lei, ela vai além do dever de

zelar por ele. É possível considerar até que a sociedade estimula o crime. Tome-se como exemplo o caso dos adolescentes envolvidos com o tráfico de entorpecentes. É a sociedade quem consome as drogas, e é a sociedade que vai o dinheiro ganho pelos adolescentes no tráfico, na medida em que estes consomem e movimentam a economia formal. A pesquisa citada, realizada no Rio de Janeiro entre novembro de 1999, constatou que 55 dos adolescentes pesquisados recebiam, juntos, mais de sessenta mil reais por semana (JESUS 2006, p. 120).

A medida socioeducativa de semiliberdade como meio de ressocializar o adolescente em conflito com a norma legal, significa dizer que, o adolescente infrator deve ser amparado como sujeito de direito e inserido em políticas pública direcionada a educação, saúde, cultura, esporte, profissionalização e todo o suporte necessário como preceitua o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A ressocialização é sem dúvida a reintegração do adolescente infrator ao convívio harmônico com outros indivíduos da comunidade, considerando sua fase de desenvolvimento tanto físico como mental, e a medida de semiliberdade proporciona tanto ao menor infrator quanto para a sua família o auxílio necessário, mostrando os caminhos a serem percorridos e ensinando os valores e princípios para se viver em sociedade, dessa maneira afastando-o de uma vez por todas da criminalidade.

3.1 A RESPONSABILIDADE DA FAMÍLIA, DA SOCIEDADE E DO ESTADO PELA CRIANÇA E PELO ADOLESCENTE PERANTE A LEI (ARTIGOS 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 4º DO ECA)

A lei impõe obrigações à família, à sociedade e ao Estado, a norma basilar que garante a proteção de crianças e adolescentes do nosso país, foi sem dúvida um grande avanço e pela primeira vez na história a questão das crianças e adolescentes é abordada como prioridade absoluta, antes prevalecia a doutrina da situação irregular que visava a proteção da sociedade e não da criança ou adolescente.

O artigo 227 da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece os direitos fundamentais com o intuito de proteger os direitos da infância, trouxe para a nossa realidade a doutrina da proteção integral, já que a criança e o adolescente necessitam de cuidados específicos e proteção especial, precisa de amparo por parte da família, da sociedade e do Estado, dessa forma mais tarde esse artigo foi regulamentado pelo artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente que em seu texto dispõe:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, de sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

A criança e o adolescente passaram a ser considerados como sujeitos de direitos, e a Constituição Federal de 88 que está em vigor atualmente atribuiu a co-responsabilidade concernente a proteção e garantias de crianças e ao adolescentes à família, à sociedade e ao Estado, declarando a proteção integral de todas as crianças e adolescentes brasileiros, assim como preconiza o *caput* do artigo 227 da Constituição.

A respeito da obrigação legal imposta à família, à sociedade e ao Estado Paulo Afonso Rodrigo de Paula explica:

Em resumo, proteger de quem? Da família, da sociedade e do Estado. E proteger como? Através de direitos e garantias expresso pelo legislador mediante um sistema jurídico que releve, pelo seu valor intrínseco, crianças e adolescentes. E proteger o quê? Os interesses fundamentais da criança ou adolescente à vida, à saúde, educação, liberdade, lazer, convivência familiar, convivência comunitária, integridade física, mental, espiritual etc. Esta portanto, a essência da proteção integral, substancias das reações jurídicas próprias do Direito da Criança e do Adolescente (PAULA 2002, p.24).

Para isso acontecer um longo caminho foi percorrido, resultado de árduas lutas sociais e indignação nacional ao longo da história, assim como, a elaboração de uma lei própria voltada somente com o objetivo de assegurar a proteção integral de crianças e adolescentes, ou seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente elevou as crianças e adolescentes à condição de cidadãos de direitos, deixando de ser objetos de medidas judiciais por omissão da família, da sociedade e do poder público, como eram expostos anteriormente em um passado não muito distante.

A importância do artigo 227 da Constituição na garantia desses direitos faz refletir claramente a preocupação do legislador em reconhecer que criança e adolescente são titulares dos direitos ali dispostos, colocando-os sempre em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes. Portanto, os direitos e garantias necessárias de criança e adolescente são de responsabilidade das pessoas adultas, conseqüentemente da família em primeiro lugar, por ser referência natural, os pais são responsáveis pela formação e proteção dos filhos, da sociedade, e ao Estado cabe reconhecer e garantir que em quaisquer circunstâncias esses direitos devem prevalecer, além de proporcionar condições para que esta família exerça sua função.

A respeito do artigo 227 da Constituição Federal Wilson Donizete Liberati discorre:

Dessa Com essa lei civilizatória, as crianças e jovens passam a ser sujeitos de direitos e deixam de ser objetos de

medidas judiciais e procedimentos policiais, quando expostos aos efeitos da marginalização social decorrente da omissão da sociedade e do Poder Público, pela inexistência ou insuficiência das políticas sociais básicas (LIBERATI 1995, p. 17).

A elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente junto com a teoria da proteção integral inserida no ordenamento jurídico como mandamento constitucional e estatutário designa à criança e ao adolescente um sistema em que os mesmos são titulares de direitos e proteção prioritário, ao mesmo tempo responsabiliza a família, a sociedade e ao Estado, observando sempre a condição peculiar da criança e do adolescente, ou seja, o desenvolvimento físico, moral e psicológico dos mesmos, tudo isso abalizado na Doutrina da Proteção Integral.

Nesse contexto Alexandre Morais da Rosa comenta:

Para tanto, é preciso compreender a “Doutrina da Proteção Integral”, segundo a qual crianças e adolescentes são reconhecidos como titulares de direitos e deveres. Embora em desenvolvimento, devem ser tratados como sujeitos, com suas peculiaridades (ROSA, 2009, p. 2393).

A interpretação do artigo 227 da nossa Carta Magna de 88, os quais constituem direitos fundamentais, trouxe também um jeito diferente de olhar para a questão da infância, observando que os interesses da criança e do adolescente devem sobrepôr a qualquer outro direito tutelado, refletindo em todo o ordenamento jurídico, ditando novos paradigmas, lembrando que a pedra angular dos direitos da criança e do adolescente tem sua origem na Declaração dos Direitos da Criança, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, contemplando os seus dez princípios voltados para a proteção integral na infância.

Entende-se que o sistema de garantias voltado para os direitos da infância devem agir sempre de maneira que melhor possa garantir o interesse da criança, sempre considerando a sua condição de pessoa em desenvolvimento.

Para a concretização desses direitos é necessário a implantação de políticas públicas e ações que atendam não somente à criança e o adolescente, mas

também para as suas famílias para juntos serem fortalecidos, e assim colocar os direitos fundamentais em prática atual.

3.2 BENEFÍCIOS DA SEMILIBERDADE

A medida de semiliberdade propicia ao adolescente infrator grandes chances de recuperação, além de receber orientações de profissionais capacitados e fortalecer os vínculos familiares e comunitários, eles terão a oportunidade de serem inseridos no mercado de trabalho. O que diferencia essa medida da medida de internação é justamente à prática de atividades externas não havendo a necessidade de vigilância, ou seja, o principal objetivo dessa medida é estimular o senso de responsabilidade do adolescente em conflito com a lei e sua aptidão para voltar a viver em sociedade de forma harmônica.

Nesse sentido cabe destacar o entendimento de Márcio Mothé Fernandes:

No cumprimento da semiliberdade, o adolescente deve frequentar normalmente a rede de ensino e pode ausentar-se sozinho da instituição também para atividades laborativas e educacionais, retornado em seguida, onde deve ter atendimento sistemático por equipe interprofissional (FERNANDES 1998, p. 93).

O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE - que esclarece os princípios e parâmetros pedagógicos das medidas socioeducativas configura a semiliberdade como medida restritiva de liberdade, evitando a privação total da liberdade do adolescente, admitindo a convivência externa, possibilitando-o a participar de programas de educação e trabalho de forma eficiente para a sua ressocialização, interagindo com a entidade responsável pela aplicação da medida e a sociedade.

Entende-se por SINASE o conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que envolvem a execução de medidas socioeducativas, incluindo-se nele, por adesão, os sistemas estaduais, distrital e municipal, bem como todos os planos, políticas e programas específicos de atendimento a adolescente em conflito com a lei conforme preceitua o disposto no § 1º do art. 1º da Lei nº 12594 de 18 de janeiro de 2012.

O SINASE prevê as seguintes exigências para inscrição de programas de regime semiliberdade ou internação:

Art. 15. São requisitos específicos para a inscrição de programas de regime de semiliberdade ou internação:

I - a comprovação da existência de estabelecimento educacional com instalações adequadas e em conformidade com as normas de referência;

II - a previsão do processo e dos requisitos para a escolha do dirigente;

III - a apresentação das atividades de natureza coletiva;

IV - a definição das estratégias para a gestão de conflitos, vedada a previsão de isolamento cautelar, exceto nos casos previstos no § 2º do art. 49 desta Lei; e

V - a previsão de regime disciplinar nos termos do art. 72 desta Lei.

A semiliberdade e a medida de internação são medidas socioeducativas que o submete o adolescente autor de ato infracional ao regime de institucionalização, dessa forma requer todas as garantias legais em relação à apuração da infração conforme o devido processo legal, e por ser uma medida restritiva de liberdade, não pode ser objeto de remissão, e para que isso ocorra o artigo 127 do ECA estabelece:

Art. 127 A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou responsabilidade, nem prevalece para efeitos de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação.

Evidentemente como já foi citado anteriormente o cumprimento dessa medida não poderá ultrapassar três anos e durante esse tempo o adolescente infrator deverá passar por avaliações periódicas que dependendo da evolução do

adolescente a equipe interdisciplinar pode sugerir a progressão da medida para a liberdade assistida ou prestação de serviços a comunidade ou até mesmo o fim do cumprimento da medida por ser considerado apto para a convivência em sociedade de forma útil.

Segundo Paulo Lúcio Nogueira:

Os resultados obtidos em programas de atendimento, seja à criança ou adolescente, seja até mesmo aos adultos condenados, ou mesmo em qualquer outro serviço assistencial, dependem muito do interesse e dedicação de uma equipe devidamente preparada e de uma chefia consciente e atuante na busca de resultados concretos, pois enquanto os problemas sociais estiverem afetos a políticos em busca de promoções pessoais, até as verbas públicas serão desviadas para uma propaganda e faltarão sempre para os serviços essenciais (NOGUEIRA 1998, p. 186).

Verifica-se que a medida de inserção em regime de semiliberdade proporciona ao adolescente em conflito com a lei a oportunidade progressiva de ressocialização conforme o seu grau de maturidade, saindo aos poucos de uma medida privativa de liberdade, para exercer a sua cidadania de forma plena, por que esteve em contato com situações que estimulou o seu senso de responsabilidade, tornando-o sociável, respeitando o próximo, proporcionando-lhe oportunidades que os mesmos não tiveram, tendo a finalidade da medida sido cumprida.

No entanto, a sociedade é de fundamental importância para se obter um resultado positivo, para que determinada lei possa ser cumprida, ou seja não somente o Estatuto da Criança e do Adolescente, mais qualquer lei que exige a sua participação, sendo que a atuação do poder público é indispensável para a recuperação do adolescente infrator.

3.3 ESTRUTURA DA SEMILIBERDADE NO TOCANTINS

A característica da tutela jurisdicional da medida socioeducativa de semiliberdade, por sua vez caracteriza-se essencialmente pela potencialização das

atividades externas fora da unidade de semiliberdade, e do atendimento integral dos socioeducandos e suas famílias.

De acordo com do Projeto Político Pedagógico das Unidades de Semiliberdade do Estado do Tocantins, aprovado pela Portaria nº 687 da Secretária da Defesa Social, publicada no Diário Oficial do Estado em 11 de setembro de 2014 tem a missão de:

Promover a reintegração social do adolescente em cumprimento de Medida Socioeducativa de Semiliberdade, corresponsabilizando-o quanto às conseqüências lesivas do ato infracional, bem como pelo cumprimento da medida imposta; estimulando a sua autonomia, gerando uma reflexão por meio da construção do plano individual de atendimento; possibilitando o acesso a oportunidades que o permita superar essa condição, tendo como eixos a proteção integral, a garantia de direitos, o exercício da cidadania e a brevidade da medida (PROJETO POLÍTICO PEDAGÓGICO DAS UNIDADES DE SEMILIBERDADE: USL PALMAS. Sistema Socioeducativo Tocantins, 2014).

Em resumo, o objetivo principal do semiliberdade do Tocantins é favorecer o desenvolvimento do senso de responsabilidade, familiar e comunitária dos socioeducandos, proporcionando-o e dando-lhes condições para o convívio social.

Funcionam-se hoje no Tocantins três unidades de semiliberdade assim distribuídas: a semiliberdade de Araguaína, Palmas e Gurupi.

A unidade de semiliberdade de Araguaína localizada à Rua Goianésia, nº 59, Conjunto Urbanístico – Telefone (63) 34111775, é uma instituição de âmbito Estadual, é um órgão encarregado de receber adolescentes em conflito com a lei encaminhado pelo juizado da infância e juventude para cumprir o regime de semiliberdade como determina o artigo 120 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O perfil dos adolescentes atendidos nesta unidade é a distorção idade/série, e todos afirmam o envolvimento com drogas.

Possui uma equipe técnica, e socioeducadores da unidade, profissionais que desempenham suas atividades laborais de acordo com o Regimento Interno da Semiliberdade, as quais seguem um planejamento semanal com base em regras, horários e tarefas construídas pela comunidade socioeducativa. O vínculo empregatício predominante é contrato temporário.

A unidade de semiliberdade de Palmas localizada na Aurenys IV (bairro de Palmas/TO), Rua 02, Quadra 66, Lote 17, teve início no mês de maio de 2007. Todos os adolescentes que cumprem medida de semiliberdade nessa instituição são da comarca de Palmas e o ato infracional praticado foi roubo, sendo que todos apresentam distorção idade/série, além de se declararem ser heterossexuais.

Após o acolhimento o (a) Assistente Social fará os primeiros contatos com os familiares para informá-los sobre a rotina de visitas e tudo mais que for necessário e fundamental para o cumprimento da medida socioeducativa de semiliberdade.

A unidade é dotada de estrutura físico-espacial condizente com os parâmetros do SINASE qual seja: em um bairro residencial, próximo aos recursos da comunidade, facilitando o deslocamento para outros espaços da cidade e região, sem identificação institucional. Esta instituição trabalha em parceria com a rede de atendimento assistencial, tudo com o intuito de garantir o fim desejado da referida medida.

Para os demais atendimentos aos socioeducandos são utilizados os recursos da rede de atendimento socioassistencial: 03(três) Centros de Referência de Assistência Social – CRAS localizados nos Bairros Morada do Sol, Santa Fé e Setor Sul, 01(uma) Unidade de Pronto Atendimento - UPA, 02(dois) Postos de Saúde na Região Sul, 01 (um) em Taquaralto e outro nos Aurenys, e 02(dois) Conselhos Tutelares. (PROJETO POLÍTICO PEDAGÓGICO DAS UNIDADES DE SEMILIBERDADE: USL PALMAS. Sistema Socioeducativo Tocantins, 2014).

O vínculo empregatício dos profissionais é na sua grande maioria contrato temporário, e quanto as atribuições de cada um, seguem o Regimento Interno da Unidade Semiliberdade do Tocantins.

E por fim a Unidade de semiliberdade de Gurupi localizada na Av. Brasília, nº 1532, entre as ruas 12 e 13. O ato infracional mais praticado pelos adolescentes que estão na USL de Gurupi é o roubo com 80% (oitenta por cento). O tráfico e os homicídios estão com o mesmo percentual de 10% (dez por cento), segundo consta no Projeto Político Pedagógico das Unidades de Semiliberdade do Estado do Tocantins, aprovado pela Portaria nº 687 da Secretária da Defesa Social.

A maioria dos adolescentes afirma já ter usado algum tipo de droga especificamente a maconha, quanto à orientação religiosa alguns afirmam não ter uma orientação definida.

Verifica-se que a distorção idade/série está presente em todos os adolescentes atendidos, oriundos da comarca de Gurupi.

Quanto à estrutura física vejamos:

A Unidade possui espaço para lazer e sala de TV. Conta com 03(três) quartos com banheiro, lavanderia e sala para atendimento administrativo. O atendimento técnico especializado é realizado em sala específica. A USL dispõe de uma cozinha e uma sala para as seis refeições diárias (PROJETO POLÍTICO PEDAGÓGICO DAS UNIDADES DE SEMILIBERDADE: USL PALMAS. Sistema Socioeducativo Tocantins, 2014).

As atribuições dos funcionários que trabalham na USL Sul estão no Regimento Interno da Semiliberdade, bem como as atividades que lhes são direcionada com base no planejamento semanal, o vínculo empregatício predominante também é o contrato temporário.

A medida de semiliberdade está voltada ao fortalecimento de vínculos e reinserção social do adolescente, com restrição de liberdade, conforme plano de atendimento do adolescente em cumprimento de medida socioeducativa.

Aos adolescentes autores de atos infracionais, após a sentença aplicada pelo juiz da infância e da juventude, observando o devido processo legal assegurando-lhes as garantias individuais e processuais conforme o que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente o adolescente será encaminhado a uma das unidades de semiliberdade instaladas no Tocantins.

O adolescente encaminhado para uma das USLs do Tocantins, levando em conta a qual comarca este pertence, deverá ser acolhido, em seguida será elaborado um plano individual de atendimento e acompanhamento sociopedagógico, acompanhamento psicológico, relatório de evolução e programa de acompanhamento do egresso.

A equipe técnica informará ao adolescente tudo o que for referente as normas da instituição, desde o seu funcionamento até no que ocorrerá em caso de descumprimento da medida, a equipe também é responsável pelo contato com a família para comunicar a rotina do adolescente e quaisquer esclarecimento necessário concernente ao mesmo.

Consta no regimento interno das Unidades de Semiliberdade - USLs do Estado do Tocantins que o objetivo geral é proporcionar ao adolescente, em cumprimento de medida, a superação do ato infracional (ou atos infracionais) e o exercício pleno da sua cidadania, mediante processo socioeducativo fortalecedor da inter-relação familiar e comunitária e do respeito aos direitos humanos em espécie em concordância com o que dispõe o seu artigo 8º.

3.4 VISÃO DA SOCIEDADE CIVIL SOBRE O SISTEMA SOCIOEDUCATIVO

Sociedade Civil pode ser definida como o conjunto de organizações e instituições físicas sem fins lucrativos que ajudam a sustentar uma sociedade, classificada como terceiro setor. A sociedade civil é dividida em três setores, o primeiro setor é formado pelo Governo, o segundo pelas empresas privadas e o terceiro setor são justamente as instituições sem fins lucrativos de grande relevância para a sociedade por ser oposição as estruturas amparadas pelo Estado.

Thiago Perez Rodrigues da Silva (2015, p.265) esclarece que: "O terceiro setor representa peça fundamental na existência da sociedade, uma vez que atua

em pontos onde os demais setores não conseguem alcançar, ou mesmo não possuem interesse”.

As ONGs são exemplos das inúmeras instituições que fazem parte do terceiro setor, e para melhor compreensão deste estudo fez-se necessário uma visita de campo no Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente Glória de Ivone – CEDECA-TO, uma organização *não-governamental da sociedade civil*, atuante no controle e monitoramento do sistema socioeducativo do estado do Tocantins, com amplos conhecimentos em relação a proteção integral de crianças e adolescentes.

Ainda, em relação às ONGs como organização não-governamental que fazem parte do terceiro setor comenta Thiago Perez Rodrigues da Silva:

Assim, na impossibilidade do Estado em atuar perante todas as demandas sociais, ganham relevância as entidades atuantes no Terceiro Setor, suplementando a atuação estatal, muitas vezes organizadas por meios de associações e fundações. Considerando sua relevância e a necessidade de o Estado fomentar tais atividades, nada mais justo que incentiva-las, o que, por vezes, ocorre por meio de desoneração tributária (SILVA 2015, p. 275).

Enquanto sociedade civil, o CEDECA-TO atua há sete anos na defesa dos direitos humanos de crianças e adolescentes, e, nacionalmente, coordena a Renade – Rede Nacional de Defesa do Adolescente em Conflito com a Lei.

O CEDECA-TO atualmente localizado à Quadra 206 Sul, QI H, Alameda 06, Lote 22, nesta capital, a sua atuação enfoca na associação entre proteção jurídico-social, mobilização, controle social e formação para direitos, com vistas à construção de uma sociedade que exercite plenamente os direitos humanos infanto-juvenis. Foi criado em 18 de maio de 2007, dia nacional de combate ao abuso e a exploração sexual de crianças e adolescentes, resultado de uma trajetória de muito trabalho, luta, ativismo e de busca da consolidação e fortalecimento do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente.

O CEDECA em parceria com Centro de Direitos Humanos de Palmas, realiza mensalmente o monitoramento do sistema sócio educativo do Estado do

Tocantins, tal monitoramento já resultou em representações de magistrados aos órgãos superiores de justiça estadual e nacional por inércia no exercício das funções. Realizam proteção jurídica social em casos de comoção pública para assegurar o acesso à justiça e intervenções exemplares.

No que se refere às unidades de semiliberdade do Estado do Tocantins, sendo esta medida o foco dessa pesquisa, na visão do CEDECA-TO, o posicionamento institucional é que a realidade apresentada não atende ao que está preconizado no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Disse ainda, que o olhar do CEDECA sobre o sistema socioeducativo do Tocantins o que se conclui é que prevalece é discriminação e a criminalização, especialmente dos adolescentes negros e pobres, além do mais não é fundamentado no caráter pedagógico e sim no encarceramento e punição, indo contra os princípios da proteção integral à criança e ao adolescente conforme o que preconiza o Estatuto da Criança e do Adolescente e SINASE que regulamentou a execução das medidas destinadas a adolescentes que pratiquem ato infracional.

Por meio da instituição do SINASE regulamentou regras e critérios que envolvem a execução de medidas socioeducativas, incluindo-se nele, por adesão, os sistemas estaduais, distrital e municipal, bem como todos os planos, políticas e programas específicos de atendimento a adolescente em conflito com a lei, estabeleceu parâmetros e buscou parcerias, mas para atingir um resultado eficaz no cumprimento dessas medidas, porém é essencial que seja realizado de modo a se respeitar as regras e princípios previstos no ECA. Guilherme Freire de Melo Barros aduz:

Espera-se que esta lei sirva de pontapé inicial para uma requalificação no tratamento das medidas socioeducativas no país, pois a realidade atual é que às entidades que mantêm programa de acompanhamento de adolescentes não têm conseguido – salvo raras exceções – reinserir socialmente o infrator. Pior ainda é observar que há entidades de cumprimento de medidas de internação que pouco se diferem dos presídios e das cadeias públicas. Há um longo caminho a percorrer (BARROS, 2014, p. 346).

O Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente – CEDECA Glória de Ivone, atuante no controle e monitoramento do sistema socioeducativo do estado do Tocantins, após análise fundamentada nas visitas constantes a estas referidas unidades o que se pode concluir é uma situação que claramente percebe-se a necessidade de construções de unidades socioeducativas, especialmente para que haja mudança no que se refere as violações de direitos e fazer com que a lei seja cumprida. A realidade vivenciada pelos adolescentes em conflito com a lei que cumprem medida privativa de liberdade é um desrespeito para com toda a sociedade, que espera vê-los reintegrados socialmente e não humilhados, mal tratados e, ainda mais, de modo rancoroso e violento como os meios de comunicação mostra constantemente.

Neste contexto, segundo a instituição situações de flagrantes em unidades de internação e semiliberdade são inúmeras, quais sejam; desrespeito aos pressupostos legais do ECA, de violação dos direitos humanos, à integridade física dos adolescentes, de violência psicológica, maus tratos e tortura, passando por situações de insalubridade, negligência em questões relacionadas à saúde e o comprometimento dos direitos processuais, com internações provisórias que excedem em muito os 45 dias, de carência pedagógica nas ações desenvolvidas dentro das unidades socioeducativas. Os adolescentes sujeitos a medida privativa de liberdade não entendem o caráter pedagógico da medida e agem e falam como se estivessem cumprindo uma pena no sentido de punição.

Outro ponto relevante, de acordo com o CEDECA-TO, é a respeito do vínculo empregatício predominante nas USLs do Estado, sendo este o contrato temporário que associado a instabilidade, pela carência de capacitação continuada e a ausência de preparo dos funcionários ao desempenhar a função que lhes são atribuídas indica certa precariedade no resultado da medida que será cumprida.

Assim sendo, para o CEDECA Glória de Ivone o sistema socioeducativo do Tocantins não funciona, além disso, para instituição existe uma ditadura nas unidades que não permite que a medida cumpra o seu objetivo pedagógico que é ressocializar e reconstruir o caráter dos adolescentes infratores, por sua vez o Estado não cumpre a sua função de possibilitar o melhor para o adolescente como também não faz com que a tutela jurisdicional prestada funcione de fato e seja eficaz.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, o presente trabalho abordou a questão das grandes e decisivas conquistas dos direitos da criança e do adolescente, mas que somente foram alcançadas e consolidada no início do século XX marcado no Brasil pelo surgimento das lutas sociais. A importância da Convenção dos Direitos da Criança que teve forte influência na elaboração da Constituição Federal, e sem dúvida um passo adiante na área dos direitos da infância, resultado da atuação e influência dos movimentos sociais.

Vimos que o Estatuto da Criança e do Adolescente é considerado um valioso instrumento de cidadania, mesmo assim o aumento da criminalidade, e a prática de atos infracionais cometidos pelas crianças e adolescentes é um fator preocupante, claramente divulgado através dos meios de comunicação. Muitos falam em reforma do Estatuto da Criança e do Adolescente, penas severas e atualmente se discute muito sobre a redução da maior idade penal para resolver a situação dos menores infratores. No entanto, não podemos esquecer que são pessoas em desenvolvimento, devemos levar em conta a situação de risco social que levam esses seres para o mundo do crime, e acima de tudo assumir o nosso papel como parte da sociedade e analisar a importância do artigo 227 da Constituição na garantia desses direitos.

Portanto, os direitos inerentes a criança e ao adolescente são de responsabilidade das pessoas adultas, conseqüentemente da família em primeiro lugar, por ser referência natural, da sociedade, e do Estado, direitos que devem ser garantidos sempre e em hipótese alguma violados ou ameaçados.

Com relação a inimputabilidade penal do adolescente, verifica-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente traz disposições suficientes e adequadas para enfrentar a responsabilização dos jovens pelos seus atos. Mas qualquer legislação não será eficiente se não for adequada de políticas voltada para garantir a toda a população condições dignas de vida.

Percebe-se que são eles inimputáveis penalmente e que ao longo da história os adolescentes adquiriram reconhecimento, garantias e direitos, mas também não foram eximidos dos seus deveres como qualquer cidadão. Tanto que o Estatuto da Criança e do Adolescente responsabiliza o adolescente pela prática de

ato infracional, estabelecendo sanções sob forma de medidas socioeducativas. Tais medidas visam assegurar ao adolescente a sua preparação para voltar a viver em sociedade e evitar que este volte a delinquir

Outro fator importante é a ação socioeducativa, procedimento legal destinado aos adolescentes em conflito com a norma legal, pois estarão sujeitos a processo contraditório com ampla defesa e possivelmente receber uma sanção chamada de medida socioeducativa que constitui na resposta estatal, aplicada pela autoridade judiciária, ao adolescente que cometeu ato infracional.

Considerando, os princípios gerais do direito, é cabível a aplicação de sanções a menores de 18 anos de idade que pratiquem ato infracional, desde que esta aplicação aconteça de apreciação judicial e de competência exclusiva do Juiz. Más o objetivo principal de qualquer medida socioeducativa é buscar antes de tudo, a ressocialização do adolescente infrator.

A partir desse estudo, despertou o interesse em aprofundar o conhecimento teórico da medida socioeducativa de semiliberdade que pressupõe uma forma de transição para o meio aberto, sendo possível a reintegração do adolescente infrator ao convívio harmônico com outros indivíduos da comunidade, a medida de semiliberdade proporciona tanto ao menor infrator quanto para a sua família o auxílio necessário, mostrando os caminhos a serem percorridos e ensinando os valores e princípios para se viver em sociedade, dessa maneira afastando-o de uma vez por todas da criminalidade.

Os adolescentes sujeitos a esta medida serão acompanhados de forma que se desvincule totalmente da criminalidade, e orientados no sentido de que serão capazes de fortalecer os vínculos de convivência familiar e social.

No entanto, a sociedade é de fundamental importância para se obter um resultado positivo, para que lei possa ser cumprida, e para que ocorra de fato uma transformação e a reinserção do adolescente infrator de volta ao convívio social.

Outro ponto importante abordado nessa pesquisa é concernente as unidades de semiliberdade do Estado do Tocantins, e ficou constatado que há controvérsias no sentido do caráter pedagógico em relação ao cumprimento da medida socioeducativa.

Dessa forma, foi necessário saber a opinião da sociedade civil, que por sua vez tem um posicionamento contrário do que escabece a lei, fundamentado em visitas e monitoramento das unidades socioeducativas e após constatar várias violações de direitos e nada de medidas com caráter pedagógico, são recebidas pelos socioeducandos como verdadeiras punições.

Diante desse contexto, o que se pode concluir por meio da pesquisa realizada, é que cabe à família, à sociedade e ao Estado a efetivação plena do Estatuto da Criança e do Adolescente, fazendo valer este que é um instrumento de cidadania e de responsabilização de todos. E finalmente para que se concretizem todas as garantias necessárias a justa aplicação Estatutária é necessário a implantação de políticas públicas e ações que atendam não somente à criança e o adolescente, mas também para as suas famílias.

É impossível ressocializar e reconstruir o caráter do adolescente em conflito com a lei sem recuperar a família, para tanto é preciso investigar o funcionamento familiar para que seja possível resgatar os laços e os vínculos e ora fragilizados.

Com isso, o esboço das referências bibliográficas demonstra como embasou teoricamente este trabalho.

REFERENCIAS

ALBUQUERQUE, Catarina. **Direitos Humanos Órgãos das Nações Unidas de Controle da Aplicação dos Tratados em Matéria de Direitos Humanos: Os Direitos da Criança: as Nações Unidas, a Convenção e o Comité.** Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/orgaos-onu-estudos-ca-dc.html#IA>> Acesso em 18 fev. 2016.

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos.** 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos.** 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. 2. ed. Tradução de Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1981.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Direito da criança e do adolescente**. 2. ed. Salvador/Bahia: Juspodivm, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 18 fev. 2016.

_____. Decreto nº 5.083, de 1º de Dezembro de 1926. Revogado pela Lei nº 6.697, de 1979. **Institui o Código de Menores**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL5083.htm>. Acesso em 18 fev. 2016.

_____. Decreto nº 17.943-a de 12 de outubro de 1927. Revogado pela Lei nº 6.697, de 1979. **Consolida as leis de assistência e proteção a menores**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em 18 fev. 2016.

_____. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. **Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em 18 fev. 2016.

_____. **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 18 fev. 2016.

_____. Lei de 16 de dezembro de 1830 – **Manda executar o Código Criminal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em 18 fev. 2016.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 25 fev. 2016.

_____. Lei Federal no 12.594, de 18 de janeiro de 2012. **Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nos 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943.**

Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 jan. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm>. Acesso em 25 fev. 2016.

CAVALILIERI, Alyrio. **Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Ed. Forense: Rio de Janeiro, 1997.

CEDECA GLÓRIA DE IVONE. Relatório de Visita Realizado em: 16 de março de 2016.

CORAZZA, Sandra Mara. **Infância e educação. Era uma vez... quer que conte outra vez?** Petrópolis: Vozes, 2002.

COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias Processuais e o Direito Penal Juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação**. Ed. Livraria do advogado, Porto Alegre: 2005.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **É Possível Mudar: A criança, o Adolescente e a Família na Política Social do Município**. Ed. Malheiros, Série Direitos da Criança 1.

DUPRET, Cristiane. **Curso de direito da criança e do adolescente**. 2. ed. Belo Horizonte: Ius Editora, 2012.

ELIAS, Roberto João. **Direitos fundamentais da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente:** Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERNANDES, Márcio Mothé. **Ação Sócio Educativa Pública: Inovação do Estatuto da Criança e do Adolescente.** Ed. Lumin Juris: Rio de Janeiro, 1998.

FILHO, David Milano; MILANO, Rodolfo Cesar. **Da Apuração de Ato Infracional e a Responsabilidade Civil da Criança e do Adolescente.** Ed. Universitária de Direito: São Paulo, 1999.

JESUS, Mauricio Neves de. **Adolescente em Conflito com a Lei.** Campinas SP: ed. Servanda, 2006.

KAMINSKI, André Karst. **O Conselho Tutelar, a Criança e o Ato Infracional: Proteção ou Punição?** Ed. Ulbra: Canoas, 2002.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente:** doutrina e jurisprudência. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente.** 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente.** 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MACEDO, Renata Ceschin Melfi de. **O Adolescente infrator e a imputabilidade penal.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

MORAES, Bianca Mota de; RAMOS, Helane Vieira. A prática de ato infracional. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

NAHRA, Clícia Maria Leite; BRAGAGLIA, Mônica. **Conselho Tutelar: Gênese, Dinâmica e Tendências.** Ed. Ulbra: Canoas, 2002.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da criança e do adolescente comentado.** Ed. Saraiva: São Paulo, 1998.

PAES, Janiere Portela Leite. **O Código de Menores e o Estatuto da Criança e do Adolescente: avanços e retrocessos.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 20 maio 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43515&seo=1>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada.** Ed. Revista dos Tribunais LTDA: São Paulo, 2002.

PRADE, Péricles. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais.** In: CURY, Munir, 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

PROJETO POLÍTICO PEDAGÓGICO DAS UNIDADES DE SEMILIBERDADE: USL PALMAS, USL GURUPI e USL ARAGUAÍNA. Sistema Socioeducativo Tocantins, 2014.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de Direito da Criança e do Adolescente.** 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da. Artigos 227 ao 230. In BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. (coords. editoriais). **Comentários à Constituição Federal de 1988.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, Roberto da. **A construção do estatuto da criança e do adolescente.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5554&revista_caderno=12>. Acesso em 23 mar. 2016.

SILVA, Thiago Perez Rodrigues da e PAES, José Eduardo Sabo. **Terceiro Setor e Tributação.** V. 7 - Rio de Janeiro: Forense 2015.

TAVARES, Patrícia Silveira. O conselho tutelar. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos.** 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 52. ed. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Temas do Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr, 1997.

VOLPI, Mario. **O Adolescente e o Ato Infracional**. 4^a ed. São Paulo: Cortez, 2002.

O BRASIL TEM CONDIÇÕES DE LIDERAR A PRODUÇÃO MUNDIAL DE BIODIESEL

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

ADRIANO MENINO DE MACEDO JÚNIOR [\[1\]](#)

(Coautor)

Resumo: Um biocombustível renovável, o biodiesel, apresenta-se como solução para os atuais malefícios provocados pelo petróleo e seus derivados, reduzindo significativamente a emissão dos gases causadores do aquecimento global. O Brasil tem condições de liderar a produção mundial de biodiesel.

Palavras-chave: Biodiesel. Importância. Necessidade de investimentos.

Abstract: A renewable biofuel, biodiesel, is a solution to the current damage caused by oil and its derivatives, significantly reducing the emission of gases that cause global warming. Brazil is able to lead the world production of biodiesel.

Keywords: Biodiesel. Importance. Need for investments.

Resumen: Un biocombustible renovable, el biodiesel, se presenta como solución para los actuales maleficios provocados por el petróleo y sus derivados, reduciendo significativamente la emisión de los gases causantes del calentamiento global. Brasil tiene condiciones de liderar la producción mundial de biodiesel.

Palabras clave: El biodiesel. Importancia. Necesidad de inversiones.

Sumário: Introdução. 2. Desenvolvimento. Conclusão. Referências.

Introdução

Expedito José de Sá Parente foi um engenheiro químico brasileiro, cearense e inventor do biodiesel na década de 1970. Desenvolveu o método de produção de biodiesel que viria a submeter ao INPI em 1980, tendo sido garantida em 1983

a patente PI – 8007957 ("Processo de Produção de Combustíveis a partir de Frutos ou Sementes Oleaginosas"), a primeira patente no mundo para um processo de produção em escala industrial de biodiesel.

Os dois principais biocombustíveis líquidos utilizados no País são o etanol (extraído de cana-de-açúcar e utilizados nos veículos leves) e, mais recentemente, o biodiesel (produzido a partir de óleos vegetais ou gorduras animais, utilizados principalmente em ônibus e caminhões).

O biodiesel é um combustível renovável, pois é produzido a partir de fontes vegetais (soja, mamona, dendê, girassol, entre outros), misturado com etanol (proveniente da cana-de-açúcar) ou metanol (pode ser obtido a partir da biomassa de madeiras). Ou seja, um combustível totalmente limpo, orgânico e renovável.

A tecnologia de fabricação do biodiesel está em desenvolvimento avançado no Brasil. A Petrobrás possui esta tecnologia e o combustível orgânico já está sendo utilizado em alguns veículos em nosso país. Acredita-se que, para o futuro, este combustível possa, aos poucos, substituir nos veículos os combustíveis fósseis. Será um grande avanço em busca da diminuição da poluição do ar.

2 Desenvolvimento

Segundo a definição do Programa Brasileiro de Biocombustíveis, o biodiesel é o combustível formado pela mistura, em diferentes proporções, de éster (nome técnico para um tipo de gordura) de óleos vegetais com o óleo diesel convencional derivado de petróleo.

O biodiesel é um combustível menos poluente que os de origem fóssil (petróleo e derivados), produzido a partir de fontes renováveis, como óleos vegetais e gorduras animais. Sua definição química é a de um éster metílico ou etílico destes óleos e gorduras.

O biodiesel é um combustível para ser utilizado nos carros ou caminhões com motores diesel, feito a partir das plantas (óleos vegetais) ou de animais (gordura animal). O biodiesel só pode ser usado em motores a diesel, portanto este combustível é um substituto do diesel.

Biodiesel é um combustível biodegradável derivado de fontes renováveis, que pode ser obtido por diferentes processos tais como o craqueamento, a esterificação ou pela transesterificação. A mistura de 2% de biodiesel ao diesel de petróleo é chamada de B2 e assim sucessivamente, até o biodiesel puro, denominado B100.

Biodiesel pode ser feito de vegetais ou de gordura animal. É feito de recursos renováveis. É biodegradável, requer mínimas modificações de motores, podendo inclusive ser misturado a outros combustíveis.

Os óleos vegetais podem reagir quimicamente com um álcool, para produzir ésteres. Esses ésteres quando usados como combustíveis lavam o nome de Biodiesel.

Atualmente, o biodiesel é produzido por um processo chamado transesterificação. O óleo vegetal é filtrado, e então processado com materiais alcalinos para remover gorduras ácidas. É então misturado com álcool e um catalizador. As reações formam então ésteres e glicerol, que é separado.

Amendoim, sementes de algodão, sementes de girassol, dendê, mamona e soja são grandes fontes de óleos. Ésteres feitos de qualquer dessas fontes podem ser usados em motores, embora tenham variações nas suas propriedades físicas.

Cada vez mais o preço da gasolina, diesel e derivados de petróleo tendem a subir. A cada ano o consumo aumenta e as reservas diminuem. Além do problema físico, há o problema político: a cada ameaça de guerra ou crise internacional, o preço do barril de petróleo dispara.

O efeito estufa, que deixa nosso planeta mais quente, devido ao aumento de dióxido de carbono na atmosfera (para cada 3,8 litros de gasolina que um automóvel queima, são liberados 10 kg de CO₂ na atmosfera). A queima de derivados de petróleo contribui para o aquecimento do clima global por elevar os níveis de CO₂ na atmosfera.

Todo material orgânico gera energia, mas o biocombustível é fabricado em escala comercial a partir de produtos agrícolas como a cana-de-açúcar, mamona, soja, canola, babaçu, mandioca, milho, beterraba ou algas. Podemos citar vários

exemplos de biocombustíveis, tais como o álcool etanol, a biomassa ou o biodiesel.

Vantagens na utilização do Biodiesel:

É energia renovável. No Brasil há muitas terras cultiváveis que podem produzir uma enorme variedade de oleaginosas, principalmente nos solos menos produtivos, com um baixo custo de produção.

O biodiesel é um ótimo lubrificante e pode aumentar a vida útil do motor.

O biodiesel tem risco de explosão baixo. Ele precisa de uma fonte de calor acima de 150 graus celcius para explodir.

Tem fácil transporte e fácil armazenamento, devido ao seu menor risco de explosão.

O uso como combustível proporciona ganho ambiental para todo o planeta, pois colabora para diminuir a poluição e o efeito estufa.

A viabilidade do uso direto foi comprovada na avaliação dos componentes do motor, que não apresentou qualquer tipo de resíduo que comprometesse o desempenho.

Para a utilização do biocombustível, não precisa de nenhuma adaptação em caminhões, tratores ou máquinas.

O biodiesel é uma fonte limpa e renovável de energia que vai gerar emprego e renda para o campo, pois o país abriga o maior território tropical do planeta, com solos de alta qualidade que permitem uma agricultura autossustentável do plantio direto; topografia favorável à mecanização e é a nação mais rica em água doce do mundo, com clima e tecnologia que permitem a produção de duas safras ao ano.

Por outro lado, o diesel do petróleo é um combustível não-renovável. O petróleo leva milhões de anos para se formar.

Substitui o diesel nos motores sem necessidade de ajustes.

O produtor rural estará produzindo seu combustível.

Diminuição da poluição atmosférica.

Redução de custos na propriedade.

No caso do biodiesel Eco Óleo o produtor não compra o biodiesel, a comercialização será por meio de permuta, ou seja: troca de mercadorias como, por exemplo, o produtor entrega o girassol e recebe o Eco Óleo. Será o uso cativo.

O produtor estará fazendo rotação de culturas em sua propriedade, incorporando nutrientes na sua lavoura.

O biodiesel é usado puro nos motores, porém aceita qualquer percentual de mistura com o diesel, pois é um produto miscível.

Outra grande vantagem é que, na formação das sementes, o gás carbônico do ar é absorvido pela planta.

O calor produzido por litro é quase igual ao do diesel.

Pouca emissão de partículas de carvão. O biodiesel é um éster e, por isso, já tem dois átomos de oxigênio na molécula.

Na queima do biodiesel, ocorre a combustão completa.

É necessária uma quantidade de oxigênio menor que a do diesel.

É uma fonte de energética renovável, a exemplo de todos os produtos originários do ciclo produtivo da agroindústria. Nesse ciclo, a energia que está armazenada nos vegetais, no caso o grão da soja, é transformada em combustível e depois da combustão uma parte destina-se à operação de um sistema como um motor, e outra retorna para a nova plantação na forma de CO₂, o CO₂ combinado com a energia solar realimenta o ciclo.

Não são necessárias alterações na tecnologia (peças e componentes) e de regulação. Apenas é preciso que o biodiesel tenha uma qualidade definida. Por ser um produto natural e biodegradável, surgem problemas de degradação natural. Ao utilizar biodiesel você estará utilizando qualidade.

Os óleos vegetais usados na produção do biodiesel podem ser obtidos do girassol, nabo forrageiro, algodão, mamona, soja, canola. Qualquer oleaginosa.

É constituído de carbono neutro. As plantas capturam todo o CO₂ emitido pela queima do biodiesel e separam o CO₂ em Carbono e Oxigênio, neutralizando suas emissões.

Contribui ainda para a geração de empregos no setor primário, que no Brasil é de suma importância para o desenvolvimento social e prioridade de nosso atual governo. Com isso, segura o trabalhador no campo, reduzindo o inchaço das grandes cidades e favorecendo o ciclo da economia autossustentável essencial para a autonomia do país.

Muito dinheiro é gasto para a pesquisa e prospecção do petróleo. O capital pode ter um fim social melhor para o país, visto que o biodiesel não requer esse tipo de investimento.

Podemos prever claramente os efeitos positivos do biodiesel, analisando os benefícios da adição do etanol na gasolina. O etanol vem da indústria do álcool, uma indústria forte e que faz circular um grande volume de capital, gera empregos e ainda gera dinheiro para o governo através dos impostos, ajudando a reduzir o déficit público.

A maior parte dos veículos da indústria de transporte e da agricultura usam atualmente o diesel. O biodiesel é uma alternativa econômica, tendo a vantagem de ser confiável, renovável e fortalecer a economia do país gerando mais empregos.

Como combustível já é uma realidade em expansão.

Beneficia os agricultores e contribui para o crescimento econômico dos municípios, pois reduz a exportação de divisas e permite a redução de custo desse insumo.

Preserva o interesse nacional.

Promove o desenvolvimento, amplia o mercado de trabalho e valoriza os recursos energéticos.

Protege os interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos.

Protege o meio ambiente e promover a conservação de energia.

Utiliza fontes alternativas de energia, mediante o aproveitamento econômico dos insumos disponíveis e das tecnologias aplicáveis.

Redução da emissão de poluentes locais com melhorias na qualidade de vida e da saúde pública

Possibilidade de utilização dos créditos de carbono vinculados ao Mecanismo de Desenvolvimento Limpo decorrentes do Protocolo de Kioto.

Sedimentação da tecnologia de produção agrícola e industrial.

Lubricidade otimizada.

Número de cetano mínimo 51.

Sem a presença de aromáticos (benzeno).

Estável e com boa atividade.

Ajuda na eficiência de catalisadores tecnologia atual permite aos veículos Diesel atender a norma EURO III, dispositivos de retenção de particulados - filtros regenerativos (com B100 poderão operar melhor pela ausência de enxofre e material particulado).

Perspectiva de exportação de Biodiesel como aditivo de baixo conteúdo de enxofre, especialmente para a União Européia onde o teor de enxofre está sendo reduzido paulatinamente de 2000 ppm em 1996, para 350 ppm em 2002, e 50 ppm em 2005.

Melhora o número de cetano (melhoria no desempenho da ignição) e lubricidade (redução de desgaste, especialmente do sistema de ignição).

Ampliação da vida útil do catalisador do sistema de escapamento de automóveis.

O biodiesel é uma alternativa tecnicamente viável para o diesel mineral, mas seu custo hoje, de 1,5 a 3 vezes maior, o torna não competitivo, se externalidades positivas, como meio ambiente local, clima global, geração e manutenção de emprego, balanço de pagamentos não forem consideradas. Esses custos já consideram todos os créditos por subprodutos (uso da torta residual; glicerina). Não são previstas possibilidades de reduções significativas no custo de produção, para os óleos vegetais usados na Europa para biodiesel. Trata-se de processos agrícolas e industriais muito conhecidos, "maduros" e eficientes. O custo de referência, de diesel mineral, sem impostos, utilizado nesta análise é de US\$ 0.22/litro;

Desvantagens:

Os grandes volumes de glicerina previstos (subproduto) só poderão ter mercado a preços muito inferiores aos atuais; todo o mercado de óleo-químicos poderá ser afetado. Não há uma visão clara sobre os possíveis impactos potenciais desta oferta de glicerina.

No Brasil e na Ásia, lavouras de soja e dendê, cujos óleos são fontes potencialmente importantes de biodiesel, estão invadindo florestas tropicais, importantes bolsões de biodiversidade. Embora, aqui no Brasil, essas lavouras não tenham o objetivo de serem usadas para biodiesel, essa preocupação deve ser considerada.

O Biodiesel ainda esbarra em vários obstáculos, como a falta de regulamentação e os preços atuais do diesel derivado do petróleo. Estima-se que no começo do próximo século, teremos condições de gerar biodiesel correspondente a 8% de todo o diesel consumido. Provavelmente ele será usado numa mistura com o diesel convencional que as pesquisas conseguirem vegetais, mas eficientes na produção de óleo e na medida que o preço do diesel vá subindo, que é o esperado.

O Brasil produz, atualmente, cerca de 50 mil barris de biodiesel por dia (fonte: Boletim Mensal de Energia - Ministério das Minas e Energia, dados de 2017).

Nosso país é o segundo maior produtor mundial de biodiesel (cerca de 4 bilhões de litros por ano). A região Centro-oeste é a maior produtora do Brasil.

Conclusão

O Brasil se destaca com relação à sua capacidade produtiva: o país tem condições de liderar a produção mundial de biodiesel, promovendo a substituição de, pelo menos, 60% da demanda mundial atual de óleo diesel de petróleo. O País é exportador de tecnologia e de matéria-prima para as mais diversas nações.

Segundo o National Biodiesel Board, uma associação comercial do biodiesel dos EUA, o Brasil tem condições em liderar a produção mundial desse biocombustível, já que possui uma ampla extensão territorial, radiação solar o ano inteiro, água, diversidade de oleaginosas para matérias-primas e experiência tecnológica na agricultura tropical. Além disso, o país possui domínio tecnológico na produção do biodiesel, mas o custo de produção ainda é alto. Por causa, principalmente, do cultivo e das técnicas de manejo de algumas oleaginosas, que ainda são poucas desenvolvidas e necessitam de investimentos em pesquisa e desenvolvimento (P&D) para desenvolver tecnologias de produção agrícola e para promover o adensamento energético das espécies oleaginosas.

Referências

D'ARCE, Marisa A. B. Regitano. **Matérias-primas oleaginosas e biodiesel**. ESALQ/USP, setor de açúcar e álcool, 2005.

HOLANDA, Ariosto. **Biodiesel e inclusão social**. Brasília: câmara dos deputados, coordenação de publicações, 2004.

MARQUES, F. **Menos Dependentes do Petróleo**. Revista Ciência Hoje, São Paulo, ano 2003, nº 194, p. 44 e 45.

KENSKI, Rafael. O começo do fim. **Revista Super Interessante**, São Paulo, edição n. 218, ano 19, n. 10, p. 44-54, out. 2005.

PAÍS está preparado para produzir combustíveis pouco poluentes, diz Lula. **Último Segundo**, São Paulo, 27 abr. 2005.

PROJETO Unidade Piloto de Teresina. **Tecbio Tecnologias Bioenergéticas**.

<http://www.agencia.cnptia.embrapa.br/gestor/agroenergia/arvore/CONT000fbl290nv02wx5eo0sawqe3ho6o476.html>

Nota:

[1] Graduando em farmácia pela Faculdade Natalense de Ensino e Cultura (FANEC) com experiência em saúde pública e microbiologia. E-mail: adrianomenino2016@gmail.com

PRIVACIDADE: O DECLÍNIO DE UM DIREITO

LINDENBERGH SILVA DE OLIVEIRA FILHO:

Bacharel em Direito pela Universidade Brasil-Campus Fernandópolis-SP.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo debater o declínio do direito a privacidade em tempos onde praticamente nada é privado. Em uma sociedade, onde sua população se expõe além do que é necessário e muitas vezes sofre consequências por isso. Também será abordado como o direito brasileiro tenta resguardar a privacidade de seus cidadãos e como muitas vezes acaba falhando, neste quesito. No fim será abordado a privacidade na internet e também será comentado o caso envolvendo a empresa Cambridge Analytica.

Palavras-Chave: Constitucional, Internet, Civil, Personalidade, Sociedade.

ABSTRACT: This article aims to discuss the decline of the right to privacy in times where practically nothing is kept private. In a Society where its population if exposes beyond what it is necessary and often suffer consequences for it. Will also be addressed as the Brazilian law trying to protect the privacy of its citizens and how often just failing in this query. At the end will be approached the privacy on the internet and will also be review the case involving the company Cambridge Analytica.

Keywords: Constitucional, Internet, Civil, Personality, Society.

Sumario: Introdução, 1. Privacidade: um direito humano, 2. A Constituição Federal e o Direito a Privacidade, 2.2 Estado de Defesa e Estado de Sítio, 3. Privacidade: um direito da Personalidade, 4. A internet e o Direito a Privacidade, 4.1 O caso da empresa Cambridge Analytica, Considerações Finais, Referências.

Introdução

O direito à privacidade pode ser considerado um dos direitos que mais sofreu restrições com o passar dos anos, em especial graças ao advento da internet e redes sociais.

A sociedade está cada vez mais interessada em segurança, em tempos de violência, mesmo que a privacidade seja sacrificada, temos câmeras em lojas, supermercados, restaurantes, escolas, ou seja, em qualquer lugar público existe câmeras que estão lá colocadas em nome da segurança, mas tirando a privacidade daqueles que ali estão, pois qualquer descuido aquelas filmagens podem ir para na internet, transformando a vida das pessoas em uma espécie de circo midiático.

Vale sem dúvidas ressaltar que as redes sociais, estão fazendo com que a pessoas se auto sabotem em suas vidas privadas, colocando informações pessoais como número de telefone e lugares onde frequentam no facebook, instagram, entre várias outras redes sociais, facilitando a vida de pessoas má intencionadas como ladrões e estelionatários.

Em relação aos mais jovens, estes estão cada vez mais cedo se conectando as redes sociais de forma precoce, sendo que os pais estão ignorando este fato, negligenciado completamente os seus filhos e a privacidade destes, se esquecendo do perigos da internet, como a pedofilia por exemplo.

Atualmente é como se toda a sociedade vivesse em um reality show, cada vez mais exposto, cheio de fake News e pessoas em busca de uma certa fama, sacrificando a sua privacidade, em busca de uma ilusão de felicidade.

1. Privacidade: um direito humano

O ser humano é um ser social que está acostumado a viver em sociedade para sobreviver, mas também existe a necessidade de se está só, como uma forma de conhecer a si mesmo. A privacidade é essencial para este conhecimento é de certo modo uma forma de liberdade.

O direito a privacidade é previsto no artigo 12 da “Declaração Universal do Direitos Humanos”

“Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques a sua honra ou a sua reputação. Toda pessoa tem direito a proteção da lei contra tais ingerências ou ataques”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi criada em 1948, mas o seu texto continua atual como nunca, em especial este artigo que trata sobre o direito à privacidade.

Mesmo antes do advento da internet e a popularidade das redes sociais, a Declaração já previa a importância de se proteger a privacidade dos indivíduos, mas atualmente essa privacidade está cada vez mais em declínio, e talvez a legislação brasileira não seja rígida o bastante para protegê-la.

2. A Constituição Federal e o Direito a privacidade

A Constituição Federal de 1988 também conhecida como Constituição Cidadã, veio para garantir os direitos fundamentais da população brasileira, e como era de se esperar existem dispositivos que garantem a proteção desse direito, a questão que fica é se esses artigos são realmente eficazes.

No artigo 5º inciso X da Constituição está previsto expressamente:

“São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Como é possível notar, o inciso X visa resguardar os direitos da personalidade, nos quais o direito a privacidade se enquadra, o problema está não no dispositivo mais muitas vezes na sua aplicação.

Quando uma pessoa tem sua intimidade exposta na internet, e o culpado não é encontrado, ou quando é, a indenização muitas vezes pode ser irrisória, isso desestimula a vítima ir em busca de ajuda, podendo desencadear problemas psicológicos, depressão e no pior dos casos, o suicídio.

No inciso XI do mesmo artigo, a inviolabilidade do domicílio, que protege tanto o direito a privacidade, como a propriedade privada.

“A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante de delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

A casa é o lugar onde o cidadão repousa e lá vive com sua família e merece toda a proteção jurídica possível, mesmo tendo suas ressalvas, deixando claro que só deve se violado em caso de extrema necessidade.

Como forma de resguarda este direito no Código Penal está previsto como crime a violação de domicilio no artigo 150 do CP.

“Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou suas dependências”.

Mesmo sendo nobre a intenção do legislador ao prevê a violação de domicilio como crime, a pena é de detenção de um a três anos, ou seja, irrisória.

Já no artigo 5º inciso XII, visa a proteção da correspondência:

“É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas , salvo, no ultimo caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processo penal”.

Como é possui notar é permitido a violação de correspondência em casos de investigação criminal ou instrução criminal, no caso de decretação do Estado de Defesa ou Estado de Sitio, também poderá haver restrições a este direito.

A violação de correspondências também está previsto como crime no código penal, no artigo 151.

“Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem”.

Novamente, mesmo sendo louvável a violação de correspondência como crime, a pena é de detenção de um a seis meses, ou multa. Uma pena quase irrelevante se for considerado a consequências desastrosas na vida de uma pessoa, que um crime como esse pode causar.

2.1 Estado de Defesa e Estado de Sitio

O Estado de Defesa e o Estado de Sítio são medidas de exceção que buscam reestabelecer a ordem, afim de solucionar a crise constitucional. Conforme ensina os doutrinadores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

Constatada uma situação de crise constitucional, a Constituição Federal de 1988 autoriza a adoção de certas medidas de exceção - estado de defesa e estado de sítio -, com o fim de fazer frente à anormalidade manifestada e restabelecer a ordem. Durante a execução dessas medidas, o poder de repressão do Estado é ampliado, mediante a autorização para que sejam impostas aos indivíduos restrições e suspensões de certas garantias fundamentais, em locais específicos e por prazo certo, sempre no intuito de restabelecer a normalidade constitucional.

No Estado de Defesa o presidente da República ouvirá o conselho da República e o conselho de Defesa Nacional para assim decretar o Estado de Defesa, com a finalidade de restabelecer a ordem pública ou a paz social em razão de instabilidade institucional ou calamidades de grandes proporções na natureza, devendo ser decretado em lugares específicos, pelo prazo não superior a trinta dias, prorrogado por igual período se assim os motivos persistirem (art. 136 e seguintes da Constituição Federal).

Durante a vigência do Estado de Defesa poderá ocorrer a restrição de alguns direitos fundamentais, entre eles podem se destacar a violação do sigilo de correspondências e o sigilo de comunicações telegráficas e telefônicas.

No Estado de Sítio o Presidente da República além de ouvir o conselho da República e o Conselho de Defesa deverá solicitar ao congresso Nacional autorização para a decretação, por se tratar de medida mais rígida que o Estado de Defesa.

O Estado de Sítio poderá ser decreta em caso de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o Estado de Defesa. Ocorrerá também em caso de declaração de estado de guerra o resposta a agressão armada estrangeira (Art.137 incisos I e II).

Igualmente ao Estado de Defesa, poderá ocorrer algumas restrições no Estado de Sítio podendo se destacar as restrições relativas a inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, a prestações de informações e a liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei, e busca e apreensão em domicílio. (art.137 Incisos I ao VI).

3. Privacidade: Um direito da personalidade.

Privacidade pode ser entendido como a vida particular de um ser humano, ou tudo aquilo que não é público, ou o que o sujeito escolhe se deseja que seja público ou não.

O direito a privacidade como afirmado anteriormente está previsto na Declaração dos Direitos Humanos e na Constituição Federal de 1988. Mas é de se destacar que o direito a privacidade também está previsto no código civil, sendo considerado um direito da personalidade. Acerca da privacidade Fabio Ulhoa Coelho ensina:

A cada pessoa corresponde um conjunto de informações. Algumas delas são públicas e a pessoa interessada não pode impedir o acesso de terceiros ou mesmo sua divulgação. Nesse caso se encontram

os nomes dos pais e avós, data e local de nascimento e outras. As demais são informações privadas, que se encontram em laudos médicos, prontuários escolares, faturas de cartão de crédito, contas de telefone etc. Cada pessoa tem o direito de manter reservadas as informações não públicas que quiser. Este é o direito à privacidade.

O artigo 21 do Código Civil versa sobre a inviolabilidade da vida privada dos indivíduos:

“A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Existem dois enunciados muito interessantes sobre o art. 21 do CC, o primeiro é o enunciado 404 da V Jornada de Direito Civil.

A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnicas, as convicções religiosas, filosóficas e políticas.

Em outras palavras ninguém é obrigado falar sobre a suas condições de saúde, por exemplo, um pessoa com câncer ou Aids cabe a ela decidir se irá falar para alguém sobre a sua doença ou não.

Também vale ressaltar que as pessoas não são obrigadas a revelar suas convicções religiosas (evangélicos, ateus, espíritas, testemunhas de Jeová, Mulçumanos etc...) e tão pouco sua convicções políticas (Direita ou Esquerda).

O segundo é o enunciado 405 da V Jornada de Direito Civil.

“As informações genéticas são parte da vida privada e não podem ser utilizadas para fins diversos daqueles que motivarem seu armazenamento, registro, ou uso, salvo com autorização do titular”.

A proteção das informações genéticas tem como finalidade evitar qualquer discriminação, afinal, seguros de saúde ou de vida, poderiam comprar mais caro de um individuo se soubessem que ele possui tendências a ter determinada doença genética ou hereditária.

4. A internet e o Direito a Privacidade.

Um dos princípios do uso da internet no Brasil é a proteção da privacidade previsto no art.3º da lei n. 12.965/2014 conhecida como Marco Civil na Internet, ainda nessa lei o art. 7º versa sobre a cidadania:

“O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos. Inciso I- Inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Mas isso ocorre na prática?

É comum o consumidor entrar em um site de compras para comprar um celular, por exemplo, a partir daí os seus dados de pesquisa são utilizados como forma de induzimento ao consumismo e vai aparecer anúncios de celular em suas redes sociais como Facebook e Instagram.

Isso ocorre sem qualquer notificação ao consumidor e sem qualquer respeito a sua privacidade, afinal, se o consumidor tem interesse em determinado produto, ele mesmo pode entrar em um site e comprar o produto.

Outro ponto interessante são as conversas nas redes sociais como Whatsapp e Messenger, atualmente as pessoas não respeitam as conversas privadas, é bem comum os usuários acharem os chamados "prints", de conversas privadas que são utilizadas como uma forma de ridicularização.

Atualmente até mesmo as conversas telefônicas não são seguras já que é possível baixar aplicativos que gravam o áudio sem que a outra parte saiba.

Até mesmo os arquivos presentes no notebook não estão seguros já que podem ser hackeados através de links, vírus etc..., além disso podem ocorrer casos como o da atriz Carolina Dieckmann que teve suas fotos nuas vazadas, enquanto levou seu notebook para o concerto.

Por essa razão é aconselhável evitar fazer fotos ou vídeos onde a pessoa aparece completamente sem roupas, isso até mesmo na vida íntima entre um casal, existem diversos casos, onde principalmente as mulheres (homens também, mas em menores proporções), tem vídeos ou fotos nuas postadas na web e nos grupos de whatsapp, como uma forma de vingança, após o término do relacionamento. Essa atitude é considerada crime conforme o art. 218 alínea C do Código Penal:

Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática, fotográfica, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, a cena de sexo, nudez ou pornografia.

Infelizmente essa lei entrou em vigor apenas a partir de 2018, e sua pena é de um a cinco anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Muitas coisas que as pessoas fazem na internet contradizem o artigo 11 do Código Civil que diz:

“Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Ironicamente, ao contrário do que está escrito neste artigo, o direito da personalidade que as pessoas mais estão renunciando aos poucos na chamada sociedade da informação, sem dúvidas é o direito a privacidade, é tudo isso muitas vezes por sua própria vontade.

4.1 .O caso da empresa Cambridge Analytica

A empresa Cambridge Analytica foi criada em 2013, tendo sua sede em Londres, mas mantendo escritórios nos EUA, Malásia e Brasil. A empresa tinha como finalidade a análise de dados para fins comerciais ou políticos, a empresa fazia parte da Strategic Communication Laboratories Group (SCL).

A empresa possuía diversos clientes importantes entre eles podem ser destacar o atual presidente dos Estados Unidos Donald Trump. Não existe ilegalidade para a análise de dados para fins eleitorais o problema é que a forma como a empresa executou essa tarefa é bastante questionável.

Foi utilizado um teste psicológico no Facebook, onde os usuários faziam o teste e suas informações eram repassadas e armazenadas pela Cambridge Analytica. Esse caso foi descoberto pelos jornais New York Times e The Guardian. É estimado que foram coletados os dados de 87 milhões de usuários do Facebook.

A empresa Cambridge Analytica foi banida do Facebook e suas atividades foram encerradas em maio de 2018.

Considerações Finais

Concluindo o direito a privacidade é um direito de extrema importância, mas que acaba sendo simplesmente ignorado por todos que o detém, o que é lamentável pois além da privacidade, a liberdade também está sendo sacrificada.

Casos como o da empresa Cambridge Analytica mostram que os dados pessoais de cada indivíduo correm riscos e sua vida privada pode ser de alguma forma invadida, devendo os usuários das redes sociais e internet ter cuidado na hora de acessar algum link ou fazer testes de qualquer tipo na rede.

A sociedade sem dúvida alguma está evoluindo em vários aspectos, na saúde, no entretenimento, na tecnológica, mas no fator humano está aos poucos se modificando e tornando tudo muito público, isso em nome da vaidade e de um status social que beira a superficialidade.

No fim, talvez daqui a alguns anos a sociedade esteja arrependida de sacrificar um direito tão precioso como sua própria privacidade (um direito que já está em declínio, mesmo que ninguém veja, ou apenas ignore esse fato), já será tarde demais.

Referencias

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 5-10-1988. Brasília-DF

BRASIL. Decreto-Lei N. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940/**Código Penal**

BRASIL. Lei. N.10.406, de Janeiro de 2002/**Código Civil**

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal**. V Jornada de Direito Civil. Enunciados 404 e 405

BRASIL. lei n. 12.965/2014/ **Marco Civil na Internet**

COELHO, Fábio Ulhoa **Curso de direito civil : parte geral, volume 1** / Fábio Ulhoa Coelho. — 5. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012. 1. Direito civil 2. Direito civil Brasil I. Título. CDU-347

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU -**Declaração Universal dos Direitos Humanos**- 1948, Paris. Art.12.

<https://www.gogle.com/amp/s/www1.folha.uol.com.br/amp/mercado/2018/03/entenda-o-escandalo-do-uso-de-dados-facebook.shtml/acesso:25-02-2019>

<https://tecnoblog.net/236612/facebook.cambridge-analityca-dados/acesso:25-02-2019>

PAULO, Vicente, 1968 ***Direito Constitucional descomplicado*** / Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. - 3. ed., rev. e atualizada. - Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : MÉTODO : 20

VERBA SUCUMBENCIAL PODE SER ALVO DE TRANSAÇÃO

DOUGLAS BELANDA: Advogado Corporativo em São Paulo/SP, tendo ocupado o cargo de Secretário da Comissão de Departamento Jurídico da OAB/SP, Seccional de Pinheiros/SP. Foi Membro da Comissão de Instituições Financeiras e Comissão de Direito do Consumidor da OAB/SP. Graduado em Direito pela FMU/SP, com especialização em Contratos e Operações Bancárias pela FGV/SP, Pós-graduado em Direito Constitucional pela FMU/SP, com MBA em Administração de Empresas pela mesma Universidade. Ademais, foi Aluno Ouvinte do Mestrado em Direito Civil na PUC/SP, bem como, Aluno Especial do Mestrado em Processo Civil na USP. É autor de artigos jurídicos e corporativos em revistas especializadas.

É fato que o ato de contratar, transacionar e negociar está interligado com ciência integral dos termos contratuais e, ainda, capacidade para ciência de todos os atos e fatos. Por experiência acadêmica e profissional, é certo que a figura do Advogado, por si só, já denota capacidade integral de termos técnicos, legislação e condições contratuais diversas, portanto, poderá o mesmo (dependendo do contrato estipulado), transacionar e negociar inclusive os honorários sucumbenciais que lhe são cabidos por algum êxito processual ou afim, dado ser direito totalmente disponível e de referida titularidade. (Advogado).

Veja que, a verba sucumbencial é de propriedade do dono do mandato (Advogado) e vencedor em ação judicial (parcial ou total – dependendo do caso concreto) e, por ser realmente um direito do Advogado (pessoal), pode o mesmo ser disponível ou transacionado em virtude de algum outro ponto, inclusive, interesse próprio. Tal tema foi amplamente debatido no viés da ADIN 1.194, que tramitou no STF, a qual relacionou diretamente a verba sucumbencial a direito disponível, cito:

O art. 21 e seu parágrafo único da Lei n. 8.906/1994 deve ser interpretado no sentido da preservação da liberdade contratual quanto à destinação dos honorários de sucumbência fixados judicialmente.

Importante salientar que, a disposição supra foi alvo posterior (anos após) de avaliação do comitê de ética da respeitada e ilustre OAB/SP, que se posicionou no mesmo sentido quanto a disponibilidade da transação da verba sucumbencial na 606 sessão (01ª Turma de Ética Profissional), de 17.08.2017, reporto:

“... A cláusula que ajusta a repartição dos honorários sucumbenciais entre o advogado e o seu cliente não está eivada de nulidade, haja vista o caráter de direito disponível que lhe foi atribuída pelo STF no julgamento da Adin nº 1.194. Todavia, é dever dos advogados inscritos na OAB atuar com dignidade e contratar honorários advocatícios que não sejam aviltantes, cujas condutas podem ser reprováveis eticamente, a teor, respectivamente, do disposto no artigo 2º, parágrafo único, incisos I e VIII, "f" do Código de Ética e Disciplina da OAB. Proc. E-4.836/2017 - v.u., em 17/08/2017...”

Ora, se a sucumbência propriamente é um direito do Advogado (disponível), temos que o mesmo profissional, inclusive por ser o maior ente ciente de leis e regras contratuais, poderá sim transacionar seus honorários se entender pertinente ante pontualidades da demanda ou situação fática negocial (pessoal ou profissional), por óbvio que sempre obedecendo os critérios da OAB e manutenção da perfeita classe funcional do Advogado (respeitando na íntegra os princípios e regramentos da OAB), inclusive e não menos importante, quanto a não ferir aos preceitos de honorários cobrados em valores ínfimos, “aviltantes” e destoantes do excelente e necessário trabalho de cada profissional da Advocacia (consoante cada caso particular e volume de demandas, que diferencia sim honorários em geral). A advocacia é uma das profissionais mais belas que existem, sem dúvidas.

Tal artifício, de titularidade do Advogado (novamente), poderá ser objeto de transação em casos que julgar plausíveis para referido rendimento monetário, ou seja, o profissional tem a liberdade de definir destinação ou condições contratuais, englobando os honorários contratuais e sucumbenciais, o que é positivo.

TERRORISMO FISCAL: O DIREITO PENAL DO "QUINTO DOS INFERNOS".

SERGIO RICARDO DO AMARAL GURGEL:

Faculdade de Direito Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal. é sócio em AMARAL GURGEL Advogados; professor de Direito Penal e Direito Processual Penal; autor da Editora Impetus.

De todos os fatores que determinaram insurreições e revoluções na história da civilização ocidental, nenhum deles teve tanta relevância quanto às questões que envolvem a sobrecarga de impostos. As desavenças a respeito de convicções políticas e religiosas serviram apenas como pano de fundo para as mais variadas declarações de guerra. A certeza quanto ao injusto cometido por aqueles cujos desígnios deveriam voltar-se para o bem comum já inspirou multidões na luta contra os seus governantes.

Os romanos foram responsáveis pelo aperfeiçoamento do sistema tributário desenvolvido com bastante propriedade pelos egípcios. Os *publicanus* desempenhavam com maestria o papel de cobradores de impostos em favor de uma nação que a tudo sobretaxava. Até mesmo objetos como portas (*ostiarium*) e janelas (*vectival sericum*) não escapavam da tributação, e só perderam o destaque quando a ganância arrecadatária do Império recaiu sobre fezes e urinas dos cidadãos. Apesar da coincidência, não foi esse o motivo da conclusão de Vespasiano sobre o aspecto inodoro do dinheiro (*pecunia non olet*). O referido Imperador, cuja lição subsiste até hoje em nossa Constituição, pretendia apenas demonstrar sua indiferença quanto à origem do bem passível de tributação, se lícita ou ilícita.

Levando em conta toda essa volúpia em subtrair dinheiro alheio, fica fácil compreender o porquê de os *publicanus* terem sido tão odiados durante a dominação romana, especialmente pelos povos estrangeiros que capitularam diante do exército mais eficiente do mundo. A repulsa era tão grande que dos doze seguidores de Jesus de Nazaré nenhum foi recebido com tanta desconfiança quanto Mateus, o cobrador de impostos. Eram tão desprezados pelos judeus que nem seus dízimos e ofertas eram aceitos nas sinagogas.

Entretanto, o que mais desperta curiosidade está na queda do Império Romano do Ocidente ocorrida na segunda metade do século V, posto que sua

derrocada ocorreu graças a execução dos mesmos métodos que costumavam utilizar contra os seus inimigos. Os povos bárbaros que tanto combatiam igualmente desenvolveram a técnica de fragilizar e subjugar uma nação inteira por intermédio da cobrança de impostos. Átila (406 – 453), conhecido como a “Praga de Deus”, não se destacou somente por ceifar impiedosamente a vida dos seus opositores, mas principalmente por ter promovido um gigantesco saque ao tesouro imperial mediante acharques sucessivos em troca de segurança. Contudo, foi a Genserico (428 – 477), Rei dos Vândalos, que o destino concedeu a glória de marchar sobre Roma depois de numerosos assaltos aos cofres romanos com suas aleatórias e exorbitantes tarifas aduaneiras. Para a glória de alguns e desgraça de outros, havia chegado o momento de Roma provar do seu próprio veneno.

As gerações seguintes, que sobreviveram às trevas da Idade Média, não obstante os intermináveis conflitos armados seguidos de pestes avassaladoras, igualmente sentiram o dissabor de ver suas riquezas serem expropriadas de forma legítima pelos seus senhores. E nesse período em que a Igreja Católica despontava como uma grande força política, clérigos e nobres mantinham uma união promíscua que mais tarde resultaria nas chamadas Monarquias Absolutas do Direito Divino. Obviamente, a montagem de uma estrutura burocrática muito bem organizada, acompanhada da unidade monetária, bem como do sistema de pesos e medidas, os métodos de arrecadação se aprimoraram de forma espetacular. O montante angariado era mais do que o suficiente para cobrir os custos da uma nobreza pródiga e ainda financiar os projetos expansionistas dos grandes reinos.

Foi assim que o tráfico negreiro se destacou como o negócio mais lucrativo da época. Mesmo com os impostos incidentes sobre cada escravo, as castas representadas no ápice da pirâmide social podiam enriquecer do jeito como outrora haviam ousado sonhar. O sangue derramado de milhões de negros não passava de um detalhe desagradável, mas nada capaz de tirar o sono. Para os senhores de engenho o que realmente importava era saber se conseguiriam burlar o fisco omitindo o número real de cativos em suas declarações de renda. Ao mesmo tempo, na América Espanhola, a *encomienda* teve um papel fundamental na consecução do maior genocídio da história da humanidade. Indígenas quedavam brutalmente assassinados quando se recusavam a pagar os impostos cujo fato gerador era a simples impotência frente às armas do homem branco europeu.

Apesar de toda a opulência do período, não demorou muito para que o Antigo Regime entrasse em total contradição, criando dentro de si mesmo o gérmen que o conduziria à destruição: a burguesia mercantil. Com ela veio a Fisiocracia, sob a liderança de François Quesnay, que se opunha aos exageros tributários do Mercantilismo, no qual os impostos tinham papel exponencial. Os arranjos políticos promovidos pelos Déspotas Esclarecidos não foram suficientes para conter o inevitável. Os ideais do *laissez-faire* e *laissez-passé* eram, indubitavelmente, incompatíveis com o modelo vigente.

Na França, a cada derrota nos campos de batalha, Luiz XVI procurava manter seus privilégios onerando ainda mais os seus súditos com uma carga tributária impagável. E enquanto a população fazia dos ratos que habitavam os esgotos de Paris a principal fonte de proteína, os valores acumulados pelos burocratas se destinavam ao financiamento de novas batalhas, sem contar os vultosos banquetes palacianos. Em resposta, os franceses voltaram suas armas para a realeza de Versailles: *revolución!*

Nos dias atuais, o Presidente Emmanuel Macron vem constatando que o ímpeto francês de se rebelar violentamente contra os impostos abusivos não se degenerou com o passar do tempo. No final de 2018, um movimento articulado pelos “coletes amarelos” mobilizou cerca de 130 mil pessoas em um só dia na avenida Champs-Élysées para protestar contra o aumento dos impostos sobre o combustível, deixando mais de 130 feridos, além de 400 detidos. Rodovias, estradas e acessos a complexos petrolíferos foram totalmente bloqueados.

A Inglaterra sempre teve a fama de ser precursora dos principais processos de transformação. O pioneirismo britânico já havia sido demonstrado no século XIII com a elaboração da invejável *Magna Charta Libertatum*, que, só para variar, também fora motivada pelo excesso de tributos criados pelo Rei João Sem Terra. Todavia, em que pese a vasta experiência no âmbito fiscal, os ingleses viriam a cometer um erro imperdoável em suas posses ultramarinas nas últimas décadas do século XVIII. Depois de armar os habitantes das Treze Colônias no intuito de conter o avanço das tropas francesas na América durante a Guerra dos Sete Anos, passou a cobrar dos colonos o pagamento dos custos gerados pelo conflito. Nesse sentido foi editada uma série de leis estabelecendo novos impostos, como a Lei do Açúcar, Lei do Selo e a Lei do Chá. Irredutível em relação às reivindicações das câmaras coloniais, a Coroa Inglesa ousou agravar ainda mais a situação pondo em

vigor as chamadas Leis Intoleráveis, transformando o pacote de encargos em um verdadeiro acinte. O resultado não poderia ser outro: *civil war!*

A experiência negativa adquirida em suas conquistas além-mar não foi suficiente para evitar a grande derrota inglesa no protetorado indiano diante da onda de desobediência civil organizada em repúdio aos injustos impostos. As articulações lideradas por Mahatma Ganhi em uma luta na qual abdicou do uso da violência culminaram com a libertação da Índia em relação ao controle direto da Inglaterra.

Os levantes ocorridos no mundo em reação às medidas expropriativas do Estado tiveram grande influência no Brasil desde o período colonial. O legado da cobrança de impostos durante a atividade mineradora pode ser percebido até hoje no linguajar nacional. Muitos podem não saber a origem, mas é difícil imaginar alguém que nunca tenha mandado um desafeto para o “quinto dos infernos” ou se referido ao sono como “santinho do pau oco”. Na região das Minas Gerais eclodiu o movimento de sedição em consequência dos aviltantes tributos. O dia da derrama havia sido escolhido para o início da guerra de libertação. Porém, diante do amorismo dos inconfidentes, somado ao malogro da traição, venceram aqueles que se empenharam em implantar o medo de insurgir contra as medidas do governo. Certamente, os efeitos desta lição perduraram no inconsciente coletivo das gerações seguintes.

De acordo com os dados recentes do IBPT – Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, o brasileiro precisa trabalhar cerca de 153 dias por ano somente para o pagamento de impostos. E o fato de o Brasil ocupar o 14.º lugar no *ranking* dos países com a maior carga tributária do mundo, não o coloca em posição de vantagem em relação àqueles que se encontram na dianteira, pois em todos eles a população vê seus esforços retornarem em benefícios para o bem-estar social, a exemplo da Finlândia, Suécia, Noruega etc. Em contrapartida, ao brasileiro resta apenas assistir pela televisão as notícias sobre o destino do seu dinheiro que é desperdiçado de diversas formas. No campo da ilicitude, dispensável listar os infinitos escândalos envolvendo desvio de dinheiro público no contexto dos crimes funcionais. Por outro lado, os recursos obtidos com o suor dos contribuintes acabam se esvaindo dentro da legalidade, embora sem qualquer compromisso moral, como o auxílio paletó aos parlamentares e outros tipos de subsídios inexplicáveis.

A incongruência da política fiscal adotada por qualquer governo pode ser observada pelos crescentes índices de sonegação, tanto no âmbito das pessoas físicas quanto das pessoas jurídicas. A grande maioria dos devedores não se entrega à inadimplência por opção, mas por nítida incapacidade financeira. Com exceção do mal pagador contumaz e dos fraudadores do fisco, todos querem caminhar dentro da legalidade. Inconcebível é o governo chamar de renda aquilo que o cidadão produz para prover o seu próprio sustento e de sua família, e, mesmo assim, muito aquém do que poderia ser considerado digno. E no mundo empresarial, a ideia de que o regular cumprimento das obrigações tributárias inviabilizaria qualquer negócio vem se tornando uma verdade absoluta, independentemente de quem esteja no comando do país.

Infelizmente, todas as propostas razoáveis para a construção de um sistema tributário mais justo vem sendo engavetadas ou desvirtuadas no Congresso Nacional. Aliás, não é muito diferente do que tem ocorrido em relação a uma série de outros problemas de mais alta relevância no Brasil. As únicas soluções apresentadas são de natureza penal, o que aliás nem merecem assim serem consideradas. Atualmente, tudo acaba se precipitando no âmbito do Direito Penal. Jamais se viu um surto punitivo dessa ordem dentro de um regime dito democrático. Parece que colocar todo mundo na cadeia virou um lema, uma missão, um triunfo. O que poucos percebem é que, se dermos continuidade a essa histeria coletiva, em breve, estaremos vivendo o mesmo dilema que afeta o governo de Donald Trump a respeito da construção de um gigantesco muro na fronteira dos Estados Unidos da América com o México. A única diferença está no fato de que no Brasil um muro poderá um dia ser levantado para proteger o mundo de nós mesmos, porque estamos nos tornando uma sociedade de delinquentes, assim considerados pela legislação vigente.

No caso específico dos tributos, a legislação penal nunca se prestou exatamente a suprimir a liberdade dos devedores do fisco, como se pode extrair da análise do conjunto normativo editado sobre o tema. Nota-se, facilmente, que o Estado pretende apenas receber os valores que lhe são devidos. Além do mais, o encarceramento do contribuinte frustraria de uma vez por todas os planos estatais voltados para a recuperação de seus ativos. Por essa razão, as leis penais desempenham o papel fundamental no sentido de implantar o chamado terrorismo fiscal, no qual se comina a pena privativa de liberdade pura e simplesmente como meio de intimidar o contribuinte ao pagamento do tributo

ou viver sob a ameaça do cárcere. Enfim, trata-se de uma forma velada de se legitimar a prisão por dívida, ao arrepio da Constituição da República e dos Tratados de Direitos Humanos dos quais somos signatários.

Logo que entrou em vigor a Lei 8.137/1990 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo) alguns autores, imediatamente, passaram a suscitar a tese supracitada. Entretanto, os Tribunais Superiores argumentavam que não se tratava de prisão por dívida, visto que a lei não pune o mero devedor. Trata-se, na realidade, de resposta penal ao “estelionatário do fisco”, que, mediante condutas fraudulentas, contidas nos incisos expostos nos dois primeiros artigos da referida lei, suprime ou reduz tributo ou contribuição social, ou ao menos, dirige o seu comportamento para tal fim.

Em que pese a jurisprudência ter sido fundamentada em argumentos bastante convincentes, as leis que se sucederam no tempo revelaram justamente o contrário. A Lei 9.249/1995 trouxe em seu texto uma causa de extinção da punibilidade para aquele que efetuasse o promovesse o recolhimento do tributo, como seus acessórios (multa, correção monetária e juros), antes do recebimento da denúncia. Isso significa que o Estado não teria o menor interesse em instaurar um processo criminal contra o sonegador caso fosse efetuado o pagamento até o último centavo. Haveria mesmo vontade do Estado em punir o “estelionatário do fisco” ou tudo não passaria de um artifício para receber o dinheiro? O contribuinte ao pagar a sua dívida, mesmo quando comprovada a conduta fraudulenta, consegue alterar o seu *status* de “estelionatário do fisco”? E por que autores de outros crimes de natureza patrimonial, sem violência ou grave ameaça, como o furto, apropriação indébita e estelionato, não têm o mesmo tratamento diante da hipótese de arrependimento posterior?

A alternativa de pagamento da dívida para não se ver processado evitou uma série de demandas criminais em face de contribuintes que de algum modo conseguiram liquidar seus débitos fiscais tempestivamente. Os demais, por estarem em situação econômica mais fragilizada, não puderam dessa forma escapar das humilhantes acusações em juízo. Por essa razão, reforçando o argumento de que o Estado não quer abarrotar ainda mais os tribunais com processos (atualmente ultrapassa a marca de cem milhões em trâmite, sendo que em mais da metade o Estado figura como autor ou réu), foi editada a Lei

9.964/2000 que implantou o sistema de parcelamento da dívida tributária (REFIS), acarretando a suspensão da pretensão punitiva enquanto o contribuinte estivesse atualizado no pagamento das respectivas prestações. Assim, quem não se revestisse de condições de quitar desde logo o seu débito, que tratasse de pedir o parcelamento.

Mesmo assim, não foi pequeno o número de contribuintes processados. Por variadas razões alguns não conseguiram sequer ingressar no plano de parcelamento, e isso se deu ou por total insolvência financeira, ou por não estar ciente da oportunidade legal, ou por não possuir a documentação exigida pelo poder público. Sendo assim, acabaram figurando no polo passivo de uma ação penal. Todavia, sem perder de vista o desejo governamental de somente receber os valores inscritos na dívida ativa, entrou em vigor a Lei 10.684/2003, criando o parcelamento especial (PAES ou REFIS II). Com base no referido diploma legal, o contribuinte poderia requisitar o parcelamento mesmo no curso do processo. Com o pagamento a qualquer tempo, parcelado ou não, ocorreria a extinção da punibilidade. A regra se aplicaria não somente para os crimes tributários, mas também aos delitos previdenciários, como no caso dos crimes dos arts. 168-A e 337-A, ambos do Código Penal. Em suma, em defesa do contribuinte pode-se concluir o seguinte: se tem dinheiro, efetue o pagamento para não ser denunciado; se não tem, requeira o parcelamento; se denunciado, pague integralmente a dívida e verá o processo arquivado em razão da extinção da punibilidade; não sendo possível, peça o parcelamento para acarretar a suspensão do processo.

Posteriormente foram publicadas mais duas leis referentes ao assunto, como a Lei 11.941/2009 e a Lei 12.382/2011, que também versam sobre a possibilidade de suspensão e extinção da punibilidade, mediante parcelamento e pagamento da dívida. Finalmente, a Lei 13.254/2016 regulamentou o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária, na qual o art. 5.º renova a figura das causas extintivas da punibilidade

Diante de tudo que foi exposto, não há como não concordar com o ilustre professor Hugo de Brito Machado, um dos mais renomados especialistas na área: "Constitui hipocrisia negar que a criminalização do ilícito tributário tem inegável caráter utilitarista, pois, se a razão de ser da criminalização é compelir as pessoas ao pagamento, como de fato é, pagar o tributo com os acréscimos legais

satisfaz plenamente os objetivos da lei.” (MACHADO, Hugo de Brito. Estudos de Direito Penal Tributário, p. 231, Editora Atlas, São Paulo, 2002).

Admitir que o Estado possa se valer de qualquer expediente para obter os recursos que, na maioria das vezes, são destinados exclusivamente para a sua manutenção, e preservação dos privilégios de alguns dos seus representantes, é ultrajante, repulsivo, nauseante. O terrorismo fiscal instalado no Brasil somente gera insegurança para os empreendedores nacionais e estrangeiros, inibindo os investimentos em todas os setores. As dívidas contraídas pelas empresas que se aventuraram a produzir em território nacional, com todos os riscos oriundos da instabilidade política e econômica, não se comunicam com o patrimônio dos seus sócios, mas, em contrapartida, podem sujeitá-los às sanções penais e aos demais efeitos da condenação. Um contrasenso que precisa ser reavaliado.

As leis devem ser boas para o homem. Se não está a serviço do indivíduo, então desvirtuou-se de sua natureza. É por essas e por outras particularidades que os povos do mundo inteiro estão começando a desacreditar na democracia, e muitas vezes no próprio Estado. Movimentos de desobediência civil tendem a se proliferar, como em tempos remotos, quando Henry David Thoreau (1817 – 1862) preconizava que “o melhor governo é o que não governa”.

OS EFEITOS DA DECRETAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO NOS CONTRATOS DE ESTÁGIO

BÁRBARA MARTINS SILVA: Advogada. Graduação em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). Pós Graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera - UNIDERP.

RESUMO: A Lei nº 11.788/2008 dispõe sobre o estágio de estudantes e seus requisitos. Pretende-se demonstrar o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho nas decretações de relação de emprego nos contratos de estágio e seus efeitos, bem como a violação dos direitos dos estagiários. A pesquisa empregará o método lógico-dedutivo, com levantamento bibliográfico da doutrina, legislação e jurisprudência. Conclui-se que o Tribunal Superior do Trabalho, na qualidade de garantidor do cumprimento e aplicação correta da lei, não age de forma coerente ao violar direitos básicos do trabalhador que é a concessão correta da prestação pecuniária decorrente da sua função exercida à luz da primazia da realidade.

Palavras-chave: Lei nº 11.788/2008. Estágio. Relação de emprego. Efeitos.

ABSTRACT: The Law No. 11,788/2008 provides for the training of students and their requirements. It is intended to demonstrate the Superior Labor Court inadjudication the employment relationship in probationary contracts and their effects, as well as the violation of rights that trainees. The research will employ the logical-deductive method, with bibliographic doctrine, legislation and jurisprudence. We conclude that the Superior Labour Court, as the guarantor of compliance and correct application of the law, does not act consistently violate the basic rights of an employee who is granted the right to cash benefit resulting from exercised its function in the light of the primacy of reality.

keywords: Law No. 11,788 / 2008. Stage. The employment relationship. Effects.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 RELAÇÃO DE EMPREGO E RELAÇÃO DE TRABALHO: NOTAS SOBRE O CONTRATO DE ESTÁGIO. 3 CONTRATO DE ESTÁGIO COMO MECANISMO DE FRAUDE À RELAÇÃO DE EMPREGO. 4 EFEITOS DA DECRETAÇÃO DA NULIDADE DO CONTRATO DE ESTÁGIO. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Em Acórdão[1] publicado no dia 22 de maio de 2013, a Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) inadmitiu o Agravo de Instrumento no Recurso de Revista interposto pelo Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A., cuja pretensão era ter conhecido o seu recurso de revista, pois afirma ter restado comprovado a afronta aos dispositivos da lei e da Constituição da República, além da contrariedade a enunciados de Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Condenada em primeira instância, o Banco recorreu ao Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS), que manteve a sentença que o condenou ao pagamento das diferenças de bolsa-auxílio da estagiária, frisando que a bolsa-auxílio era inferior ao piso salarial previsto nas convenções coletivas de trabalho para empregados e estagiários. Salienta-se que, por suas funções, enquadrava-se como pessoal do escritório. Considerou, ainda, que independente da estagiária não ter participado direta ou indiretamente das normas coletivas, por não ser representada pelos sindicatos dos bancários, não significa que não pode ser beneficiada pelas suas disposições, pois a estipulação em favor de terceiro[2] é extremamente possível em nosso ordenamento brasileiro, conforme dispõe o artigo 436, parágrafo único, do Código Civil[3].

Tal decisão traz à tona o amplo debate jurídico no que se refere ao posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho (TST) quanto ao alcance dos efeitos da equiparação do estagiário ao profissional que tem as atribuições que ele desempenhou com base na negociação coletiva firmada, pois, conforme o Acórdão supramencionado, a estagiária teve como equiparação somente a diferença do valor salarial, tendo em vista que durante o estágio não obrigatório foi realizada uma convenção coletiva que dispôs em uma cláusula que as convenções coletivas da categoria dos bancários vigentes durante o período em que vigorou a relação de estágio havida entre as partes, deve observar o salário de ingresso ali previsto na contratação de estagiário sem vínculo empregatício, como admitido em Lei, na proporção das horas de sua jornada de trabalho.

Em outros casos em que é decretada a relação de emprego e lhe é concedido somente a diferença salarial, há a violação do que está previsto em lei, pois, caso um empregado exercesse função diversa das suas atribuições

procurasse a justiça do trabalho por meio de uma ação trabalhista, teria os seus direitos trabalhistas equiparados a função exercida, porém, na jurisprudência dos Tribunais, ante o exposto, a situação é diferente em casos que tratam de relação de estágio.

A Lei nº 11.788, de 25 de setembro de 2008 estabeleceu as definições, classificações, relações, bem como, regras, requisitos e demais disposições gerais sobre o estágio de estudantes, tanto para a instituição de ensino, quanto à parte concedente e o estagiário. A regulamentação em exame é de extrema importância, tendo em vista o crescente número de estudantes, seja no ensino médio, técnico ou superior, que, em decorrência, gera uma maior procura de estágios, que visa complementar a formação do estudante através de atividades práticas, sem desprezar ou comprometer as suas atividades estudantis.

De acordo com a Associação Brasileira de Estágio (ABRES) e o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), em censo realizado em 2012^[4], no nível superior há 7.037.688 (sete milhões e trinta e sete mil e seiscentos e oitenta e oito) estudantes, destes 741.000 (setecentos e quarenta e um mil) fazem estágio, ou seja, 10,51% (dez e meio por cento) do total. Já no Ensino Médio e Técnico, a quantidade de estudantes ultrapassa 9 (nove) milhões, tendo cerca de 260.000 (duzentos e sessenta mil) estagiários. Esse acentuado número de estagiários no país tende a ser superior, devido à crescente procura em instituições de ensino para se profissionalizar qualitativamente, em razão do mercado de trabalho estar cada vez mais restrito, concorrido e exigente.

Dúvidas não há de que o estágio visa trazer benefícios ao estudante mediante aprendizagem e participação prática junto aos departamentos competentes da empresa concedente tanto no âmbito do aprimoramento técnico, profissional, cultural e social, e, observando tais características o contrato de estágio não gera vínculo empregatício. Sendo, inclusive, um grande meio de inserção do jovem no mercado de trabalho.

Porém, através dessa relação de estágio, há situações em que é utilizado para fraudar uma relação de emprego, conforme disposto nas jurisprudências dos tribunais, e, por sua vez, a parte concedente, se exime da obrigação de prestar os direitos e garantias que os empregados possuem, simulando a relação que foi

contratada, que é nula de pleno direito, conforme o art. 9º de Consolidação de Leis Trabalhistas (CLT)[5].

Diante do mencionado, a proposta deste estudo é analisar pelo método lógico dedutivo, através da utilização de jurisprudência, revisão bibliográfica, legislação, dados estatísticos, entre outros, acerca dos efeitos da relação de emprego nos contratos de estágio, visando discutir a decretação da nulidade do contrato de estágio, e, portanto, a relação de emprego.

Essas fraudes tem sido alvo de críticas por violar o que está previsto na lei nº 11.788, de 25 de setembro de 2008, tendo em vista a lei prever em seu artigo 3º[6] e 15º[7] que se o contrato de estágio estiver em desconformidade com a lei, caracterizar-se-á o vínculo de emprego com a concedente do estágio para todos os fins da legislação trabalhista e previdenciária.

Sendo assim, qual seria o efeito da decretação da nulidade do contrato de estágio e do reconhecimento do vínculo de emprego, no que pese a equiparação salarial e verbas rescisórias? Qual é a diferenciação de relação de emprego, relação de trabalho e relação de estágio? Partindo dessa reflexão, será analisada a relação de emprego e de trabalho com respaldo nos contratos de estágio, bem como a sua utilização como mecanismo de fraude e, por fim, os seus efeitos quando decretada sua nulidade.

2 RELAÇÃO DE EMPREGO E RELAÇÃO DE TRABALHO: NOTAS SOBRE O CONTRATO DE ESTÁGIO

Inicialmente, é fundamental entender o conceito do que seja o contrato de trabalho e de emprego. Logo, no aspecto do Direito do Trabalho, compreende-se como contrato de trabalho aquela relação jurídica estabelecida entre aquele que de um lado oferece o serviço (tomador de serviço) e de outro lado, aquele que realiza o serviço (trabalhador). Desta forma, ambas relações (trabalho e emprego) são espécies de relação jurídica trabalhista.

A relação de trabalho tem caráter genérico e é abrangida por todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano, ou seja, é toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível, sendo englobada a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a

relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). No que se refere à relação de emprego, considerando o ponto de vista técnico-jurídico, é apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configurada com características próprias e inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigente (DELGADO, 2014, p. 287/288).

Assim, depreende-se que a relação de trabalho é abrangida pelas relações jurídicas que tem como característica a sua prestação em uma obrigação de fazer, consubstanciada em labor do homem. É qualquer vínculo jurídico por meio do qual uma pessoa natural ou física, executa obras ou serviços para outrem mediante pagamento de uma contraprestação. Além disso, possui legislação distinta e especial, e é adotada pela teoria contratualista, conforme prevê o artigo 468^[8] da CLT.

Já a relação de emprego, como espécie, distingue-se por ser apenas uma de suas modalidades. Esta é identificada através do vínculo jurídico estabelecido entre as partes, ou seja, o empregador de um lado, podendo ser pessoa física ou jurídica, e, de outro lado, o empregado. Ou seja, a relação é estabelecida após a formação contratual tácita ou e, enquanto que a relação de trabalho nem sempre exige o contrato de trabalho.

Os principais elementos da relação empregatícia estão dispostos no caput dos artigos 2º^[9] e 3º^[10], da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e são: a) pessoalidade; b) não eventualidade; c) onerosidade; d) subordinação jurídica; e) alteridade. Em contrapartida, temos na relação trabalhista a habitualidade na prestação de serviço, independente da figura do empregador, é o caso do trabalhador autônomo, eventual e avulso, embora nada impeça que ela exista, como nos casos do estagiário.

O elemento pessoalidade também pode ser conhecido como intransferibilidade, que significa ser *intuitu personae*, visto que é exercido por determinada e certa pessoa, não sendo possível que o trabalhador substitua intermitentemente, por livre conveniência, por alguém de sua escolha.

Ainda em comento, resalto que o elemento fático-jurídico da pessoalidade produz efeitos não somente no instante da configuração do vínculo empregatício, como também no momento de sua própria extinção, tendo em vista que em sendo personalíssima a obrigação de prestar serviços, ela não se transmite a herdeiros e sucessores. A morte do empregado, portanto, dissolve, automaticamente, o contrato entre as partes (DELGADO, 2014, p. 294).

Já a não eventualidade, está relacionada a aplicabilidade dos fins da empresa, ou seja, a necessidade permanente da atividade do empregado, a continuidade do trabalho prestado. Tem-se nesse pressuposto de que a relação de emprego não se esgota com um único ato, pois é nessa habitualidade que o profissional exerce a sua atividade remuneratória.

A relação empregatícia é uma relação essencial de fundo econômico. Desse modo, a onerosidade é tida como o valor econômico pago ao empregado, em razão da força de trabalho colocada à disposição do empregador ou o trabalho prestado. É a necessidade do recebimento de uma contraprestação ou a mera expectativa de receber, não sendo descaracterizada em de se dar por meio de fornecimento de bens *in natura*, por exemplo, alimentos, moradia, dentre outros.

Quanto à subordinação jurídica, encontra-se expressamente disposta no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho ao afirmar “sob a dependência deste”, o que significa que o empregado deve se submeter ou se sujeitar ao comando cabível ao empregador. Essa subordinação se divide em objetiva e subjetiva, e esta última, está ligada ao dever de zelo, de obediência e de lealdade ao empregador.

A concepção objetiva é a adotada pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e consiste na integração do trabalhador na organização empresarial, mediante vínculo contratual. Ou seja, ela atua no modo de realização da prestação e não sobre a pessoa do trabalhador. É o objeto do contrato (DELGADO, 2014, p. 303).

Já a concepção subjetiva, está ligada a dependência e vínculo pessoal entre as partes componentes da relação de emprego, correspondendo a uma fase teórica em que não se havia ainda firmado a noção essencialmente jurídica do fenômeno da subordinação.

No que se refere à natureza da subordinação jurídica, é aplicada a teoria justralhista que a classifica como um fenômeno jurídico que é proveniente do contrato estabelecido entre o prestador e tomador de serviços, pelo qual o primeiro acolhe o direcionamento objetivo do segundo sobre a forma de efetuação da prestação do trabalho.

Desse modo, a prestação de serviço é feita de forma dirigida ao empregador, o qual exerce o poder de direção, e, o empregado, inserido na organização da atividade do empregador, deve seguir suas determinações e orientações, estabelecidas dentro dos limites legais (GARCIA, 2014, p. 144).

Por fim, o último pressuposto de existência da relação empregatícia, isto é, o da alteridade, que é a prestação de serviço por conta do empregador, ou seja, quem corre os riscos do negócio, da execução e do próprio contrato de trabalho é exclusivamente o empregador. Estando o empregado isento de qualquer responsabilidade sobre os prejuízos da empresa (CASSAR, 2013, p. 268).

Diante dessas considerações, em análise acerca da diferenciação do contrato de trabalho e dos contratos de estágio. Ocorre que, embora exista a pessoalidade, subordinação, não eventualidade, onerosidade, ou seja, requisitos em comum, o escopo principal do estágio é a formação profissional, tendo a finalidade pedagógica e de aprendizado.

Na relação de estágio, caso seja respeitada as suas finalidades, tem-se como um ato educativo supervisionado e não disposto à produtividade do mercado. Dessa forma, a concedente do estágio estará agindo em conformidade com a lei ao não explorar trabalho alheio, mas tão somente, concorrer para formação profissional do estudante, conforme é definido no artigo 1º da Lei nº 11.788/2008[11].

Outro ponto a ser comentado, é que para a configuração da relação de estágio, devem ser observados os requisitos que estão previstos no artigo 3º da Lei nº 11.788/2008[12], que versam, em síntese, sobre a qualificação das partes componentes do estágio, ou seja, a concedente do estágio, a instituição de ensino e o estudante. Sendo necessário também a elaboração do termo de compromisso que estabelece as condições do estágio e por último, a compatibilidade das atividades desenvolvidas no estágio e as previstas no termo de compromisso, devendo ter o supervisionamento da instituição de ensino e do supervisor da parte concedente.

Estas considerações no que dizem respeito a diferenciação da relação de trabalho, relação de emprego e de estágio, são fundamentais para identificar o cumprimento dos requisitos do estágio propriamente dito, vez que a falta de um de seus requisitos desconfigura o estágio e será caracterizado como vínculo empregatício, devendo ser concedido tudo que lhe for devido, conforme preceitua as relações de emprego, nos moldes da função que foi exercida.

Frise-se, por oportuno, que a Lei do estagiário, nº 11.788/2008, já prevê os direitos do estagiário, em caso de consumada a relação de vínculo emprego, embora que dissimulado, ao descumprirem os requisitos emanados pela Lei.

3 CONTRATO DE ESTÁGIO COMO MECANISMO DE FRAUDE À RELAÇÃO DE EMPREGO

A altíssima carga tributária incidente no País acarreta, por decorrência, em diversas consequências como, por exemplo, um maior índice na sonegação de impostos, visando almejar um maior lucro, podendo, também, ensejar na diminuição do quadro de funcionários das empresas por ter se tornado insustentável para os empresários; aumento do número de serviços terceirizados e de trabalho informal, dentre outros.

Tais informações acerca do alto índice de tributos que incide na vida do brasileiro são provenientes de um estudo realizado pelo Instituto e Planejamento Brasileiro de Tributos (IPBT)[13], que, neste ano, concluiu que o brasileiro teve que trabalhar do primeiro dia de janeiro até trinta e um de maio só para pagar tributos, ou seja, 5 (cinco) meses para impostos, taxas e contribuições exigidos pelos governos federal, estadual e municipal.

Sendo assim, o ponto a ser comentado é que esse contexto da sociedade brasileira gera um aumento nas fraudes no mercado de trabalho, seja no âmbito das relações de emprego até as relações de estágio. Infelizmente, muitos brasileiros procuram mecanismos, como já mencionados, para poder usufruir do seu dinheiro que é sugado pelo aparelho estatal.

No que concerne às relações de estágio, sabe-se que o estágio tem como objetivo fazer com que o estudante participe de “situações reais de vida e trabalho na comunidade em geral” ou em empresas privadas, sendo extremamente enriquecedor. Sendo essa finalidade de integração da educação com a prática prevista no artigo 1º, § 2º da Lei nº 9.394/96[14], que dispõe sobre as diretrizes e bases da educação nacional.

Todavia, considera-se que a atuação e a cobrança do estagiário na Unidade Concedente é diferente da sala de aula, em razão do diferente ritmo, além das exigências com prazos e compromissos ao consumidor. Cabendo, outrossim, a instituição de ensino fiscalizar para que lhe seja proporcionado uma experiência prática na linha de formação.

Diante do exposto, cumpre analisar acerca dos requisitos que caracterizam a relação de estágio, estando previstos no artigo 3º, da Lei nº 11.788/2008[15]. Inicialmente, impõe-se como necessário a matrícula e a frequência regular do estudante na instituição de ensino. Tal requisito é necessário para que não se

configure uma fraude na relação de estágio com uma pessoa que sequer possui matrícula ou frequente a instituição de ensino,

Outro requisito é o termo de compromisso entre o educando, a concedente e a instituição de ensino, pois é nesse termo que será estabelecidas as condições de estágio, a proposta pedagógico do curso, a formação em que se encontra o estudante, e, principalmente, a disponibilidade e compatibilidade dos horários do estudante.

Já o terceiro requisito se refere à compatibilidade das atividades desenvolvidas no estágio com as que estão previstas no termo de compromisso. Esse requisito é desrespeitado nos casos de indícios de descumprimento de contrato de estágio, pois é diante de atividades incompatíveis com o aprendizado do estudante que descaracterizam os contratos de estágio.

Tais incompatibilidades podem ser decorrentes do exercício de atividade diversa da prevista; excesso na carga horária; exigências de prazos e metas, dentre muitas outras que podem ocorrer.

Além desses requisitos, por ser o estágio um ato educativo escolar, também deve ser fiscalizado pelo professor orientador da instituição de ensino e por supervisor da parte concedente, comprovados pelos relatórios elaborados a cada 6 (seis) meses pelo estudante, conforme prevê o artigo 7º, inciso IV, da Lei nº 11.788/2008^[16].

Diante do exposto, uma vez desvirtuada a finalidade didática e prática por parte da concedente do estágio ocorrem, em decorrência, o rompimento dessa relação jurídica e, conseqüentemente, a caracterização do vínculo empregatício.

Desse modo, quando a concedente do estágio, na qualidade de pessoa jurídica de direito público ou privado, bem como os profissionais liberais, contratarem estagiários sem observarem os requisitos previstos em lei, acarretarão a uma série de prejuízos para os trabalhadores que são regidos pela CLT.

Um desses prejuízos é a ocupação dos postos de trabalho formais, pois com a contratação de estagiários, são exercidas as mesmas funções dos trabalhadores regidos pela CLT, porém não são atingidos pelo pagamento dos

altos encargos sociais a aqueles. De modo que, passa a ser uma excelente opção de mão-de-obra barata.

Outra consequência proveniente das fraudes é a diminuição das contribuições sociais ao INSS, o que gera um prejuízo para toda Previdência Social, pois de acordo com o inciso II do artigo 2º da Lei nº 8.213/1991[17], que dispõe sobre os seus Planos de Benefícios, esta é norteadada pelo princípio da universalidade de participação dos contribuintes e a sua diminuição nas contribuições acarretará na defasagem da concessão dos benefícios aos assegurados.

Porém, não obstante a ocorrência de tais consequências econômicas há as situações que prejudicam as relações de estágio, que é a formação cultural, profissional, e, inclusive, cidadã, pois todos esses perfazem o papel integrador no aprendizado educacional do estagiário.

Diante das situações de fraude, recairá a parte concedente do estágio o ônus probatório em provar a existência de fato modificativa da relação jurídica realizada, pois nesse caso incide a presunção de contrato empregatício, conforme dispõe a Súmula nº 212 do Tribunal Superior do Trabalho (TST)[18].

Todavia, uma vez restado comprovado pela parte concedente de que os requisitos do contrato de estágio foram cumpridos, caberá ao estagiário comprovar de que a relação jurídica era empregatícia.

Dessa forma, apesar de existir a possibilidade de equiparação do estagiário ao empregado, em nenhuma hipótese é aceitável que se confundam as naturezas de ambos os institutos. O estágio, frise-se, possui natureza pedagógica, enquanto que a relação de emprego é um meio de sustento do trabalhador. Assim, é necessário, não apenas uma fiscalização do ambiente de trabalho dos tomadores de serviço, mas também, que seja realizada uma campanha de conscientização, dos diversos empregadores, com o escopo de lhes apresentar o quão maléfico é esta prática de utilizar o estagiário como se empregado fosse, pois não prejudica apenas o estudante, mas também, toda uma classe de mão de obra que deveria fazer parte do mercado de trabalho estando que se torna impedida de fazê-lo em função da má aplicação do estagiário.

De modo que, quando a contratação de estágios ocorre sem seguir as formalidades legislativas impostas pela Lei nº 11.788/08 fica caracterizada a fraude legislativa, caracterizando um desvirtuamento das finalidades a que esta modalidade de contratação se presta, devendo neste caso, ser o concedente punido com o reconhecimento do vínculo empregatício do estagiário, com responsabilidade de pagar todas as verbas trabalhistas que incorrem da relação de emprego, sendo o tópico seguinte sobre os efeitos da nulidade do contrato de estágio.

4 EFEITOS DA DECRETAÇÃO DA NULIDADE DO CONTRATO DE ESTÁGIO

O contrato de trabalho é definido como um negócio jurídico expresso ou tácito mediante o qual uma pessoa natural obriga-se perante pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado a uma prestação pessoal, não eventual, subordinada e onerosa de serviços (DELGADO, 2014, p. 521).

Desse modo, sendo o contrato de trabalho um negócio jurídico, este último possui requisitos, os quais estão dispostos no código civil, mais precisamente no artigo 104[19], que tem como requisitos: a) Agente capaz; b) Objeto lícito, possível, determinado ou determinável; c) Forma prescrita e não defesa em lei. A reunião de tais requisitos resulta na manifestação de vontade das partes pactuantes, estando, em decorrência, apto a produzir efeitos. Além disso, se ausente ou irregular os requisitos de validade do contrato, acarretará a nulidade do contrato.

Em análise aos requisitos essenciais, tem-se, inicialmente, o agente capaz, que está relacionado à aptidão para exercer os atos laborativos, seja por si ou por outrem. Esta capacidade para os atos da vida trabalhista é de 16 a 18 anos, e a partir de 14 anos, quando se tratar de menor aprendiz, conforme prevê o art. 7º, XXXIII[20], da Constituição Federal.

Já sobre o requisito do objeto ser lícito, possível, determinado ou determinável, também acarreta em nulidade, caso não seja obedecido, conforme assevera o artigo 166, inciso II, do Código Civil[21]. O respaldo desse requisito está ligado à ordem jurídica do Direito do Trabalho, tendo em vista possuir princípios, regras, institutos, todos construídos a favor da pessoa humana que realiza o trabalho e, gera, em decorrência do trabalho, a transformação da natureza e

agrega valores a vida social. Por tal razão, não seria coerente a sua relação com atividade ilícita ou criminosa.

Por fim, o último requisito é o da forma prescrita ou não defesa em lei, ou seja, a forma está ligada ao modo instrumentalização do ato jurídico, porém, não há exigência de forma específica, podendo, inclusive, não possuir contrato, tanto é verdade que a Súmula nº 212 do Tribunal Superior do Trabalho assevera que a simples prestação de trabalho tem-se como presumida a existência de um contrato entre as partes, cabendo ao tomador de serviços demonstrar que a relação percebida se estabeleceu sob diferente título jurídico[22].

Todavia, há situações excepcionais que o contrato de trabalho deve respeitar uma maior instrumentalização, é o caso de contratos com artista profissional, atleta profissional de futebol, dentre outros. Por fim, ainda nesse requisito em comento, também não poderá o contrato se realizar de forma proibida por lei.

Após a abordagem dos requisitos que compõem o negócio jurídico, passo para a análise de outro assunto que decorre do vício ou defeito do contrato, ou seja, a nulidade. A nulidade é uma invalidação da existência e/ou dos efeitos jurídicos de um ato ou seu componente em virtude de se chocar com regra jurídica imperativa. Ou, ainda, a “consequência jurídica prevista para o ato praticado em desconformidade com a lei que o rege, que consiste na supressão dos efeitos jurídicos que ele se destinava a produzir” (GONÇALVES, 1993, p. 12).

A nulidade se subdivide em total ou parcial e absoluta ou relativa. A nulidade total é aquela que atinge todo o vínculo jurídico, ou seja, o conjunto do contrato e o torna prejudicado, perdido. Já a parcial, em contrapartida, resulta em um defeito que não macula o elemento essencial do contrato, mas apenas uma parte integrante desse, podendo atingir alguma cláusula que resulta a uma situação menos gravosa que a nulidade total. Além disso, essa nulidade parcial é passível de correção, retificação que preserve o conjunto do contrato.

A nulidade absoluta ocorre quando há violação das normas de proteção ao trabalho concernentes a interesses que se sobrepõem aos meramente individuais, envolvendo uma tutela de interesse público concomitantemente ao privatístico referenciado (DELGADO, 2014, p. 544). Já a nulidade relativa ocorre

com a violação de normas de proteção de interesses individuais, a exemplo, a alteração do critério ajustado de pagamento de salário em prejuízo ao empregado.

O rol que está previsto no artigo 166[23], do Código Civil assevera sobre as hipóteses de nulidade do negócio jurídico, os quais só terão os seus efeitos cessados uma vez que a sua nulidade for decretada, pois caso não seja, continuam a produzir efeitos entre as partes que compõem o negócio jurídico ou em favor de terceiros.

Nesse sentido, no que se refere ao contrato de estágio, sabe-se que o seu prazo se encerra com no máximo de 2 (dois) anos, exceto quando se tratar de estagiário portador de deficiência, conforme dispõe o artigo 11 da Lei nº 11.788/2008[24]. Tal extinção está relacionada aos contratos de estágio que cumprem o que está previsto em lei, observando todos os seus requisitos, porém quando há o descumprimento dos requisitos que compõe o contrato de estágio ocorre a extinção em razão da nulidade do contrato de estágio, sendo caracterizada a relação de emprego.

Desse modo, inicialmente, cumpre comentar acerca dos efeitos da decretação da nulidade dos contratos de estágio, sendo assim, quando se discute decretação de nulidade, esta é relacionada a extinção, o que, em decorrência, abre margem para refletirmos sobre os direitos adquiridos pela realização do contrato, ou seja, se terá uma das partes ou ambas direitos sobre a relação, devendo ser considerado, primeiramente, se houve má-fé por uma das partes ou consentimento de ambas de má-fé.

Ocorre que, o empregado na posição de hiposuficiente em relação ao empregador, pode se sujeitar a certos contratos de trabalho por necessidade, e o empregador poderá agir de má-fé ao realizar suas contratações, visando, unicamente, o lucro e desrespeitando os requisitos que um contrato deve ter. Diante de casos como esse, avanço para análise de quais seriam os direitos atingidos pela realização do contrato, mesmo que seja nulo.

No que se refere a nulidade de contratos, a Súmula nº 363[25] do Tribunal Superior do Trabalho (TST) versa sobre a necessidade de aprovação em concurso público para a contratação do servidor público e que uma vez não respeitada essa regra o contrato será nulo, sendo devido o pagamento da contraprestação

pactuada em relação ao número de horas trabalhadas e os valores referentes aos depósitos de FGTS. Nesse caso, apesar de nulo o contrato de trabalho, ocorreu efeitos no ordenamento jurídico.

O Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento do Recurso Extraordinário de nº RE 705140, sob relatoria do ministro Teori Zavascki^[26], entendeu que não é possível a concessão de outras verbas trabalhistas além das horas trabalhadas e dos valores referentes ao FGTS, pois embora o ato seja decorrente de ato imputável à administração, se trata de contratação manifestamente contrária a Constituição da República, cuja força normativa também alcança a parte contratada sem concurso.

No que se refere aos contratos de estágio, tem ocorrido a sua terceirização de forma ilícita, de modo que há um vínculo empregatício e não uma relação de estágio, que visa, unicamente, o aprendizado prático profissional do estudante. Porém, excetuando o que é assegurado pela súmula, em situações que se trata de relação de estágio e é reconhecida a relação de emprego, deve ser concedido ao estagiário a diferença do valor da bolsa e todos os demais direitos que lhe seriam garantidos, como FGTS, comissões, demais benefícios e vantagens do trabalho que o estagiário exerceu função, pois a luz do princípio da primazia da realidade, lhe é devido.

Em Acórdão^[27] publicado em 22 de maio de 2013, a Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) inadmitiu o Agravo de Instrumento no Recurso de Revista interposto pelo Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A., cuja pretensão era de ter conhecido o seu Recurso de Revista, tendo em vista afirmar ter comprovado a afronta aos dispositivos da lei e da Constituição da República.

Tal decisão condenou o Banco, ora reclamado, em primeira instância, o qual, recorreu ao Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS), que manteve a sentença que o condenou ao pagamento das diferenças de bolsa-auxílio da estagiária, frisando que a bolsa-auxílio era inferior ao piso salarial previsto nas convenções coletivas de trabalho para empregados e estagiários. Salienta-se que, por suas funções, enquadrava-se como pessoal do escritório. Considerou, ainda, que independente da estagiária não ter participado direta ou indiretamente das normas coletivas, por não ser representada pelos sindicatos dos bancários, não

significa que não pode ser beneficiada pelas suas disposições, pois a estipulação em favor de terceiro é extremamente possível em nosso ordenamento brasileiro, conforme dispõe o artigo 436, parágrafo único, do Código Civil

O Tribunal Superior do Trabalho (TST), nesse caso especificamente, ao conceder ao estudante, unicamente a diferença da bolsa auxílio, levou em consideração que foi realizado uma convenção coletiva que previa somente a concessão da diferença salarial em determinada cláusula.

Em outro acórdão, o Tribunal Superior do Trabalho, julgou o agravo de instrumento no recurso de revista interposto pela Associação Educacional Veiga de Almeida[28], cuja pretensão era ter conhecido o seu recurso de revista, pois afirma que não ocorreu a relação de emprego e sim de estágio.

O Tribunal Superior do Trabalho, no acórdão supramencionado, é contraditório ao conceder somente a diferença de bolsa auxílio, por a Lei nº 11.788/2008 em seu artigo 3º[29] e 15º[30] que, caso a relação de estágio não esteja nos moldes da lei, será caracterizado a relação de emprego, sendo-lhe reconhecido todos os fins da legislação trabalhista e previdenciária.

Por fim, tem-se esse posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho (TST) como uma invalidação do que está previsto no ordenamento jurídico, bem como uma violação aos direitos trabalhistas assegurados pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), tendo em vista que, a partir do momento que não é garantido todas as verbas trabalhistas, benefícios e vantagens do empregado, resulta na manutenção dessas relações de estágio forjadas, pois o máximo que lhes será fornecido é a diferença da bolsa-auxílio para o salário.

Ora, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), na qualidade de garantidor do cumprimento e aplicação correta, além da qualidade de pacificador dos litígios de origem trabalhista, não age de forma coerente ao decidir de tal forma, que viola direitos básicos do trabalhador que é o fornecimento correto de sua prestação pecuniária decorrente da sua função exercida à luz da primazia da realidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, a presente pesquisa trouxe à discussão os efeitos da decretação da relação de emprego nos contratos de estágio, sendo analisada a Lei

nº 11.788/2008 (Lei do estagiário) e os seus dispositivos que caracterizam a relação de estágio. Além disso, foi demonstrado o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho (TST) no que se refere às situações cuja relação de emprego foi decretada.

Para alcançar os objetivos propostos, o estudo dedicou-se, primeiramente, em conceituar a relação de trabalho, sendo definida pela relação jurídica que têm como característica a sua prestação em uma obrigação de fazer, consubstanciada em labor do homem. Sendo assim, é qualquer vínculo jurídico por meio do qual uma pessoa natural ou física, executa obras ou serviços para outrem, mediante pagamento de contraprestação.

Em seguida, passou-se para a conceituação da relação de emprego, sendo esposados os cinco elementos que a compõem que são: a personalidade, não eventualidade, onerosidade, subordinação jurídica e alteridade. Ademais, é uma subespécie da relação de trabalho e é identificada pelo vínculo jurídico existente entre as partes, ou seja, o empregado de um lado, e, de outro lado, o empregador, podendo ser pessoa física ou jurídica, e, esse vínculo estabelecido se perfaz através da existência de um contrato, enquanto que na relação de trabalho nem sempre exige o contrato de trabalho.

Por conseguinte, demonstramos o que compõe a relação de estágio nos moldes que a Lei prevê e conceitua, ficando entendido que é necessário a qualificação das partes que a compõem, ou seja, a concedente de estágio, a instituição de ensino e o estudante, além da elaboração do termo de compromisso que estabelece as condições do estágio e por último, a compatibilidade das atividades desenvolvidas no estágio e as previstas no termo de compromisso.

Nesse deslinde, foi abordado que há a ocorrência de fraudes nas relações de estágio e que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) as tem reconhecido quando observados as ausências dos requisitos que constituem a relação de estágio, declarando a existência da relação de emprego, de modo que responsabiliza judicialmente a concedente do estágio no que for de direito do estagiário, de acordo com a função que lhe foi exercida.

Todavia, cumpre ressaltar que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) não tem equiparado o estagiário, cuja relação de emprego foi decretada, ao

profissional que tem as atribuições que ele desempenhou a luz da primazia da realidade, conforme demonstrado no julgado do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que inadmitiu o Agravo de Instrumento no Recurso de Revista interposto pela Associação Educacional Veiga de Almeida, cuja pretensão era ter conhecido o seu recurso de revista, pois afirma que não ocorreu a relação de emprego e sim de estágio.

A Associação Educacional Veiga de Almeida, ao ser condenada em primeira instância recorreu ao Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (RJ), que manteve a decisão que condenou ao pagamento das diferenças salarial do estagiário, frisando que foi descaracterizado a relação de estágio.

Tal decisão restou demonstrada o que fora comentado, pois apesar do estagiário ter decretada a sua relação como de emprego e não de estágio, o mesmo não teve seus direitos reconhecidos no que se refere além da diferença da bolsa salarial do auxiliar administrativo. Sendo assim, um tribunal que visa assegurar os direitos e garantias previstos em lei, os viola.

Nesse deslinde, conclui-se que ao ser assegurado a qualquer pessoa que exerce uma atividade e seja reconhecida a relação de emprego, terá garantido todos os vencimentos, gratificações, benefícios que a função exercida a luz da primazia da realidade.

Diferentemente do que ocorre nas relações de estágio, pois não cabe ao estagiário que tem a sua função caracterizada como relação de emprego, ser penalizado em não ter assegurado os seus direitos e garantias caso não fosse estagiário.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Código Civil (2002). **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 17 de outubro de 2014.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho (1943). **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm> Acesso em: 20 de abril de 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>
Acesso em: 17 de outubro de 2014,

BRASIL. Instituto e Planejamento Brasileiro de Tributos (IPBT). Disponível em:
<https://www.ibpt.org.br/noticia/1691/Brasileiro-trabalhara-ate-31-de-maio-de-2014-para-pagar-tributos-aponta-IBPT>. Acesso em: 28 de setembro de 2014.

BRASIL. Lei nº 11.788/2008. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11788.htm>
Acesso em: 17 de outubro de 2014.

BRASIL. Lei nº 8.213/1991. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm> Acesso em: 17
de outubro de 2014.

BRASIL. Lei nº 9.394/96. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm> Acesso em: 17 de outubro
de 2014.

BRASIL. Associação Brasileira de Estágio (ABRES). Disponível em:
<<http://www.abres.org.br/v01/stats/>> Acesso em 26 de setembro 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Contratação sem concurso é nula e só gera direito a salários e FGTS.** Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=273905>>. Acesso em: 02 de novembro de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 212. Disponível em:
<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-212>. Acesso em: 02 de novembro de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 363. Disponível em:
<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-363>. Acesso em: 02 de novembro de 2014.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho.** 8ª Edição, rev. e atual. São Paulo: Método, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13ª Edição. São Paulo: LTr, 2014.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 8.ª Edição, rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

TST - AIRR: 342003220085010056 34200-32.2008.5.01.0056, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 29/08/2012, 3ª Turma.

TST - AIRR: 7213920125040019 721-39.2012.5.04.0019, Relator: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 22/05/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/05/2013.

NOTAS:

[1] PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. ESTAGIÁRIO. DIFERENÇAS DE BOLSA-AUXÍLIO. NORMA COLETIVA. 1. O princípio da reserva legal, erigido no artigo 5º, II, da Constituição da República, dado o seu caráter genérico, não permite, em regra, o reconhecimento de violação direta da sua literalidade. 2. Tampouco se verifica a alegada violação do artigo 7º, V, da Constituição da República. Com efeito, no que concerne ao suposto vilipêndio da proporcionalidade constitucionalmente prevista, constata-se que a decisão recorrida encontra respaldo no artigo 7º, XXVI, da Lei Magna, visto que, consoante expressamente consignado pelo egrégio Tribunal Regional, ainda que se trate de contrato de estágio, - as convenções coletivas da categoria dos bancários vigentes durante o período em que vigorou a relação de estágio havida entre as partes juntadas (...) determinam a observância do salário de ingresso ali previsto na contratação de estagiário sem vínculo empregatício, como admitido em Lei, na proporção das horas de sua jornada de trabalho (cl. 2ª, § 1º) - e - a autora mais bem se enquadra como pessoal de escritório (cls. 2ª, 'b', e 3ª, 'b') -. 3. Inviável, daí, o conhecimento da revista pelo permissivo do § 6º do artigo 896 consolidado com arrimo na alegada violação constitucional. 4. Agravo de instrumento a que se nega provimento. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MERA SUCUMBÊNCIA. LIDE QUE NÃO DECORRE DE RELAÇÃO DE EMPREGO. BOLSA-AUXÍLIO. ESTAGIÁRIO. 1. A regra contida no artigo 14 da Lei n.º 5.584/1970 e no item I da Súmula n.º 219 do Tribunal Superior do Trabalho, relativamente aos honorários advocatícios, não se aplica às demandas alheias à relação de emprego. 2. Nesse sentido o entendimento sedimentado no item III do mencionado verbete sumular, inserido pela Resolução n.º 174/2011, de 24/5/2011, do Pleno do Tribunal

Superior do Trabalho, que dispõe que -s ão devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego -. 3. No caso concreto, a sucumbência do reclamado quanto à pretensão deduzida por estagiário - diferenças de bolsa-auxílio - importa, portanto, a sua condenação em honorários de advogado, na medida em que se controverte nos autos relação de estágio e não de emprego. 4. Inaplicável, por conseguinte, a orientação consagrada no item I da Súmula n.º 219 desta Corte superior. Precedentes da SBDI-I do TST e desta Primeira Turma. 5. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST - AIRR: 7213920125040019 721-39.2012.5.04.0019, Relator: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 22/05/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/05/2013)

[2] A estipulação em favor de terceiro, consiste em um contrato por via do qual uma das partes se obriga a atribuir benefício de terceira pessoa, alheia à formação do vínculo contratual. Sendo assim, nessa relação figuram-se: o estipulante, o promitente e o beneficiário.

[3] Art. 436. O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação.

Parágrafo único. Ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigi-la, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438.

[4] BRASIL.Associação Brasileira de Estágio (ABRES).Disponível em: <http://www.abres.org.br/v01/stats/>. Acesso em 26 de setembro 2014.

[5] Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

[6] Art. 3º O estágio, tanto na hipótese do § 1º do art. 2º desta Lei quanto na prevista no § 2º do mesmo dispositivo, não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, observados os seguintes requisitos:

I – matrícula e frequência regular do educando em curso de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e nos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos e atestados pela instituição de ensino;

II – celebração de termo de compromisso entre o educando, a parte concedente do estágio e a instituição de ensino;

III – compatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e aquelas previstas no termo de compromisso.

[7] Art. 15. A manutenção de estagiários em desconformidade com esta Lei caracteriza vínculo de emprego do educando com a parte concedente do estágio para todos os fins da legislação trabalhista e previdenciária.

[8] Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

[9] Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

[10] Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

[11] Art. 1º - Estágio é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam freqüentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos.

[12] Art. 3º O estágio, tanto na hipótese do § 1º do art. 2º desta Lei quanto na prevista no § 2º do mesmo dispositivo, não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, observados os seguintes requisitos:

I – matrícula e freqüência regular do educando em curso de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e nos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos e atestados pela instituição de ensino;

II – celebração de termo de compromisso entre o educando, a parte concedente do estágio e a instituição de ensino;

III – compatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e aquelas previstas no termo de compromisso.

§ 1º O estágio, como ato educativo escolar supervisionado, deverá ter acompanhamento efetivo pelo professor orientador da instituição de ensino e por supervisor da parte concedente, comprovado por vistos nos relatórios referidos no inciso IV do caput do art. 7º desta Lei e por menção de aprovação final.

§ 2º O descumprimento de qualquer dos incisos deste artigo ou de qualquer obrigação contida no termo de compromisso caracteriza vínculo de emprego do educando com a parte concedente do estágio para todos os fins da legislação trabalhista e previdenciária.

[13] BRASIL. Instituto e Planejamento Brasileiro de Tributos (IPBT). Disponível em: <https://www.ibpt.org.br/noticia/1691/Brasileiro-trabalhara-ate-31-de-maio-de-2014-para-pagar-tributos-aponta-IBPT>. Acesso em: 28 de setembro de 2014.

[14] Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

§ 2º A educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social.

[15] Art. 3º O estágio, tanto na hipótese do § 1º do art. 2º desta Lei quanto na prevista no § 2º do mesmo dispositivo, não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, observados os seguintes requisitos:

I – matrícula e frequência regular do educando em curso de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e nos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos e atestados pela instituição de ensino;

II – celebração de termo de compromisso entre o educando, a parte concedente do estágio e a instituição de ensino;

III – compatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e aquelas previstas no termo de compromisso.

[16] Art. 7º São obrigações das instituições de ensino, em relação aos estágios de seus educandos:

IV – exigir do educando a apresentação periódica, em prazo não superior a 6 (seis) meses, de relatório das atividades;

[17] Art. 2º A Previdência Social rege-se pelos seguintes princípios e objetivos:
I - universalidade de participação nos planos previdenciários;

[18] O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

[19] Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

[20] Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998\)](#)

[21] Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

[22] Súmula nº 212 - Ônus da Prova - Término do Contrato de Trabalho - Princípio da Continuidade

O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

[23] Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

[24] Art. 11. A duração do estágio, na mesma parte concedente, não poderá exceder 2 (dois) anos, exceto quando se tratar de estagiário portador de deficiência.

[25] Súmula nº 363 - Contratação de Servidor Público sem Concurso - Efeitos e Direitos

A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

[26] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Contratação sem concurso é nula e só gera direito a salários e FGTS.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=273905>. Acesso em: 02 de novembro de 2014.

[27] PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. ESTAGIÁRIO. DIFERENÇAS DE BOLSA-AUXÍLIO. NORMA COLETIVA. 1. O princípio da reserva legal, erigido no artigo 5º, II, da Constituição da República, dado o seu caráter genérico, não permite, em regra, o reconhecimento de violação direta da sua literalidade. 2. Tampouco se verifica a alegada violação do artigo 7º, V, da Constituição da República. Com efeito, no que concerne ao suposto vilipêndio da proporcionalidade constitucionalmente prevista, constata-se que a decisão recorrida encontra respaldo no artigo 7º, XXVI, da Lei Magna, visto que, consoante expressamente consignado pelo egrégio Tribunal Regional, ainda que se trate de contrato de

estágio, - as convenções coletivas da categoria dos bancários vigentes durante o período em que vigorou a relação de estágio havida entre as partes juntadas (...) determinam a observância do salário de ingresso ali previsto na contratação de estagiário sem vínculo empregatício, como admitido em Lei, na proporção das horas de sua jornada de trabalho (cl. 2ª, § 1º) - e - a autora mais bem se enquadra como pessoal de escritório (cls. 2ª, 'b', e 3ª, 'b') -. 3. Inviável, daí, o conhecimento da revista pelo permissivo do § 6º do artigo 896 consolidado com arrimo na alegada violação constitucional. 4. Agravo de instrumento a que se nega provimento. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MERA SUCUMBÊNCIA. LIDE QUE NÃO DECORRE DE RELAÇÃO DE EMPREGO. BOLSA-AUXÍLIO. ESTAGIÁRIO. 1. A regra contida no artigo 14 da Lei n.º 5.584/1970 e no item I da Súmula n.º 219 do Tribunal Superior do Trabalho, relativamente aos honorários advocatícios, não se aplica às demandas alheias à relação de emprego. 2. Nesse sentido o entendimento sedimentado no item III do mencionado verbete sumular, inserido pela Resolução n.º 174/2011, de 24/5/2011, do Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, que dispõe que -s ão devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego -. 3. No caso concreto, a sucumbência do reclamado quanto à pretensão deduzida por estagiário - diferenças de bolsa-auxílio - importa, portanto, a sua condenação em honorários de advogado, na medida em que se controverte nos autos relação de estágio e não de emprego. 4. Inaplicável, por conseguinte, a orientação consagrada no item I da Súmula n.º 219 desta Corte superior. Precedentes da SBDI-I do TST e desta Primeira Turma. 5. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST - AIRR: 7213920125040019 721-39.2012.5.04.0019, Relator: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 22/05/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/05/2013).

[28] AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. 1. CONTRATO DE ESTÁGIO. RECONHECIMENTO DE RELAÇÃO DE EMPREGO . 2. DIFERENÇAS SALARIAIS. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. Na composição do tipo legal do estágio, é essencial que compareçam os requisitos formais e materiais específicos ao delineamento da figura - sem os quais não se considera tipificada essa relação jurídica especial e excetiva de trabalho intelectual não empregatício. Se, diante do minucioso delineamento dos fatos no acórdão regional, constata-se a ausência dos requisitos legais obrigatórios - formais e materiais -, ocorrendo desvirtuamento do contrato de estágio, impõe-se o conseqüente reconhecimento do vínculo empregatício. Sendo assim, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstituiu os termos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido. (TST - AIRR: 342003220085010056 34200-

32.2008.5.01.0056, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 29/08/2012, 3ª Turma).

[29] Art. 3º O estágio, tanto na hipótese do § 1º do art. 2º desta Lei quanto na prevista no § 2º do mesmo dispositivo, não cria vínculo empregatício de qualquer natureza, observados os seguintes requisitos:

I – matrícula e frequência regular do educando em curso de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e nos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos e atestados pela instituição de ensino;

II – celebração de termo de compromisso entre o educando, a parte concedente do estágio e a instituição de ensino;

III – compatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e aquelas previstas no termo de compromisso.

[30] Art. 15. A manutenção de estagiários em desconformidade com esta Lei caracteriza vínculo de emprego do educando com a parte concedente do estágio para todos os fins da legislação trabalhista e previdenciária.

CONTRATO DE NAMORO: UM MEIO EFICAZ DE PROTEÇÃO AOS BENS DE UM CASAL

ELIS BANDEIRA ALENCAR BRAYNER:

Resumo: O contrato de namoro é um instrumento relativamente recente cujo uso tem aumentado cada vez mais, pois garante a proteção de bens de um casal que ainda não pretende instituir família e configurar união estável.

Palavras chave: CONTRATO DE NAMORO, SEPARAÇÃO DE BENS, DIREITO DE FAMÍLIA, POSSE, UNIÃO ESTÁVEL.

Sumário: Introdução. Vantagens do contrato de namoro. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Foi a partir de uma matéria no programa de televisão Fantástico, exibida pela Rede Globo em novembro de 2018, que o tema "Contrato de Namoro" começou a ter maior repercussão no Brasil. No ano passado, foram assinados 17 deles no país, no entanto muitas pessoas ainda encontram muita dificuldade de abordar o tópico com seus parceiros, amigos e familiares. Nesse contexto, por que as pessoas assinariam um contrato de namoro?

Inicialmente, cumpre explicar o que configura uma união estável. Diferente do casamento, a união estável é uma situação de fato, a qual não necessita de um documento escrito, como um contrato, para comprovar sua existência. Antigamente, a legislação brasileira, por meio do art. 1º da Lei nº 8.971/94, exigia que o casal possuísse um relacionamento de, no mínimo, cinco anos ou tivesse filhos.

Todavia, essas condições deixaram de existir e a avaliação para auferir a configuração dessa situação de fato se tornou muito mais subjetiva. Os novos requisitos estão dispostos no art. 1723 do Código Civil da seguinte forma: "*É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.*"

Essa convivência contínua e duradoura não possui prazo definido e, de acordo com a Súmula nº 382 do STF, nem ao menos necessita que os integrantes do casal morem juntos. Para comprovação da união estável podem ser utilizadas testemunhas, contas correntes conjuntas, apólice de seguro e, até mesmo, publicações nas redes sociais.

2. Vantagens do contrato de namoro

Qual seria o problema de constituir uma união estável? Pois bem, o regime de bens aplicável a ela é o da comunhão parcial de bens, também conhecido como regime legal ou supletivo. Nele, tudo o que foi adquirido durante o relacionamento com o salário ou investimentos de um ou de ambos é partilhável e pertence ao casal, ainda que o bem esteja no nome só de um parceiro. Além disso, caso um dos parceiros faleça, o outro terá, conseqüentemente, direito à metade de seu patrimônio.

Assim, namorados que possuem uma relação de alguns anos, mesmo sem dividir a mesma residência, podem ter que dividir seu patrimônio caso terminem. A fim de solucionar essa situação, o contrato de namoro surge nesse contexto, de forma a evitar a declaração de uma união estável que não existe e, conseqüentemente, a incidência do regime de comunhão parcial de bens, protegendo o patrimônio individual do casal.

3. Conclusão

De elaboração relativamente simples, este contrato estabelece que a situação de fato vivida se trata apenas de um namoro, afastando a hipótese de ser enquadrada como união estável. Importante frisar que o contrato deve ser registrado em cartório e refletir a realidade vivida pelo casal. Ou seja, caso seja celebrado o contrato de namoro, mas a relação seja claramente uma união estável, o contrato não será apto a afastar o reconhecimento desta e a incidência do regime de comunhão parcial de bens.

Por outro lado, caso a relação seja apenas um namoro e o contrato possuir boa redação e estiver registrado, este será uma proteção eficaz ao patrimônio de cada um. Dessa forma, ainda que, em um primeiro momento, o tema possa parecer uma situação desconfortável e nada romântica, apresentá-lo ao namorado ou à namorada é uma forma de prevenir que o casal una os patrimônios sem a devida organização e planejamento para isso. Por isso, a escolha de profissionais jurídicos qualificados para redigir o contrato de namoro é ponto diferencial para a efetiva proteção do patrimônio.

Referências:

ALMEIDA, Marília. QUAIS SÃO MEUS DIREITOS NA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS?. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/quais-sao-meus-direitos-na-comunhao-parcial-de-bens/>>. Acesso em: 12 de fev. 2019.

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Consultado em 12 de fev. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, Lei 8.971/94. Art 1º de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Consultado em 12 de fev. 2019.

LEITÃO, Fernanda de Freitas. TUDO QUE VOCÊ SEMPRE QUIS SABER SOBRE A UNIÃO ESTÁVEL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048compilado.htm

<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI255268,11049-Tudo+que+voce+sempre+quis+saber+sobre+a+uniao+estavel>>. Acesso em: 12 de fev. 2019.

STF. SÚMULA 301. 13 de Dezembro de 1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 12 de fev de 2019.

COMPREENDENDO A SUBSTITUIÇÃO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO OCORRIDA FORA DOS SEIS MESES ANTERIORES AO PLEITO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

JADER MÁXIMO DE ARAÚJO: Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Pós-graduado em Ciências Criminais e em Direito Eleitoral pela PUC Minas. Pós-graduando em Direito Urbanístico e Ambiental pela PUC Minas. Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

RESUMO: neste artigo o autor realizou um estudo sobre a substituição do mandatário do cargo de Chefe do Poder Executivo prevista no parágrafo 5º do artigo 14 da Constituição Federal. Seu objetivo principal foi criticar os critérios excessivamente objetivos aplicados pelos julgadores no enfrentamento dos casos concretos que envolvem a substituição fora dos seis meses antes da eleição. A partir da estratégia de pesquisa qualitativa, o trabalho foi desenvolvido em três capítulos. O primeiro faz uma revisão bibliográfica da temática; o segundo faz uma revisão da jurisprudência, destacando seus aspectos mais relevantes ao presente estudo. O último capítulo traz um posicionamento crítico fundamentado partindo de um recente entendimento firmado pelo Tribunal Superior Eleitoral no Recurso Especial Eleitoral nº 109-75.2016.6.13.0133/MG. Assim, realizadas todas essas etapas de estudo, conclui-se, a despeito de divergências, que os julgadores devem aplicar o exato sentido da atual redação do dispositivo constitucional do parágrafo 5º do artigo 14 que prevê a ocorrência de substituição em qualquer tempo do mandato para fins de reelegibilidade e não somente nos últimos seis meses anteriores à eleição.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Eleitoral. Inelegibilidade Constitucional. Substituição. Terceiro Mandato Consecutivo.

ABSTRACT: in this article the author carried out a study on the substitution of the representative of the position of Head of the Executive Branch provided for in paragraph 5 of article 14 of the Federal Constitution. Its main objective was to criticize the overly objective criteria applied by the judges in facing the concrete cases involving the substitution outside the six months before the election. From

the qualitative research strategy, the work was developed in three chapters. The first makes a bibliographical review of the theme; the second makes a review of the jurisprudence, highlighting its aspects more relevant to the present study. The last chapter presents a critical position based on a recent understanding signed by the Superior Electoral Court in Special Electoral Appeal nº 109-75.2016.6.13.0133 / MG. Thus, in spite of differences, judges must apply the exact wording of the current wording of the constitutional provision of paragraph 5 of article 14, which provides for the occurrence of substitution at any time of the mandate for and not only in the last six months prior to the election.

KEY WORDS: Electoral Law. Constitutional Ineligibility. Replacement. Third Consecutive Mandate.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Revisão Bibliográfica. 3. Revisão da Jurisprudência. 4. Posicionamento crítico fundamentado. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O convite da discussão do tema deste artigo cuida de analisar a substituição do mandatário do cargo de Chefe do Poder Executivo ocorrida fora dos seis meses anteriores ao pleito à luz do art. 14, § 5º, da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Para o desenvolvimento do tema, nos valem das obras de renomados autores de nosso direito pátrio, bem como de alguns casos concretos, em especial, o Recurso Especial Eleitoral (REspe) nº 109-75.2016.6.13.0133/MG do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), publicado em sessão de 14 de dezembro de 2016, que findam por servir de esteio a uma importante questão que demanda amplo debate e análise, adiante enfrentada, qual seja: é possível compreender a substituição do mandatário do cargo de Chefe do Executivo ocorrida *fora* dos seis meses antes do pleito como efetivo exercício de mandato para fins de reeleição, de modo a atrair a vedação do terceiro mandato consecutivo?

É de se notar a relevância e atualidade desse tema, pois se encontra em tramitação no Senado Federal a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 113-A, de 2015, que, dentre outros temas em torno da chamada “reforma política” pretende acabar com o instituto da reeleição para o Chefe do Poder Executivo,

buscando restaurar a redação original do § 5º do art. 14 da CF/88. Por sua vez, tramitaram na Câmara dos Deputados a PEC nº 77, de 2003, e a PEC nº 376, de 2009, que, dentre outras finalidades, também buscavam a vedação à reeleição para o Chefe do Executivo.

2. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

Sobre o tratamento dado pela literatura ao tema em estudo, vale relembrar em primeiro ponto, que na história do sistema político brasileiro, desde a primeira Constituição Republicana, de 1891, o instituto da reeleição para os cargos de Chefe do Poder Executivo jamais havia sido instituído. Segundo José Jairo Gomes (2016, p. 242): “A derrubada da monarquia imperial fixou de forma indelével na consciência coletiva brasileira a ideia da necessidade de rotatividade no poder, base do sistema republicano.”

A proibição de reeleição para cargos do Executivo nas Constituições passadas era tão abrangente que atingia, inclusive, os sucessores e substitutos do mandatário. Já aos “ocupantes de cargos do Legislativo, contudo, sempre foi assegurado o direito de recandidatura.” (ALMEIDA, 2017, p. 130). Assim é que, seguindo essa forte tradição da vedação à reeleição em nosso ordenamento pátrio que a Constituição Federal previu no seu texto original de 1988:

Art. 14 [...]

§ 5º São inelegíveis para os mesmos cargos, no período subsequente, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, **ou substituído nos seis meses anteriores ao pleito.** (Redação Original da CF/88, grifo nosso)

§ 6º Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito. (Redação Original da CF/88)

§ 7º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis

meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição. (Redação Original da CF/88)

Essa regra da vedação à reeleição foi finalmente rompida com a Emenda Constitucional nº 16, de 1997, conhecida como emenda da reeleição, que deu nova redação ao § 5º do artigo 14 da CF, passando a dispor que: *“O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído **no curso dos mandatos** poderão ser reeleitos para um único período subsequente”* (BRASIL, 2017, p.17, grifo nosso).

Assim, “quebrantou aquela Emenda uma sólida tradição republicana, a saber, a da mais breve alternância possível dos governantes no exercício dos mandatos eletivos.” (BONAVIDES, 2017, p. 699). Aliás, o instituto da reeleição “constituiu mais uma *condição de elegibilidade* do cidadão.” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 779). Inverteu-se, pois, a regra que de conteúdo de direitos políticos negativos (inelegibilidade) “se transformou em direitos políticos positivos ao assegurar o direito subjetivo de titulares daqueles mandatos executivos de participação no processo eleitoral subsequente para o mesmo cargo, mas uma única vez [...]” (SILVA, 2017, p. 373). Frise-se que o texto constitucional não veda a reeleição para um terceiro mandato não sucessivo.

É de bom alvitre, em se tratando de sucessor ou substituto, fazer uma rápida pincelada acerca da impropriedade do vocábulo “reeleitos” constante no § 5º do artigo 14 da CF, pois, na verdade, nem o sucessor, nem o substituto, foram eleitos para o cargo de titular no período em que assumiram essa condição, seja pela vacância (sucessão), seja pelo impedimento (substituição) (GOMES, 2016, p. 238).

Insta salientar também as possíveis situações de fraude a essa regra constitucional, como nos casos do mandatário reeleito se candidatar, no período imediatamente subsequente, ao cargo de vice, pois isso permitiria a ele ocupar o mesmo cargo por três vezes consecutivas nas hipóteses de substituição ou sucessão do titular do cargo.

Da mesma forma, há o caso que a doutrina convencionou chamar de “prefeito itinerante” ou “prefeito profissional”. Inicialmente, a jurisprudência do TSE aceitava a figura do prefeito itinerante, exigindo apenas que se apresentassem os requisitos para o registro da nova candidatura. Posteriormente, porém, essa orientação foi alterada. Firmou-se o entendimento de que o cidadão que exerceu

dois mandatos consecutivos de prefeito no mesmo município, também ficaria inelegível para concorrer na eleição seguinte para prefeito em qualquer outro município da federação. Nas palavras de Mendes e Branco (2017):

A jurisprudência do TSE aceitou por muitos anos a figura do prefeito itinerante, desde que atendidos os requisitos para o registro da nova candidatura, salvo nas hipóteses de município desmembrado, incorporado ou que resultasse de fusão em relação ao município anterior. Em 2008, o TSE ao julgar o Recurso Especial Eleitoral nº 32.507 (Rel. Min. Eros Grau) modificou sua antiga jurisprudência partindo do pressuposto que a figura do prefeito itinerante configura fraude à regra constitucional que proíbe uma segunda reeleição. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 782).

Dito isto, tem-se a lição do autor José Jairo Gomes que representa o posicionamento de boa parte dos doutrinadores brasileiros a respeito do que a própria doutrina costuma classificar de *inelegibilidade relativa por motivos funcionais para o mesmo cargo* decorrente do § 5º do artigo 14 da CF. Sintetiza Gomes (2016), *in verbis*:

Em síntese, tem-se o seguinte: (a) o titular do Poder Executivo e o vice podem reeleger-se aos mesmos cargos uma só vez; (b) cumprido o segundo mandato, o titular não poderá candidatar-se novamente nem ao cargo de titular nem ao de vice; (c) nesse caso, o titular poderá candidatar-se a outro cargo, devendo, porém, desincompatibilizar-se, renunciando ao mandato até seis meses antes do pleito; (d) se o vice substituir o titular nos seis meses anteriores à eleição ou sucedê-lo em qualquer época, poderá concorrer ao cargo de titular, vedadas, nesse caso, a reeleição e a possibilidade de concorrer novamente ao cargo de vice, pois isso implicaria ocupar o mesmo cargo eletivo por três vezes; (e) se o vice não substituir o titular nos últimos seis meses do mandato nem sucedê-lo, poderá concorrer ao lugar do titular (embora não lhe seja dado concorrer ao mesmo cargo de vice), podendo, nesse caso, candidatar-se à

reeleição; assim, poderá cumprir dois mandatos como vice e dois como titular. (GOMES, 2016, p. 215, grifo nosso).

Pois bem. Para José Jairo Gomes *se o vice substituir o titular nos seis meses anteriores à eleição poderá concorrer ao cargo de titular, vedadas, nesse caso, a reeleição e a possibilidade de concorrer novamente ao cargo de vice*. Nesse mesmo sentido também entendem Ari Ferreira Queiroz (2008, p. 88), Marcos Ramayana (2009, p. 192-193) e Uadi Lammêgo Bulos (2011, p. 859).

Nesse átimo, há também a doutrina de Rodrigo López Zilio (2010):

A teor do texto legal, em princípio, a possibilidade de reeleição alcança todo aquele que, no decorrer do período, tiver substituído ou sucedido o titular do mandato. No entanto, a regra não ostenta interpretação de tamanha amplitude, devendo ser temperada. Com efeito, somente é possível cogitar de reeleição para aquele que, em caráter de substituição, exerceu o mandato de Chefe do Poder Executivo no período de 06 (seis) meses antes do pleito, conforme externalizado pelo TSE. (2010, p. 171, grifo nosso).

De outra face, apresentando um enfoque distinto, o autor Alexandre de Moraes (2013) defende que a interpretação da norma constitucional veda é o exercício "efetivo e definitivo" do cargo de Chefe do Poder Executivo por mais de dois mandatos sucessivos. Moraes defende uma solução que atenda à lógica interpretativa constitucional, *in verbis*:

Dessa forma, por exemplo, o vice-Presidente que – no exercício de sua missão constitucional – substituir o Presidente da República, independentemente do momento de seu mandato, poderá candidatar-se à Chefia do Poder Executivo normalmente, inclusive, podendo, posteriormente se eleito for, disputar sua própria reeleição à Chefia do Executivo. (MORAES, 2013, p. 254, grifo nosso).

E arremata Moraes dizendo que "se o vice-Chefe do Poder Executivo somente substituiu o titular, não houve *exercício efetivo e definitivo do cargo* para

fins de reeleição, podendo ser candidato à chefia do Executivo e, se eventualmente eleito, poderá disputar sua própria reeleição.” (MORAES, 2013, p. 255).

Nessa vereda, para Moraes (2013, p. 254), *independentemente do momento do mandato*, se o vice substituiu o mandatário do cargo de Chefe do Poder Executivo, sem haver exercício efetivo e definitivo do cargo, pode normalmente se candidatar à Chefia do Executivo, inclusive podendo, posteriormente se eleito for, disputar sua própria reeleição.

Acresça-se, enfim, que Dirley da Cunha Júnior (2011) também apresenta outro enfoque no sentido de que o vice “não é titular de nada, razão por que não se lhe aplica a inelegibilidade em tela, salvo se assumiu por *sucessão*, a titularidade no curso de mandato e vem a se eleger como titular para o segundo, hipótese em que tal situação já se qualifica como reeleição”. (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 792).

Apesar do interessante raciocínio dos autores supracitados, percebe-se, ainda, um exame raso pela doutrina do tema da aplicação da regra do art. 14, § 5º, da CF, quanto à substituição do Chefe do Executivo *fora* dos seis meses anteriores ao pleito, conforme discutido pela Ministra Luciana Lóssio no julgamento do TSE no Respe nº 109-75/MG, adiante analisado.

3. REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Os tribunais já tiveram a oportunidade de enfrentar diversos casos em que se colocaram difíceis questões quanto à interpretação do tema em estudo. Já no ano de 2000 o TSE se manifestou no sentido de que “o vice-prefeito que substitui ou sucede o prefeito, nos seis meses anteriores à eleição, pode candidatar-se ao cargo de prefeito”, conforme ementa abaixo:

REGISTRO DE CANDIDATURA. VICE-PREFEITO QUE SUBSTITUI O PREFEITO NOS SEIS MESES ANTERIORES À ELEIÇÃO. CANDIDATURA A PREFEITO. ART. 14, § 5º DA CF.

O vice-prefeito que substitui ou sucede o prefeito, nos seis meses anteriores à eleição, pode candidatar-se ao cargo de prefeito. Recurso provido.

(TSE, REspe nº 17.568/RN, Rel. Min. Fernando Neves, redator designado Min. Nelson Jobim, *PSESS* de 03.10.2000)

Com efeito, no ano de 2001, em resposta à Consulta nº 689 o TSE afirmou que:

Consulta. Vice candidato ao cargo do titular.

1. Vice-presidente da República, vice-governador de Estado ou do Distrito Federal ou vice-prefeito, reeleito ou não, pode se candidatar ao cargo do titular, mesmo tendo substituído aquele no curso do mandato.

2. Se a substituição ocorrer nos seis meses anteriores ao pleito, o vice, caso eleito para o cargo do titular, não poderá concorrer à reeleição.

3. O mesmo ocorrerá se houver sucessão, em qualquer tempo do mandato.

4. Na hipótese de o vice pretender disputar outro cargo que não o do titular, incidirá a regra do art. 1º, § 2º, da Lei Complementar nº 64, de 1990.

5. Caso o sucessor postule concorrer a cargo diverso, deverá obedecer ao disposto no art. 14, § 6º, da Constituição da República. (TSE. Cta nº 689/DF, Rel. Min. Fernando Neves, *DJ* de 14.12.01, grifo nosso).

O tema da reeleição já envolveu casos que repercutiram na mídia. A propósito, uma decisão paradigmática foi o “caso Alckmin”, que, na época, como vice, havia substituído diversas vezes o Governador no primeiro mandato e no segundo mandato o sucedeu. O TSE afastou a tese do terceiro mandato consecutivo, conforme ementa seguinte:

REGISTRO DE CANDIDATURA. VICE-GOVERNADOR ELEITO POR DUAS VEZES CONSECUTIVAS, QUE SUCEDE O TITULAR NO SEGUNDO MANDATO. POSSIBILIDADE DE

REELEGER-SE AO CARGO DE GOVERNADOR POR SER O ATUAL MANDATO O PRIMEIRO COMO TITULAR DO EXECUTIVO ESTADUAL. PRECEDENTES: RES./TSE N^{OS}20.889 E 21.026.

Recursos improvidos.

(REspe n^o 19.939/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, *PSSSES* de 10.9.2002).

A Segunda Turma do STF manteve essa decisão:

CONSTITUCIONAL, ELEITORAL. VICE-GOVERNADOR ELEITOR DUAS VEZES CONSECUTIVAS. EXERCÍCIO DO CARGO DE GOVERNADOR POR SUCESSÃO DO TITULAR. REELEIÇÃO. POSSIBILIDADE. CF, art. 14, § 5^o.

I - Vice-governador eleito duas vezes para o cargo de vice-governador. No segundo mandato de vice, sucedeu o titular. Certo que, no seu primeiro mandato de vice, teria substituído o governador. Possibilidade de reeleger-se ao cargo de governador, porque o exercício da titularidade do cargo dá-se mediante eleição ou por sucessão. Somente quando sucedeu o titular é que passou a exercer o seu primeiro mandato como titular do cargo.

II - Inteligência do disposto no § 5^o do art. 14 da Constituição Federal.

III. - RE conhecidos e improvidos.

(STF, RE n^o 366.488-3/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 4.10.2005, grifo nosso).

Insta lembrar que, no ano de 2007, o STF teve outra oportunidade de se manifestar sobre o tema, ocasião em que reafirmou que a substituição ocorrida dentro dos seis meses antes do pleito configurava exercício de mandato para fins de reelegibilidade:

CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. VICE-PREFEITO QUE OCUPOU O CARGO DE PREFEITO POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINOU O AFASTAMENTO DO TITULAR. REGISTRO DE CANDIDATURA A UMA TERCEIRA ASSUNÇÃO NA CHEFIA DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. IMPOSSIBILIDADE.

Nos termos do § 5º do art. 14 da Constituição Federal, “os Prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente”. Agravo regimental desprovido.

(STF, AgR-RE nº 464.277-8/SE, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, julgado em 9.10.2007).

Noutro giro, para mostrar como esse tema ainda é tormentoso, as jurisprudências do TSE e do STF passaram a flexibilizar a própria regra para permitir ao vice, caso eleito, concorrer à reeleição subsequente nas situações em que a substituição, ocorrida dentro dos seis meses antes do pleito, durasse apenas três dias, conforme ementas:

RECURSO ESPECIAL. REELEIÇÃO. VICE-PREFEITO. SUBSTITUIÇÃO. TITULAR. CASSAÇÃO. ATO JURÍDICO. CÂMARA MUNICIPAL. INVALIDAÇÃO.

1- No caso, o recorrente assumiu a titularidade do Poder Executivo apenas por três dias, haja vista que o ato da Câmara Municipal, que cassava o titular, foi invalidado por decisão do Poder Judiciário.

2. Não tendo completado o restante do mandato, não incide no impedimento previsto no art. 14, § 5º, da CF. 3. Recurso Especial provido para deferir o registro de candidatura.

(TSE, REspe nº 31.043/MG, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, *PSSES* 02.10.2008)

ELEIÇÕES 2008. Agravo regimental no recurso especial. Registro de candidatura ao cargo de prefeito. Inelegibilidade. Art. 14, § 5º, da Constituição Federal. Terceiro mandato. Não-configuração. Ascensão ao cargo por força de decisão judicial, revogada três dias depois. Caráter temporário. Precedentes. Agravos regimentais desprovidos, mantendo-se o deferimento do registro.

(TSE, AgR-REspe nº 34.560/MA, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe* 18.2.2009, p. 49/50)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ELEITORAL. MANDATO EXERCIDO EM CARÁTER TEMPORÁRIO: INAPLICABILIDADE DO ART. 14, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(STF, AgR-AI nº 782.434/MA, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 08.02.2011)

É importante salientar a jurisprudência pacífica do TSE no sentido de que o exercício do cargo de chefia do Poder Executivo de forma interina e, sucessivamente, em razão de mandato-tampão não constitui dois mandatos sucessivos, mas sim frações de um mesmo mandato:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. ART. 14, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. NÃO PROVIMENTO.

1. Conforme jurisprudência do TSE, o exercício do cargo de chefia do Poder Executivo de forma interina e, sucessivamente, em razão de mandato-tampão não constitui dois mandatos sucessivos, mas sim frações de um mesmo mandato. Precedentes.

2. Na espécie, o agravado não exerceu dois mandatos sucessivos, mas sim duas frações de um único mandato,

primeiramente de forma interina e, em seguida, em virtude de eleição suplementar. Portanto, é reelegível para a próxima legislatura, não havendo que se falar em violação do art. 14, § 5º, da CF/88.

3. Agravo regimental não provido.

(AgR-REspe nº 146-20/CE, Rel. Min. Nancy Andrighi, *PSESS* de 27.11.2012)

A fim de se compreender a evolução da jurisprudência, colaciona-se outro aresto do STF, julgado em 2013, por votação unânime da Segunda Turma, que decidiu a fim de se permitir a reeleição, que era improfícua a discussão da ocorrência de substituição ou sucessão:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. VICE-PREFEITO. SUBSTITUIÇÃO OU SUCESSÃO. DISCUSSÃO IMPROFÍCUA NO QUE RESPEITA À APLICAÇÃO DO ART. 14, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REELEIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – Os prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído no curso do mandato poderão ser reeleitos para um único período subsequente, nos termos do § 5º do art. 14 da Constituição Federal.

II – No que respeita à aplicação do art. 14, § 5º, para o fim de permitir-se a reeleição, é improfícua a discussão da ocorrência de substituição ou sucessão. Precedentes.

III – Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, AgR no RE nº 756.073/PI, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado 17.12.2013).

O TSE, em inúmeros casos, já entendeu que eventual substituição do chefe do Poder Executivo pelo respectivo vice ocorrida no curso do mandato e fora do

período de seis meses anteriores ao pleito não configuraria o desempenho de mandato autônomo do cargo de prefeito:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO REGISTRO DE CANDIDATURA. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TERCEIRO MANDATO CONSECUTIVO. NÃO CONFIGURAÇÃO. DESPROVIMENTO.

1. Consoante o disposto no art. 14, § 5º, da CF/88 e o entendimento do TSE e do STF acerca da matéria, eventual substituição do chefe do Poder Executivo pelo respectivo vice ocorrida no curso do mandato e fora do período de seis meses anteriores ao pleito não configura o desempenho de mandato autônomo do cargo de prefeito.

2. Na espécie, o agravado exerceu o cargo de vice-prefeito do Município de Guanambi/BA no interstício 2004-2008 – tendo substituído o então chefe do Poder Executivo em diversas oportunidades, porém fora do período de seis meses anteriores ao pleito – e foi reeleito nas Eleições 2008, vindo a suceder o prefeito em 1º.4.2012. Assim, não há óbice à sua candidatura ao cargo de prefeito nas Eleições 2012.

3. Agravo regimental não provido.

(AgR no REspe nº 70-55/BA, Rel. Min. Nancy Andrighi, *PSESS* de 11.12.2012).

Já em 2016, ao julgar o caso do REspe nº 109-75/MG, o TSE decidiu pela não configuração de terceiro mandato consecutivo. A ementa foi assim resumida:

Relatora originária Ministra Luciana Lóssio

Redator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes

Recorrente: Coligação Itabirito do Povo

Advogados: Maria Claudia Bucchianeri Pinheiro - OAB n° 25341/DF e outros.

Recorrido: Alexander Silva Salvador de Oliveira

Advogados: Márcio Luiz Silva - OAB n° 12415/DF e outros.

Assistente do recorrido: Wolney Pinto de Oliveira

Advogados: Gabriela Guimarães Peixoto - OAB n° 30789/DF e outro.

ELEIÇÕES 2016. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ART. 14, §§ 5º, 6º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INELEGIBILIDADE CONSTITUCIONAL. PRESIDENTE DA CÂMARA DE VEREADORES. TITULAR. SUBSTITUIÇÃO. ALCANCE. DESPROVIDO.

1. O instituto da reeleição tem fundamento não somente no postulado da continuidade administrativa, mas também no princípio republicano, que impede a perpetuação de uma mesma pessoa na condução do Executivo, razão pela qual a reeleição é permitida por apenas uma única vez. Portanto, ambos os princípios – continuidade administrativa e republicanismo – condicionam a interpretação e a aplicação teleológica do art. 14, § 5º, da Constituição. A reeleição, como condição de elegibilidade, somente estará presente nas hipóteses em que esses princípios forem igualmente contemplados e concretizados. Não se verificando as hipóteses de incidência desses princípios, fica proibida a reeleição. O § 6º do mesmo artigo dispõe que, “para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito”. Portanto, a Constituição Federal de 1988, ao permitir a reeleição do

chefe do Executivo, manteve, sem nenhuma alteração redacional, a disposição de que, para concorrer a outro cargo, ele deve renunciar pelo menos seis meses antes do pleito, o que revela a preocupação em evitar possível utilização da máquina administrativa em benefício da sua nova disputa eleitoral – proteção à igualdade de chances. O art. 14, § 7º, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “são inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito”, resguarda não somente o princípio republicano, ao evitar que grupos familiares se apoderem do poder local, mas também o princípio da igualdade de chances – emquanto decorrência da normalidade e legitimidade do pleito –, pois impede a interferência da campanha do parente, candidato ao Executivo, na disputa pela vereança, “salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição”.

2. A compreensão sistemática das normas constitucionais leva-nos à conclusão de que não podemos tratar de forma igualitária as situações de substituição – exercício temporário em decorrência de impedimento do titular – e de sucessão – assunção definitiva em virtude da vacância do cargo de titular –, para fins de incidência na inelegibilidade do art. 14, § 5º, da Constituição Federal de 1988, pois, enquanto a substituição tem sempre o caráter provisório e pressupõe justamente o retorno do titular, a sucessão tem contornos de definitividade e pressupõe a titularização do mandato pelo vice (único sucessor legal do titular), razão pela qual a sucessão qualifica-se como exercício de um primeiro mandato, sendo facultado ao sucessor pleitear apenas uma nova eleição.

3. O art. 1º, § 2º, da Lei Complementar nº 64/1990 estabelece que o “Vice-Presidente, o Vice-Governador e o Vice-Prefeito poderão candidatar-se a outros cargos, preservando os seus mandatos respectivos, desde que, nos últimos 6 (seis) meses anteriores ao pleito, não tenham sucedido ou substituído o titular”. Sucedendo ou substituindo nos seis meses antes da eleição, poderá candidatar-se, uma única vez, para o cargo de prefeito, sendo certo que, por ficção jurídica, considera-se aquela substituição ou sucessão como se eleição fosse.

4. A evolução histórica da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, com base naquela conclusão de que o vice-prefeito que substitui ou sucede o titular nos seis meses antes do pleito pode concorrer a uma eleição ao cargo de prefeito, o Tribunal passou a entender que “o vice que não substituiu o titular dentro dos seis meses anteriores ao pleito poderá concorrer ao cargo deste, sendo-lhe facultada, ainda, a reeleição, por um único período” (Cta nº 1.058/DF, rei. Mm. Humberto Gomes de Barros, julgada em 1º.6.2004). Precedentes do TSE nas Eleições de Municipais de 2008 e 2012.

5. Se se conclui que o vice que não substitui o titular nos seis meses antes do pleito poderá candidatar-se ao cargo de prefeito e, se eleito, almejar a reeleição (único substituto legal e potencial sucessor), com maior razão a possibilidade de o presidente da Câmara de Vereadores, substituto meramente eventual e sempre precário em casos de dupla vacância, pleitear a eleição e, se eleito, a reeleição. Para Carlos Maximiliano, “deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter conclusões inconsistentes ou impossíveis”. Seria uma verdadeira contradição jurídica criar para o substituto eventual (presidente de Câmara) uma restrição em sua capacidade

eleitoral passiva maior que aquela definida no ordenamento jurídico e na jurisprudência eleitoral para o substituto legal do titular, pois as regras de inelegibilidades, enquanto limitação dos direitos políticos, devem sempre ser interpretadas restritivamente.

6. Recurso desprovido.

(REspe nº 109-75/MG, Min. Redator Acórdão Gilmar Mendes, *PSESS* de 14.12.2016).

Grosso modo, cumpre dizer em apertada síntese que esse julgado tratou da situação do recorrido, Alexander Silva Salvador de Oliveira, que, no período de 1º.1.2009 a 3.12.2009, se licenciou das suas funções originárias de Presidente da Câmara Municipal para assumir interinamente as funções de Prefeito de Itabirito, no Estado de Minas Gerais, ante a dupla vacância do executivo local. No final de 2009 foram realizadas eleições suplementares que foram vencidas por outra pessoa que completou o período remanescente do mandato em curso (mandato-tampão de 2009-2012). Nas eleições municipais seguintes de 2012 o recorrido, Alexander, foi eleito Prefeito (para o mandato de 2013-2016) e reeleito nas eleições de 2016 (para o mandato de 2017-2020). Portanto, a questão posta no TSE consistia em definir se aquela assunção interina no cargo de Prefeito no ano de 2009 tornou o recorrido inelegível para as eleições de 2016.

Em suma, o TSE negou provimento ao REspe nº 109-75/MG para deferir o registro de candidatura do recorrido para o pleito de 2016. A *ratio decidendi* que sustentou a decisão foi no sentido de se buscar uma compreensão sistemática das normas constitucionais dos §§ 5º, 6º e 7º do art. 14 da CF, que, segundo o tribunal, leva à conclusão de que não se pode tratar de forma igualitária as situações de substituição e de sucessão para fins de incidência na inelegibilidade do § 5º, pois a substituição tem sempre o caráter provisório e pressupõe justamente o retorno do titular, e a sucessão tem contornos de definitividade e pressupõe a titularização do mandato pelo vice (único sucessor legal do titular).

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, autor do voto vencedor, não ocorrendo sucessão no curso do primeiro mandato ou substituição nos últimos seis meses, não há vedação constitucional ou legal para que o vice concorra à eleição para Chefe do Poder Executivo e, sendo eleito, concorrer à reeleição. Enfim, em

fevereiro de 2018houve interposição de recurso extraordinário no REspe nº 109-75, deixando para o egrégio STF a decisão final desse caso.

4. POSICIONAMENTO CRÍTICO FUNDAMENTADO

À vista dos objetivos de nosso estudo, partimos do REspe nº 109-75/MG que representa a posição atual firmada pelo TSE sobre as facetas jurídicas da figura da substituição para fins de interpretação desse regramento constitucional previsto no § 5º do artigo 14.

Nesse julgado o TSE defendeu uma interpretação sistemática dos §§ 5º, 6º e 7º do artigo 14 da CF/88. No nosso modesto sentir, a Corte Eleitoral buscou, tão somente, aplicar um *critério objetivo* ressuscitando no § 5º o *período suspeito* que identificava a substituição ocorrida nos *seis meses anteriores ao pleito* que já foi retirado pelo constituinte reformador. *Data venia*, não há como se aplicar os §§ 6º e 7º à hipótese tratada no § 5º, uma vez que tanto o § 6º, assim, como o § 7º estabelecem outras espécies de inelegibilidades relativas, que não se confundem e nem podem ser confundidas com a hipótese descrita no § 5º do mesmo artigo.

A necessidade de se estabelecer um *critério objetivo* para a figura da *substituição* é tão latente que durante a sessão de julgamento do REspe nº 109-75/MG os ministros debateram sobre o assunto. Segue a transcrição do debate feito à página 41 do julgado (grifo nosso):

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA:
Com todo o respeito, faço uma pergunta: qual seria o limite? Uma semana? Um mês? Quinze dias? Três meses? Porque seria um limite subjetivo verificar que numa situação ficou muito tempo e em outra pouco tempo. O que seria muito tempo e o que seria pouco tempo?

A SENHORA MINISTRA LUCIANA LÓSSIO (relatora): A Constituição não estabelece o tempo. Então, a rigor, qualquer tempo é tempo.

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA: Penso que a Constituição estabelece sim. Na comparação com outros dispositivos constitucionais que dispõem que a desincompatibilização deve ser seis meses antes é que trago uma regra absoluta. Se a substituição ocorreu no período de seis meses, não importa a quantidade de tempo. Isso é um fator objetivo. Se for fora dos seis meses, não importa também quanto tempo, porque, senão, ficaremos sempre no subjetivismo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: É preciso utilizar um critério objetivo.

O SENHOR MINISTRO HENRIQUE NEVES DA SILVA: Já que estamos em época de reforma, não seria mal se o Congresso pudesse também ajustar...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (presidente): A substituição nos últimos seis meses faz todo o sentido.

Nessa esteira de argumentos, a criação de um *critério objetivo* para englobar de forma generalizada todos os casos de substituição (incluindo as substituições efêmeras) ocorridas dentro do período de seis meses antes do pleito, importaria, sem dúvidas, numa interpretação extensiva da norma, o que é vedado às causas de inelegibilidade, porquanto constituem limitação dos direitos políticos. É desprezando esse viés que os tribunais insistem no *critério objetivo* (ressuscitando o período suspeito) para se analisar a figura da substituição. Nada mais equivocado!

Fato é que esse *critério objetivo* ainda se faz presente na jurisprudência devido às dificuldades enfrentadas pelos julgadores para se interpretar a nova regra de elegibilidade (§ 5º) que apresenta um aspecto subjetivo da figura da *substituição*, mas que ainda convive com as regras elaboradas ao tempo do princípio da irreelegibilidade. Tanto o é que Costa (2006) aponta a utilização equivocada do preceito estampado no § 2º do artigo 1º da Lei Complementar nº 64, de 1990, *in verbis*: "O Vice-Presidente, o Vice-Governador e o Vice-Prefeito poderão candidatar-se a outros cargos, preservando os seus mandatos respectivos, desde que, nos últimos 6 (seis) meses anteriores ao pleito, não tenham

sucedido ou substituído o titular”. O autor Adriano Soares da Costa (2006) explica que “esse preceito fora redigido ao tempo do princípio da irreelegibilidade para os cargos do poder executivo. Logo, ele não poderia ser aplicado em consórcio com o novel § 5º do art. 14 da CF/88, sem os devidos cuidados quando da sua interpretação”. (COSTA, 2006, p. 212).

Doutra banda, sobre a questão inicialmente posta neste estudo, o texto constitucional não faz diferença entre as hipóteses de *sucessão* e de *substituição* do chefe do Poder Executivo. De modo que a norma constitucional estende a limitação de uma única reeleição subsequente não apenas aos titulares de cargos de chefia do Executivo, mas também aos que vierem a sucedê-los ou substituí-los no curso do respectivo mandato.

Portanto, entendemos pela possibilidade de se compreender a substituição do mandatário do cargo de Chefe do Executivo, ocorrida *fora* dos seis meses antes do pleito, para fins de irreelegibilidade, de modo a atrair a vedação do terceiro mandato consecutivo, pois o exercício da titularidade do cargo também pode ocorrer por substituição. Ora, é inegável que o comando constitucional do § 5º do art. 14 diz que o eleito, originariamente, ou quem o sucedeu ou substituiu (qualquer dos dois) no curso do mandato (inclusive *fora do período suspeito*) podem ser reeleitos, porém uma única vez.

Explica-se melhor: a substituição ocorrida fora dos seis meses antes do pleito não cria uma restrição na capacidade eleitoral passiva do substituto maior que aquela definida expressamente no § 5º do artigo 14 da CF/88. Ora, apenas se busca aplicar o exato sentido da norma, que se refere à *substituição* ocorrida em qualquer momento do mandato.

Insistamos ainda um pouco mais neste ponto. Normalmente a substituição do chefe do Executivo tem um caráter efêmero – decorrente de licenças, férias, viagens ao exterior ou outras causas de exíguo prazo. Nesses casos específicos cabe ao substituto, tão somente, cumprir as diretrizes já traçadas pelo mandatário do cargo, com equipe já escolhida por este. Portanto, age com louvável acerto a jurisprudência do TSE e também do STF em flexibilizar a sua própria regra para não considerar exercício de mandato qualquer tipo de substituição, especialmente as efêmeras.

É por isso que há peculiaridades na substituição. E esta é a grande diferença! Bem por isso defendemos que os tribunais devem analisar a real situação fática da ocorrência da substituição para fins de aplicação da regra que veda o terceiro mandato consecutivo. Nesse trilhar, entendemos que o TSE errou, *data venia*, ao julgar o REspe nº 109-75/MG devotado num *critério objetivo* que só se baseia em saber se a substituição ocorreu dentro ou fora do período de seis meses antes do pleito. Segue transcrição de parte do voto-vista do Ministro Luiz Fux feito à página 50 do julgado:

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: No caso *sub examine*, o candidato Recorrido, quando Presidente da Câmara Municipal, exerceu provisoriamente o cargo de prefeito de 1º.1.2009 a 3.12.2009, em virtude da cassação da chapa majoritária. Justamente por se tratar de substituição ocorrida fora do período de seis meses anteriores ao pleito, essa assunção interina da gestão municipal não pode ser computada como efetivo exercício de mandato para fins de reeleição, *ex vi* do regramento constitucional e da jurisprudência perfilhada por este Tribunal Superior.

Salta aos olhos, no julgamento do TSE – REspe nº 109-75/MG, o fato do Presidente da Câmara Municipal ter exercido o cargo de Prefeito por quase todo o ano de 2009 e mesmo assim o tribunal não considerou esse período como exercício de mandato. Fora constatado que ele teve plena autonomia e plenitude de poderes naquela gestão, pois, ao assumir a cadeira de Prefeito em 1º de janeiro do primeiro ano do mandato, pôde fixar suas próprias diretrizes e escolher sua própria equipe, dada a ausência de vínculo ideológico ou político com o ex-prefeito e seu vice que, cassados pela Justiça Eleitoral, não chegaram sequer a assumir os seus cargos.

Sem embargo, o fato do recorrido ter exercido o cargo de Prefeito, de forma interina, era irrelevante para o deslinde da causa. Com acerto, o autor Adriano Soares da Costa, ao falar da substituição (provisória e precária) e da sucessão (definitiva) fez uma observação muito importante:

Por primeiro, diga-se que quem exerce o cargo, ainda mesmo que de maneira débil, está submetido a todas as

normas pertinentes ao seu exercício, quer as concessivas de poderes, quer as limitadoras de direitos. Por essa razão, o antigo § 5º do art. 14 da CF/88 vedava ao substituto a possibilidade de concorrer ao cargo no qual estava provisoriamente investido, caracterizando tal impossibilidade como irreelegibilidade. (COSTA, 2006, p. 183, grifo nosso).

Rechaça-se, com a devida *venia*, a tese firmada nesse julgamento de que essa assunção interina da gestão municipal não pode ser computada como efetivo exercício de mandato para fins de reeleição. Aliás, a Ministra Luciana Lóssio, em seu voto à página 33, ponderou, com brilhantismo, não haver dúvidas que o recorrido, Alexander, “fez o seu secretariado, implementou políticas públicas, enfim, deixou uma marca muito maior do que aquele que fica apenas por seis meses, ou até mesmo por um mês no mandato nos últimos seis meses anteriores ao pleito”.

Os tribunais, em casos tais, devem analisar a real situação fática para identificar os casos de substituição que se enquadram no comando constitucional para evitar a ocorrência de burlas ao sistema da reeleição e das recandidaturas. Seja como for, é razoável o receio de se deixar para os julgadores uma análise subjetiva da figura da *substituição*, que envolve não somente o direito dos candidatos à eventual recandidatura, mas também dos eleitores em escolher os seus candidatos. O certo é que em virtude da interposição de recurso extraordinário no REspe nº 109-75 em fevereiro de 2018, ficou para o egrégio STF a decisão final desse caso.

Enfim, entendemos que a própria jurisprudência pode criar limites tanto sob o aspecto temporal quanto qualitativo para aplicação da regra da *substituição* do mandatário do cargo de Chefe do Executivo para fins de irreelegibilidade, de modo a atrair a vedação ao terceiro mandato consecutivo, sem desrespeitar a atual redação do § 5º do art. 14 da CF que prevê a ocorrência da *substituição no curso do mandato* e não somente nos últimos seis meses anteriores ao pleito.

5. CONCLUSÃO

As observações traçadas no presente trabalho tiveram por desiderato criticar os critérios excessivamente objetivos utilizados pelos julgadores no enfrentamento dos casos concretos que tratam da figura da substituição do titular do cargo de Chefe do Poder Executivo fora dos seis meses antes do pleito.

Isso posto, o escopo primordial foi defender uma interpretação do § 5º do art. 14 da CF que respeite a atual redação do dispositivo constitucional e busque evitar a ocorrência de burlas ao sistema da reeleição e das recandidaturas. Lado outro, pela tradição jurídica brasileira, a melhor solução que se apresenta para o presente problema seria a via legislativa. Entretanto, enquanto nenhuma proposta for aprovada nas Casas Legislativas, caberá a dogmática continuar aprofundando na discussão do tema.

Enfim, no presente estudo, não se buscou esgotar o assunto sobre o qual nos propusemos discorrer, tendo a clara noção de que sua total aplicação ainda está condicionada a uma mudança de paradigma das decisões de nossos órgãos judiciais, de forma ainda a consolidar a jurisprudência e o entendimento em torno dele.

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de Direito Eleitoral**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. 896p.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição Nº 77, de 2003**. Suprime o § 5º do art. 14 e dá nova redação ao § 1º do art. 27, ao caput do art. 28, ao inciso I do art. 29, ao parágrafo único do art. 44, aos §§ 1º e 2º do art. 46 e ao caput do art. 82, para pôr fim à reeleição majoritária, determinar a simultaneidade das eleições e a duração de cinco anos dos mandatos para os cargos eletivos, nos níveis federal, estadual e municipal, nos Poderes Executivo e Legislativo. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1567708&filename=EMC+1/2017+PEC07703+%3D%3E+PEC+77/2003> Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. **Proposta de Emenda à Constituição Nº 376, de 2009**. Estabelece a coincidência geral dos pleitos para todos os mandatos

eletivos, aumenta de 8 para 10 anos o mandato de Senador, estabelece o mandato de 5 anos para todos os cargos eletivos e põe fim ao instituto da reeleição para os cargos do Poder Executivo. Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/sileg/integras/1521986.pdf>> Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. **Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990** [recurso eletrônico]: Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º, da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicom/1990/leicomplementar-64-18-maio-1990-363991-normaatualizada-pl.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil** [recurso eletrônico]: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nºs 1/92 a 99/2017 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017. 522p. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/536043/CF88_EC99_livro.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. **Proposta de Emenda à Constituição Nº 113A, de 2015**. Reforma as instituições político-eleitorais, alterando os arts. 14, 17, 57 e 61 da Constituição Federal, e cria regras temporárias para vigorar no período de transição para o novo modelo, acrescentando o art. 101 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4398120&disposition=inline>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **AgR-AI nº 782.434/MA**, Primeira Turma, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Brasília, DF, 8 fev. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620958>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. **AgR-RE nº 464.277-8/SE**, Primeira Turma, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, Brasília, DF, 9 out. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=518357>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. **AGR-RE 756.073/PI**, Segunda Turma, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 17 dez. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5265231>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. **REX 366.488-3/SP**, Segunda Turma, Rel. Ministro Carlos Velloso, Brasília, DF, 4 out. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261605>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

BRASÍLIA. Tribunal Superior Eleitoral. **AgR-REspe nº 146-20/CE**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF, 27 nov. 2012. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=47001&noCache=-294813242>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. **AgR-REspe nº 70-55/BA**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF, 11 dez. 2012. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=47395&noCache=-267120659>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. **AgR-REspe nº 34.560/MA**, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 18 fev. 2009. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=34748&noCache=15689743>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. **Consulta 689-DF**. Rel. Ministro Fernando Neves, Brasília, 9 out. 2001. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=2445&noCache=1758935371>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. **REspe 17.568**, Alexandria - RN, Rel. Min. Fernando Neves, relator designado Min. Nelson Jobim, Brasília, DF, 03 out. 2000. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=4008&noCache=-546658754>> Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. **REspe 19.939**, São Paulo - SP, Rel. Min. Ellen Gracie, Brasília, DF, 10 set. 2002. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=1674&noCache=-1714670786>> Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. **REspe 109-75.2016.6.13.0133**, Itabirito - MG, Rel. para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, Brasília, DF, 14 dez. 2016. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sjur-consulta/pages/inteiro-teor-download/decisao.faces?idDecisao=127604&noCache=1549081180>> Acesso em: 14 fev. 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. 864p.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. 1667p.

COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de direito eleitoral**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 982p.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011. 1296p.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. 1576p.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Hipóteses de inelegibilidade do vice-chefe do Executivo.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-28/justica-comentada-hipoteses-inelegibilidade-vice-chefe-executivo>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

QUEIROZ, Ari Ferreira de. **Direito Eleitoral.** 11. ed. rev., ampl. e atual. Goiânia: IEPC, 2008.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral.** 9. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. 875p

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 40. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. 936p.

ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral:** noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à prestação de contas), ações eleitorais. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. 637p.

PEDOFILIA - UMA PRÁTICA VIRTUAL

KETHLEY RODRIGUES DE MORAES: Bacharel em Direito pela Universidade Paulista.

Trabalho de conclusão de curso para obtenção do título de graduação em Direito apresentado à Universidade Paulista-UNIP. Orientador: Prof. Dr. **DENIVAL FRANCISCO DA SILVA**

"Diga 'NÃO' a pedofilia; ajude aos anjos a voltarem ao céu das suas infâncias violadas!" (Aimara Schindler)

RESUMO: O objetivo do presente trabalho é estudar o distúrbio sexual classificado como pedofilia e até que ponto essa "doença" é de interesse do Direito ou não. Buscando esclarecimentos sobre este distúrbio como doença e como crime. A ocorrência da exteriorização dos atos pedofílicos podem ocorrer de diversas maneiras, assim o objetivo desta pesquisa é demonstrar que a internet também é um local de atuação e prática de crimes em geral. A presente pesquisa tem por finalidade mostrar uma das maiores agressões contra nossas crianças e adolescentes, métodos de prevenção, como é efetivada a punição para tais atos criminosos, as dificuldades enfrentadas e até que ponto o método de prevenção é dever do Estado ou dever da família; buscando esclarecer quais as penalidades para as pessoas que praticam essa atrocidade.

Palavras-chaves: Pedofilia, Internet, Crime, Doença

ABSTRACT: The aim of the present study is to study the sexual disorder classified as pedophilia and to what extent this "disease" is of legal interest or not. Seeking clarification on this disorder as a disease and as a crime. The occurrence of the exteriorization of the pedophilic acts can occur in several ways, so the purpose of this research is to demonstrate that the internet is also a place of action and practice of crimes in general. The present research aims to show one of the greatest aggressions against our children and adolescents, prevention methods, how the punishment for such criminal acts is carried out, the difficulties faced and the extent to which the method of prevention is the duty of the state or family duty; seeking to clarify what penalties for the people who practice this atrocity.

Keywords: Pedophilia, Internet, Crime, Disease

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. CAPÍTULO I. A PEDOFILIA COMO ABUSO SEXUAL PRATICADO NO ESPAÇO VIRTUAL. 1.1 DEFINIÇÃO DE CRIMES CIBERNÉTICOS. 1.2 QUANDO A TECNOLOGIA SE TORNA UMA AMEAÇA A SOCIEDADE. 1.3 O “VÁCUO” ONDE O CRIME ACONTECE. 1.4 O PROBLEMA DA DEFINIÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR OS CRIMES CIBERNÉTICOS. 1.5 APLICAÇÃO PENAL AOS FATOS INCRIMINADOS EM LEIS ESPECIAIS. CAPÍTULO II. PEDOFILIA E SEU TRATAMENTO LEGAL. 2.1 CONCEITO DE PEDOFILIA. 2.2 A PROTEÇÃO JURÍDICA À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE. 2.2.1 Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989. 2.2.2 Constituição Federal de 1988. 2.2.3 Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). 2.2.4 Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/1990). CAPÍTULO III REPENSANDO O TEMA PEDOFILIA. 3.1 PEDOFILIA: CRIME OU TRANSTORNO DE SEXUALIDADE? 3.2 A QUESTÃO DA IMPUTABILIDADE PENAL DAS AGRESSÕES SEXUAIS RELACIONADAS A “PEDOFILIA”. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico, informático e eletrônico faz com que diversas de nossas atividades do cotidiano dependam de algum equipamento eletrônico. Pode-se dizer que atualmente a sociedade não consegue mais sobreviver sem a tecnologia e a internet.

Da mesma forma que a internet veio para facilitar a vida das pessoas, ela acaba trazendo consigo muitos problemas, muitos deles solucionáveis outros de difícil solução. Um dos problemas é a criminalidade digital, que vem aumentando na medida em que a rede se expande e vem se tornando cada vez mais acessível a todas as pessoas, dentre estas, crianças e adolescentes.

Os pedófilos, como outras pessoas que tenha o intuito de praticar crimes no ambiente virtual, se aproveitam da fragilidade e inocência das vítimas, que creem que a internet é um “mundo” totalmente seguro, utilizando-se de linguagem e artifícios atraentes e de fácil entendimento, tudo isso para conseguir conquistar a confiança da vítima; no caso da pedofilia a confiança das crianças e adolescentes.

O tema em estudo se objetiva a análise do abuso sexual infantil, demonstrando a pedofilia, que pode perfeitamente ser praticados no ambiente virtual, analisando as condutas à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Os crimes sexuais e a pornografia infantil são uma realidade no Brasil, como no mundo todo, pois a rede digital possibilita a facilidade do mercado pornográfico nacional e internacional, dificultando assim a atuação policial e o processo de punição dos criminosos virtuais.

Levando em consideração a grande importância do tema abordado, buscarei mostrar a conduta do agente, a dificuldade de constatação de autoria do crime e de sua materialidade, pois muitas das vezes a autoria delituosa pode conquistar o anonimato facilmente, ficando assim impune o autor do crime; se em nosso ordenamento jurídico brasileiro há tipificação e punição aos pedófilos e como a lei e a jurisprudência aborda a inimizabilidade dos crimes relacionados à pedofilia.

Esta pesquisa básica e estratégica teve como metodologia, explicativa, de abordagem qualitativa, por meio de pesquisas bibliográficas, documentais e de estudo de caso através de jurisprudências.

Por fim, a análise do tema em um aspecto social, devendo ressaltar os direitos fundamentais à vida, liberdade, moral, que as crianças e adolescentes possuem, assim debaixo da tutela do Estado.

CAPÍTULO I

A PEDOFILIA COMO ABUSO SEXUAL PRATICADO NO ESPAÇO VIRTUAL

1.1 DEFINIÇÃO DE CRIMES CIBERNÉTICOS

A Internet é uma rede em escala mundial que permite com facilidade o acesso a informações e a transmissões de dados em geral.

Com a tecnologia da informática e internet, criou-se um novo espaço, transformando assim, a geografia que conhecemos em uma nova geografia, a virtual. Fazendo assim, um intermédio entre um local e um lugar abstrato.

Atualmente todas as pessoas sejam elas físicas ou jurídicas integram este ciberespaço, pois a internet se tornou um instrumento indispensável em nosso dia a dia. E com este avanço tecnológico, veio também os conhecidos crimes virtuais, trazendo conceituação ampla e variável.

Crimes de internet são condutas que tentam contra o estado natural de dados e recursos oferecidos pelos sistemas processuais de dados. Entendendo-se assim que o crime de internet é toda ação típica, antijurídica e culpável.

Nem sempre as condutas praticadas contra ou através de um computador será crime de informática e diferencia assim o crime de informática dos crimes cibernéticos:

Desse modo, não se deve confundir um crime comum praticado pelo uso ou contra o computador com um "crime de informática" propriamente dito. Assim, a maioria dos crimes elencados na nossa legislação penal vigente pode ser cometida por intermédio do computador; é o caso do estelionato, da ameaça, dos crimes do Estatuto da Criança e do Adolescente; o que se quer ressaltar é que existem comportamentos novos, como se verá a seguir, trazidos com o advento do computador, que são prejudiciais à sociedade como um todo, mas que ainda não estão tipificados pela legislação penal pátria. Bem por isso, necessitam de uma lei específica, vez que não se adaptam às incriminações convencionais. (ROSA, 2005, p. 57).

Conceitua crime de informática ou crime cibernético como sendo crime meio, onde o indivíduo se utiliza de um meio virtual para a prática criminosa. Não é, no entanto, um crime de fim, ou seja, crime cuja modalidade só ocorreria em ambiente virtual, exceto nos crimes praticados por *hackers* (PINHEIRO, 2013).

A maioria dos crimes cometidos em redes também podem ocorrer fora dela, sendo a internet apenas um meio facilitador.

Pode-se então classificar os crimes cibernéticos em puros, mistos e comuns:

Os crimes cibernéticos puros são aqueles os quais o indivíduo visa atingir o computador, sistemas de informática, dados e informações utilizadas. Geralmente a conduta é praticada por pessoas que possuem um nível alto de conhecimento informático mais conhecidos como *hacker*, servindo-se desta alta capacidade e conhecimento para invasão prejudicial a servidores. "São aqueles em que o bem jurídico protegido pela norma penal é a inviolabilidade das informações automatizadas (dados)" (SCMIDT, 2015, *apud* COSTA, 1997).

Os crimes cibernéticos mistos "são aqueles em que o uso da internet ou sistema informático é condição *sine qua non* para a efetivação da conduta, embora o bem jurídico visado seja diverso ao informático" (SCMIDT, 2015, *apud* PINHEIRO, 2000).

Por mais que o indivíduo não vise o sistema informático em si, a internet é instrumento indispensável para a efetivação do ato lesivo.

Já os crimes cibernéticos comuns são aqueles que o indivíduo se utiliza da internet para cometer condutas já tipificadas na legislação penal. Na classificação comum do crime cibernético a internet e os dados de redes são utilizados somente como um instrumento para a consumação da prática delituosa. Mudando assim a forma de execução, mas, a conduta permanece inalterável.

Um exemplo de crime cibernético comum é a pornografia infantil que antes da internet era instrumentalizada por meio de vídeos e fotografias atualmente, se aperfeiçoam por intermédio de *sites* e navegadores de internet.

Crime eletrônico ou crime digital são termos utilizados para se referir a toda atividade em que um computador ou uma rede de computadores são utilizados como ferramenta, base de ataques ou meio de crimes. (GIMENES, 2013).

É engano pensar que para configurar na esfera ativa dos crimes de informática haja a necessidade de ser um especialista. Com a evolução da comunicação em geral, equipamentos eletrônicos e a intensidade da tecnologia qualquer pessoa tem a acesso ao sistema de internet e rede, conseqüentemente qualquer pessoa pode configurar como sujeito ativo dos crimes virtuais, bastando assim um mínimo conhecimento.

Sujeito ativo de um crime é qualquer pessoa humana (física), capaz que prática conduta típica descrita em lei de forma isolada ou conjuntamente com outras pessoas que de alguma forma, subjetiva ou objetivamente contribui com a prática delituosa.

A pessoa jurídica não pode realizar comportamentos dolosos, ante a falta de vontade finalística, nem culposos, pois o dever objetivo de cuidado somente pode ser exigido daqueles que possuem liberdade para optar entre prudência e imprudência, cautela e negligência, acerto e imperícia. Os delitos eventualmente imputados à sociedade são, na verdade, cometidos pelos seus funcionários ou diretores, não importando que o interesse daquela tenha servido de motivo ou fim para o delito. (CAPEZ, 2012, p. 168).

Pessoas jurídicas, pelo ordenamento jurídico brasileiro não podem figurar como sujeito ativo de crimes, por não possuírem consciência, vontade ou objetivo final com a prática delituosa. Não há, no entanto, culpabilidade, não podendo assim haver aplicação de pena.

Os crimes podem ser classificados como crimes comuns e crimes especiais. Ao se tratar de crimes especiais, temos uma certa clareza ao identificar os sujeitos, tanto aquele que realiza a conduta descrita em lei como crime, quanto aquele que tem seu bem jurídico violado. Um exemplo de crime especial é o de infanticídio (art. 123, CP).

Nas condutas criminosas realizadas virtualmente de uma forma global, sempre haverá como sujeito passivo uma pessoa física ou jurídica, pública ou privada, possuidora de um bem jurídico tutelado.

Qualquer pessoa física ou jurídica que tenha seu bem jurídico lesado ou ameaçado por uma conduta criminoso é, portanto, sujeito passivo. E nada impede que em um mesmo delito mais de uma pessoa configure no polo passivo, desde que tenham seus bens jurídicos ameaçados ou lesados no referido tipo penal (MIRABETE, 2008).

1.2 QUANDO A TECNOLOGIA SE TORNA UMA AMEAÇA A SOCIEDADE

A medida que a sociedade evolui são criadas diversas maneiras e coisas para o auxílio desta sociedade.

Vivemos em uma era digital e tecnológica, onde a tecnologia passou a fazer parte de nossas vidas e dia-a-dia. É por meio destas tecnologias que nos tornamos povos informatizados e possuímos diversos aparelhos eletrônicos tais como: tablets, computadores, celulares, máquinas de inteligência artificial, dentre outros. Porém, mesmo com toda aparelhagem desenvolvida a maior evolução de todas foi a internet.

O surgimento da internet pode ser considerado algo revolucionário, trazendo comunicações e trocas rápidas de informações de forma mundial.

A internet trouxe a facilidade de comunicação ligando assim o mundo inteiro em uma única rede, podemos facilmente no Brasil conversar com uma pessoa da Rússia por exemplo. Não há um limite entre conexões entre pessoas com interesses em comum, não existindo assim distâncias no mundo da internet.

A criação da internet trouxe muitos benefícios a sociedade, trazendo a todos o alcance da cultura, lazer e educação deixando de ser privilégio somente de alguns. Por mais que este objeto tecnológico traz inúmeros benefícios à sociedade é necessário saber usufruir disso, desde que de maneira consciente e em conformidade com a lei.

Assim como a CF prevê em seu art. 5º, a Lei nº 12.965/2014, lei do marco civil na internet, possui fundamento na liberdade de expressão, respeito a diferenças pessoais e sociais, proteção aos direitos e garantias individuais, objetivando assim princípios que andam juntos com os demais princípios do ordenamento jurídico brasileiro, conforme transcrito na Lei:

Art. 6º "Na interpretação desta Lei serão levados em conta, além dos fundamentos, princípios e objetivos previstos, a natureza da internet, seus usos e costumes particulares e sua importância para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural.

Apesar da proposta positiva que a internet traz, é necessário ficar atento aos malefícios que podem ser ocasionados pelo uso da internet.

Os pontos negativos, são: Nem todas as informações possuem fontes seguras; a rapidez com que se obtém uma informação aparentemente correta impede que haja uma seleção da mesma; uso indiscriminado de informações errôneas; uso indevido de imagens e informações pessoais; portas abertas para crimes e abusos; pornografia infantil e adulta sem restrições de acesso; vírus destrutivos e nocivos; decadência da cultura “manuscrita” e verbal; roubo de informações e crimes virtuais.

Há, no entanto, criminosos que se utilizam da inocência dos usuários para propagar mensagens; coletar ou divulgar imagens e informações privilegiadas, com o intuito de prejudicar pessoas, trazendo a vítima, muitas vezes, prejuízos financeiros e/ou morais. Não há uma característica fixa dos criminosos, eles atuam de diversas maneiras, cometendo crimes como roubo de identidade, pedofilia, calúnia, difamação, ameaça, discriminação, *bullying*, entre outros.

O marco civil da internet foi um instrumento de regulamentação sobre questões relacionadas ao uso da internet, não trazendo definição e previsão de crimes. Havendo ainda a necessidade de um amparo maior da legislação penal para solucionar as demandas de uma sociedade denominada moderna.

1.3 O “VÁCUO” ONDE O CRIME ACONTECE

Conforme citado anteriormente, o avanço tecnológico contribuiu para o surgimento e crescimento de crimes cometidos de forma virtual, cujo atinge bens jurídicos já tutelados há bastante tempo pela legislação penal brasileira.

Os crimes virtuais podem atingir uma cidade ou até mesmo várias de um mesmo território, ou até mesmo ultrapassar os limites internos e atingir outras nações. É então que entra a cooperação entre os países para que assim possam juntos, um ajudar o outro na punição destes criminosos.

Há, no entanto, uma necessidade em se entender que ambiente é esse onde se praticam as condutas criminosas, como funciona, lugar do crime, para que assim

possamos explicar como se dará a competência para se julgar ações penais envolvendo crimes cibernéticos.

Os crimes virtuais causam sem dúvidas prejuízos reais tanto para pessoas físicas e pessoas jurídicas, são praticados por criminosos, onde os mesmos não necessitam de um território (solo), para realizar tal conduta, sendo as mesmas realizadas em um ambiente abstrato conhecidos como (ciberespaço), onde não se pode tocar. Diferentemente dos crimes tradicionais onde a própria legislação mostra os elementos que dele fazem parte e o conceito de território físico.

Sendo assim o ciberespaço um ambiente abstrato utilizado para realização de crimes por meio do uso da internet, os criminosos dão vida aos crimes cibernéticos, ultrapassando assim, na maioria das vezes os limites territoriais de um país, tendo a facilidade que a internet traz ao proporcionar a amplitude da criminalidade.

Desta maneira, o Brasil tem uma necessidade de buscar uma cooperação internacional para que assim possa julgar e punir os crimes praticados via internet.

1.4 O PROBLEMA DA DEFINIÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR OS CRIMES CIBERNÉTICOS

É claro que o crime ocorre por intermédio da convivência do homem em sociedade e se dá em um determinado local. No entanto nada impede que a conduta criminosa seja praticada em um país e venha refletir, em seu resultado em um outro país.

Há uma disputa entre as teorias da ação, do resultado e da ubiquidade em solucionar o conflito de incompetência. Porém conforme o art. 6º do Código Penal "considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado"; traz a conclusão de que o legislador adotou a teoria da ubiquidade ou teoria mista, defende que tanto o momento da ação ou o do resultado podem definir qual o tempo e local do crime (SARAIVA, 2003).

A territorialidade é regra geral, que advém do conceito de soberania dos Estados, onde os mesmos são responsáveis de decidir e aplicar leis pertinentes aos atos cometidos dentro de seu território. Eventualmente surge a necessidade e interesse do Brasil punir autores de crimes cujo os mesmos ocorreram fora do território brasileiro, sendo, portanto, a extraterritorialidade a aplicação da lei penal nacional aos delitos ocorridos no estrangeiro (art. 7º, CP)

Território é todo o espaço em que um país exerce sua soberania, sendo ele terrestre, aéreo, marítimo ou fluvial.

A adoção do princípio da territorialidade corresponde a uma boa administração da justiça, onde traz consigo a simplificação do direito, restaura a harmonia social que é abalada com a prática ilícita (SARAIVA, 2003).

Atualmente tem-se defendido a fragilidade do princípio da territorialidade para demarcação de competência, pois apesar do legislador ter adotado o princípio da territorialidade, vem se aprimorando cada vez mais a aplicação de normas de direito internacional como as quais o Brasil se obrigou, por exemplo, onde deve ser aplicada a lei nacional, sem prejuízos de convenções, tratados e regras de direito internacional.

No entanto, há situações excepcionais onde se faz necessária a aplicação da lei brasileira mesmo em relação aos crimes cometidos em territórios estrangeiros, ao que se dá o nome de extraterritorialidade da lei penal. Assim seguindo o princípio da defesa ou da proteção real, o Estado deve delimitar a aplicação da lei conforme a titularidade de um bem jurídico, devendo fazer incidir suas leis todas as vezes que houver uma lesão a um bem jurídico tutelado independentemente de quem for o agente ou qual o lugar do crime.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no Julgamento da Apelação nº 2009.38.00009930, entendeu ser da Justiça Federal a competência para processar e julgar, causas envolvendo a prática de crimes virtuais de publicação de imagens com conteúdo pornográfico envolvendo crianças e adolescentes. Afirmou ainda que o crime virtual por sua publicação instantânea permite a propagação e visualização em todos os lugares, no Brasil ou no estrangeiro. Trata-se de crime previsto na Convenção sobre os direitos das crianças, e que a competência é da Justiça Federal nos termos do artigo 109, V, CF:

Aos juízes federais compete processar e julgar: V – os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no julgamento da Apelação criminal nº 200950010048612, reconhece competência da Justiça Federal nos crimes de armazenamento de fotografias com conteúdo pornográfico envolvendo crianças e adolescentes, por se tratar da transnacionalidade do delito, pois estariam sendo praticados em ambientes virtuais como *Orkut*, tendo abrangência mundial.

1.5 APLICAÇÃO PENAL AOS FATOS INCRIMINADOS EM LEIS ESPECIAIS

Apesar das principais condutas ilícitas estarem descritas no Código Penal, há muitas outras condutas tidas como delituosas que se encontram previstas em leis especiais, tal como os crimes militares previstos no código penal militar; crimes de trânsito, previstos no código de trânsito brasileiro; crimes de pornografia envolvendo menores, previstos no estatuto da criança e do adolescente; dentre outros.

O código penal determina que suas regras sejam aplicadas aos atos delituosos descritos em leis especiais, a não ser que estas leis não disciplinem a matéria de forma suficiente.

Assim, havendo conflitos entre leis especiais que divergem do código penal, a disposição do texto extravagante deve prevalecer (SARAIVA, 2003).

CAPÍTULO II

PEDOFILIA E SEU TRATAMENTO LEGAL

2.1 CONCEITO DE PEDOFILIA

A pedofilia tem sua definição clínica, porém, usualmente a mídia e a sociedade em geral têm como pedofilia o fato de um adulto se envolver em uma

relação sexual com crianças de forma direta ou indireta, porém este conceito vai além desta classificação popular.

Parafilias é o termo utilizado para classificar os distúrbios sexuais, cujo comportamento atenta contra os princípios morais da conduta sexual tida como “normal” por parte da sociedade.

O Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-5), traz elementos que caracterizam vários distúrbios sexuais, inclusive o da pedofilia; cujo suas características diagnósticas não são apenas para aquelas pessoas que se dizem abertamente sexualmente atraídas por crianças na pré-puberdade, porém aquelas que também possuem desejo enraizado de forma oculta, não vindo a se exteriorizar abertamente.

A pedofilia deriva do idioma grego e tem como sentido literal “amor por crianças”; é uma alteração que promete a intensa atração de uma pessoa adulta independente do sexo, por crianças pré-púberes, também de ambos os sexos.

Vale ressaltar que não são todas as parafilias que são de interesse do ordenamento penal brasileiro, sendo de seu interesse apenas aquelas que são capazes de afetar o bem-estar da sociedade. Deve-se então, analisar com muita cautela até que ponto estes transtornos de sexualidade envolvem somente o indivíduo que as possuem, não afetando, nem trazendo vitimização a nenhum outro indivíduo, no que se tratando da pedofilia, a nenhuma criança.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) registra pedofilia como sendo uma doença, e descreve-a em seu item 10 F65.4; uma perversão sexual onde o indivíduo adulto possui um desvio que o leva a sentir atraído sexualmente por crianças, podendo se tratar de meninos, meninas, porém, geralmente pré-púberes ou no início da puberdade.

De acordo com (FRANÇA, 2015), pedofilia é uma perversão onde o indivíduo tem preferência sexual por crianças, tendo seu prazer desde a realização de atos contrários ao pudor, até a prática de atos libidinosos com a finalidade de satisfação do apetite sexual. Segundo o autor, essa preferência pode se dar de maneira heterossexual ou também de maneira homossexual.

A pedofilia por si só, não é capaz de configurar a agressão sexual, porém os pedófilos que convertem suas fantasias sexuais em atos reais que transformam em agressores sexuais, conseqüentemente em criminosos, mas nada impede de que a perversão fique apenas no estado oculto, sem manifestação exterior.

Deve-se então, pontuar que, nem todos que agridem sexualmente são pedófilos em sentido clínico, sendo assim melhor expressão trata-los como agressores sexuais, visto que a agressão sexual pode incluir como autor um pedófilo, porém, não se limita a estes.

O ordenamento jurídico brasileiro traz em seu teor a tipificação de diversos crimes que podem ser relacionados a pedofilia, devendo, assim, existir uma conduta criminosa que acompanhe tal patologia, descrita anteriormente em lei. É exemplo disso a agressão sexual, estupro, dentre outras condutas tipificadas em lei como crime. Em suma, quando uma pessoa, cogita ou está realizando atos preparatórios para execução de um crime, esta não poderá ser punida.

O CP adota o critério que, a cogitação (aquilo que está na mente da pessoa) e os atos preparatórios que antecedem a execução, não podem ser punidos desde que não configurem este, um crime autônomo.

Então é certo afirmar que, o que está no psíquico do ser humano não pode ser punido, e entender que tentar punir um pedófilo apenas por ser pedófilo vai contra nossa Legislação Penal, que por sinal, não traz em sua classificação de crimes a "pedofilia".

2.2 A PROTEÇÃO JURÍDICA À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

Atualmente as crianças e adolescentes, assim como outras pessoas que possuem uma certa vulnerabilidade, desde as últimas décadas vem obtendo várias conquistas referentes à preservação de seus direitos fundamentais. Porém como todos os direitos existentes, ainda há um longo caminho a ser trilhado para que todos eles sejam respeitados.

Sendo dever do Poder Público, representantes do povo zelar e atentar pelos direitos das crianças e adolescentes.

2.2.1 Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989

No Brasil, na década dos anos 80 haviam diversos debates, mobilizações sobre assuntos relacionados à necessidade de proteção das crianças e adolescentes. Foram realizadas campanhas pelos setores governamentais, todas buscando visualizar a necessidade que a criança e adolescente tem por proteção e atendimento especializado.

Houve, portanto, uma mobilização onde gerou ao legislador constituinte a necessidade da criação de normas que protegessem crianças e adolescentes. Foi então a inserido em nosso texto constitucional princípios norteadores para a proteção das crianças de acordo com a Convenção sobre os direitos das crianças, os quais já vinham sendo discutidos pela ONU.

A Convenção sobre os direitos das crianças foi aprovada em novembro de 1989 e posteriormente foi ratificada pelo Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990.

Com a ratificação da Convenção o Decreto trouxe mundialmente a ideia de proteção integral à criança e adolescente. Busca assegurar diretrizes para que seja dado o devido valor e apoio às crianças e adolescentes, buscando proporcionar qualidade digna, desenvolvimento em todos os aspectos, reconhecendo então a criança e ao adolescente como sujeitos de direito e apontando, tanto o Estado quando a sociedade em geral a obrigação pela manutenção e preservação de tais direitos.

Em seu art. 19, determina tratamento a ser seguido pelas partes que o assinaram ou se subscreveram ao documento em busca da proteção integral, no que se refere também ao tema da pedofilia ou qualquer violência contra o menor:

1. Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

2. Essas medidas de proteção deveriam incluir, conforme apropriado, procedimentos eficazes para a celebração de programas sociais capazes de proporcionar uma assistência adequada à criança e às pessoas encarregadas de seu cuidado, bem como para outras formas de prevenção, para a identificação, notificação, transferência a uma instituição, investigação, tratamento e acompanhamento posterior dos casos acima mencionados de maus tratos à criança e, conforme o caso, para a investigação judiciária.

A Convenção aborda todos os direitos inerentes as crianças: civis, políticos, sociais, culturais e econômicos das crianças.

Com o aumento das ações violentas contra menores, esta orientação vem com o intuito de indicar o dever a ser seguido, para que as ações tenham mais eficácia na tutela dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, desde seus primeiros dias de vidas, momento em que sua dependência é total em relação aos órgãos governamentais.

Com o desenvolvimento desta convenção ocorreu a globalização de consciência jurídica em torno dos direitos que as crianças e adolescentes possuem, visualizando os menores como titulares de direito onde seu desenvolvimento não deve sofrer qualquer tipo de restrição. Trazendo assim um incentivo aos países membros a adotarem um desenvolvimento harmônico de suas crianças resguardando os direitos a vida, a paz, a liberdade, a dignidade, a igualdade, entre outros.

2.2.2 Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal foi um avanço muito grande em relação aos direitos das crianças e adolescentes, tendo contemplado em seu art. 227 o princípio da prioridade absoluta. É conhecida como uma síntese da Convenção da ONU de 1989, onde declara os direitos das crianças, dever da família, da sociedade no geral e do Estado na preservação de tais direitos.

Traz consigo um novo conceito de criança como sujeito de direito, colocando-os como sujeitos preferenciais de direitos, deixando de serem tratados como objetos e passando a serem, como as demais pessoas na sociedade, possuidoras de direitos fundamentais. Em seu artigo 227, traz a ideia desta preferência determinando que:

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 negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Em seu art. 227, § 4º, deixou a cargo da legislação infraconstitucional a punição dos crimes de abuso, violência e exploração sexual contra crianças e adolescentes: “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.”

A Constituição Federal de 1998 foi uma evolução muito importante que, juntamente com a Convenção sobre os direitos das Crianças, a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente em julho de 1990, realizaram marco histórico na busca pelo amparo jurídico nacional dos menores.

2.2.3 Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940)

O Código Penal traz a tutela à diversos bem jurídicos, inclusive os relacionados às crianças e adolescentes.

Em seu art. 218-A traz a classificação do crime de Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente.

Art. 218-A: “Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem.”

Para que consuma a conduta criminosa em relação ao art. 218-A é necessário que o agente faça sexo ou qualquer outro ato libidinoso na presença

do vulnerável, sem, no entanto, que haja a indução. Um exemplo disso pode se dar claramente quando o agente faz sexo em um parque cujo estão presentes crianças, brincando. A finalidade especial de satisfação de lascívia própria ou de outrem deve estar presente.

Outro núcleo de configuração do crime é o fato de induzir o vulnerável a presenciar o ato libidinoso.

No entanto se o agente cometer o delito nas duas formas, responderá somente por um crime "satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente.

Este tipo penal exige o não envolvimento físico da criança ou adolescente no ato, pois se isto ocorrer não se trata do crime previsto no art. acima citado e sim no art. 217-A, CP (estupro de vulnerável).

É, portanto, perfeitamente admissível sua configuração por redes de Internet. Se alguém convence uma pessoa menor de 14 (catorze) anos, a presenciar o ato libidinoso ou conjunção carnal por transmissão audiovisual, pela internet, é claro que o objeto jurídico tutelado foi atingido, configurando assim o crime. Devendo, porém, a transmissão ser "ao vivo" e em tempo real.

Se a vítima por outro lado for induzida a se mostrar de forma pornográfica ou mostrando sua nudez diante de uma conversa por *webcam*, desde que presente o elemento de satisfazer lascívia, não configura o crime descrito no art. 218-A e sim o do art. 241-D, II do ECA.

2.2.4 Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/1990)

Os direitos das crianças e dos adolescentes faz parte da modernidade. Hoje, substitui o direito do menor, aplicando a doutrina de proteção integral. Em sua parte geral, estipula direitos fundamentais e na parte especial, traz os instrumentos de efetivação desses direitos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente faz uma denominação técnica de crianças e adolescentes em seu artigo 2º, como sendo: "Considera-se criança, para

os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aquela entre doze e dezoito anos de idade.”

Com o intuito de proteção integral o ECA dispôs especificadamente no seu título VII, sobre os crimes e infrações administrativas, onde crianças ou adolescentes são vítimas.

A Lei nº 11.829, de 25 de novembro de 2008, trouxe uma alteração nos artigos 240 e 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, aprimorando o combate aos crimes de produção, venda e distribuição de pornografia infantil. Buscou-se também a criminalização de condutas relacionadas à pedofilia virtual em seus artigos 241-A, 241-B, 241-C e 241-D.

Como já visto a pedofilia é uma psicopatia (desvio de sexualidade), onde um indivíduo adulto se sente atraído sexualmente por crianças e adolescentes. Porém não podemos caracterizar Pedofilia como crime, então, a nova Lei criou os então conhecidos crimes de pedofilia, até então inexistentes, onde os atos de um “pedófilo” se exteriorizam gerando abusos sexuais devendo assim, ser punidos.

Seguindo o disposto na Constituição Federal artigo 227, § 4º o legislador ao criar a norma de proteção integral da criança e do adolescente através do Estatuto da Criança e do Adolescente tipificou algumas condutas relacionadas à pedofilia que, ferem a dignidade sexual da criança e adolescente. O objeto jurídico protegido nestes dispositivos são sempre a integridade moral e/ou física da criança ou adolescente.

O art. 240 pune a produção, reprodução, ato de fotografar ou registrar, cena de sexo explícito ou pornografia que envolva crianças e/ou adolescentes. O tipo penal estabelecido pelo ECA busca a preservação da integridade física, psíquica e moral das crianças e adolescentes envolvidos.

Cometerão o crime também aqueles que agencia, facilita, organiza, obriga ou intermedeia a participação da criança nas cenas referidas no tipo penal. O envio de fotos pornográficas envolvendo crianças, por si só, já configura crime.

Tem-se como sujeito ativo desta modalidade o produtor, diretor, fotógrafo ou qualquer outra pessoa que realize o registro da cena, inclusive admite-se a participação.

Pornografia é, portanto, a representação de cenas ou objetos obscenos destinados a apresentação para um público a fim de despertar libido. No conceito legal compreende-se qualquer situação que envolva crianças ou adolescentes em cenas de sexo explícito ou a exibição de seus órgãos genitais.

O registro do ato sexual envolvendo o adolescente de idade igual ou superior a catorze anos, pela liberalização da conduta sexual do adolescente, é de ser analisada com cautela. O simples fato de ter relacionamento sexual consentido com adolescente de 15 anos e realizar a filmagem de um aparelho celular, apesar de constituir conduta típica formalmente, não haveria tipicidade material, pois não haveria a ofensividade ao bem jurídico. Porém, se depois de registrado o ato, o agente colocar em *site* de entretenimento, este cometeria o delito do art. 241-A (ISHIDA, 2013).

Em seu art. 241-A, o Estatuto traz a tipificação e a pena para quem: oferece, troca, disponibiliza, transmite, distribui, publica ou divulgue, em qualquer meio inclusive pelas vias de informática, fotografia, vídeo ou outros registros que contenham em seu conteúdo cena de sexo explícito ou pornografia infantil. Trata-se de um crime comum.

Também responderá pelo crime descrito no artigo 241-A, as pessoas que assegurarem os meios ou serviços para o armazenamento; ou por qualquer meio, o acesso por rede de computadores.

Este artigo visa punir quem, dá publicidade (torna conhecido), fotos, vídeos, entre outros registros envolvendo pornografia infantil.

Os chamados crimes cibernéticos, possuem um problema na fixação de competência. Há, no entanto, um entendimento do STF de que, a competência do art. 109, V, CF é hipótese de repercussão geral.

No que descreve o art. 241-B, é crime o ato de adquirir, possuir ou armazenar, fotos, vídeos ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornografia, por qualquer meio, inclusive meios de informática.

É atípica a conduta de adquirir, possuir ou armazenar tais registros, se, o agente que os possui tem o intuito de comunicar a ocorrência dos crimes dos arts. 240, 241, 241-A e 241-C.

No que tange questões processuais, a subtração de material pornográfico não se presta à prova de crime, por se tratar de prova ilícita. Tendo o exemplo de subtração de materiais pornográficos ocorridos em um consultório de dentista discutido pelo STF em Recurso Extraordinário nº 251.445-GO:

Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído. No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão (...)

O art. 241-C penaliza a simulação de participação de crianças e adolescentes em cenas de sexo explícito por meio de adulterações, montagens ou qualquer modificação de fotografias, vídeos ou qualquer apresentação visual.

Também incorre na mesma pena quem vende, disponibiliza, distribui, publica, divulga por qualquer meio, inclusive meios eletrônicos e de informática, adquire ou armazena materiais descritos no caput.

Atualmente a edição e alteração de fotografias não se limita mais aos profissionais da fotografia. Atualmente milhares de programas de edições como por exemplo o *photoshop* possuem acesso liberado ao público, se tratando assim de um crime comum, podendo ser cometido por qualquer pessoa com o mínimo de conhecimento fotográfico.

O verbo adulterar significa falsificar a fotografia, montagem é quando se constrói a fotografia e modificar é a alteração da fotografia, vídeo, etc.

Vale ressaltar o art. 241-D que criminaliza as condutas de aliciar, assediar, instigar (estimular), ou constranger, por qualquer meio de comunicação a criança com o fim de com ela praticar ato libidinoso. Estão incluídas as pessoas que, facilita ou induz o acesso da criança à materiais contendo cena de sexo com o fim de com ela praticar atos libidinosos e quem induz a criança a se exhibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita.

Neste tipo penal o legislador buscou criminalizar e aprimorar o combate às condutas relacionadas à pedofilia, descrevendo as condutas, porém restringindo o ofendido à criança, ou seja, pessoa com até doze anos de idade, visto que o adolescente (pessoa de doze anos a dezoito) possui uma maior capacidade de discernimento em relação aos atos dos pedófilos.

Porém o legislador não adotou a maneira mais sensata, pois, adolescentes também podem ser vítimas de assédio por parte dos pedófilos (ISHIDA, 2013).

Este suposto equívoco por parte do legislador abre “brechas” na lei, se tornando impossível a criminalização de situações análogas cometidas contra adolescentes.

Um problema comum entre as tipificações dos artigos acima mencionados é as redes sociais e redes de informática em geral, que fazem com que a conduta criminosa se prolifere com intensa velocidade, trazendo assim dificuldades em se chegar a autoria e dando aos criminosos a sensação de impunidade.

Deve-se, portanto, ser interpretado o Estatuto da Criança e do Adolescente de acordo com a Constituição Federal, apoiando-se nos princípios da proteção integral das crianças e adolescentes e da proteção suficiente.

CAPÍTULO III

REPENSANDO O TEMA PEDOFILIA

3.1 PEDOFILIA: CRIME OU TRANSTORNO DE SEXUALIDADE?

A pedofilia existe há muito tempo, porém com a globalização vem se tornando um assunto cada vez mais aparente em nossa sociedade, através da mídia, redes de internet e telejornais.

Como citado no capítulo anterior, a pedofilia segundo a OMS (Organização Mundial da Saúde) é considerada uma doença onde o indivíduo apresenta desejos, fantasias e estímulos sexuais por crianças pré-púberes.

É importante ressaltar que para a pessoa diagnosticada com pedofilia não existe cura, devendo assim, o pedófilo permanecer em constante tratamento clínico para que assim evite a exteriorização de tal parafilia.

Afinal, para um pedófilo tratamento ou punição?

Há de ser observado que a CF/88 em seu art. 5º, XXXIX traz a imposição de que todo crime deve ter previsão legal. "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal."

Para que a conduta seja considerada crime é necessário que um fato seja típico, antijurídico, culpável e punível.

A partir do momento em que os pedófilos exteriorizam seus transtornos sexuais eles se tornam agressores sexuais, cometendo assim crimes sexuais. Todo crime sexual de fato é um abuso sexual, porém não podemos considerar "abuso sexual" e "pedofilia" como crimes, pois em nosso ordenamento jurídico brasileiro inexistem previsão normativa.

Ninguém pode ser punido pelo mero fato de possuir uma doença, mas, a partir do momento em que a pessoa exterioriza sua patologia e esta se encaixa em alguma tipicidade penal estará caracterizado assim o crime. Responde então pelo crime descrito na lei e não pelo "crime de pedofilia".

Desta forma há em nosso ordenamento alguns crimes que pedófilos podem cometer, podendo estar relacionado com sua situação clínica. Os

principais são: arts. 240 ao 241-D do ECA e 217 e 218-A do CP, ambos explorados no capítulo anterior.

Quando uma pessoa comete um crime aplica-se a ela uma pena ou uma medida de segurança. De acordo com o art. 32 do CP são penas: as privativas de liberdade; as restritivas de direito e as de multa; o art. 96 do CP elenca as medidas de segurança como sendo: internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, a falta, em outro estabelecimento adequado e sujeição a tratamento ambulatorial.

Nos casos de medidas de segurança, os crimes citados que pode possuir autor detentor de transtorno de sexualidade, são apenados com reclusão, tendo como medida de segurança cabível a internação em hospital de custódia e tratamento especializado (psiquiátrico).

Majoritariamente, entende-se que o tratamento ambulatorial seria nos casos de crimes apenados com detenção, não contemplando os de reclusão.

Há a necessidade, no entanto, de se realizar perícias e realizar análises de casos concretos, para que um verdadeiro “doente”, que possui distúrbios sexuais não passe a ser tratado da mesma maneira que um agressor sexual, devendo levar em consideração se o indivíduo possui plena capacidade de entender o caráter ilícito do ato que praticou, um dos elementos da culpabilidade.

Por fim, não há lei que defina pedofilia como crime, logo, não se pode afirmar com total firmeza antes de analisar cada situação em particular; a doutrina é omissa ao esclarecer o tema, atualmente respaldado por decisões dos tribunais (jurisprudências) e posicionamento da psiquiatria forense.

3.2 A QUESTÃO DA IMPUTABILIDADE PENAL DAS AGRESSÕES SEXUAIS

RELACIONADAS A “PEDOFILIA”

A doutrina classifica crime como sendo uma conduta típica, antijurídica e culpável. Ou seja, uma ação ou omissão classificada legalmente como conduta proibida, contrária ao direito desde que exista imputabilidade, consciência do ato ilícito e exigibilidade de agir de forma distinta daquela que o agente agiu.

O crime relacionado a pedofilia, também, como qualquer outro necessita que o autor atue com total consciência potencial da ilicitude, tendo a possibilidade e a necessidade de atuar de outra forma.

Um dos elementos da culpabilidade é a imputabilidade, classificada por NUCCI, como sendo: "O conjunto das condições pessoais, envolvendo inteligência e vontade que permite ao agente ter entendimento do caráter ilícito comportando-se de acordo com esse conhecimento."

Uma das excludentes da culpabilidade está elencada no art. 26, do CP; estando ela relacionada ao agente do fato. Diz-se que é isento de pena, o agente, quando o mesmo possui doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Art. 26 – É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A psiquiatria-forense se espalda no parágrafo único do referido art. para considerar a pedofilia como uma perturbação da saúde mental, por se tratar de um transtorno (perturbação) e conseqüentemente intitula o detentor da parafilia como sendo sem imputável, tendo assim o benefício de redução de pena pelo crime praticado.

Parágrafo Único: A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Porém a doutrina não traz em seu rol de inimputáveis os autores de crimes pedófilos.

Para os tribunais e para a doutrina majoritária, as doenças da vontade e da personalidade antissociais (como é o caso da pedofilia), não são consideradas doenças mentais a ponto de excluírem a culpabilidade, pois não afetam a

inteligência de vontade do agente, se tratando apenas de um desvio de padrão médico considerado normal.

Sendo assim, os indivíduos que cometem crimes onde exteriorizam seu transtorno sexual, cometendo crimes relacionados à pedofilia devem ser punidos, pois, possuem total consciência do ato ilícito praticado, afastando assim a aplicação do disposto no art. 26, do CP.

É de grande importância destacar a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Piauí, pela 2ª Câmara Especializada Criminal.

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA MEDIANTE PRESENÇA DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE. CONDENAÇÃO. RECURSO DA DEFESA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. PEÇA QUE PERMITE CONTRADIÇÃO E AMPLO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. NEGATIVA DE AUTORIA E AUSÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PALAVRAS DAS VÍTIMAS EM CONSONÂNCIA COM AS PROVAS TESTEMUNHAIS E CORROBORADAS PELO RELATÓRIO PSICOLÓGICO. RUPTURA HIMENAL. NÃO OCORRÊNCIA. IRRELEVÂNCIA. ATOS LIBIDINOSOS TIPIFICADOS COMO CRIMES QUE NÃO DEIXAM VESTÍGIOS MATERIAIS. PEDOFILIA. TRANSTORNO MENTAL. INIMPUTABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. ACUSADO INTEIRAMENTE CAPAZ DE ENTENDER O CARÁTER ILÍCITO DO FATO. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA APLICADA DE FORMA CRITERIOSA E FUNDAMENTADA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. [...] 2. A materialidade e autoria dos crimes em questão restaram evidenciadas pelos depoimentos das vítimas na fase inquisitiva (fls. 30, 32, 34, 36, 38) e em juízo (cópia digitalizada- fls. 120/121); pelas entrevistas psicológicas das vítimas realizadas no Centro de Referência Especializado de Assistência Social- CREAS (fls. 93/97), todos coerentes entre si e com os fatos narrados na denúncia, além de estarem em conformidade com os

depoimentos das testemunhas durante o Inquérito (fls. 26/27; 28/29; 40/42) e em juízo (DVDs anexos- fls. 120/121).

3. É cediço que além da conjunção carnal, os tipos penais em questão também descrevem as condutas de Praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos' e Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, outro ato libidinoso', ou seja, os atos libidinosos descritos de forma coerente pelas vítimas e corroborados pelas testemunhas e pelo relatório psicológico são tipificados como crimes que não deixam vestígios materiais e, por si sós, ensejam a condenação, independente da prova de conjunção carnal. Dessa forma, as provas constantes dos autos comprovam a autoria e a materialidade dos crimes em questão (art. 217-A e art. 218-A, ambos do CP), ficando afastada a tese da defesa de absolvição por falta de provas.

4. Para que uma doença torne alguém inimputável, deve deixar o agente inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, segundo disposto no art. 26 do Código Penal. E não há nos autos qualquer indício de que o acusado seja inimputável. À" (fls.139). Portanto, a alegação da defesa no sentido de se considerar a pedofilia como transtorno mental para absolver o réu ou reduzir a pena imposta, não merece prosperar.

5. Em relação à aplicação da pena, a sentença demonstrou os fundamentos necessários para a condenação, conforme as provas colecionadas aos autos, em conformidade com o art. 93, IX, CF (fls. 134/143). [...] 7. Apelo conhecido e improvido, mantendo-se a sentença, pelos próprios fundamentos, em todos os seus termos.

(TJ-PI - APR: 00000270520118180060 PI 201300010081456, Relator: Des. Erivan José da Silva Lopes, Data de Julgamento: 26/03/2014, 2ª Câmara Especializada Criminal, Data de Publicação: 31/03/2014)

É possível perceber na decisão transcrita e ao sustento de alguns doutrinadores, que, o pedófilo possui plena consciência dos atos ilícitos por ele praticados, portanto não padece de transtorno mental que se enquadra no art. 26, do CP, podendo ser incriminado por seus atos praticados.

A autoridade competente deve aplicar a legislação correspondente a cada conduta típica do agente. Analisando sua plena capacidade de distinguir o lícito do ilícito, um pedófilo pode perfeitamente responder pelo crime de estupro de vulnerável como também pelos crimes praticados por intermédio da internet, que estão elencados no ECA, os quais sejam: venda, divulgação, posse e produção de pornografia infantil, mesmo que de forma simulada; e por aliciamento de crianças. Ambos explorados como objeto de estudo do presente trabalho.

Por fim, deve-se dar maior atenção a este assunto pela vulnerabilidade em que a criança e/ou adolescente se encontra, buscando incessantemente pela proteção de seus direitos, sua dignidade sexual e desenvolvimento da criança e adolescente. Buscando assim, impedir que estes agressores sexuais violem o desenvolvimento saudável da infância.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente trabalho mostrou que a internet possibilitou a comunicação entre pessoas de diversas nacionalidades, proporcionalizando a difusão de informação e fácil acessibilidade, com a interação de povos e culturas, reflexos de um mundo globalizado.

Porem com a globalização e acesso fácil a redes de internet por pessoas do mundo inteiro, de qualquer nacionalidade, idade e sexo, veio também a surgir os crimes virtuais, crimes próprios, que estão relacionadas a redes e ao computador e crimes comuns como (estelionato, difamação, calúnia, agressões sexuais), que, anteriormente só ocorreriam em modo territorial, com um espaço geográfico determinado, atualmente se transformando em crimes extraterritoriais em um espaço não geográfico de difícil determinação, e difícil descoberta de autoria do delito.

Um dos diversos crimes que ocorrem dentro e fora da rede mundial de internet, servindo o espaço virtual em grande medida como meio de contato prévio ou mesmo de violação para agressões sexuais contra crianças e/ou adolescentes, muitas cometidas por verdadeiros “maníacos” que saciam suas lascívias com a exposição e exploração do corpo infantil.

A ação destes sujeitos é conhecida como pedofilia, sendo seus agentes.

A medicina e psiquiatria tratam do assunto como um transtorno de sexualidade, sendo assim uma doença. No entanto, diante da repulsividade que é concebida a conduta, socialmente, não se tem divulgado formas de tratamento e encaminhamento para este fim.

Ocorre que o tabu em relação ao assunto, e a própria resistência em enfrenta-lo como um transtorno, em vez de contribuir para a redução dos casos, na verdade encobre o problema tornando-o cada vez mais acentuado.

Do ponto de vista jurídico, não há descrição típica para a conduta em si de pedofilia, mas os atos que daí decorrem, como a exposição de nudez infantil, a exploração da imagem, a sexualização, etc. desse modo, nenhuma pessoa será punida por meramente ser um pedófilo. É correto assim dizer que, sim, pedofilia não é crime! Porém como visto, nem todo crime sexual é cometido por um pedófilo, como também, nem todo pedófilo é um agressor sexual.

A partir da Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente, houve um novo olhar sobre os direitos das pessoas com idade inferior a de 18 anos, ressaltado pelo princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, inclusive, contra crimes sexuais cometidos na internet.

Outra importante análise feita foi a de que, se os pedófilos podem ou não gozar do benefício do art. 26 do CP. Apesar de ser classificada como doença, a pedofilia não torna o sujeito inimputável, sendo assim, totalmente capaz de distinguir o caráter ilícito de seus atos, devendo ser punido pelo crime que cometeu, segundo legislação penal brasileira.

Dada a importância do assunto, torna-se necessário o desenvolvimento de novas formas de descoberta de autoria dos crimes que ocorrem em ambiente virtual, para possível punição, maior observância do conteúdo de acesso das

crianças e adolescentes por parte dos pais e responsáveis e uma maior severidade das punições, não tratando o pedófilo que exterioriza seus atos pedofílicos como um “doente/coitado” mas, sim como um criminoso.

Nesse sentido, deve-se utilizar a rede de computadores e internet em geral com consciência, crianças e adolescentes necessitam de supervisão dos pais ou responsáveis. E ao contrário do que muitos dizem e/ou pensam, internet não é terra sem lei.

REFERÊNCIAS

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais**. DSM-5. 5 ed. – Dados eletrônicos – Porto Alegre: Artmed, 2014. Disponível em: <<https://aempreendedora.com.br/wp.content/uploads/2017/04/Manual-Diagnostico-e-Estatistico-de-Transtornos-Mentais-DSM-5.pdf>> Acesso em: 09/08/2018

BARBOSA, Cecília Pinheiro. **A responsabilidade penal do pedófilo**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12794>. Acesso em: 23 de outubro de 2018.

BRASIL. Presidência da República. **Código Penal Brasileiro**. Vade Mecum, p. 527/571, 21. ed. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum, p. 5/122, 21. ed. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 99.710, de novembro de 1990. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em 21 de maio de 2018

BRASIL. Presidência da República. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Vade Mecum, p. 1041/1073, 21. ed. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL, Presidência da República. **Lei 12.965, de 23 de abril de 2014**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em 02 de maio de 2018

BRASIL. Tribunal Regional Federal (TRF 2ª Região). Apelação nº 200950010048612: 18 de fevereiro de 2014, Desembargador Federal Marcello Ferreira de Souza Granado. Disponível em: <<https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24982155/acr-apelacao-criminal-apr-200950010048612-trf2>>. Acesso em: 11/06/2018

BRASIL. Tribunal de Justiça (TJ-PI 2ª Câmara Especializada Criminal). Apelação nº 00000270520118180060 PI 201300010081456: 31/03/2014, Des. Rel. Erivan José da Silva Lopes. Disponível em: <<https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/293549103/apelacao-criminal-apr-270520118180060-pi-201300010081456>> Acesso em: 20 de outubro de 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (TRF 1ª Região). Apelação nº 20093800009930: Brasília, 11 de fevereiro de 2011, Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=3547396>>. Acesso em 11/06/2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – (STF) Recurso Extraordinário 628.624: Recorrente: Fábio; Recorrido: Ministério Público Federal. Minas Gerais, 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10667081>>. Acesso em: 11/06/2018

BRASIL. Tribunal de Justiça do Piauí – (TJ-PI, 2ª Câmara Especializada Criminal) – Relator Des. Erivan José da Silva Lopes: Apelação Criminal: APR 0000027-05.2011.8.18.0060 PI 201300010081456. Julgamento em 26 de março de 2014, Publicação em 31/03/2014. Disponível em: <<https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/293549103/apelacao-criminal-apr-270520118180060-pi-201300010081456>> Aceso em: 23 de outubro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – (STF). Recurso Extraordinário 251445, Julgamento em: 21 de junho de 2000. Relator Min. Celso de Mello. Disponível em:

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825705/recurso-extraordinario-re-251445-go-stf>>. Acesso em: 11/06/2018

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARNEIRO, Adeneele Garcia. **Crimes virtuais**: elementos para uma reflexão sobre o problema na tipificação. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11529> Acesso em: 12 de abril de 2018

CASTRO, Leonardo. **Legislação Comentada**- arts 218 e 2018-A do CP, 2013. *Site* eletrônico JUSBRASIL. Disponível em: <<https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/121943505/legislacao-comentada-arts-218-e-218-a-do-cp>> Acesso em: 19/09/2018.

COUTO, Cleber. **Pedofilia no Estatuto da Criança e do Adolescente**: art. 241-E sua interpretação constitucional, *site* eletrônico JUSBRASIL, 2015. Disponível em: <<https://professorclebercouth.jusbrasil.com.br/artigos/211483569/pedofilia-no-estatuto-da-crianca-e-adolescente-art-241-e-e-sua-interpretacao-constitucional>> Acesso em: 21 de maio de 2018

FRANÇA, Genival Veloso de França, **Medicina Legal**. 10.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015.

GHIRAIDELLI, Felipe Vittig. **Inter Criminis**. 2018, *site* eletrônico Portal Jurisprudência. Disponível em: <<https://portaljurisprudencia.com.br/2018/09/12/20018>> Acesso em: 05 de novembro de 2018.

GIMENES, Emanuel Alberto Sperandio Garcia, **Crimes Virtuais**. Publicado em 30/08/2013. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/64929/crimes_virtuais_gimenes.pdf Acesso em 23 de abril de 2018.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABRINI, Renato N. **Manual do Direito Penal**, Parte Geral, 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral: Parte Especial 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OMS – Organização Mundial da Saúde – **Manual de Classificação Internacional de Doenças** (CID-10), 1995

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente** – uma proposta interdisciplinar – 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

PINHEIRO, Patricia Peck Pinheiro. **Direito Digital**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES, Willian Thiago de Souza Rodrigues. **A pedofilia como tipo específico na legislação penal brasileira**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5071>. Acesso em: 21 de maio de 2018

ROSA, Fabrício. **Crimes de Informática**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2005.

SARAIVA, Alexandre José de Barros. **Direito Penal Fácil**: Parte Geral – Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SCHIMIDT, Guilherme, **Crimes Cibernéticos**, 2015. Disponível em: <https://gschmidtadv.jusbrasil.com.br/artigos/149726370/crimes-ciberneticos> Acesso em 23 de abril de 2018.

SILVA, Patrícia Santos; SILVA, Matheus Passos (coord). **Direito e Crime Cibernético**: Análise da competência em razão do lugar no julgamento de ações penais, [recurso eletrônico]. Brasília: Vestnik, 2015. Disponível em: <https://play.google.com/books/reader?id=EQyBgAAQBAJ&printsec=frontcover&output=reader&hl=pt_BR&pq=GBS.PT1> Acesso em: 02 de maio de 2018

TÁVORA, Nestor Távora; ALENCAR, Rosmar Rodrigues Alencar. Curso de **DIREITO PROCESSUAL PENAL**. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

VENTURA, Denis Caramigo, **Sim, pedofilia não é crime**. Publicação EletrônicaJUS. Artigo publicado em: novembro de 2017; elaborado em: novembro de 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61874/sim-pedofilia-nao-e-crime>> Acesso em: 18 de outubro de 2018.

POSSE NO CÓDIGO CIVIL - TEORIAS E SEU CONTEÚDO

ELIS BANDEIRA ALENCAR BRAYNER:

1. Introdução

A posse é um direito que exercemos diariamente. Seja na compra de um novo apartamento, na sua venda ou seu aluguel, estamos o tempo todo exercendo, transferido e adquirindo esse direito que, no entanto, envolve diversos aspectos e não é tão facilmente compreendido.

Compreender a posse enquanto um direito, permite que possamos verdadeiramente tutelá-lo e defendê-lo, como parte essencial de nossas vidas. Além disso, permite analisar criticamente os movimentos de invasão de propriedade como o MST e o MTST, tendo em vista os mecanismos de proteção de propriedade conferidos pelo Código Civil em vigência.

O conceito de posse tem por origem o Direito Romano e, embora tenha sofrido algumas alterações ao passar do tempo, ainda guarda forte similitude com sua acepção original. Sua concepção nuclear é colocada por Caio Mário da Silva Pereira da seguinte forma:

“(...) situação de fato, em que uma pessoa, independentemente de ser ou não ser proprietária, exerce sobre uma coisa poderes ostensivos, conservando-a ou defendendo-a.”

Dessa forma, o dono, agindo por meio de seus poderes ostensivos, pode conceder juridicamente apenas a fruição a outrem, como ocorre numa relação entre locador e locatário. Há também a possibilidade de delegar a alguém o poder de zelar pela coisa alheia, assim como um inventariante, síndico, administrador. Intrinsecamente, toda posse, possui uma relação entre uma coisa e uma vontade que sobre ela se exerce.

Todavia, ainda que exista um fio condutor que una a ideia essencial de posse, há teorias que divergem entre si na caracterização do elemento objetivo e subjetivo da posse. Nesse sentido, há duas grandes correntes de pensamento que possuem forte repercussão na legislação: a teoria subjetivista, elaborada por Savigny, e a objetivista, elaborada por Rudolf von Ihering.

2. Teorias sobre posse

Savigny, em sua obra *“Tratado da Posse”*, defende que o elemento material da posse não seria a coisa em si, mas o poder físico que a pessoa exerce sobre a coisa. Para o autor, a simples presença do adquirente já perfaz a aquisição da posse e, se no mesmo local houver outra pessoa, a coisa se adquire com seu consentimento, ou com seu afastamento pela violência.

Assim, aplicando a concepção de Savigny nos dias atuais, caso uma pessoa, a título de exemplificação chamada de João, possuísse uma casa de veraneio, à qual apenas fizesse visitas em suas férias de final de ano, se um terceiro visse a referida casa em um determinado dia em que estivesse desocupada, poderia apenas adentrar nela e dela se tornar possuidor. Seguindo o exemplo, caso João retornasse à sua casa para gozar de suas férias, esse terceiro poderia afastá-lo por meio da violência, se tornando o novo proprietário da casa de veraneio, ainda que não possuísse qualquer direito prévio sobre a mesma.

Savigny caracteriza o segundo elemento como a intenção de ter a coisa como sua, sem ela, haveria apenas detenção, não posse. Nesse sentido, a posse se configuraria com a conjugação da apreensão física e a intenção de dono. Seguindo essa corrente de pensamento, se alguém tem a coisa em seu poder, mas em nome de terceiro, não lhe tem a posse civil, portanto não teria efeitos jurídicos e não estaria protegido pelas ações possessórias ou interditos.

Von Ihering faz um contraponto à teoria de Savigny em sua obra "O fundamento da proteção possessória". Para o autor, o *corpus* é a relação entre o proprietário e a coisa, ou seja, a aparência da propriedade. O elemento material da posse é a conduta externa da pessoa, segundo essa teoria, não é preciso exercer o poder físico sobre a coisa.

Diferentemente do que dizia Savigny, para Ihering, o elemento psíquico não se configura na intenção de ser propriamente o dono, mas em apenas proceder como procede o proprietário, *animus tenendi*. A posse se caracteriza pelo procedimento externo, independente da intenção da pessoa. Essa concepção possui efeitos práticos verdadeiramente significativos pois permite que o locatário, depositário e comodatário, entre outros, defendam-se por meio de ações possessórias e interditos não apenas contra terceiros, como também contra o proprietário da coisa que eventualmente perturbe a fruição da coisa.

A teoria objetiva mostra-se mais facilmente adequada para aplicação na realidade, tendo em vista que a comprovação do *animus domandi* é extremamente difícil. O ponto de divergência entre ambas as teorias é o seguinte: para Savigny a posse apenas se configura quando é adicionado o *animus domandi*, sendo, antes disso, apenas mera detenção, enquanto para Ihering a coisa mais o *animus tenendi* configuram a posse, que se transforma em mera detenção apenas quando há um impedimento legal.

A definição dos elementos da posse feita por Ihering foi a adotada pelo nosso Código Civil, não se exigindo a intenção de dono, nem reclamando o poder físico sobre a coisa. Conforme demonstra o seguinte dispositivo:

Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Todavia, se faz necessário destacar duas hipóteses previstas no código civil em que não é configurada a posse. A primeira delas é daquele que conserva a posse de terceiro seguindo suas instruções ou ordens, assim como coloca o art. 1.198^[1]. A segunda hipótese os atos de mera permissão, que resulta de uma concessão do dono, ou tolerância, situação na qual nenhum direito é verdadeiramente cedido, como dispõe o art. 1208^[2].

O ordenamento jurídico brasileiro trata diferentemente a posse de acordo com suas nuances. Esse tratamento gera quatro grandes classificações de posse, contidas no Código Civil.

A primeira delas é a de posse justa e injusta. A posse justa é aquela que não é posse violenta, clandestina ou precária, defeitos típicos que caracterizam a posse injusta. O Código Civil caracteriza a posse justa em seu artigo 1200:

Art. 1.200. É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária

Para melhor entender essa divisão, cumpre explicar cada um desses defeitos típicos. A posse violenta é aquela em que a aquisição é feita pela força física ou moral, essa posse pode ser vista em várias das ocupações do MTST e do MST. A posse violenta somente se caracteriza caso ocorra no início da posse, a reação a uma violência de um possuidor legítimo é válida e protegida pela lei, quando se atua de forma moderada, veja-se:

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.

Nos Estados Unidos da América, essa proteção, em alguns estados, é ainda mais extensa, devido à lei "Stand your ground", em tradução literal seria a Lei de suporte ao seu terreno, que permite que pessoas respondam a ameaças às suas propriedades sem enfrentar quaisquer sanções penais. Seria uma espécie de legítima defesa aumentada, tendo em vista não possuir a necessidade de ser proporcional.

Tal dispositivo legal tem gerado grande controvérsia, em especial no estado da Flórida, onde o autor da violência não precisa comprovar que estava sofrendo ameaça à sua integridade física. Muitos críticos à lei dizem que a mesma encoraja

a violência e permite discriminação racial sistêmica. No entanto, para muitos cidadãos americanos, o dispositivo legal permitiu a defesa de suas propriedades e sua integridade física.

No Brasil, dificilmente uma lei nos mesmos moldes seria aprovada, além de possuir uma abertura clara para uso indiscriminado que poderia resultar no aumento da violência. No entanto, é evidente a falta de legislação que apoie a proteção da propriedade em nossa legislação, permitindo que ações de invasão possuam um custo muito menor que o benefício que pode ser obtido.

Ainda no que tange as formas de posse injusta, existe a posse clandestina em que a aquisição é feita por meio de ocultamento em relação àquele que tem interesse de conhecê-la. Assim como a posse violenta, a clandestinidade é um defeito relativo.

Enquanto defeitos relativos, a violência e a clandestinidade apenas podem ser acusadas pela vítima. Além disso, como temporários, poder ser purgados depois de cessarem, assim como dispõe o artigo 1.208 do Código Civil:

Art. 1.208. Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.

Dessa forma, enquanto permanece um desses defeitos relativos, não há posse, existindo apenas a detenção. Tal detenção, chamada pela doutrina de dependente, deriva da mera permissão ou tolerância. Como previamente mencionado, a permissão está ligada a uma ação positiva, enquanto a tolerância se mostra quando há omissão.

Por fim, a posse precária se configura quando aquele que recebeu a coisa a título provisório, com o dever de restituí-la, por meio do abuso de confiança, intitula-se possuidor. Essa posse se inicia de forma legítima, tornando-se viciada a partir do momento em que o possuidor se recusa a atender ao pedido de revogação de autorização cedida previamente.

A posse injusta não pode se tornar justa por decurso do tempo nem pela vontade ou ação do possuidor. Essa transformação apenas poderá ocorrer quando há uma inversão do título por algum fundamento jurídico, que parta de terceiro ou por modificação essencial do direito. Uma aplicação na realidade dessa modificação seria o caso de alguém que tenha posse injusta por clandestinidade e herde o terreno do desapossado.

A segunda classificação divide a posse em de boa-fé e de má-fé. Há certa discussão no que diz respeito à definição do que seria uma posse de boa -fé,

dividindo os autores em um conceito negativo, a ausência de má-fé, e um conceito positivo, o que exigiria um cumprimento do procedimento leal. No entanto, sua demonstração em matéria possessória, não tem grandes diferenças do que sua demonstração em geral.

Assim, basta que aquele que invoca a boa-fé nas relações possessórias demonstre que tomou as cautelas normais, podendo ser presumida a boa-fé em seus atos. Já a posse de má-fé, é aquela em que o agente possui consciência que seu direito não é legítimo. O ônus probatório da ausência de boa-fé recai no reivindicante, ou seja, a boa-fé é presumida até que a outra parte prove o contrário. O Código Civil conceitua a posse de boa-fé da seguinte forma:

Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

A terceira classificação de posse é a de posse com justo título. Para que melhor se compreenda essa distinção, é necessário analisar cada um de seus elementos, a começar com a definição de título. Título, nessa hipótese, possui a ideia de criador da relação jurídica. Na relação de compra e venda, por exemplo, se diz que título aquisitivo de domínio.

Para que um título seja justo, é necessário que carregue em si a possibilidade de transferir a propriedade, independentemente das características particulares do caso. Cumpre destacar que, quem possui com justo título tem por si a presunção de boa-fé.

Por fim, se faz necessário diferenciar a posse direta da posse indireta. O possuidor indireto é aquele que cede o uso da coisa, enquanto o possuidor direto é aquele que recebe a coisa por meio de contrato. Numa hipótese concreta, vamos pensar que o Sr. João, que possui casa de veraneio que apenas utiliza nas férias de fim de ano, decide alugá-la para o Sr. Lucas por três meses. Havendo os dois firmado o contrato, Sr. João se torna possuidor indireto, enquanto o Sr. Lucas se torna o possuidor direto. O Código Civil apresenta genericamente o conceito de posse direta como:

Art. 1.197. A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto.

Frisa-se que, a posse indireta e a posse direta ocorrem simultaneamente, não sendo excedentes uma da outra. No exemplo apresentado acima, Sr. João não perde a posse da coisa ao alugá-la, apenas se torna o possuidor indireto, surgindo

uma nova relação de posse, posse direta, com o Sr. Lucas. Portanto, é igualmente ilícito que terceiro invada a casa do Sr. João nos meses em que o Sr. Lucas a habita como locador, os dois possuem o direito de proteção possessória.

Esse dispositivo é de suma importância, pois confere àquele que possui temporariamente a coisa em seu poder, a possibilidade de também proteger a propriedade. São diversas as possibilidades de uso imediato da coisa: comodato, penhor, usufruto, depósito, entre outros. Tendo em vista a falta de proteção à posse e sua violação crescente com movimentos de invasores de terra e propriedade, a possibilidade que se abre com o art. 1197 do Código Civil se mostra como uma proteção a mais que o possuidor mediato pode ter. É uma garantia de que você pode ceder temporariamente o poder da posse para outrem, sabendo que essa permanecerá protegida.

Havendo sido apresentado o conceito da posse e suas diversas classificações, se faz imprescindível apresentar as formas de perda e aquisição da posse. A posse pode ser adquirida quando o agente pratica por si mesmo o ato gerador da relação jurídica possessória, podendo também ser adquirida por representante ou procurador. Na hipótese de posse por representante ou procurador pode ocorrer pelo representante adquire a posse pessoalmente e logo depois transmite-a para o representado, ou quando o representante exterioriza a vontade do representado. Veja-se o dispositivo legal que trata dessa distinção:

Art. 1.205. A posse pode ser adquirida:

- I - pela própria pessoa que a pretende ou por seu representante;
- II - por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação.

Há ainda outra classificação no que tange à aquisição da posse, que pode ser originária ou derivada. A posse originária consiste em uma maneira unilateral de se tornar possuidor, não havendo transmissão ou interação entre os sujeitos, enquanto a posse derivada consiste numa forma bilateral de se tornar possuidor, ocorrendo quando decorre da transmissão da posse de um sujeito a outro.

A posse originária pode ser exemplificada em três figuras principais. A apreensão da coisa, uma dessas figuras, ocorre quando um terceiro apreende a coisa e o proprietário não faz oposição a essa apreensão. O exercício do direito, outra figura por meio da qual a posse originária se manifesta, é objetivada na utilização ou função da coisa, ou seja, consiste na manifestação externa do direito que pode ser objeto da relação possessória. A terceira figura é a disposição do direito, que está ligada a uma atitude de conduta normal do proprietário.

Essa forma de aquisição se mostra extremamente contraditória, isso porque, não existe um território ou objeto que não seja da posse de alguém. Nesse sentido, dizer que essa é uma das formas de aquisição de posse poderia legitimar diversos movimentos invasores de terra. Dizer que uma pessoa, por dispor ou exercer direito correspondente a direito do proprietário seria equivalente a ser proprietário é uma verdadeira deslegitimação da cadeia possessória.

Em contrapartida, a posse derivada pode ocorrer por três principais vias. a primeira delas é a tradição, que se manifesta pelo ato de entrega da coisa, passando de um antigo ao novo possuidor. A tradição pode ser efetiva ou material quando há entrega do bem, como seria a entrega de uma joia ao comprador, pode ser também simbólica quando substitui-se a entrega efetiva do bem pelo indicativo de vontade de transmissão, como quando o vendedor entrega as chaves do carro ao comprador, ou consensual.

A tradição consensual se manifesta em duas formas diferentes: *traditio longa manu* e *traditio brevi manu*. A *traditio longa manu* é aquela em que o objeto é grande demais para que se coloque a mão na própria coisa, bastando estar à disposição do adquirente. Quando alguém já possui posse direta da coisa por razão de vínculo jurídico e adquire seu domínio, não é necessário que devolva o bem ao dono para que este lhe faça novamente a entrega da coisa, podendo-se perceber a *traditio brevi manu*.

O contituito possessório é quando o possuidor do bem em nome próprio passa a possuir a coisa em nome alheio, se tornando possuidor direto enquanto o adquirente recebe a posse indireta. Isso ocorreria caso o Sr. João fosse dono da casa de veraneio e decidisse vendê-la para Sr. Lucas, mas ainda assim continuasse nela habitando por meio de aluguel. No Código Civil ela está assim prevista:

Art. 1.267. Parágrafo único. Subentende-se a tradição quando o transmitente continua a possuir pelo contituito possessório; quando cede ao adquirente o direito à restituição da coisa, que se encontra em poder de terceiro; ou quando o adquirente já está na posse da coisa, por ocasião do negócio jurídico.

O contituito possessório aparece no nosso ordenamento apenas como uma possibilidade na aquisição de posse de bens móveis. Todavia, pode ser utilizado na tradição de bens imóveis por meio de tradição analógica a partir do disposto no art. 1.196.

A acessão se dá quando há a soma das posses anterior e atual, que pode ocorrer pela sucessão e pela união. Na sucessão, a posse é transmitida aos

herdeiros legítimos ou testamentários mesmo sem haver atos dos mesmos, como dispõe o art. 1784^[3] do Código Civil. Além disso, cumpre destacar que a posse, por efeito da sucessão universal, mantém as mesmas características da posse anterior, assim como ilustra o art. 1203^[4] do referido código.

A união, outra maneira de se perceber a acessão, pode ser compreendida como sucessão singular, ou seja, quando os sucessores recebem um bem ou coisa certa, determinada. Nesse caso, a posse gerada é nova e independente da posse anterior, por ter caráter pessoal, ainda que possa o adquirente unir sua posse à de seu anterior caso queira:

Art. 1.207. O sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais.

No Código Civil, são previstas sete formas diferentes de perda da posse. A primeira dela é a perda da própria coisa é quando for absolutamente impossível encontrá-la, sendo impossível usufruir economicamente da mesma. A coisa deve estar perdida sem que o possuidor queira recuperá-la ou que outrem tenha adquirido sua posse. Ou ainda, a perda da coisa pode ocorrer por estar em local inacessível, como uma joia caída no fundo do mar.

A segunda possibilidade é pela destruição, quando o objeto perece, o direito também deixa de existir. Imagine-se que a casa de veraneio do Sr. João seja soterrada pelos avanços do mar, nesse caso há perda do objeto e consequente perda do direito. Por outro lado, se essa apenas fica desgastada pela maresia, há uma perda de valor econômico, mas ela ainda pode ser avaliada, não havendo perda de direito por mera deterioração do objeto.

A terceira é a posse de outrem, o esbulho do terceiro que passa, contra a vontade do outro, a possuir a coisa. Isso porque uma das características essenciais da posse é sua exclusividade, se um objeto tem sua posse tomada, deixa de ter a posse quem a possuía anteriormente.

A quarta é o abandono, quando o possuidor deixa a coisa e possui o ânimo, a vontade, de renunciar o direito. Quando o Sr. João não utiliza sua casa de veraneio no inverno, por exemplo, não se configura o abandono, pois por sua finalidade natural, não faria sentido seu uso nesses meses.

A quinta maneira é a tradição, uma perda por transferência porque simultaneamente que alguém perde a posse, outro a adquire, diferentemente do que ocorre no abandono. Nos bens imóveis, a tradição pode ocorrer pela inscrição do título no registro respectivo.

A sexta é o constituto possessório, que trata-se da operação jurídica que altera a titularidade na posse, de maneira que, aquele que possuía em seu próprio nome, passa a possuir em nome de outrem. Caso o Sr. João venda sua casa ao Sr. Lucas, mas continue possuindo-a como locatário.

Por fim, perde-se a coisa fora do comércio, a coisa se torna inalienável por motivo de ordem pública, moralidade, higiene ou segurança coletiva. A coisa não pode ser possuída pois é impossível exercer, com exclusividade, os poderes inerentes ao domínio.

Há ainda a possibilidade de perda da posse de direitos. O Código Civil de 1916 elencava as possibilidades em um único dispositivo, o art. 520 em seu parágrafo único: "*Art. 520 Parágrafo único. Perde-se a posse dos direitos, em se tornando impossível exercê-los, ou não se exercendo por tempo que baste para prescreverem.*". Houve uma mudança desse dispositivo no Código Civil de 2002, que se limitou a tratar de forma sintética a perda da coisa no art. 1.223:

Art. 1.223. Perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o art. ^[5]1.196.

De forma resumida, ela ocorre pela impossibilidade de exercício da posse ou pela prescrição. A impossibilidade de exercício pode ser física ou jurídica e leva à impossibilidade de exercer sobre a coisa os poderes inerentes ao domínio. Por outro lado, a prescrição ocorre quando a posse do direito não é exercida no prazo previsto.

3. Conclusão

A posse é um dos institutos mais controvertidos do Direito Civil. Vê-se claramente, pela diversidade de opiniões doutrinárias e pela variedade de correntes justificadoras de suas características, o quanto a posse é complexa e de difícil compreensão. De fato, até a conceituação e a definição de sua natureza jurídica continuam a ser grandes incógnitas.

Apesar das divergências de opinião, todos os juristas reconhecem sua importância e destacam os efeitos e as particularidades do instituto. Nesse sentido, o estudo da origem e das teorias a respeito da posse ajudam a formar convicções e a melhor conhecer o "espírito" dela.

Referências Bibliográficas:

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. IV. Direitos Reais. 20 ed. De acordo com o Código Civil de 2002. Rev. E Atual. Por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Findlaw. (2018). Stand Your Ground Laws - FindLaw. [online] Disponível em: <https://criminal.findlaw.com/criminal-law-basics/stand-your-ground-laws.html> [Acessado em 16 Oct. 2018].

GOMES, Orlando. Direitos reais. 19ª ed. atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2007

GONÇALVES, Carlos Roberto . Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas . v. V .São Paulo : Saraiva, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Direitos Reais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 5.

NOTAS:

^[1] Art. 1.198. Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.

^[2] Art. 1.208. Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.

^[3] Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

^[4] Art. 1.203. Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida.

^[5] Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

A LITERATURA ENQUANTO BEM JURÍDICO FUNDAMENTAL - O DIREITO AO SEU ACESSO E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A PROMOÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

ADRIANA EDVIRGES DE SANTANA BITTENCOURT: mestranda na área de Linguagem e Letramentos Sociais pela Universidade Federal de Sergipe, Campus São Cristóvão - SE. Bacharela em Direito, Pela Faculdade Pio X, Aracaju/SE, licenciada em Letras com habilitação em Português. Advogada na área de Direito Público - Educacional, Administrativo e Tributário - no âmbito do Terceiro Setor.

RESUMO: O presente artigo propõe algumas reflexões a respeito da literatura enquanto bem jurídico fundamental, o direito ao seu acesso e como este pode contribuir para a promoção da dignidade humana. Para tanto, são considerados, principalmente, a concepção e os pressupostos de Antonio Candido sobre a literatura enquanto direito inalienável e humanizador, e pressupostos constitucionais.

Palavras-chave: Literatura. Bem Jurídico Fundamental. Dignidade Humana.

ABSTRACT: The present article proposes some reflections about literature as a fundamental legal good, the right to its access and how it can contribute to the achievement of human dignity. For this, the conception and assumptions of Antonio Candido on literature as an inalienable and humanizing right, and constitutional presuppositions, are considered.

Keywords: Literature. Good Legal Fundamental. Human dignity.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. A LITERATURA ENQUANTO BEM JURÍDICO FUNDAMENTAL. O ACESSO À LITERATURA E A SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A PROMOÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

Introdução

O Povo^[1]

O povo não tem a mínima cultura. Muitos nem sabem ler ou escrever. O povo não viaja, não se interessa por boa música ou literatura, não vai a museus. O povo não gosta de trabalho criativo, prefere empregos ignóbeis e aviltantes. (Luiz Fernando Veríssimo)

A crônica de Veríssimo, referenciada acima através de uns de seus trechos, precipuamente, traz em seu bojo uma estruturada crítica aos pensamentos manifestos e posicionamentos dos grupos que compunham a elite diretiva do Brasil, a respeito do modo como estes enxergavam e tratavam o povo no momento em que esse texto foi publicado, a saber, o país se encontrava em meio aos extremos do regime militar.

O autor ao longo da crônica, através de uma provocante escrita irônica, destaca que o povo - notadamente vítima de um processo dirigido e desproporcional de acumulação de renda, que gerou uma das maiores desigualdades sociais do mundo - é contraditoriamente responsabilizado por impedir o desenvolvimento e o crescimento do país.

A situação ironicamente ilustrada na crônica é bastante oportuna, sobretudo porque a concentração de riqueza mensurada na época, deixou (e por resquícios, ainda deixa) quantidades significativas da população sem condições de satisfazer suas necessidades mínimas materiais e culturais, dentre as quais estão alimentação, saúde, educação, lazer.

De modo particular, no trecho supracitado da crônica, Veríssimo com seu tom sarcástico expõe intencionalmente o povo como sendo responsável por possuir supostos defeitos que maculam e comprometem o desenvolvimento da sociedade, como por exemplo "a falta de cultura", quando na realidade a principal vítima da inacessibilidade à educação, museus, música, arte em geral e literatura, é o povo.

Atualmente, esses supostos defeitos, ou simplesmente problemas sociais, como é mais realista chamá-los, representam manifestamente a inobservância e violação de princípios basilares de um Estado Democrático de Direito. Isso significa dizer, que embora o Brasil tenha conseguido diminuir algumas dessas distâncias

sociais, através de políticas públicas e mecanismos legais garantistas, nossas desigualdades continuam visivelmente inflamadas.

O cenário é esse: um país cujo povo recentemente foi retirado do mapa da fome mundial, estaria comprometido em sanar preocupações materiais e imediatas, muito maiores que garantir ao povo acesso a bens imateriais, libertários como o direito de se ler e de se fazer literatura. Afinal, qual seria a utilidade da leitura de versos e contos para a vida do povo?

Infelizmente, não é incomum que direitos revestidos de aspectos espirituais sejam tratados muitas vezes de forma desprestigiada, considerados como bens supérfluos, como estrategicamente foram tratados e encenados na crônica de Veríssimo.

Entretanto, esses direitos derivam diretamente do direito à vida, não no seu sentido estrito, levando em consideração somente critérios físicos, mas, sobretudo os critérios psíquicos, espirituais e morais, que promovem ao ser humano uma vida digna. Para tanto, a literatura assume um papel muito importante para a afirmação desses direitos na vida de cada pessoa.

De acordo com Antônio Candido (2004) as manifestações artísticas, dentre elas a literatura, conseguem educar os sentimentos e organizar as formas caóticas presentes no íntimo do ser humano, pois, o texto literário age em grande parte no seu inconsciente e subconsciente. E, portanto, a literatura se revela fundamental para a garantia do equilíbrio humano e, conseqüentemente, da sua dignidade enquanto pessoa, já que

assim como não é possível haver equilíbrio psíquico sem o sonho durante o sono, talvez não haja equilíbrio social sem a literatura. (CANDIDO, 2004, p.176)

Candido (2004) considera o acesso à literatura como um fator indispensável de humanização e que corresponderia, nesse sentido, a uma necessidade universal, cuja satisfação constitui um direito inalienável.

Desse modo, levando em consideração a compreensão de que a literatura é um bem essencial e, por essa razão, não pode ser negado a ninguém, o presente trabalho propõe-se a refletir sobre o tema a partir da perspectiva de Candido,

destacando a relevância de se perceber a literatura como um bem jurídico fundamental, bem como uma forma legítima de contribuir para a garantia de condições mínimas existenciais necessárias à promoção dos efeitos do princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

A literatura enquanto bem jurídico fundamental.

Na concepção de Antonio Candido (1995), a natureza jurídica da literatura como um bem passível de ser tutelado, vem das linhas que ele mesmo escreveu – utilizando-se da distinção de “bens”, estabelecida pelo sociólogo francês Louis-Joseph Lebret - no texto intitulado *Direito à literatura*, no qual o autor destaca a existência de *bens compressíveis*, os que chamou de supérfluos e *incompressíveis*, os que não podem ser negados a ninguém e, portanto, essenciais.

Para ele, a literatura se enquadraria na segunda espécie, e sua justificativa é a de que não há sociedade no mundo que possa viver sem entrar em contato com algum tipo de fabulação. Vejamos nas suas exatas palavras:

São [bens] incompreensíveis certamente a alimentação, a moradia, o vestuário, a instrução, a saúde, a liberdade individual, o amparo da justiça pública, a resistência à opressão etc.; e também o direito à crença, à opinião, ao lazer e, por que não, à arte e à literatura. (1995, p. 240)

Nesse sentido, não é novidade que a literatura, enquanto manifestação artística, é revestida de um direito fundamental, na medida em que tanto normas constitucionais^[2] como infraconstitucionais^[3] podem alcançá-la, a exemplo do direito à cultura, liberdade de expressão, direito autoral, entre outros. Entretanto, o ineditismo, aqui, é representado pela noção de que existiria um direito à literatura não só relacionado àquele que a cria, mas também por parte daqueles a quem a literatura é dirigida: os leitores, ou seja, a sociedade em geral. E exatamente aqui, vamos ao encontro da concepção de Candido para qualificar a literatura como um direito tão fundamental quanto qualquer outro pertencente ao rol dos Direitos Humanos.

Nesse momento, é necessário compreendermos, ainda que de forma sucinta, o que faz de um direito um direito fundamental.

Para tanto, vamos nos valer da compreensão de Robert Alexy^[4] (2001), que define que um direito humano para ser considerado fundamental tem de possuir cinco requisitos, a saber, preferencialidade, moralidade, universalidade, abstração e fundamentalidade.

Nesse sentido, levando-se em consideração os requisitos postos por Alexy (2001), para definição da natureza de um direito como sendo fundamental e considerando a natureza de *bem incompreensível*, trazida por Candido (1995), para situar a literatura no rol dos direitos universais, não restaria dúvida que o seu acesso pelas pessoas, configuraria um direito fundamental.

É óbvio que existe uma inclinação legítima em se reconhecer o acesso à literatura como um direito fundamental, exigível por cada pessoa. No entanto, do ponto de vista puramente jurídico não há uma resposta definitiva para a questão, sobretudo quando esta é exposta a aspectos constitutivos como por exemplo: apreciar se o referido direito se configura como sendo um direito subjetivo. Sob este ângulo (estritamente jurídico), seria pouco provável conseguir conformar o direito à literatura a um direito subjetivo.

Nesse caso, a exemplo do que já ocorre com o direito dos animais, protegidos pelo direito constitucional a partir da garantia de um meio - ambiente ecologicamente equilibrado^[5], é possível, de pronto, vislumbrar também um tipo de proteção indireta para garantir o direito ao acesso à literatura.

Para tanto, a literatura precisa ser percebida e tratada como um bem jurídico relevante aos olhos da sociedade em geral (e não somente como um bem valioso, mas opcional para determinados grupos), a fim de que, como aconteceu progressivamente com a conscientização da necessidade de se ter e manter um meio-ambiente ecologicamente sustentável, se possa, a partir disso, pressionar o Estado no sentido de garantir efetivamente esse direito, e, de modo extensivo a todos, conforme estabelece a Constituição Federal.

Oportunamente, voltamos às palavras de Candido (1995) que, ao refletir sobre a natureza dos direitos humanos, destaca a imprescindibilidade de os colocar expostos a uma condição: a necessidade de "reconhecer que aquilo que consideramos indispensável para nós é também indispensável para o próximo" (1995, p. 239). E acrescenta que em si tratando dos bens espirituais, estes são

muito mais facilmente esquecidos e ou negligenciados pelas pessoas, quando relacionados à característica da essencialidade dos direitos humanos.

Nas linhas escritas do pensamento do autor:

[...] as pessoas[...] afirmam que o próximo tem direito, sem dúvida, a certos bens fundamentais, como casa, comida, instrução saúde – coisas que ninguém bem formado admite hoje em dia que sejam privilégios de minorias, como são no Brasil. Mas será que pensam que seu semelhante pobre teria direito a ler Dostoiévski ou ouvir os quartetos de Beethoven? Apesar das boas intenções no outro setor, talvez isto não lhes passe pela cabeça. E não por mal, mas somente porque quando arrolam os seus direitos não estendem todos eles ao semelhante. Ora, o esforço para incluir o semelhante no mesmo elenco de bens que reivindicamos está na base da reflexão sobre direitos humanos. (1995, p. 239-240)

Diante das palavras de Candido, não é difícil perceber que a discussão em torno de quais dos direitos humanos são tidos como imprescindíveis é delicada e controversa, uma vez que diz respeito a uma análise que comporta as mais diferentes visões, interesses e modos de conceber o outro e o valor de cada direito. Nessa perspectiva, o ser humano é compreendido como aquele que elabora, analisa, aprecia e desfruta dos seus direitos e reconhece os do seu próximo de maneira proporcionalmente simétrica.

Surge então, nesse contexto, uma questão central: a literatura é um direito (bem) essencial à vida? Ou seja, a sua privação à sociedade em geral, mobiliza cidadãos, órgãos, grupos, instituições a reivindicá-lo como ocorre, por exemplo, quando qualquer componente do ecossistema é visivelmente agredido?

Daqui, surgem muitas reflexões e controvérsias sobre o tema, pois muitos avaliam como essenciais somente bens diretamente ligados à manutenção orgânica e visível de preservação da vida. É inevitável nos recordarmos das palavras, anteriormente citadas, de Candido (1995), pois a forma como a sociedade percebe o valor de um bem jurídico, irá determinar o modo como sente a lesão causada pela sua negligência e como reage a ela, diante do Estado.

Nesse sentido, assim como Candido (1995), e à luz dos princípios e garantias constitucionais, são direitos essenciais ao ser humano, além do direito à alimentação, habitação, vestuário, saúde, educação, lazer, indubitavelmente, também a literatura, compreendendo este como sendo um dos principais mecanismos de desenvolvimento e fortalecimento do intelecto e da consciência, meios essenciais para a atuação plena do indivíduo na sociedade.

Assim, se a concepção de essencialidade da literatura como um direito fundamental de todos, ainda não perpassa as fronteiras das nossas distâncias sociais, como bem pontua Candido (1995), é dever do Estado conceber e promover tal compreensão a partir da garantia do seu acesso a todos.

Sobretudo porque o direito à literatura faz parte do rol de direitos que garantem um mínimo de condições existenciais humanas, para a proteção da dignidade da pessoa humana, e o Estado não pode se eximir ou se desobrigar a assegurar a efetiva garantia desses direitos.

Neste sentido, pode-se defender o direito à literatura como um direito fundamental implícito, abarcado pelo instituto da proteção indireta, como já mencionado anteriormente, devendo ser efetivado para que se cumpra o disposto na Constituição Federal quanto ao direito fundamental à educação, uma vez que a educação é direito de todos e dever do Estado [6], a fim de promover o pleno desenvolvimento da pessoa humana.

O acesso à literatura e a sua contribuição para a realização da dignidade humana.

Como já visto anteriormente, utilizando-se da concepção de Cândido no que tange à natureza jurídica da literatura, a qual, frise-se, é recepcionada neste trabalho, considera-se a literatura como um direito fundamental de todos os indivíduos, pois que “[...] ela é uma necessidade universal imperiosa, e [...] fruí-la é um direito das pessoas de qualquer sociedade.” (CANDIDO, 1995), uma vez que por seu intermédio outros direitos podem ser experimentados com eficácia, como o direito de liberdade e igualdade.

Para (COMPAGNON, 2009, P. 34), “[...] a literatura funciona como um instrumento de justiça e de tolerância, e a sua [...] leitura, experiência de autonomia, contribuem para a liberdade” e dignidade do indivíduo. Em outras

palavras, a literatura pode não mudar uma realidade propriamente dita, mas certamente tem o poder de libertar da alienação e da opressão.

Nesse sentido, tendo em vista todas as suas peculiaridades e os valores que pode transmitir e proporcionar às pessoas, a literatura é algo que pode propiciar inúmeras experiências positivas e condições para formação da personalidade e uma compreensão macro acerca da vida, de modo que, não é possível limitar sua significância e funcionalidade.

Assim, a dimensão e o alcance da literatura para o ser humano e a sociedade como um todo, somente podem ser percebidos e compreendidos se o acesso a ela for promovido, ou seja, se for experimentada. E aqui, não importa se é popular ou erudita, a literatura deve ser tratada como essencial para a construção dos conhecimentos do ser humano e para que se aprimore a capacidade de discernimento em sua atuação em sociedade, por isso, a sua fruição constitui um direito inalienável. (CANDIDO, 2004)

Como já mencionado neste trabalho, uma das formas de assegurar a efetividade do acesso à literatura como um direito fundamental, é através da proteção indireta, neste caso, é dizer, por meio da proteção do direito constitucional à educação plena e de qualidade para todos.

Nessa perspectiva, é sabido que a forma materializada de se perceber o cumprimento dessa garantia constitucional é através da escola, sobretudo num momento em que absurdamente a cultura e as artes estão sendo tratadas como verdadeiros inimigos da ordem e da paz social. Isso parece exagero, sendo dito sobre a sociedade brasileira do século XXI, mas infelizmente não é.

Sobre tal realidade, numa recente entrevista à revista Carta Capital, o presidente da Academia Brasileira de Letras, o professor Marco Lucchesi (2018) ponderou: "Isso é um regresso civilizacional. Inenarrável. A obra é autotélica. Ela tem uma finalidade em si própria. Ela não está colocada sub judice. A literatura, por exemplo, pode ser boa ou má, mas não santa ou perversa".

Dessa forma, garantir o acesso à literatura por meio das escolas, é hoje, muito mais que uma possibilidade do cumprimento desse direito, é para as pessoas advindas de camadas mais populares a única forma.

Para tanto, a escola precisa e deve ser o canal de acesso ao texto literário e promoção de um letramento literário que permita ao aluno uma experiência de leitura que pode e deve ser ampliada com informações específicas do campo literário e para além dele. (COSSON, 2012)

Negar o acesso à literatura através da escola, é privar um direito fundamental ao aluno e, por reflexo, às suas famílias e à sociedade.

E mais, é somente a partir de um constante movimento de contato e de transmissão da literatura nas escolas, que progressivamente vão se constituindo relações de intimidade entre as mais diversas manifestações literárias e os alunos e, através destes, estendê-las aos seus contextos sociais. De modo que, expostos ao universo fabuloso da literatura - repleto de diferentes possibilidades e perspectivas -, possam percebê-la como um bem imprescindível ao desenvolvimento de uma vida equilibrada e digna.

Assim, perceber a literatura como parte essencial de uma vida plena, será cada vez mais perceptível à sociedade, permitindo reconhecer quando o direito ao seu acesso for lesado ou negligenciado e, dessa forma, reivindicar ao Estado o seu devido cumprimento.

Garantido o acesso à literatura, muitas são as suas contribuições para a pessoa do leitor, bem como para organização e desenvolvimento de uma sociedade. Todavia, para este trabalho mostra-se oportuno analisarmos a contribuição da literatura para a realização da dignidade humana.

O ser humano possui dignidade porque é considerado para além de sua matéria. Isto significa dizer que ele possui necessidades físicas, psicológicas, mentais, sociais, espirituais, etc.

Para o direito, tem-se a dignidade da pessoa humana como fonte e postulado de todo sistema jurídico, sobretudo porque o ser humano compõe o núcleo desse sistema. Assim, a dignidade da pessoa humana é o princípio matriz que deve ser inalterável sob qualquer circunstância em que as pessoas estejam.

Desse modo, o direito fundamental à literatura é também responsável pela promoção da dignidade humana do indivíduo, principalmente no que diz respeito ao seu processo de formação, no qual a experiência com a leitura do texto literário

proporciona a si mesmo consciência e autonomia e à sociedade equilíbrio e equidade.

De acordo com Carvalho (2006):

O processo de leitura da literatura contribui para a formação do sujeito não só enquanto leitor, mas, sobretudo como indivíduo historicamente situado, uma vez que a interação texto-leitor promove o diálogo entre o conjunto de normas literárias e sociais presentes tanto no texto literário quanto no imaginário do sujeito.[...] Isso significa a ampliação de horizontes, visto que a incompleta identificação obra-leitor, a partir do embate de diferentes normas literárias e sociais, obriga o indivíduo a pensar sua condição sociohistórica, tendo como consequência uma possível mudança de postura diante da sociedade. (p. 127 e 128).

Nesse contexto, o acesso à literatura, tanto a popular quanto a erudita, e sua apropriação, auxiliam o ser humano a experimentar sua dignidade enquanto pessoa, na medida em que promove o seu autoconhecimento e sua capacidade de compreender o outro e seus sentimentos, minimizando distâncias arbitrárias socialmente estabelecidas e promovendo democratização do saber.

Sem dúvida, a literatura traz consigo um papel libertador, pois, além de divertir e encantar o leitor, o conduz, por meio da comparação, da análise e da reflexão sobre o mundo ficcional, à conscientização sobre variadas questões que lhe são muitas vezes restritivas ou ocultadas na sociedade - seja desvelando abusos de poder, percebendo aspectos de identidade nacional, impondo valores, ou, simplesmente, levando até o leitor exemplos das mais sublimes expressões de amor .

Candido (1995, p. 175), acertadamente, pontua que “[...] nas nossas sociedades a literatura tem sido um instrumento poderoso de instrução e educação [...] como equipamento intelectual e afetivo. Acrescenta que “a literatura desenvolve em nós a quota de humanidade na medida em que nos torna mais compreensivos e abertos para a natureza, a sociedade, o semelhante”.

De acordo com o autor,

Assim, como não é possível haver equilíbrio psíquico sem o sonho durante o sono, talvez não haja equilíbrio social sem a literatura. Deste modo, ela é um fator indispensável de humanização e, sendo assim, confirma o homem na sua humanidade, inclusive porque atua em grande parte no subconsciente e no inconsciente. (CANDIDO, 1995, p. 243)

Destarte, o acesso à literatura constitui um instrumento intelectual e afetivo poderoso, formando personalidade “segundo a força indiscriminada e poderosa da própria realidade”, (Candido, 1995, p. 243), conformando o indivíduo à condição de plenitude, discernimento e de equilíbrio, que alicerça o princípio da dignidade da pessoa humana.

A garantia da dignidade humana pressupõe que ao ser humano foi-lhe possibilitado vivenciar sua totalidade enquanto pessoa, para si mesmo e para a sociedade na qual está inserido, concebendo o outro como sujeito digno da mesma experiência, e “a fruição da arte e da literatura em todas as modalidades e em todos os níveis” é fundamental para assegurar ao ser humano a efetividade desse princípio constitucional. inclusive, de modo contrário, na medida em que evidencia as suas violações, permitindo ao cidadão buscar a devida reparação.

Considerações finais

A vida verdadeira, a vida afinal descoberta e tornada clara, por conseguinte a única vida plenamente vivida, é a literatura.

*Marcel
Proust*

Mergulhados nessas sensíveis, mas profundas palavras de Proust (1995), sobre a concepção de uma vida plena - possível através da literatura -, e depois das reflexões apresentadas, caminhamos para o fim deste trabalho, seguros de que, a viagem ao universo ficcional contribui diretamente para desenvolvimento do conhecimento do indivíduo e em sua atuação autônoma, consciente e plena na sociedade.

Restou evidente também que o universo fabulado da literatura não pode e, não deve, ser privilégio a ser desfrutado apenas por uma pequena parte da sociedade uma vez que o seu acesso é capaz de educar os sentimentos e organizar as formas caóticas presentes no interior do homem, pois, como afirma Antonio Candido (2004), a leitura literária atua em grande parte no inconsciente e no subconsciente humano, daí a relevância da literatura para o equilíbrio do homem.

Nesse sentido, “assim como não é possível haver equilíbrio psíquico sem o sonho durante o sono, talvez não haja equilíbrio social sem a literatura” (CANDIDO, 2004), sobretudo porque, conforme acertadamente considerou o autor, esta se conforma como sendo fator indispensável de humanização, de caráter essencial, razão pela qual torna-se uma necessidade universal, cuja satisfação constitui um direito inalienável. (CANDIDO, 2004)

Uma vez concebido o acesso à literatura, como um bem jurídico fundamental, é necessário prezar pela sua garantia. Assim, a partir da reflexão proposta aqui, foi possível compreender que um meio efetivo para assegurar o cumprimento desse direito, é através do instituto da proteção indireta, nesse caso, a partir da proteção ao direito constitucional da educação, esta, institucionalizada pela escola, principalmente, porque para a maioria da população brasileira esse é o único meio de acesso à literatura.

Por fim, foi possível entender o quão é relevante a promoção do acesso à literatura para a dignidade humana, na medida em que proporciona a cada pessoa a possibilidade de transformar a vida num sonho lúcido capaz de fomentar a criatividade, a imaginação, a criticidade e a humanização do sujeito, uma vez que os torna mais conscientes, participativos na sociedade e capazes de compreender o seu semelhante, respeitando-o em sua dignidade, que é personalíssima.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p.112 – 130.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10/12/2018.

CANDIDO, Antonio. **O direito à Literatura**. In. CANDIDO, A. **Vários escritos**. 3. ed. São Paulo: Duas Cidades, 1995, p. 169-191

_____. **O direito à literatura**. In. CANDIDO, A. **Vários escritos**. 4ª ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Duas Cidades/Ouro sobre Azul, 2004, p. 168-192.

_____. **A literatura e a formação do homem**. In: _____. **Textos de Intervenção**. São Paulo: Editora 34/ Duas Cidades, 2002. p. 77-92.

CARTA CAPITAL. **Onda conservadora e regresso civilizacional**. Revista Carta Capital, 18/11/2018. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/cultura/onda-conservadora-e-regresso-civilizacional/>. Acesso em: 09/12/2018.

CARVALHO, D. B. A. de. **A leitura da literatura na escola**: o lugar da criança como sujeito sócio-histórico. In: AGUIAR, V. T.; PENTEADO, M. A. A. **Territórios da leitura. Da literatura aos leitores**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2006.

COMPAGNON, Antoine. **Literatura para quê?** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

COSSON, R. **Letramento Literário – Teoria e Prática**. São Paulo: Contexto, 2012.

PROUST, Marcel. **Em busca do tempo recuperado**. Tradução de Fernando Py. RJ, Ediouro, 1995.

VERÍSSIMO, Luís Fernando. **O popular**. 3. ed. Porto Alegre. LPM Editores, 1984.

NOTAS:

[1] Crônica publicada em 1973, no livro *O Popular*, o qual marca oficialmente o início da carreira do escritor.

[2] 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:

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

[3] Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, reconhecida como Lei dos Direitos Autorais. Art. 1º Esta Lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos.

[4] Robert Alexy é um dos mais influentes filósofos do Direito alemão contemporâneo.

[5] Constituição Federal, art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[6] Constituição Federal, 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.

REFORMA TRABALHISTA: ANÁLISE DA PREVALÊNCIA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA SOBRE OS DIREITOS TRABALHISTAS LEGISLADOS

WELDER RODRIGUES LIMA: Mestrando em Direitos Sociais, Advogado, Membro da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/DF, Especialista em Direito Processual, Especialista em Gestão Orçamentária e Financeira do Setor Público, Economista, Assessor no Banco do Brasil S.A.

Resumo: Trata-se o presente de uma explanação acerca da inovação trazida pela reforma trabalhista, Lei 13.467/2016, no tocante à possibilidade da prevalência das negociações empreendidas em sede de convenção ou acordo coletivo, sobre a lei. O texto da reforma trouxe um rol exemplificativo de assuntos que poderão ser objeto de negociação, limitou outros (que não poderão ser objeto de negociação exclusiva), no entanto, deixou de cuidar para que os direitos mínimos estabelecidos na Constituição Federal não sejam objeto de negociação. Isso poderá acarretar prejuízos aos trabalhadores, com possível redução ou supressão de direitos, o que desafiará a manifestação do poder judiciário acerca da constitucionalidade ou não da inovação trazida pela reforma trabalhista.

Palavras-chave: reforma trabalhista, acordo, convenção coletiva.

Abstract: This is the present of an explanation about the innovation brought about by the labor reform, Law 13467/166, regarding the possibility of the prevalence of the negotiations undertaken in a convention or collective agreement, on the law. The text of the reform brought an exemplary role of subjects that could be negotiated, limited others (that can not be object of exclusive negotiation), however, it ceased to take care that the minimum rights established in the Federal Constitution are not subject to negotiation. This may cause harm to workers, with possible reduction or suppression of rights, which will challenge the manifestation of the judiciary over the constitutionality or not of the innovation brought about by the labor reform.

Key-words: labor reform, agreement, collective agreement.

1 INTRODUÇÃO

A Lei 13.467/2017 promoveu diversas alterações na CLT, dentre elas destaca-se a vontade do legislador em atribuir a preponderância das negociações entre empregados e empregadores sobre as próprias disposições legais.

Há preocupações, especialmente por parte dos sindicatos de trabalhadores, de que tal prerrogativa poderá significar prejuízos aos empregados, por sua condição de desigualdade em relação aos patrões.

Os artigos 611 – A e 611 – B da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), introduzidos pela Lei 13.467/2017, disciplinam as matérias que podem ser objeto de negociação entre patrões e empregados, bem como a forma com a qual a negociação deverá ser feita.

Há a previsão, no texto legal de que as negociações se darão entre os sindicatos das partes, nas convenções coletivas, ou entre sindicato da categoria e a empresa, no caso de acordo coletivo. Isso indica que o trabalhador continuará amparado pelo sindicato da categoria.

Por outro lado, o artigo 444 da CLT excepciona a negociação diretamente entre empregado e empregador, nos casos de empregado de nível superior que perceba mensalmente salário igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Cumprindo aprofundar os estudos acerca dos mecanismos trazidos pela Lei 13.467/2017 para verificar que as negociações nos moldes da reforma não signifiquem supressão de direitos aos empregados, bem como forma e limites das negociações.

2 ASPECTOS INICIAIS

Para o desenvolvimento do tema proposto faz-se necessário a explicitação de algumas ideias iniciais, a saber: a inovação introduzida pela reforma trabalhista no tocante às negociações coletivas e a abordagem constitucional sobre o tema.

2.1 A autonomia das negociações coletivas na Reforma Trabalhista

A Lei 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, introduziu consideráveis alterações na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), tanto no tocante aos direitos individuais como coletivo.

A proposta do presente artigo é explanar justamente acerca de um aspecto que toca o direito coletivo dos trabalhadores, em especial o desejo apresentado

no projeto de lei que originou a reforma e que se propôs a “aprimorar as relações do trabalho no Brasil, por meio da valorização da negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores”, segundo consta do PL 6787/16.^[1]

Desse modo, claramente quis o legislador conferir maior autonomia sobre as negociações coletivas, passando a ser preponderante inclusive sobre matérias legisladas.

2.2 Ordem Constitucional

A Constituição Federal (CF), em seu Artigo 7º deu reconhecimento à validade dos acordos em convenções coletivas, nos seguintes termos:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

Coube, então, ao Tribunal superior do Trabalho (TST) estabelecer os limites das negociações coletivas, a título de exemplo reproduz-se o seguinte precedente:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA – ACORDO COLETIVO – LIMITES À NEGOCIAÇÃO COLETIVA. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, XXVI, ao permitir que as categorias profissionais e econômicas disciplinem as relações por ela travadas, não o fez de maneira a possibilitar o vilipêndio a direitos indisponíveis dos trabalhadores. Dessa forma, o negociado somente se afigurará passível de se sobrepor ao legislado, naquelas situações em que ausente a afronta aos aludidos direitos, o que não ocorre nos casos em que desrespeita normas inerentes à saúde do trabalhador, como é o caso da duração diária da jornada do trabalho.

Agravo de Instrumento em Recurso de Revista AIRR - 77140-17.2005.5.01.0056, Órgão Julgador: 1ª Turma; Publicação: 07/08/2009; Relator: Ministro Vieira de Mello Filho.

Sobre o tema assim posiciona-se Maurício Godinho Delgado^[2]:

Há limites objetivos à adequação setorial negociada; limites jurídicos objetivos à criatividade jurídica da negociação coletiva trabalhista.

Desse modo, ela não prevalece se concretizada mediante ato estrito de renúncia (e não transação). É que ao processo negocial coletivo falece poderes de renúncia sobre direito de terceiros, (isto é, despojamento unilateral sem contrapartida do agente adverso). Cabe-lhe, essencialmente, promover transação (ou seja, despojamento bilateral ou multilateral, com reciprocidade entre os agentes envolvidos), hábil a gerar normas jurídicas.

Também não prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta (e não indisponibilidade relativa), os quais não podem ser transacionados nem mesmo por uma negociação sindical coletiva. Tais parcelas são imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um patamar mínimo civilizatório que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e valorização mínima deferível ao trabalho (art.1º, III e art. 170, caput, CF/88). Expressam, ilustrativamente, essas parcelas de indisponibilidade absoluta a anotação na CTPS, o pagamento de salário mínimo, as normas de medicina e segurança do trabalho.”

Ocorre que, na visão do legislador reformista, o posicionamento do TST gera um ambiente de incerteza

jurídica quanto aquilo que foi ou o que pode ser negociado, fato que impede ou dificulta o desenvolvimento das atividades econômicas, além de gerar um passivo perante os Tribunais Trabalhistas a respeito da interpretação de cláusulas existentes em acordos coletivos ou convenções coletivas de trabalho.

Desse modo, até a entrada em vigor da reforma trabalhista, a jurisprudência tratou de estabelecer que as negociações coletivas não poderiam afrontar direitos previstos em lei, não podendo assim sobrepor-se ao legislado.

3 NEGOCIAÇÕES COLETIVAS APÓS A REFORMA TRABALHISTA – APREVALÊNCIA DO ACORDADO SOBRE O LEGISLADO

Com o advento da Lei 13467/16, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu Artigo 611-A, passou a prever expressamente as hipóteses exemplificativas sobre as quais a convenção coletiva passa a prevalecer sobre a lei, vejamos:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais:

II - banco de horas anual:

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas:

IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a [Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015](#);

V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança:

VI - regulamento empresarial;

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X - modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI - troca do dia de feriado;

XII - enquadramento do grau de insalubridade;

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

Observe-se que além das hipóteses elencadas, a expressão “entre outros” confere característica meramente exemplificativa do rol apresentado, abrindo a possibilidade de que outros assuntos também possam ser objeto de negociação prevalente sobre a lei, desde que não signifique a supressão ou redução dos direitos constantes do Artigo 611-B, vejamos:

Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:

I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);

IV - salário mínimo;

V - valor nominal do décimo terceiro salário;

VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

VIII - salário-família;

IX - repouso semanal remunerado;

X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;

XI - número de dias de férias devidas ao empregado;

XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;

XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei;

XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;

XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;

XIX - aposentadoria;

XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;

XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;

XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;

XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;

XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;

XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;

XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;

XXIX - tributos e outros créditos de terceiros;

XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.

Observe-se a presença da expressão “exclusivamente” para que se caracterize a ilicitude da negociação acerca dos pontos elencados no Artigo 611-B, ao passo que infere-se que se houver negociação não exclusiva acerca desses mencionados direitos, haverá licitude.

Nesse passo, vislumbra-se um risco de redução de direitos a depender da negociação empreendida na negociação ou acordo coletivo, o que parece confrontar a Constituição Federal, Artigo 7º, pois lá estão previstos os direitos mínimos os quais os empregados fazem jus, além de direitos indisponíveis, não tendo a Lei 13.467/2016 feito nenhuma ressalva acerca da preservação desses direitos constitucionais mínimos.

4 CONCLUSÃO

A reforma trabalhista, Lei 13.467/16, estabelece que as convenções coletivas e acordos coletivos poderão prevalecer sobre a lei, trazendo um rol exemplificativo de temas que poderão ser objeto de negociação e excetuando outros temas.

Não houve, entretanto, nenhuma ressalva com relação aos direitos mínimos estabelecidos na Constituição Federal, o que desafiará a manifestação do poder judiciário no tocante à constitucionalidade de tal permissivo.

A forma com a inovação inaugurada pela reforma trabalhista apresenta-se, aparentemente traz risco à supressão ou redução de direitos trabalhistas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível

em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm.

Acesso em 17 de junho de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em 30 de junho de 2018.

DELGADO. Maurício Godinho. Direito Coletivo do Trabalho. São Paulo: LTR, 2008.

PROJETO DE LEI 6787/16. Câmara dos Deputados. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>. Acesso em 29 de junho de 2018.

NOTAS:

[1] PROJETO DE LEI 6787/16. Câmara dos Deputados. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>. Acesso em 29 de junho de 2018.

[2] DELGADO. Maurício Godinho. Direito Coletivo do Trabalho. São Paulo: LTR, 2008.

DIRECTUM: CONSTRUINDO UMA SOCIEDADE JUSTA

DERMEVAL BARBOSA DE SOUZA FILHO:

Graduado em Direito pela Faculdade Dom Pedro II.

Resumo: O presente artigo faz um inventário histórico-filosófico acerca do questionamento sobre 'o que é o Direito', 'o que é a Justiça', 'qual a origem do Direito', propondo respostas originais para todas estas questões, além de propor uma nova teoria, qual seja, Teoria Juscongruente do Direito a título de conclusão. Constui-se num artigo-síntese de uma Monografia de Conclusão do Curso de Direito.

Abstract: This article makes a historical-philosophical inventory of the questioning about 'what is Law', 'what is Justice', 'what is the origin of Law', proposing original answers to all these questions, and proposing a new theory, that is, Right-Congruent Theory of Law by way of conclusion.

Palavras-chave: Direito – Justiça – Teoria – Juscongruente

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Idade Antiga – 3. Idade Média 4. – Idade Moderna 5. Idade Contemporânea - 6. Qual a origem do Direito? – 7. O que é a Justiça? – 8. Conclusões.

O questionamento acerca do ser do Direito e da Justiça perpassa todo o percurso histórico, inquietando filósofos e pensadores do Direito, e continua a oferecer uma boa reflexão até os dias atuais.

IDADE ANTIGA

Os gregos foram os primeiros a atribuir nomes distintos para o Direito e para a Justiça, ius e iustitia. Formuladores das bases do pensamento ocidental, atribuíram grande desenvolvimento ao direito, pondo em relevo o conceito de Jusnaturalismo ou Direito Natural.

A primeira guinada operada no pensamento grego deveu-se ao filósofo Sócrates. Sua doutrina é fundada no raciocínio, substituindo a obediência religiosa ao costume ancestral pela filosofia do direito, derrubando as ideias destrutivas de

seus adversários sofistas sobre o caráter arbitrário e convencional das crenças sobre a justiça.

Villey (2005, p.21) destaca que

[...] Sócrates parece ter iniciado uma reação a favor do direito e ter tentado, pela primeira vez, fundar racionalmente a autoridade das regras do direito, em resposta à crise cética da sofística. (...) Mas essa doutrina está apenas esboçada; as relações entre o justo e a lei ainda não estão claramente elucidadas. Só encontraremos uma doutrina completa sobre a natureza, as fontes e o verdadeiro conteúdo do direito em Platão e Aristóteles (...) seus mais fiéis continuadores.

Platão, por sua vez, esboça uma teoria do direito extraída da natureza. O pensamento platônico acerca das leis e do Direito encontra-se esparso por toda sua obra e, por diversas vezes, faz apelos às leis da natureza, em oposição às leis da polis. Do estudo dos escritos platônicos surgem diversas noções que corroboram com a busca de definir o que é o Direito. Para Villey (2005, p. 24) "este é o problema mais abstrato e mais difícil de conceber da filosofia do direito".

Contrariamente à postura idealista de Platão, cujo sistema predizia como as leis e a República deveriam ser, afirma-se o pensamento de Aristóteles, discípulo deste. Para o filósofo de Estagira, o pensar filosófico deve voltar-se para a experiência, partindo da casuística em busca dos princípios, ou afirmações gerais sobre o objeto de estudo.

Segundo Villey (2005, p. 38) "Platão tem os olhos voltados para o céu, o pretense céu das idéias, Aristóteles olha para a terra e reabilita a experiência sensível." Neste sentido, opera-se uma primazia da razão na análise dos temas filosóficos.

O autor defende que a elaboração de uma noção do Direito bem mais precisa é de uma importância histórica considerável, diferente da idealizada por Platão, representa uma das grandes contribuições de Aristóteles.

No entender deste autor, o conceito de justo para o filósofo refere-se a toda conduta que se refere a lei moral. E que, portanto, a justiça incluiria todas as virtudes, constituindo-se em uma virtude universal.

Em Aristóteles, assim como em Platão, a justiça está impregnada de moral, para o filósofo, um homem que seja esclarecido, corajoso, bom e temperante é um homem justo. Porém, Aristóteles, defende uma abordagem menos ampla da palavra justo. Para ele, o justo é antes o equilíbrio realizado numa polis entre os diversos cidadãos que nela se reúnem, se associam.

Tanto para Platão quanto para Aristóteles, *dikáion* (direito) refere-se ao justo e estudar o que é justo remete ao estudo da justiça, estando estes conceitos muito inter-relacionados, embora os gregos já atribuíssem palavras diferentes para designar estes termos.

Numa outra linha de argumentação, Aristóteles dialoga com o pensamento platônico no que se refere à origem do Direito, situando-a na lei natural. Não obstante esta confluência de conceitos, o pensamento de Aristóteles irá atribuir ao jusnaturalismo uma importância singular, promovendo um aprimoramento nesta doutrina, que lhe conferiria contornos definitivos.

No entanto, não se pode descuidar que o filósofo refere-se a dois tipos de direito: o justo natural e o justo positivo, acrescentando que não se trata de conceitos opostos, mas complementares. Villey (2005, p. 47) defende que “não existe oposição entre o justo ‘natural’ e as leis escritas do Estado, mas as leis do Estado exprimem e completam o justo natural”.

Não obstante o brilhantismo pioneiro do pensador, o suceder dos séculos demonstraria que a legislação positivada pelo estado pode afastar-se seriamente dos postulados jusnaturalistas, produzindo distorções contra as quais o Direito deve se precaver.

Nesta seara, não obstante suas reflexões sobre o ‘justo’ e o processo de atribuir relevo à primazia da razão na análise do fenômeno jurídico, o grande feito de Aristóteles no campo da Filosofia do Direito foi atribuir ao termo Direito Natural a sua forma definitiva. Para este filósofo, o conceito de natural não era algo estanque, mas dinâmico.

Villey (2005, p. 48) defende a existência de uma natureza para cada ser particular, sendo que esta natureza é o que ele deve ser, sua forma, seu fim. Para exemplificar este raciocínio, o autor (2005, p. 49) sustenta que

[...] O homem, por exemplo, não atinge imediatamente a plenitude do seu ser; portanto, sua natureza não é realmente o que ele é hoje em ato, mas antes o que ele tende a ser, o que ele é em potência, isto é, sua forma, seu fim”.

Com esta ordem de considerações, Aristóteles vivifica o conceito de Jusnaturalismo, dotando-o da eloquência que mantém até os dias atuais. Por este proselitismo na delimitação do jusnaturalismo, Aristóteles é considerado “o pai da doutrina do Direito Natural”, ainda segundo Villey (2005, p. 53), “Ele deu destaque ao termo; construiu sua teoria e a pôs em prática; é o fundador desta doutrina à qual inúmeros juristas, ao longo dos séculos, viriam a aderir”.

O pensar grego a respeito do Direito e da Justiça iria chegar aos romanos, dentre os quais alcançaria um desenvolvimento prodigioso. O arcabouço de conceitos filosóficos, fruto das investigações dos gregos iria chegar à cultura romana e iria moldar o sistema jurídico daquele povo, influenciando o Direito da Antiguidade Clássica, dotando-o da eloquência com que chegou às codificações atuais.

Dentre os juristas romanos, merece especial destaque o pensamento de Cícero, autor que desenvolveu uma obra paradigmática deste movimento em estudo. Na sua magistral obra *A República*, o jurisconsulto romano, abeberando-se nos filósofos gregos traduzidos para o latim, iria plasmar a teoria sobre a fonte do Direito que seria celebrizada pelos autores subsequentes.

Plasmando as noções de *Direito Natural e razão universal*, o jusfilósofo romano criaria a noção célebre sobre a origem do Direito, para quem, residia em:

A reta razão, conforme à natureza, gravada em todos os corações, imutável, eterna, cuja voz ensina e prescreve o bem, afasta do mal que proíbe e, ora com seus mandados, ora com suas proibições, jamais se dirige inutilmente aos bons, nem fica impotente ante os maus. Essa lei não pode ser contestada, nem derogada em parte, nem anulada; não podemos ser isentos de seu cumprimento pelo povo nem pelo Senado; não há que procurar para ela outro comentador nem intérprete; não é uma lei em Roma e outra em Atenas, uma antes e outra depois, mas uma, sempiterna e imutável, entre todos os povos e em todos os

tempos; [...] não podendo o homem desconhecê-la sem renegar-se a si mesmo, sem despojar-se do seu caráter humano e sem atrair sobre si a mais cruel expiação [...] (MASCARO, 2016, p. 92)

Villey (2005, p. 70) afirma que “Creio que se deva situar o momento de invenção do direito romano como sistema científico aproximadamente na época ciceroniana. Neste momento, a influência de Aristóteles é forte.”

Defende o autor que a definição de justiça é conhecida pelos juristas romanos, que tem o cuidado de pô-la em destaque. Estes juristas defendem que a justiça é a virtude que tem por objeto próprio atribuir a cada um a parte que lhe corresponde. “Aceitam o conceito de que o direito deriva da justiça. Que a jurisprudência é a ciência do justo e do injusto e, mais precisamente, que o Direito é ‘aquilo que é justo’”.

Dessa forma, a fonte primeira do direito, para os juristas romanos, não é a lei, mas a natureza. O Direito Clássico é, primordialmente, resultante da doutrina que busca o justo segundo a natureza.

IDADE MÉDIA

Inicialmente, o pensamento de Santo Agostinho adaptaria a filosofia de Platão aos dogmas cristãos, criando a Patrística.

Informa Villey (2005, p. 75-77) que Santo Agostinho viveu no mundo romano, na atual Argélia. Porém, por este período, o mundo romano encontrava-se ameaçado, de fora, pelos bárbaros, que não tardariam a invadir os domínios do império. Em sua formação, Santo Agostinho teve acesso à formação dada a um jovem romano culto. Estudou Gramática e Retórica e teve acesso às principais obras de filosofia, sobretudo o pensamento de Cícero e de Platão, que passariam a exercer grande influência no pensamento deste teólogo cristão.

Nos termos descritos por Villey (2005, p. 76-77)

Mas, depois da gramática e da retórica [...], vem a filosofia, tentativa de encontrar a verdade e a sabedoria, auge do estudo para um cidadão romano culto. A leitura de Hortensius, diálogo perdido de Cícero, conquista Agostinho para a busca da verdade. É também aí que se situa sua descoberta de Platão e dos

neoplatônicos.[...] O idealismo de Platão, seu senso das realidades invisíveis, encaminham-no para o Cristianismo.

Villey defende que com esta sensível mudança, os postulados greco-romanos do Jusnaturalismo seriam ofuscados pela doutrina agostiniana, que defendia que as Escrituras eram a regra fundamental. Elaborando a partir da filosofia platônica de Mundo das Formas e Mundo das Ideias, Santo Agostinho iria formular seu conceito de Cidade de Deus e Cidade dos Homens.

Para ele, a Cidade dos Homens era imperfeita, sujeita às injustiças e ao pecado, enquanto a Cidade de Deus era justa, perfeita e isenta de pecado.

Esta abordagem resultou inicialmente num desprezo pelas leis mundanas, ao defender que os cristãos deveriam viver segundo as leis da Cidade de Deus, vez que nas Escrituras estava a origem do Direito.

Não obstante, Villey (2005, p. 122) argumenta que a partir dos séculos XII e XIII, a cristandade ocidental tornou-se palco de estudos prodigiosos. As cidades universitárias tornaram-se palco não de um estudo conformista, mas de lutas doutrinárias violentas, e viram efetuar-se, em dois séculos, sob o comando da Igreja, uma metamorfose decisiva da cultura, que culminaram com a passagem do Agostinianismo jurídico à doutrina de São Tomás.

Tem-se ainda em Villey que o segundo passo desta apropriação do pensamento filosófico pela Teologia ocorreu a partir do trabalho de São Tomás de Aquino. Este filósofo cristão adaptaria o pensamento de Aristóteles aos dogmas da Igreja e, com isso, restabeleceria o Jusnaturalismo em sua integralidade, por meio da Escolástica.

Villey (2005, p. 124) informa que “Costuma-se definir a revolução escolástica pelo desenvolvimento autônomo das ciências profanas, [...] isso corresponde [...] a uma nova confiança no poder do conhecimento natural”.

O autor destaca ainda que São Tomás de Aquino é o mais prolífico comentador das obras de Aristóteles. Em seus escritos, restabelece a ideia de que existe uma ordem na natureza e que todas as coisas possuem uma finalidade, porque não existem apenas em ato, mas em potência. Tal qual o fundador do Liceu de Atenas, o fundador do Tomismo iria debruçar-se sobre a pluralidade das

situações da experiência, partindo de Deus, descendo às minúcias da realidade, buscando estudá-la em sua multiplicidade, e com o propósito de um retorno a Deus.

Deste pensamento, conclui-se ainda com Villey que com a Escolástica tomista, ocorre portanto o restabelecimento do Jusnaturalismo e da razão, legado que constituiria o prenúncio de um pensamento jurídico livre das limitações que lhe haviam sido impostas pelo agostinianismo, possibilitando o surgimento dos conceitos que lançariam as bases do pensamento jurídico moderno.

(...)

Com o primado do indivíduo e a identificação do direito com *poderes*, conclui-se a contribuição do pensamento jurídico medieval a respeito da origem do Direito. Estes postulados estenderiam sua influência por toda a Idade Moderna, constituindo-se em determinantes do estudo do Direito até a Idade Contemporânea.

IDADE MODERNA

Nos ensinamentos de Mascaro (2016, p. 149), o pensamento jusfilosófico moderno abrange do Absolutismo ao Iluminismo. Foi construído por uma quantidade de pensadores de grande vulto. Porém, Hobbes, Locke e Rousseau influenciaram os seus tempos de forma decisiva, no que diz respeito à política e às lutas sociais. Trata-se de pensadores muito singulares com relação aos horizontes postulados, não obstante sejam todos defensores da ideia de contrato social. Cada um destes pensadores aborda o contrato social de forma específica, para proveitos políticos também específicos.

Defende o autor que Hobbes é o que defende o Absolutismo de forma mais vigorosa, encetando-o de forma já liberta do pensamento teológico medieval. Embora absolutista, Hobbes traz à discussão uma visão filosófica moderna, racional.

Por sua vez, Locke traz a lume um pensamento em sintonia com os interesses da burguesia ascendente, fornecendo as bases para o liberalismo, doutrina totalmente aproveitada pela lógica burguesa.

O autor argumenta, porém ser Rousseau o mais importante e compromissado com as questões sociais, sendo o pensador que mais vai a fundo, em seu tempo, no desvendamento crítico da democracia e da própria verdade social moderna.

IDADE CONTEMPORÂNEA

Na atualidade, o Direito se ramifica em inúmeras correntes, entretanto, para o escopo deste estudo, não se empreenderá ao estudo exaustivo de cada uma. Tendo em vista que este artigo tem como objetivo o estudo das teorias com vistas a compreender o que é o Direito, a partir de um detalhamento das correntes que explicam a origem do Direito, os esforços serão direcionados para o estudo das correntes que se propõem a explicar esta ciência a partir do conhecimento acerca de sua origem.

Nesta seara, é possível divisar duas correntes de pensamento que miram este objetivo. Inicialmente, tem-se o Jusnaturalismo, corrente que acompanha o estudo do Direito desde os seus primeiros questionamentos pelos antigos e que, não obstante tenha o seu estudo relegado a segundo plano durante grande parte da Idade Média, chega aos dias atuais com o vigor que lhe foi conferido pelos estudos dos gregos, notadamente de Aristóteles.

Paralelamente ao Jusnaturalismo, tem-se nos dias atuais a corrente Juspositivista. Tal corrente busca explicar a origem do Direito na própria norma exarada pelo Estado. Não obstante este caráter geral, é possível identificar diversos matizes Juspositivistas que, embora constituam correntes divisáveis na seara Juspositivista, não deixam de lado o traço geral de norma produzida pelo Estado, não obstante comportem aprimoramentos inúmeros.

Qual a origem do Direito?

É Nader (2012, p. 191) quem oferece a definição de Direito Natural, "ordem não escrita, não promulgada pelos homens". Para os gregos antigos, "as leis humanas fundavam-se naquela lei única, acessível ao conhecimento pela via da razão". Na literatura grega, encontra-se um registro da existência de um Direito superior ao positivo. Sófocles afirma, na Antígona, que "as ordens que o rei ditava não eram superiores às leis não escritas e imutáveis [...], existentes de longa data".

Nos termos precisos de Nader (2012, p. 192),

O Direito Natural é referência para o legislador e para as consciências individuais. O homem médio da sociedade, além de orientar-se socialmente pelo conhecimento vulgar do Direito, guia-se também pelos princípios do Direito Natural. Se o apurado conhecimento desta ordem se obtém pela reflexão, certo é, que a simples experiência de vida à percepção de seus princípios mais fundamentais. Estes configuram verdadeira fonte ordenadora da conduta e não se reduzem à ordem moral. Direito Natural e Moral, por seus princípios, estão presentes na consciência humana. Conquanto não se circunscrevam no mundo da cultura, a percepção mais ampla das duas esferas pressupõe espírito adaptado ao meio civilizado. [...]

Aduz ainda o autor que o Direito natural “tem como objetivo o resguardo das condições essenciais da convivência.” Entende o pensador que o Direito Natural é uma tutela de fins, informando que seus princípios consideram a natureza humana e os fins que os homens buscam.

A segunda corrente objeto deste estudo defende que a origem do Direito reside na própria norma positiva emanada pelo estado. Trata-se do Positivismo Jurídico que, não obstante sua ramificação, é possível divisar dois tipos essenciais. O primeiro, o Juspositivismo Puro, que conduz às últimas consequências o caráter normativo do Direito, identificando-o com as normas. Esta corrente positivista tem no austríaco Hans Kelsen seu mais destacado expoente.

O segundo segmento desta corrente é representado pelo Positivismo Eclético, corrente que busca mitigar o caráter estritamente normativo do Direito, matizando-o com abordagens de ordem sociais, filosóficas, históricas e culturais, expandindo a sua abordagem para pô-la em sintonia com realidade sócio-histórica em que está inserida.

O principal expoente do Positivismo Eclético é o saudoso professor brasileiro Miguel Reale, formulador da Teoria Tridimensional do Direito, em que esta vinculação com a realidade sócio-histórica sobressai-se sobremodo.

O que é a Justiça?

O conceito de justiça é ínsito ao Direito. No entanto, não se confunde com este, uma vez que é possível haver apenas arcabouço jurídico sem que haja justiça.

De outro ponto de vista, sempre que houver justiça, estar-se-á diante do Direito, tendo em vista que o que é justo é sempre Direito. A justiça, portanto, é passível de conceituação autônoma, como é o objetivo deste estudo.

Segundo Montalvão (apud Kelsen, 2017, p. 17) a questão sobre o que é a justiça representa uma destas temáticas para as quais o homem nunca encontrará uma resposta definitiva. Nos precisos termos da sua declaração,

Nenhuma outra questão foi tão passionalmente discutida; por nenhuma outra foram derramadas tantas lágrimas amargas, tanto sangue precioso; sobre nenhuma outra, ainda, as mentes mais ilustres - de Platão a Kant – meditaram tão profundamente. E, no entanto, ela continua até hoje sem resposta. Talvez por se tratar de uma dessas questões para as quais vale o resignado saber de que o homem nunca encontrará uma resposta definitiva; deverá apenas tentar perguntar melhor. KELSEN (apud MONTALVÃO, 2017, p. 17)

O professor Montalvão (2017, p. 19) insiste em que a palavra definitiva sobre o que é a justiça não é possível, acrescenta o professor que “o máximo que se pode dizer é que ela é um conceito fundamental, irreduzível, da ética, da filosofia social e jurídica”. Sem embargo das respeitáveis opiniões, este estudo pretende responder a esta questão sob o ponto de vista da filosofia, como vem-se de afirmar.

O sentimento de justiça existe desde o início da vida gregária. A prática do justo sempre foi necessária, mesmo quando se tinha de justiça uma ideia equivocada, a partir da sensibilidade ética vigente em cada época.

Com efeito, Nader (2012, p. 67) ensina que “o instituto da escravidão, a discriminação contra a mulher e os estrangeiros, a Lei de Talião correspondiam ao ideário do justo”. Esta realidade corrobora a afirmativa de que o Direito acompanha a evolução da sociedade e que, nem sempre, anda em harmonia com a justiça.

A justiça pressupõe a alteridade, uma vez que se pratica o justo em face de alguém. Na terminologia jurídica, o termo justiça é empregado em dois sentidos. De um lado, como valor a ser realizado nas relações interindividuais sob o comando da lei. De outro, como órgão público responsável pela aplicação da lei aos casos concretos.

Também se afirma com propriedade que o tema justiça é inexaurível, sempre atual e que, ao longo dos tempos, desafia as reflexões e assertivas dos filósofos. Para o ser humano comum, prevalece o sentimento do justo, embora do ponto de vista filosófico, o mesmo não teça reflexões acerca da justiça. O sentimento do justo é intuitivo e espontâneo, enquanto a ideia de justiça constitui-se em resultado de reflexão, para as quais contribuem a experiência e a razão.

Bittar (2005, p. 445) ressalta que, de todas as correntes que procuraram encontrar uma resposta para a pergunta o que é justiça,

as correntes e doutrinas ocidentais sofreram profundas e diretas influências das seguintes ideias:

- a) De Platão, advém uma herança segundo a qual a justiça é uma virtude suprema;
- b) De Aristóteles advém uma herança segundo a qual a justiça é igualdade/proporcionalidade;
- c) Dos juristas romanos advém uma herança segundo a qual a justiça é vontade de dar a cada um o seu [...]

Na esteira destas conceituações, o pensamento positivista considera a conceituação do que é justiça um absurdo, considerando que justiça é um conceito impossível de ser definido.

Nos ensinamentos de Bittar (2005, p. 447)

A questão da justiça, quando vista como *elemento fundante do ordenamento jurídico*, pode ser considerada como algo relacionado com a *doação de sentido*. [...] O Direito, [...], se desprovido de essência e de finalidade, serve a qualquer finalidade, independentemente de qualquer valor, [...] A justiça, nesse sentido, passa a ser a *ratio essendi* do Direito que, por si e em si, sem esse parâmetro valorativo, não possui sentido. [...] De qualquer forma, o que se percebe é que direito e justiça são

conceitos diferentes que às vezes andam em sintonia, às vezes em dissintonia. [...] nem sempre o Direito caminha *pari passu* com a justiça, ainda assim, ele a busca e nela deposita sua finalidade de existir e operar na vida social. O Direito deve ser o veículo para a realização da justiça.

Esta visão coloca a justiça como parâmetro de realização do justo, servindo de norte para a aplicação do Direito. A valoração do Direito quanto ao critério da justiça coloca em evidência a possibilidade de manifestações jurídicas que não sejam justas, por não guardarem correlação com os imperativos da justiça e, assim, constituírem apenas manifestações jurídicas. É direito, mas não corresponde à manifestação do justo, sendo a justiça um parâmetro de aferição do Direito, constituindo seu objetivo.

Por fim, defende o autor que a dignidade da pessoa humana constitui-se em valor que informa todo o sistema jurídico, desempenhando papel de fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo a pessoa humana tanto princípio quanto fim do Estado e do Direito.

Nader (2012, p. 75) defende que “para bem conhecer a missão do Estado e do Direito, mister se faz conhecer a pessoa humana, a dignidade que lhe é inerente”.

Pelo pressuposto da dignidade da pessoa humana, a ideia de justiça pugna pela sua essencialidade, tanto quanto o Direito, a Justiça constitui-se em tema basilar para a pacificação e o sucesso da vida em sociedade, nos precisos termos de Nader (2012, p. 72), “Pode-se afirmar que a justiça constitui condição essencial para o bem estar das pessoas, daí a necessidade de se envidarem todos os esforços, intelectuais e práticos, para a sua prevalência.

CONCLUSÕES

O que é o Direito?

Teoria Juscongruente do Direito

A partir da reflexão acerca do quanto aqui debatido, chega-se à conclusão de que o Direito *é a realização do dever ser*.

Se algo deve ser de determinada forma e acontece desta forma, tem-se o Direito.

Esta abordagem permite uma análise em dois aspectos: o dever ser mais imediato e o dever ser mais filosófico. Do ponto de vista mais imediato, este conceito coincide com a noção de Direito do homem comum.

Do ponto de vista mais filosófico, tem-se que o dever ser do Direito é *uma sociedade justa*. Neste sentido, é Direito tudo o que contribui para uma sociedade justa. Esta noção remete ao termo latino *Directum*. Também faz referência ao termo alemão *Recht*, que significa reto como uma régua. Em ambos os termos, apresentam significados idênticos, ou seja, sem rodeios.

Qual a origem do Direito?

Vistas as correntes jusnaturalista e juspositivista, havendo mesmo dicotomia entre as mesmas, inspirando divisões e discussões acaloradas e tendo em vista o quanto aqui discutido, chega-se à conclusão de que a origem do direito é o próprio ser humano, haja vista que *a correção é uma necessidade do espírito*. Em outros termos, o sentido de que as coisas sejam corretas é uma necessidade humana. Disso decorre a unificação das duas correntes, uma vez que nasce de uma necessidade humana tanto o agir como se deve quanto a positivação do direito.

O que é a Justiça

Quanto à definição do conceito filosófico de Justiça, este estudo chega à conclusão de que *Justiça é a equivalência entre o ser e o dever ser*. Sempre que o que acontece for equivalente ao que deve acontecer, sempre que uma lei, uma decisão ou qualquer fato jurídico se amoldar às necessidades do dever ser, sempre que se observar esta equivalência, estar-se-á, seguramente, diante da Justiça.

A título de arremate, sempre que alguém fala em Justiça, está se referindo à 'justeza' entre estes dois aspectos: o ser e o dever ser.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo C. B., ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 4.^a Edição. São Paulo: Atlas, 2005

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6.^a Edição. São Paulo: Martins Fontes, 1999

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 5.^a Paulo: Edição. São Atlas, 2016

MONTALVÃO, Bernardo. **Resolução 75 do CNJ: Descomplicando a Filosofia do Direito**. 1.^a Edição. Salvador: Jus Podium, 2017

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 21.^a Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19.^a Edição. São Paulo: Saraiva, 2002

SKINNER, Quentin. **As Fundações do Pensamento Político Moderno**. 1.^a Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1996

VILLEY, Michel. **Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. 1.^a Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005



**CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIEURO
PRÓ-REITORIA DE GRADUAÇÃO
CURSO DE DIREITO**

ENIO LUIZ LAZARETI

**CONCUBINATO: OS EFEITOS PATRIMONIAIS DAS UNIÕES
PARALELAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Brasília-DF

2018



**CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIEURO
PRÓ-REITORIA DE GRADUAÇÃO
CURSO DE DIREITO**

ENIO LUIZ LAZARETI

**CONCUBINATO: OS EFEITOS PATRIMONIAIS DAS UNIÕES
PARALELAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao
Centro Universitário Unieuro, como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharelado em Direito.
Orientador: HEITOR VINICIUS BENTO PESSOA

Brasília-DF
2018

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Ivone e Neori Lazareti,
bem como à minha amada Dra. Thalita R.

Serafim, como reconhecimento do
constante incentivo que recebi ao longo
desta caminhada acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela sua graça e bondade, permitindo que eu pudesse chegar até o final desta pequena etapa com sabedoria.

Agradeço grandemente aos meus pais, que me ensinaram, desde sempre, a buscar as coisas com humildade e fé, e por sempre me incentivarem em cada passo que dou, mesmo na distância.

À minha amada Thalita, em especial, que esteve comigo sempre, em todas as situações, jamais soltando minha mão, acompanhando-me, inclusive, nesta caminhada acadêmica, nunca medindo esforços para nos fazer feliz.

Agradeço, também, ao meu Orientador, ilustre Mestre e Professor Heitor Pessoa, pelos ensinamentos como professor, pela paciência, tempo e incentivo para com este orientando.

Aos Professores do Centro Universitário Unieuro que tive o prazer de conhecer e ser aluno ao longo desses 5 (cinco) anos, cada um construindo um degrau, a cada dia, a cada palavra transmitida, para elevação do meu conhecimento, e que jamais serão esquecidos.

Agradeço, especialmente aos Professores Nilson Disconzi, Márcio Pereira Dias, Cinthia Barden Luchi, Claudio Henrique e Camila Nogueira de Resende, que contribuíram de forma especial ao longo do curso, ensinando e incentivando sempre.

Agradeço grandemente, também aos Advogados e Professores Orientadores do Núcleo de Prática Jurídica do Unieuro, em Ceilândia, Dr. Neirilmar Póvoa, Dra. Natália Tomás Ribeiro, Dra. Talita Beserra e Dr. Edmilson Terra pela amizade já constituída ao longo deste tempo, pela atenção, paciência, conselhos e ensinamentos da prática jurídica, ao qual executaram com maestria.

Finalmente, agradeço ao Centro Universitário Unieuro, seus abnegados, todo o corpo docente e funcionários, pelo apoio, incentivo e contribuição para minha formação, sem o qual meu bacharelado não se realizaria.

EPÍGRAFE

“Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere”

(Eneu Domício Ulpiano)

RESUMO

A pesquisa buscou investigar o instituto do Concubinato, desde sua conceituação histórica até os dias atuais, bem como os efeitos jurídicos oriundos deste instituto. Para tanto, fez-se necessário o estudo nas Constituições Brasileiras anteriores e na atual, bem como nos Códigos Civis, além da legislação extravagante. Em que pese a abordagem do Concubinato exigir destaque histórico, o enfoque principal se dá no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto a análise do posicionamento dos Tribunais Brasileiros é de suma importância, com destaque para o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Ainda é interessante destacar o posicionamento dos doutrinadores, como Rolf Madaleno, Orlando Gomes, Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. O estudo também se baseou em princípios norteadores do direito, e mais especificamente ao direito de família, como por exemplo o princípio da monogamia e a consequente vedação ao concubinato. Quanto aos efeitos que o concubinato pode acarretar, merece destaque a teoria da sociedade de fato, pelo concubinato não constituir família, aplica-se o Direito Obrigacional, com partilha de bens, nos moldes da súmula 380 do STF, não incorrendo quaisquer direitos. A indenização por serviços domésticos prestados, anteriormente aplicável quando não se provava o esforço comum, hoje não mais tem aceitação. Via de regra, não há incidência de alimentos e de direitos previdenciários, nem tampouco sucessórios aos concubinos (as). Quanto ao testamento há vedação legal, não sendo admitido. Exceção se dá pela união estável putativa, equiparando o concubinato à união estável nos casos de boa-fé, havendo concessão de direitos.

Palavras-chave: Concubinato. Família. Equiparação. Direitos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
1 NOÇÕES GERAIS DE CONCUBINATO	03
1.1 Definição e evolução do Instituto	03
1.2 Tratamento do Concubinato em Outros Países	07
1.3 O Concubinato na Sociedade Brasileira.....	10
2 O TRATAMENTO DO CONCUBINATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	14
2.1 O Concubinato nas Constituições Brasileiras	14
2.2 O Concubinato na Legislação Infraconstitucional.....	17
2.3 O Concubinato e a União Estável	19
3 EFEITOS JURÍDICOS DO CONCUBINATO	24
3.1 A Teoria da Sociedade de Fato.....	24
3.2 Da União Estável Putativa.....	34
3.3 Da Indenização Por Serviços Domésticos Prestados	38
3.4 Alimentos e a Previdência Social	41
3.5 Da sucessão e do Testamento.....	45
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
5 REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho diz respeito às relações extraconjugais, também chamadas de relações concubinárias, ou simplesmente concubinato, pois ser esta concomitante a um outro relacionamento previamente constituído. Ademais por se tratar de um assunto complexo, onde há muita esquivia, ele não é raro, na realidade.

O objeto da presente pesquisa se delimitará nas consequências jurídicas que o concubinato pode acarretar e como o mesmo vem sendo tratado pelos tribunais. Isso porque as relações extraconjugais sempre existiram, nas mais diversas sociedades e no Brasil não foi diferente.

O Brasil teve grande influência religiosa, especialmente da igreja Católica, que apregoava a monogamia, sendo o casamento o único instituto capaz de formar a família legítima. Assim, surge a primeira indagação, que diz respeito ao problema de pesquisa: Vez que as relações paralelas eram – e ainda são - proibidas à luz da legislação e das tradições religiosas enraizadas neste solo tropical, como seriam – são – tratadas pelos órgãos jurisdicionais, no que tange aos seus efeitos jurídicos?

Com o advento da Constituição Federal Brasileira em 1988 trouxe a figura da união estável, que acarretou em uma alteração parcial do termo concubinato e, conseqüentemente, modificação nos efeitos jurídicos a ele atribuídos.

Com efeito, o objetivo geral deste projeto é analisar, com cautela, o tratamento dado pelos magistrados e pelos tribunais superiores aos casos de concubinato à luz da legislação pátria histórica e atual, visto que dada a omissão da sua regulamentação, os efeitos acabam por ficar a cargo da doutrina e da jurisprudência.

Para tanto, é necessário fazer uma análise das legislações que regularam, com mais atenção, o Direito de Família, visto que há efeitos no casamento e/ou união estável, portanto, os Códigos Civis de 1916 e o vigente, de 2002, legislação previdenciária e as extravagantes, que foram criadas no intuito de regulamentar a união estável, como se verá adiante. Ainda, sempre à luz dos preceitos constitucionais que norteiam simetricamente, as demais normas inferiores.

Contudo, o que trará mais concretude aos reais efeitos do concubinato se dará por meio dos entendimentos reiterados dos tribunais no tratamento deste tema, ou seja,

a análise da jurisprudência é imprescindível para se possa chegar o mais próximo possível de um denominador comum.

Desta forma, e escolha deste tema como pesquisa, tem como justificativa que o concubinato, via de regra, não recebe seu tratamento jurídico com base no Direito de Família, embora se torna uma relação duradoura, muitas vezes até pública, onde se percebe a presença de um crescimento patrimonial daqueles que o constituem, podendo advir filhos oriundos desta relação, mas sim, fica direcionado ao ramo do Direito Obrigacional.

Insta ressaltar que algumas relações concubinárias podem durar anos, ou mesmo até décadas, onde não há que se negar a hipótese da presente pesquisa, onde há constituição de direitos com a possível dissolução desse concubinato, e esses direitos devem ser observados, com cautela, merecendo, portanto, amparo jurisdicional. Isso porque, quando se trata de um relacionamento duradouro, ainda que ilegal (no ordenamento brasileiro), deve-se levar em consideração a concessão, ou não, de direitos oriundos do direito familiarista, como meação, alimentos e direitos previdenciários.

Este é o ponto cerne da questão. A concessão ou não concessão de direitos aos concubinos, resultando em possível equiparação desta relação ilegal à união estável e/ou casamento.

Para responder esta questão, que é o que se objetiva, a presente pesquisa percorrerá alguns caminhos, pela metodologia científica, como o bibliográfico, vez que há doutrina que se atenta para este tema, dos mais antigos como Rubens Limongi França, até os mais contemporâneos como Rolf Madaleno, bem como a evolução do tratamento dado pelos tribunais, por meio das jurisprudências regionais, das mais flexíveis, até as mais conservadoras, por fim, chegando até os tribunais superiores, seja Superior Tribunal de Justiça, seja Supremo Tribunal Federal.

1- NOÇÕES GERAIS DE CONCUBINATO

1.1- Definição e Evolução do Instituto

Na antiguidade, as pessoas costumavam reunir-se em tribos, para melhor garantir sua sobrevivência, onde possuía assim, maior capacidade de combate, de trabalho, mão de obra e conseqüentemente maior produtividade, seja no campo, em plantações, na caça, pesca e colheita.

Nessas tribos, era comum que as pessoas se relacionavam entre si, com parentesco consanguíneo ou não, até porque, muitas das vezes nem se sabia se havia alguma espécie de vínculo sanguíneo. Com essas relações, aumentava-se o número de elementos das “tribos” e conseqüentemente a longevidade daquela sociedade.

Nesse diapasão, a figura da mulher era fundamental, mesmo que houvesse inúmeras relações entre os membros do grupo, e onde dificilmente se poderia identificar a figura do pai, uma vez que tanto o homem quanto a mulher tinham relações sexuais diversas, sempre se podia identificar a pessoa materna, visto que esta estava vinculada à gestação. O fato é que a mãe sempre soube identificar seus próprios filhos dos filhos dos demais integrantes do grupo. A mulher está sempre certa, desde os primórdios. (PEREIRA, 1995, P. 18)

Essa foi a era de uma espécie de matriarcado, onde a mulher era a figura principal, a fonte de autoridade, de poder e base do grupo. Desta forma se começou a identificar a linha descendente proveniente da figura materna, como avós, mãe, filhos, netos, bisnetos e assim sucessivamente. Esse matriarcado foi um período curto, uma vez que a figura do homem começou a tomar forma ao ponto em que era ele o provedor do lar, mais forte e, com o tempo foi ganhando uma certa autoridade em relação aos demais.

Nesta época, os grupos começaram a se organizar em grupos menores, onde o homem tomava para si, como propriedade, a mulher, os filhos que teria com ela, e até mesmo alguns servos que, com ele trabalhariam em sua terra. Esse grupo menor passava a conviver em comum no mesmo teto, formando uma espécie de conjunto de pessoas que, de certa forma, tinha como figura principal o pai, também conhecido como “pater famílias”, e tudo a ele pertencia. Por isso a origem da palavra “família” sendo de

origem latina derivada da palavra “família/famulus/famili” como “um grupo de elementos domésticos ou um conjunto de propriedade de alguém”. (VITAL apud CALDEIRA, 2007, P. 3)

Assim, este momento histórico, passou a ser a era do patriarcado. Como consequência, esse grupo menor, essa família passou a ter regras próprias, como por exemplo houve uma certa proibição de ter relações sexuais entre as pessoas da mesma família, bem como da mulher ter relações com outros homens de outras famílias. Regra esta que não se aplicava ao “pater famílias”, este por sua vez poderia ter relações com outras mulheres sem mais problemas.

Segundo Friedrich Engels, essa época seria chamada de família pré-monogâmica, uma vez que a mulher estaria proibida de praticar relações sexuais com outros homens casados, mas ao homem era permitida a poligamia desde que não levasse a concubina para dentro da mesma casa em que vivia com a mãe de seus filhos. Ainda deve-se observar que se a mulher praticasse sexo com outro homem, poderia ser castigada de forma cruel. (ENGELS, 2010, P. 7 – 233)

Cumprido ressaltar que, nos povos do Himalaia, na antiguidade, também poderia ser adotada a Poliandria, que nada mais é que o casamento de uma mulher com vários homens. Ao contrário da Poliginia ou Poligamia, que, como dito acima, é o casamento de um homem com várias mulheres. Os Persas e os Hebreus também eram adeptos da Poligamia. (WESTERMARCK, 1921, P. 20)

Normalmente a poligamia era adotada para, justamente, evitar e reduzir as relações que não fossem reconhecidas, estranhas, concubinárias. Pois, as uniões poligâmicas davam garantia aos seus integrantes, mais especialmente aos filhos. Isto porque, a eles era garantido direitos, como herança.

Para se ter noção da complexidade da formação das relações familiares, o próprio Código de Hamurabi fazia menção ao casamento. Trata-se aqui de uma data aproximada entre 2000 e 1600 a.C., na Babilônia, região da antiga Mesopotâmia. É época esta que unificou regras esparsas e consuetudinárias e consagrou o Código de Hamurabi. (GONZALES, 1996, P. 166 e 167)

Este Códex, já trazia em seu bojo a figura do casamento, que pelas suas interpretações, era basicamente monogâmico, mas admitia a existência de uma segunda

mulher, como escrava. Argumenta-se que o artigo 148 do Código de Hamurabi estipulava que o homem poderia “adquirir” uma outra mulher, caso sua esposa fosse acometida de algum mal, como sarna ou outras doenças.

Desta forma, em outros artigos deste Código, aparecia a figura da mulher “principal”, o que dá a entender que poderia, pelo menos em tese, existir outros casamentos secundários, temporários ou a termo, nos casos em que supostamente a figura do homem poderia estar impossibilitada da manutenção da família.

Todavia, em hipótese alguma era permitido o adultério praticado pela mulher, de acordo com o Código de Hamurabi, dispõe o §129: “Se a esposa de alguém é encontrada em contato sexual com um outro, deve-se amarrá-los e lançá-los n’água, salvo se o marido perdoar à sua mulher e o rei a seu escravo”. (BAPTISTA, 2012, P. 2)

A própria Bíblia, em seu Antigo Testamento, no Livro de Gênesis, em seu capítulo 29 e 30, conta-se a história de que Jacó trabalhou durante 7 anos para Labão, com o intento de se casar com uma de suas filhas. Labão possuía 2 filhas: Raquel e Lia. Ocorre que, Jacó pretendia casar-se com Raquel. Após esse período de trabalho, no ato do casamento, Labão colocou sua outra filha Lia para se casar, e não Raquel, uma vez que Lia era mais velha, e Labão temia que ela nunca viesse a se casar. Assim Jacó casou-se com Lia e só percebeu posteriormente, o que levou a constituir outro casamento, agora com Raquel. (BÍBLIA. GENESIS 24:29; 25:20)

Uma vez que Raquel era estéril, e Lia já havia lhe dado filhos, aquela entregou duas servas a Jacó, para que este tivesse filhos em nome de Raquel. Assim, pode-se perceber que as relações concubinárias estão incluídas até mesmo em livros religiosos.

Muito embora as relações externas continuassem a existir, pode-se perceber que as pessoas estavam formando grupos menores de integrantes, formado pelo homem, pela mulher ou mulheres, filhos e cunhados. O fato das pessoas se reunirem em grupos menores, as famílias no caso, tinha como objetivo precípua a procriação e manutenção de seus bens, a permanência do patrimônio construído dentro do próprio grupo familiar e, claro, sempre administrado pelo homem. Até porque, quanto maior era o número de pessoas da família, maior era a chance de subsistência de capacidade produtiva, como falado acima.

O fato da família estar formada por um grupo seleto de pessoas, fez com que compartilhasse de certos costumes, valores, culturas, ideais, vínculos econômicos, financeiros, jurídicos e religiosos. Aqui pode-se observar um fortalecimento da unidade familiar.

É crível que o que de fato fortaleceu esta unidade familiar, foi de forma mais clara a religião. Com a queda do império romano, houve no mundo a tomada de campo do direito Canônico, oriunda do cristianismo, da Igreja Católica Apostólica Romana. A partir deste momento as famílias passavam a ser instituídas de forma definitiva por meio de uma espécie de cerimônia. (CASEY, 1992, P.4)

Essa cerimônia era um culto religioso no qual, feito de forma espontânea pelos nubentes, havia a troca de alianças e a promessa de união para o resto da vida sob a benção do céu, assim a família se tornaria una e indissolúvel. A mulher passa a se tornar uma figura de suma importância na administração do lar e criação e educação dos filhos.

A partir deste momento a igreja passou a ter uma certa participação no âmbito das famílias, e assim houve uma certa abolição do aborto, do adultério e de concubinato. Por volta do século V d.C. Santo Agostinho, nascido em Tagaste, no norte da África, em 354 d.C. Bispo de Hipona, tinha como ideia que o casamento tinha como objetivo único a procriação. Ideia esta que acabou por influenciar inúmeros teólogos da época, que em conjunto, passaram a tratar o ato da conjunção carnal que não tenha objetivo de procriar como um ato condenável. (NADER, 2004, P. 84)

A igreja estabeleceu até penalidades para quem não respeitasse o casamento monogâmico, e que muitas das vezes as pessoas que praticavam atos de adultério ou concubinários eram consideradas como hereges. Por meio do *Corpus Juris Canonici*, a Igreja Católica passa a entender que o concubinato passaria a ser uma atitude criminal. (NADER, 2004, P. 86)

Muito embora o concubinato tenha se tornado um crime, uma atitude reprovável, continuou existindo. A doutrina, na época, costumava caracterizar o concubinato como uma relação de cunho familiar entre um homem, solteiro ou casado, e uma mulher solteira, que a ela era atribuído o nome de concubina por possuir um status social inferior. Essa relação constituída entre os dois não tinha como objetivo efetivar o casamento

(*affectio maritalis*), portanto, não havendo vínculos entre as pessoas e, conseqüentemente, direitos reconhecidos.

Por se tratar de uma relação mais duradoura, é passível de se perceber que existe a hipótese de se constituir uma outra família, com pessoas capazes, aptas a direitos e deveres, adquirir patrimônio, ter filhos e, com estes, novas obrigações, enfim, como se um segundo casamento fosse.

1.2- Tratamento do Concubinato em Outros Países

A união entre as pessoas, com o intuito de constituir família sempre esteve presente em todas as civilizações, das mais remotas às contemporâneas. O que se depreende dessa longa história é que a figura da poligamia é quase que exceção, sendo como regra a monogamia, até pela influência religiosa nos povos, como dito acima.

No Egito, por exemplo, os noivos tinham como objetivo principal adorar a “Maat”, que era a deusa da justiça e da retidão, devendo, portanto, serem fiéis um ao outro, como garantia do desenvolvimento harmonioso do casal, e afastando-os de todos os pecados. No Egito antigo, não haviam leis para normatizar o casamento, assim este era compreendido como a simples habitação de um homem e de uma mulher sob um mesmo teto, firmados por um pacto entre ambos. (BELFORT, 2010, P. 5)

Muito embora, no Egito a presença mais marcante era da Monogamia, por vezes o concubinato era tolerado. A depender do poder econômico do homem, este poderia ter várias mulheres, uma principal e as outras todas concubinas. A mulher principal tinha todos os seus direitos de esposa garantidos, e as demais, com status inferior, embora pudessem coabitar, deviam se sujeitar às vontades do homem.

Mais atualmente, na Angola a poligamia é um direito que abrange somente os homens, desde que este homem consiga manter, economicamente, todas as mulheres com quem mantém relacionamento. Desta forma, enquanto seu poder aquisitivo permitir, o homem poderá casar-se com quantas mulheres quiser. Ressalta-se, que essa prática da poligamia não é adotada somente na Angola, mas em várias regiões da África. (LARAGNOIT, 2015, P. 2)

Como é cediço, a religião influenciou muito na vida das pessoas, especialmente na vida afetiva. Não é diferente nos países do Oriente Médio, onde a existência da crença muçulmana está atrelada às práticas e costumes do local. De modo geral, a vida nessa área geográfica é regulamentada pelo Alcorão. Tal instituto prevê a poligamia permitindo que um homem possua até 4 (quatro) esposas. Este costume é herdado dos primórdios árabes, onde, o profeta Maomé possuía 16 (dezesesseis) casamentos. (LARAGNOIT, 2015, P. 2)

Em alguns estados dos Estados Unidos da América, a existência de famílias paralelas é reconhecida judicialmente. Estima-se que nos estados de Utah e do Arizona exista um número significativo de famílias poligâmicas, também por influência religiosa, mas com respaldo legal. (DUTRA, 2014, P. 3)

O Reino Unido, por ser um Estado miscigenado, recebendo anualmente centenas de imigrantes, e em sua maioria muçulmanos, que, como dito acima, são adeptos da poligamia, estes recebem respaldo legal, com direitos e deveres, inclusive com acesso à assistência social. (DUTRA, 2014, P. 5)

Deixando um pouco de lado o cunho religioso, a província Russa da Chechênia regulamentou o costume da poligamia, não pela crença, mas pela densidade demográfica. Por existir um número elevado de mulheres e um número reduzido de homens, o país buscou uma estabilidade social, legalizando a Poligamia, para resguardar direitos das crianças que nascem nas relações concubinárias em número alarmante. (DUTRA, 2014, P. 5)

No Japão, entre os séculos XIV e XIX, onde havia justiça arbitrária em época de dinastia, as amantes, ou concubinas viviam em estado de insegurança, pois eram adquiridas e descartadas à vontade de seu *Amo*. Normalmente frequentavam algumas festas chamadas de *mah-jong*, eram dependentes químicas de ópio e outras drogas da época, dopadas, para que sempre estivessem à disposição deste *Amo*. (YOKOTA, 2010, P. 3)

Este *Amo* normalmente era casado, e, como sempre era bem mais velho que sua esposa, morria mais depressa. Assim, a viúva do *Amo* herdava tudo o que ele tinha, inclusive a concubina ou amante, podendo fazer com ela o que bem entendesse, seja vende-la a alguém ou para um prostíbulo. Podia ainda lhe ser concedido o suicídio, e

desta forma ser sepultada ao lado do Amo falecido. Isso era, de fato, uma dádiva. (YOKOTA, 2010, P. 4)

A China, atualmente é um país monogâmico, pelo menos no papel. Na realidade, desde os tempos do império de *Mao*, o homem chinês, e principalmente o imperador, sempre tiveram muitas concubinas. Quanto mais concubinas o homem tinha, maior era o seu status. Até porque, quanto mais famílias ele tinha, maior seria sua riqueza. (MAROTE, 2016, P. 3)

Na China a mulher quase não possui direitos. Exatamente! Seja esposa ou concubina, - também chamada esta última de “er-nai” ou “xiaosan” que significa “a outra” - ambas não possuem respaldo legal, quando se trata de relacionamento. Desta forma, torna-se uma luta pessoal para a mulher manter o casamento, para segurar o marido e, conseqüentemente a garantia de uma vida equilibrada. (MAROTE, 2016, P. 3)

A França é um caso à parte. No dia 15 de novembro do ano de 1999, a França promulgou o PACS – Pacto Civil de Solidariedade e Concubinato. Esse pacto foi elaborado e aprovado com o objetivo de regulamentar as uniões estáveis entre homossexuais existentes na França. Porém, em interpretação extensiva do texto, acabou por beneficiar todas as uniões estáveis. (LOZON, 2014, P. 4)

Isso significa dizer que, muito embora alguém viva por muito tempo com outra, morando juntos, entre outros fatores, isso não caracterizaria nada. Por isso esse contrato, chamado de PACS trouxe mais segurança jurídica para as pessoas que dele aderem. Tem basicamente as mesmas regras para a união estável, como impedimentos, dissolução, partilha de bens, entre outros. (LOZON, 2014, P. 3)

No México, o Código Civil de 1928 regulamentava as relações de concubinato, dando ênfase e protegendo a prole com previsão de alimentos e salvaguardando os direitos hereditários. (PEREIRA, 2004, P. 16 – 22)

A Venezuela, Colômbia e Guatemala em meados do século XX, já reconheciam o concubinato, atribuindo os efeitos patrimoniais e legais equiparados ao casamento. (PEREIRA, 2004, P. 16 – 22)

Atualmente, a Igreja Católica perdeu um pouco sua influência religiosa na vida das pessoas, em muitos países do mundo, e no Brasil, não foi diferente.

1.3- O Concubinato da Sociedade Brasileira

No Brasil, a história não foi diferente do resto do ocidente. Como é cediço, no Século XVI, a Coroa Portuguesa, altamente influenciada pelos ideais da Igreja Católica de Santo Agostinho, colonizava o Brasil, e trazendo consigo os costumes, princípios e normas cristãs.

Nessa época, em meados do Século XV e início do Séc. XVI, em Portugal, vigorava como legislação e fonte formal do Direito as Ordenações Reais, também chamadas de Leis Gerais. Eram gerais pois vigoravam em todo o território português. Essas Ordenações eram formadas por um conjunto de Leis, em especial, as Ordenações Afonsinas, as Ordenações Manuelinas e as Ordenações Filipinas. (SILVA, 2012, P. 4)

As Ordenações Afonsinas, datadas de 1385, foram um fruto do trabalho do Rei Dom João I. Essas Ordenações vigoraram de 1446 a 1521, e tiveram como alicerce o direito romano e canônico. Tratavam, basicamente, sobre o patrimônio da Coroa Portuguesa, da vida em sociedade, liberdades individuais, e do funcionalismo público. Insta ressaltar que muitos dos artigos desta Lei, eram cópias dos artigos do direito romano. O Rei Afonso V deu continuidade na criação e ampliação deste Código, concluindo-o. Por isso carrega o nome de Ordenações Afonsinas. (SILVA, 2012, P. 4)

Também integravam as Leis Gerais Portuguesas, as Ordenações Manuelinas, que vigoraram de 1521 a 1603. Essas Ordenações eram um conjunto de Leis extravagantes somadas às Ordenações Afonsinas, e unidas pelo Rei Dom Manuel I. Essas Leis Extravagantes foram publicadas com o objetivo de regulamentar os tribunais seculares e sua organização, da estrutura da justiça. (SILVA, 2012, P. 4)

Por último, completavam as Leis Gerais, as Ordenações Filipinas, publicadas em 1603, pelo Rei Filipe. Formada pelas Ordenações Manuelinas e pelas Leis extravagantes publicadas neste meio tempo, as Ordenações Filipinas eram um conjunto de Leis extremamente amplo e completo.

No conjunto dessas Leis, o concubinato se tratava da prática de um ato considerado grave: a constituição de relações que não eram geradas pelo casamento. Assim, como práticas ilegais, eram tidas como crimes e podiam resultar em penas severas como degredo, excomunhão ou mesmo a restrição de liberdade. Muito embora,

os portugueses deixavam suas esposas na Europa e assumiam relações ilícitas ao chegarem no Brasil, mantendo relações extraconjugais com as nativas do Novo Mundo, e posteriormente, com as escravas negras. (SILVA, 2012, P. 5)

Nesta época, o Brasil já passava pelo processo de colonização e exploração de riquezas, como por exemplo o pau-brasil e a cana-de-açúcar. Uma vez que as legislações vigentes em Portugal eram as Ordenações Filipinas, neste momento histórico, foram as que tiveram mais influência em solo Tupi-Guarani.

Deve-se destacar, que essas Ordenações vigoraram em território brasileiro por muito tempo também. Da exploração até a independência. Nas primeiras décadas do Século XIX, em 1822, o Brasil declarava independência face à Coroa Portuguesa, e conseqüentemente, revogando as Leis Filipinas “pari passu”, entretanto, mantendo certa influência.

As primeiras Leis Brasileiras que surgiram com a independência, e logo após a revogação das Leis Filipinas, foram as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, datada de 12 de junho de 1707, porém publicadas alterações até 1853, após a Independência. De autoria de Dom Sebastião Monteiro Vide, essas Primeiras Constituições tinham cunho altamente religioso e com posições da Igreja Católica. Uma dessas posições era em relação ao entendimento do Concubinato como sendo “[...] ilícita conversação do homem com a mulher continuada e por tempo considerável” (Constituições..., V, XXII, 979). (SILVA, 1984, P. 36)

Percebe-se, aqui, que as palavras “continuada” e “tempo considerável” traz a ideia de outras características intrínsecas do concubinato, como coabitação e continuidade da relação. Nesta ocasião, infere-se que, o concubinato, por ser duradouro e com somente um parceiro, diferenciava-se da fornicação ocasional, esta, sendo breve e não necessariamente com a mesma pessoa.

Além da Constituições Primeiras, também surgiram o Código Criminal Imperial de 1830 e o Código Processual Criminal em 1832, o Regulamento 737 que especificava o processo civil, em 1850 e a Lei Comercial. (Sessão de 31 de agosto de 1829 apud MALERBA, 1994, P. 145)

Encerrando essa breve digressão, o Código Criminal tinha tipificação expressa do concubinato, em seus artigos 249 a 251, Capítulo III, Seção II e III:

Art. 249. Contrahir matrimonio segunda, ou mais vezes, sem se ter dissolvido o primeiro.

Penas - de prisão com trabalho por um a seis annos, e de multa correspondente á metade do tempo.

Art. 250. A mulher casada, que commetter adulterio, será punida com a pena de prisão com trabalho por um a tres annos.

A mesma pena se imporá neste caso ao adúltero.

Art. 251. O homem casado, que tiver concubina, teúda, e manteúda, será punido com as penas do artigo antecedente. (BRASIL, Código Criminal De 1830, Art. 249 a 250)

Como se denota, os valores morais cristãos, oriundos da influência portuguesa, prevaleceram no Direito Brasileiro.

Ainda neste diapasão, pode se destacar a lucidez do Mestre Clóvis Beviláqua ao ensinar que:

Em todo Ocidente, a família é fundada sobre a monogamia, modo de união conjugal mais puro, mais conforme aos fins culturais da sociedade, e mais apropriado à conservação individual tanto dos cônjuges, quanto da prole.

O vínculo matrimonial é perpetuo, em nosso direito. O casamento valido só se dissolve com a morte de um dos cônjuges. (CLÓVIS, 1975, P. 497)

Ocorre que, as relações concubinárias, apesar de punidas, não eram atípicas, ou seja, eram corriqueiras e podiam ser encontradas tanto em Grandes Senhores como nos próprios escravos. O concubinato era consequência do próprio período colonial e de escravidão que vivia o país. Segundo Ronaldo Vainfas “a falta de mulheres “brancas e honradas” e a convicção que tinham os portugueses de seus privilégios sexuais, mesmo se casados, levá-los-iam cada vez mais para o mundo do concubinato.” (VAINFAS, 2014, P. 111)

Isso porque, o casamento da época, era muito burocrático, demorado e custoso para se efetivar. Aos nubentes era exigido inúmeros documentos, certidões e comprovações das mais variadas. Deste modo, pode-se até dizer que a própria Igreja Católica incentivava a prática do concubinato.

Incentivava, indiretamente, pois via nessa prática um meio de arrecadar dinheiro para seus cofres. Isto porque, a Igreja enviava um reverendo ou bispo para fazer o controle e fiscalização das famílias. Uma vez confessado o concubinato pelos casais, o bispo os admoestavam para pagar espécie de pecúnia, que em um primeiro momento seria de 800 (oitocentos) réis para cada um. Se um dos concubinos tive algum

impedimento, como por exemplo, já ser casado, neste caso deveria pagar 1000 (hum mil) réis. (Constituições..., V, XXII, P. 980)

Caso fosse descoberto uma segunda ou terceira vez, as penas duplicavam podendo chegar até 3 (três) mil réis, sem prejuízo das penas restritivas de liberdade ou excomunhão. Todas essas penas estavam previstas na Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia. (Constituições..., V, XXII, P. 981)

Fato é que essas relações paralelas ao casamento não eram tratadas como uma entidade familiar, nem pelo direito, tampouco pela sociedade. Visto que, nos casos de dissolução de uma relação concubinária, não se falava em partilha de bens, guarda de filhos, pensão, entre outros, quando no máximo se concedia uma indenização por serviços domésticos prestados. Ressalta-se que essa indenização não tinha cunho protecionista em relação àqueles que se separavam, mas visava, de modo geral, evitar algum tipo de enriquecimento sem causa.

Desta forma, as pessoas se viam compelidas a se casarem, para poderem gozar de direitos e deveres, como a sucessão e a meação.

Mesmo tendo evoluído, o instituto do concubinato que ocorreu em diversos países, inclusive no Brasil, em momentos históricos diversos, aparece timidamente no ordenamento jurídico pátrio. Como argumentado exaustivamente até então, as relações concubinárias sempre existiram lá e cá, em que pese a omissão legislativa a respeito do tema de forma discriminatória, por carregar em seu nome um peso pejorativo histórico.

Isso porque, vai de encontro aos princípios regentes do sistema monogâmico e dos valores morais herdados dos ideais religiosos, dos quais o Brasil sofreu larga influência.

2- O TRATAMENTO DO CONCUBINATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 – O Concubinato nas Constituições Brasileiras

Como aduzido anteriormente, o Brasil, em 1822 declara independência frente à Coroa Portuguesa. Isso significa dizer que o país independente deveria se organizar política, administrativa e juridicamente, visto que deixava de ser colônia para ser autônomo.

Dessa forma, necessitando de um conjunto de leis complexas, uniformes e que pudessem abranger todo o território nacional, Dom Pedro I convocou alguns ministros e outros poucos políticos que detinham sua confiança, para elaborar uma nova Constituição Brasileira. Outorgada em 25 de março de 1824, a nova Constituição dava mais poder ao imperador e conseqüentemente retirava um pouco a autoridade da Igreja Católica, e esta, ficando submissa ao Estado. (ALVES, 2017, P. 4)

Fato é que, embora o Brasil possuiu inúmeras Constituições antes da Carta Democrática de 1988, elas não protegiam os relacionamentos que não fossem fruto do matrimônio, ficando à margem da legalidade e não merecendo respaldo. Quando muito, em casos de dissolução, os companheiros poderiam pleitear em juízo uma espécie de indenização pelos serviços domésticos prestados, para evitar o enriquecimento sem causa por uma das partes, previsto na Constituição de 1946.

Antes da Constituição Federal Brasileira de 1988, a doutrina costumava conceituar o concubinato em puro e impuro. Limongi França, em seu livro Benefícios Previdenciários à Concubina diante do Estatuto do Divórcio, não usava as expressões “puro e impuro”, mas sim, dividia o concubinato em Natural e Espúrio. (FRANÇA, 1980, P. 166-167)

O concubinato puro, ou natural segundo Limongi França, era o relacionamento simples entre pessoas livres e sem nenhum impedimento jurídico, que passam a conviver, morar juntos, com o intuito de constituir família, porém sem a figura do casamento. (FRANÇA, 1980, P. 167)

O concubinato impuro ou espúrio, é o relacionamento entre pessoas, onde pelo menos um dos companheiros tenha algum impedimento jurídico. O Mestre Limongi França ainda costuma dividir o concubinato espúrio em “incestuoso, adúltero e sancionador”. (FRANÇA, 1980, P. 167)

Explica o autor, que o concubinato incestuoso é aquele relacionamento amoroso entre pessoas da mesma família, ou seja, com vínculo consanguíneo, parentesco civil, afim ou por adoção. Por sua vez o concubinato adúltero se trata de relações entre pessoas onde pelo menos um deles tenha algum impedimento que se funda no próprio estado de cônjuge de um ou de ambos os concubinos.

Já o concubinato sancionador tem previsão, atualmente, no Código Civil, onde o companheiro supérstite fica impedido de casar com o condenado pelo homicídio ou tentativa de homicídio doloso contra o seu consorte.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, também conhecida como Carta Cidadã ou Democrática, o concubinato Puro ou Natural, passou a se chamar de União Estável, legalmente constituído e com previsão expressa. Entretanto, a legislação infraconstitucional trouxe a previsão da expressão simples de “concubinato”, carregado de sua conceituação negativa histórica, para diferenciá-lo da união estável, como sendo a relação não eventual de pessoas que possuem algum impedimento para casar. (FRANÇA, 1980, P. 167)

Como forma de previsão da União Estável, a Constituição trouxe em seu bojo o presente artigo:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (BRASIL, Constituição Federal de 1988, Art. 226, parágrafo 3º)

A Constituição Federal do Brasil atual adotou inúmeros princípios importantes como o da igualdade, da isonomia, da dignidade da pessoa humana, aos quais sempre norteiam a entidade familiar e o direito a ela aplicado. E como sinônimo de grande avanço, o artigo supracitado quebra com o paradigma do casamento como única forma de entidade familiar legítima.

É importante destacar, também, que o princípio da dignidade da pessoa humana, como alicerce e base de todo ordenamento jurídico foi insculpido logo em seu artigo 1º da Carta Maior, senão vejamos:

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:

III - **a dignidade da pessoa humana**; (BRASIL, Constituição Federal de 1988, Art. 1º, inciso 3º)

Isso significa dizer que a humanidade deve ser considerada una, ou seja, como se fosse um único ser, embora formado pela coletividade, deve-se garantir a vivência de todos com dignidade e respeito recíproco, assim, conseqüentemente, atraindo para si, o conteúdo de todos os demais direitos fundamentais do homem, para serem pautados sempre neste princípio.

Também foi adotado no nosso ordenamento jurídico, o Princípio da igualdade e da isonomia, onde estabelece que todos devem ser tratados de forma igualitária, os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida da sua desigualdade. Entre outros artigos da Constituição, o mais célebre é o artigo 5º:

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. (...)” (BRASIL, Constituição Federal de 1988, Art. 5º)

Ademais, houve um avanço no que tange ao reconhecimento de alguns direitos provenientes de fatos antes inadmitidos, tanto aos concubinos quanto nos casos de união estável, como por exemplo, a não distinção entre os filhos, mesmo que havidos fora do casamento. Essa previsão legal está expressa da seguinte maneira na Constituição Federal de 1988:

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.

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

discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, Constituição Federal de 1988, Art. 227, parágrafo 6º)

Fato é que, embora a Constituição seja dotada de princípios que tornem a vida em coletividade mais igualitária, que a ideia de justiça esteja ligada intimamente a ideia de igualdade, ainda se percebe uma omissão do legislador no que tange ao concubinato, uma vez não estar presente na Constituição Federal, reflete uma discriminação deste instituto. Não que se deva equiparar o concubinato ao casamento, mas a previsão deste instituto traria uma diferenciação dos demais, assim como os direitos aplicáveis, não necessitando de algum tipo de exegese extensiva.

2.2 – O Concubinato na Legislação Infraconstitucional

O primeiro Código Civil Brasileiro, data de 1916 e entrou em vigor em 1917, constituído por Clóvis Beviláqua, tratava das relações privadas, entre particulares e, de certa forma, trata-se de um código bem complexo para a época.

Ainda assim, a legislação nunca se preocupou em tratar de forma específica do instituto do concubinato. Trabalho este que foi assumido pela doutrina e pela jurisprudência, ao qual, como já destacado, em meados do século XVIII, passou-se a atribuir alguns efeitos às relações concubinárias, exclusivamente obrigacionais.

Isso significa dizer que as relações concubinárias não tinham cunho marital, e sim de uma espécie de sociedade de fato, onde os companheiros, em caso de dissolução, deveriam provar o esforço comum para a construção do acervo patrimonial, e caso não se conseguissem comprovar o dito esforço, havia a concessão de indenização por serviços prestados. (JALES, 2012, P. 5)

Nesta época, vigente o Código Civil de 1916, tinha em seu corpo o artigo 229 que expressava que “Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos (art. 352 a 354).” (BRASIL, Código Civil de 1916, Art. 229).

Sendo assim, o instituto do casamento tinha como objetivo precípuo a formação da família legítima. De acordo com essa interpretação, dá-se a entender que todo e qualquer relacionamento amoroso existente, que não fosse casamento, ou paralelo a este, seria considerado concubinato. Ainda em análise deste artigo, percebe-se que os

filhos havidos fora do casamento também não eram reconhecidos, fato este que não merece mais amparo, como já descrito e superado exaustivamente no tópico anterior, não foi recepcionado pela Constituição de 1988, ao passo em que esta reconhece como legítimos os filhos havidos fora do casamento.

Muito embora a sociedade brasileira da época soubesse dos efeitos das relações concubinárias, elas nunca deixaram de existir, e acredita-se que nem deixarão. Ao passo em que essas relações vinham à tona, e por ocasião de sua dissolução, o direito não poderia permanecer inerte, uma vez provocado para resolução da lide, deveria apreciar caso a caso.

Desta forma, como explanado por Antônio Ivo Aidair, em seu artigo “O Concubinato e a união estável no Direito Brasileiro”, em 12 de maio de 1964, foi consolidado o entendimento, de forma sumulada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), Súmula de nº 380, ao qual consagrou a teoria da sociedade de fato. Estabelece da seguinte maneira: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”, isso significa dizer que, uma vez comprovado o esforço conjunto na formação do patrimônio, os bens eram partilhados entre os companheiros, e caso não fosse possível essa comprovação, à concubina era concedido uma indenização por serviços prestados, de modo a recompensá-la pelo tempo que esteve junto ao companheiro, como já aduzido anteriormente. (AIDAIR, 2008, P. 6)

Algumas Leis esparsas trataram de instituir alguns direitos de cunho familiar aos companheiros que vivessem em concubinato “puro” ou natural, o que hoje se conhece por união estável. Uma dessas leis foi a 8.971/94, que trazia um elemento temporal a ser preenchido como requisito para concessão dos direitos como companheiro, prazo este de 5 anos.

Posteriormente sobreveio a Lei nº 9.278/96 que atribuiu ao concubinato, a figura dos alimentos, da partilha dos bens oriundos da união, do usufruto, direito à sucessão aberta, entre outros direitos antes somente aplicados ao casamento.

Como demonstra Camila Fittipaldi, em seu artigo “O concubinato sob o prisma do Código Civil de 2002”, após duas tentativas de reforma do Código Civil de 1916, adveio o Código Civil de 2002, vigente até os dias atuais, e que revogou o anterior, acompanhou

os ditames da Constituição Federal atual, trazendo a diferenciação da palavra concubinato e união estável. A primeira como sendo “as relações não eventuais entre pessoas impedidas de casar”, prevista no artigo 1.727. (Fittipaldi, 2010, P. 1)

Insta ressaltar que, o advento do Código Civil atual trouxe apenas a diferença entre o concubinato e a união estável, porém não buscou regulamentar o instituto do concubinato, quanto aos seus efeitos legais e patrimoniais.

2.3 - O Concubinato e a União Estável

Como já explanado anteriormente, o casamento era a única forma de constituição de família legítima, e os demais relacionamentos informais eram tratados como concubinato. De modo geral, ao casamento era aplicado a legislação própria, nos termos do Código Civil de 1916, e ao concubinato, por não ser reconhecido como instituto familiar, passava a ser omitido na legislação, o que de fato, trazia enormes prejuízos para aqueles que se aventuravam nesses relacionamentos.

Ocorre que, o fato de somente o casamento ser capaz de atribuir direitos aos cônjuges, não impedia a formação de relacionamentos informais entre as pessoas, de forma duradoura, e, muitas das vezes, havendo a constituição de patrimônio, filhos, entre outros frutos da união. (BRASIL, Código Civil de 1916, art. 229)

Neste diapasão, com o advento da Constituição Federal Brasileira, em 1988, trouxe a nomenclatura da União Estável, no artigo 226 em seu §3º como explicitado no tópico anterior, fazendo lícita a diferença entre o concubinato. Isso significa dizer que o concubinato puro ou natural se reveste, neste momento, de união estável, com um ânimo de constituir casamento, e ao vocábulo simples de concubinato restou por abarcar o impuro. (BRASIL, Constituição Federal de 1988, Art. 226, parágrafo 3º)

Isso significa dizer que, a Constituição Federal Brasileira de 1988 foi um marco histórico, como Carta Democrática, apresentando o instituto da União Estável sendo considerada como uma entidade familiar, ou seja, uma família, e deixando de lado, de forma definitiva a figura do concubinato, demonstrando assim, a aversão do legislador constituinte à ilicitude, à impureza da relação extramatrimonial.

Como forma de firmar o entendimento acima, em julgamento do Recurso Extraordinário 397.762-8, o Ministro Ricardo Lewandowski lembrou que “a palavra concubinato — do latim, *concupere* — significa compartilhar o leito. Já união estável é ‘compartilhar a vida’ e que para a Constituição, a união estável é o ‘embrião’ de um casamento”, salientando assim, que ao concubinato nada restaria, uma vez que jamais poderia se converter em casamento ou até mesmo união estável. (LEWANDOWSKI, 2008, P. 3)

Veza que a união estável, reconhecida pelo ordenamento jurídico e mais aceita pela sociedade, ganhou notoriedade aos estudiosos do direito e distanciou-se da figura do concubinato, aumentando ainda mais sua diferenciação. Como ensina Washington de Barros Monteiro:

União estável é a relação lícita entre um homem e uma mulher, em constituição de família, chamados os partícipes desta relação de companheiros. Concubinato é relação que não merece a proteção do direito de família, por ter caráter adúltero, denominados concubinos os seus partícipes. (WASHINGTON, 2004. P. 30)

A Constituição Federal de 1988, trouxe em seu bojo a ideia de que a ausência de um casamento civil, formalmente realizado, em momento algum traz qualquer impedimento para que sejam constituídos relacionamentos estáveis, concretos, com ânimo de constituírem família e que não siga necessariamente as regras aplicáveis àquele. Trata-se aqui da figura da União Estável.

Ao entender que há, de fato, equiparação da união estável ao casamento, no sentido de ambos serem reconhecidos como família, Maria Berenice Dias, em acórdão sobre alimentos, afirma:

O fato social se impôs, e depois de juridicizado pelo juiz, se fez lei, pela mão do próprio povo através da Constituição elaborada por seus representantes. Guindada a união estável à categoria de entidade familiar restou equiparada ao casamento merecedora da mesma proteção estatal outorgada à família, nada mais se fazendo necessário para que de forma imediata seja reconhecida e tratada pelas regras do direito de família que foram recepcionadas pelo novo ordenamento jurídico, com seu conceito dilatado. (DIAS, 1990, P. 229)

Muito embora a Carta Maior tenha instituído a união estável, deixou a cargo da legislação extravagante cuidar da sua regulamentação. O que ocorreu somente em 1994, com a entrada em vigor da Lei 8.971. Neste meio tempo houve um apagão legislativo, no

que tange à união estável. A Lei supra teve o escopo de trazer algumas prerrogativas aos companheiros, o que foi feito logo em seu artigo primeiro, senão vejamos:

Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. ” (BRASIL, Lei nº 8.971 de 1994, Art. 1º)

Insta ressaltar que a pessoa que se encontra separada de fato, ainda assim possui impedimento de constituir novo matrimônio, até que se proceda o divórcio. Ocorre que nada impedia as pessoas separadas de fato de formar uma nova família.

Uma vez que o instituto da união estável já seguia para o caminho do direito de família e saía do direito obrigacional, deu ainda mais ênfase para a entrada em vigor da Lei 9.278/96, que trouxe como reflexo da doutrina o artigo 5º, *in verbis*:

Artigo 5º: Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes na constância da união estável e a título oneroso são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação em contrato escrito.
 § 1º Cessa a presunção do caput deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.
 § 2º A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito. (BRASIL, Lei nº 9.278 de 1996, Art. 5º)

Pode se dizer que significou um grande avanço a meação aos bens adquiridos no âmbito da convivência. Pode-se perceber que a união estável, adquirindo regime próprio de bens ao dispor que serão amealhados os bens adquiridos na constância da união e de forma onerosa. Isso significa dizer que os bens particulares, anteriores à convivência, bem como os adquiridos de forma gratuita, como na doação individual ou herança, não se comunicam. Nesta linha, Guilherme Calmon Nogueira da Gama elucida da seguinte maneira:

Quanto ao critério de partilhamento, o dispositivo é claro a respeito. Independentemente do nível ou modalidade de contribuição, o critério é o mesmo: a metade dos bens adquiridos, em consequência do esforço comum do casal [...]. Do contrário, ter-se-ia que continuar a adotar o raciocínio contido na Súmula 380, do Supremo Tribunal Federal, fundado em lógica jurídica do direito das obrigações, implicando em latente injustiça na hipótese de ser fixado outro critério que não o da metade. (GAMA, 2001, P. 332-333)

Percebe-se que não mais existe prazo específico para a caracterização da união estável, ao contrário do que estabelecia na lei 8.971/94 o prazo de 5 anos. Desta forma, entende-se que houve certa revogação da Lei 8.971/94, pelo menos nos artigos que dispunham em contrário da Lei 9.278/96.

Pouco tempo depois, com a publicação do novo Código Civil, em 2002, trouxe à baila o conceito de União Estável estabelecendo que “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (BRASIL, Código Civil de 2002, Art. 1.723)

Isso significa dizer que a união estável não precisa necessariamente de um determinado período de tempo para ser configurada, muito menos a coabitação, bastando o mútuo consenso dos conviventes, que se presume do seu comportamento convergente e da contínua renovação pela permanência. (OLIVEIRA, 2000, P. 124)

Desta forma Carlos Roberto Gonçalves explica que para a formação da união estável é necessário a composição de elementos positivos e negativos a serem observados. Os elementos positivos estão posicionados no caput do próprio artigo supra, ao definir como requisitos a convivência pública, contínua e duradoura, advertindo ainda que o ânimo de constituir família, por si só não basta para caracterizar a união estável, pois, do contrário, estaria admitindo-se a equiparação do namoro ou noivado à união estável. (GONÇALVES, 2002, P. 542)

Estes elementos positivos são concomitantemente subjetivos, ao passo em que um casal que pode estar há anos em convívio, porém de forma turbulenta e inegável instabilidade psicológica, não pode ser admitido como uma união estável, assim como um outro casal que há pouco se conhece, porém com unidade de sentimento e ideais, acaba por estar mais propenso ao reconhecimento da união estável.

Ainda, o parágrafo primeiro do artigo 1.723 do código civil, acima descrito, traz o elemento negativo, para o reconhecimento da união estável. Elemento negativo porque trata-se de um “não fazer”, de uma omissão, o que estabelece é que para o reconhecimento da união estável, NÃO deve haver qualquer impedimento para casar.

Esses impedimentos estão expressos no corpo do Códex Civil, em seu artigo 1.521 *in verbis*:

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. (BRASIL, Código Civil de 2002, Art. 1.521)

Desta forma, passou a ser reconhecida a União Estável, sendo inclusive equiparado ao casamento, enquanto o concubinato impuro aparece apenas com a denominação de concubinato, no artigo 1.727 do Código Civil ao estabelecer que “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”, ainda se referindo a figura de uma união irregular aos olhos do Estado, e que por isso, não merecedora de proteção plena.

Ainda sob esse prisma, os direitos e deveres dos companheiros da união estável deve observar os ditames dos artigos 1724 e 1725 do Código Civil, sendo dever a obediência aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos, ademais devendo-se aplicar no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Neste momento, fica mais clara a distinção entre concubinato e união estável, ao passo em que o concubinato é toda e qualquer relação entre pessoas, sendo que pelo menos uma delas possua algum impedimento para constituir casamento ou união estável, seja por já possuir um desses últimos pré-existente (concubinato adulterino), ou até mesmo impedimento consanguíneo (concubinato incestuoso), como aqueles que mantêm relações com alguma pessoa que guarde parentesco natural ou por afinidade, não sendo reconhecido como entidade familiar, e sim como “sociedade de fato”, como será melhor delineado no tópico seguinte.

Já a união estável é a união livre entre pessoas sem impedimentos, com facilidade de conversão em casamento, e sem as formalidades deste, devidamente reconhecido como entidade familiar.

3 – EFEITOS JURÍDICOS DO CONCUBINATO

3.1 – A Teoria da Sociedade de Fato

Na antiguidade o casamento era a única figura capaz de instituir uma família legítima. Contudo, não impedia que as pessoas se relacionassem sem, porém, as formalidades do casamento. Essas relações informais eram chamadas de concubinato.

Nesta esteira, o concubinato não era visto como uma entidade familiar, por isso não amparado pelo direito de família, que em outras palavras significa dizer que os concubinos não seriam titulares de quaisquer direitos garantidos àqueles que constituíam casamento. (MADALENO, 2016, P. 1177)

Com o passar dos anos, a jurisprudência passou a aplicar a “teoria da sociedade de fato” para os casos em que havia a constituição de patrimônio pelos esforços dos companheiros durante convivência, a fim de fundamentar a divisão desse patrimônio, após o rompimento da união. (IVANOV, 2015, P. 11)

Essa teoria diz respeito ao Princípio da Vedação ao Enriquecimento Sem Causa, estabelecendo que não é permitido a uma pessoa ter um aumento patrimonial, ou seja, um enriquecimento às custas de outra pessoa, sem uma motivação plausível. Com base neste princípio, houve a edição da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, em 1964, que unificou o entendimento de que a sociedade de fato se forma pelo concurso de ambos os companheiros para a aquisição do patrimônio comum. Assim, o relacionamento pode se equiparar a uma sociedade de fato, regida pelo Direito das Obrigações.

No que tange à teoria da sociedade de fato, Euclides Benedito de Oliveira ensina que:

Parcerias desse tipo ocorrem em uniões não consideradas estáveis como na hipótese de ligação de homem casado e outra mulher (ou vice-versa), exigindo, pois a prévia atribuição de bens entre eles, quando adquiridos em convivência e esforço comum [...]. Da mesma forma, a jurisprudência tem reconhecido sociedade de fato entre parceiros do mesmo sexo, para apuração dos respectivos quinhões nos bens havidos ao tempo da convivência (OLIVEIRA, 2000, P. 25)

Assim, pode-se entender que a companheira que apenas cuidava do lar concorria também para o enriquecimento do companheiro, fazendo jus a uma parte do patrimônio

desse. Dentre essa doutrina, merece atenção o entendimento de Álvaro Villaça Azevedo, ao mencionar que:

Mesmo a admitir-se, com a citada Súmula 380, que é indispensável o 'esforço comum' dos concubinos nessa formação de seu patrimônio, há que entender-se esse esforço em sentido amplo, pois, nem sempre ele resulta de natureza econômica, podendo implicar estreita colaboração de ordem pessoal, as vezes de muito maior valia. (AZEVEDO, 1987, P. 88)

O concubinato, de modo geral, recebia o tratamento com base na Súmula 380, pois levava em consideração a necessidade de se verificar a colaboração mútua do companheiro na aquisição dos bens. Caso não houvesse aquisição de patrimônio, não haveria que se falar em direitos a serem partilhados, caso houvesse, o mesmo deveria ser repartido proporcionalmente ao esforço empregado por cada um dos companheiros.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o concubinato puro passou a ser reconhecido como união estável, e o concubinato impuro passou a se chamar simplesmente de concubinato. Desta forma, a união estável passou a ser regulamentada pela Lei 9.278/96, que foi publicada após a Constituição com o escopo de trazer alguns direitos e deveres aos companheiros que formam a união estável. Afastando, desta forma, a aplicação da súmula 380 na união estável.

Ocorre que, o concubinato impuro, sendo o único concubinato que continua a existir, continuou a ser aplicada a súmula do STF nestes casos, senão vejamos o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SOCIEDADE DE FATO. CONCUBINATO IMPURO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICOPROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. A revisão do acórdão recorrido que, ao dirimir a controvérsia, reconhece a caracterização de longa união estável e o conseqüente direito à partilha dos bens angariados com o esforço comum, demanda imprescindível revolvimento do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em sede especial, ut súmula 07/STJ. 2. Não destoam o v. acórdão recorrido da orientação emanada desta Corte acerca da possibilidade de dissolução de sociedade de fato, ainda que um dos concubinos seja casado, visto que o denominado concubinato impuro não constitui circunstância impeditiva da aplicabilidade da súmula 380 do Supremo Tribunal Federal. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no Ag: 746042 SP 2006/0031416-5, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 04/09/2007, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 17/09/2007 p. 290RNDJ vol. 97 p. 75)

Para tanto, o concubino que se sentir prejudicado com uma possível dissolução deste relacionamento adúlterino, deve comprovar em juízo o emprego de esforço comum para a aquisição de patrimônio, caso contrário, não terá direito a partilha.

Cumprido ressaltar a inteligência de Rolf Madaleno, ao preceituar da seguinte maneira:

Relações informais do passado, não sacramentadas pelo casamento civil, eram consideradas uniões de concubinato e permitiam por equiparação às sociedades de fato a divisão do patrimônio adquirido por esforço comum, na proporção da contribuição financeira emprestada por um e pelo outro parceiro, para assim evitar o enriquecimento ilícito. Era a aplicação dos princípios das sociedades de fato, protegidos pela Súmula n. 380 do STF, e a concubina ou o concubino só teriam direito à meação ou à fração do patrimônio adquirido em comum, isto, se provasse a efetiva contribuição na compra dos bens e na proporção do aporte financeiro realizado. (MADALENO, 2016, P. 1172)

Isso significa dizer que, anteriormente à Carta Cidadã de 1988, o concubinato tratado de maneira única, tanto o puro quanto o impuro, era tido como uma espécie de sociedade de fato, uma empresa não registrada, sendo, portanto, aplicado o direito obrigacional e não o direito de família. Isso porque a união concomitante não era observada como família, e nunca seria, sendo o objetivo precípua dessa união apenas de cunho sexual e em sua maioria econômico.

Nesse sentido Rolf Madaleno se posiciona da seguinte maneira:

Não constitui outra família aquela que prossegue residindo com a esposa e com os filhos conjugais, pois é pressuposto da vontade de formar família estar desimpedido para formalizar pelo casamento ou pela união estável uma nova e efetiva entidade familiar. Aliás, querendo constituir família com a amante, como já dito, tudo o que o bigamo precisa fazer é romper apenas de fato a sua relação com a primeira mulher, ficando até dispensando da formal dissolução legal da primeira relação afetiva, pois com este simples gesto de romper faticamente o passado e assentar no presente outra relação, está atribuindo ao segundo relacionamento elementos indispensáveis de fidelidade e de exclusividade para com a nova mulher. Com esse procedimento externa o homem um sinal suficiente para concluir que fortaleceu os seus novos laços de amor e que concentrou seus desejos e esforços de constituir família com sua nova parceira, com a qual quer vivenciar uma nova entidade familiar. (MADALENO, 2016, P. 1178)

O autor contemporâneo ainda preceitua que, com o advento da Constituição Federal de 1988, apresentando a figura da união estável, e excluindo a hipótese de reconhecimento do concubinato impuro como entidade familiar, aos conviventes é lícito a aplicação do direito de família, e aos concubinos (antigo concubinato impuro) segue a aplicação do direito obrigacional, senão vejamos:

Atualmente a união estável é regulada pelo Direito de Família, enquanto o concubinato de pessoa casada e não separada de fato constitui uma sociedade de fato, surgida de um relacionamento adulterino estável, rotineiro, duradouro. Sucedendo a aquisição de bens, por não se tratar de uma entidade familiar constitucional, por afrontar o princípio da monogamia das uniões afetivas, esta relação deve ser disciplinada pelo Direito das Obrigações, com vistas a inibir o enriquecimento indevido (CC, art. 884). No entanto, não se trata de um ponto de vista pacífico, tampouco unânime, havendo quem defenda e admita a dualidade de relacionamentos estáveis. (MADALENO, 2016, P. 1172)

Desta forma, entende-se que ainda se aplica ao concubinato atual, a teoria da sociedade de fato, disposta na Súmula 380 do STF, dando tratamento do direito obrigacional aos concubinos, mas que essa posição ainda é controversa, vez que é um posicionamento subjetivo ao dizer que a união paralela se constitui com intuito único e exclusivamente patrimonial, quando, muitas das vezes, verifica-se a presença do amor e do afeto.

Uma das defensoras do reconhecimento do concubinato como entidade familiar, é Maria Berenice Dias, Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, fundadora do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM - ainda autora de várias obras, especialmente em direito de família. A célebre magistrada ensina o seguinte:

O doutrinador Rolf Madaleno cita Maria Berenice Dias, em seu livro Direito de Família, desta forma:

Para Maria Berenice Dias: o concubinato adulterino importa ao Direito, e suas relações repercutem no mundo jurídico, e lembra que reproduzem, muitas vezes, famílias completas, com filhos gerados de longa e estável convivência, e com a construção de patrimônio comum. Deixar de outorgar efeitos atentaria contra a dignidade dos partícipes envolvidos, e só reconhecer efeitos patrimoniais por equiparação a uma sociedade de fato, e não a uma entidade familiar, consistiria em uma *mentira jurídica*, porque os concubinos não se uniram para constituir uma sociedade de fato e sim uma família. Deixar de reconhecer a família paralela como entidade familiar leva à exclusão de todos os direitos familistas e sucessórios, ao fazer incidir tão somente a regra de direito obrigacional da sociedade de fato, para evitar um injusto enriquecimento. (MADALENO, 2016, P. 1174)

E é como se posicionou o Tribunal de Justiça gaúcho, em inúmeros julgados em que a própria doutrinadora Maria Berenice Dias foi desembargadora, senão vejamos:

APELAÇÃO. UNIÃO DÚPLICE. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o de cujus em período concomitante ao casamento de "papel". Reconhecimento de união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. Os bens

adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o de cujus. Meação que se transmuda em "triação", pela duplicidade de uniões. DERAM PROVIMENTO, POR MAIORIA, VENCIDO O DES. RELATOR. (Apelação Cível Nº 70019387455, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 24/05/2007)

Percebe-se, neste julgamento, que houve uma divisão do patrimônio adquirido pelo casamento e pelo concubinato em 3 (três) partes.

Ocorre que há descompasso nos entendimentos do próprio tribunal, onde existem julgados recentes que não concedem qualquer direito à união paralela, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. AUSÊNCIA DE PROVA DOS REQUISITOS INDISPENSÁVEIS À CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRO CASADO. IMPEDIMENTO PARA CONFIGURAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. Impossibilidade de reconhecimento de união estável concomitante ao casamento. Há regra proibitiva expressa em nosso ordenamento jurídico, qual seja o § 1º do art. 1.723 do CCB, segundo o qual "a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521", somente excepcionando essa circunstância diante da comprovada separação de fato do casal matrimonial, o que não se verifica no caso. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70047754296, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 20/03/2013)

Percebe-se que o assunto ainda não é pacífico pelos juízos de primeira e segunda instâncias, onde alguns ministros reconhecem como entidade familiar as uniões paralelas, como é o caso do julgado acima, e outros julgados que entendem que não há como reconhecer a união paralela quando se faz presente algum impedimento para a constituição de união estável ou casamento.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reconhece a união dúplice de pessoas. Vejamos o Julgamento:

DIREITO DAS FAMÍLIAS. UNIÃO ESTÁVEL CONTEMPORÂNEA A CASAMENTO. UNIÃO DÚPLICE. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO FACE ÀS PECULIARIDADES DO CASO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Ao longo de vinte e cinco anos, a apelante e o apelado mantiveram um relacionamento afetivo, que possibilitou o nascimento de três filhos. Nesse período de convivência afetiva - pública, contínua e duradoura - um cuidou do outro, amorosamente, emocionalmente, materialmente, fisicamente e sexualmente. Durante esses anos, amaram, sofreram, brigaram, reconciliaram, choraram, riram, cresceram, evoluíram, criaram os filhos e cuidaram dos netos. Tais fatos comprovam a concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isso é família. O que no caso é polêmico é o fato de o apelado, à época dos fatos, estar casado civilmente. **Há, ainda, dificuldade de o Poder Judiciário lidar com a**

existência de uniões dúplices. Há muito moralismo, conservadorismo e preconceito em matéria de Direito de Família. No caso dos autos, a apelada, além de compartilhar o leito com o apelado, também compartilhou a vida em todos os seus aspectos. Ela não é concubina - palavra preconceituosa - mas companheira. Por tal razão, possui direito a reclamar pelo fim da união estável. Entender o contrário é estabelecer um retrocesso em relação a lentas e sofridas conquistas da mulher para ser tratada como sujeito de igualdade jurídica e de igualdade social. Negar a existência de união estável, quando o dos companheiros é casado, é solução fácil. Mantém-se ao desamparo do Direito, na clandestinidade, o que parte da sociedade prefere esconder. Como se uma suposta invisibilidade fosse capaz de negar a existência de um fato social que sempre aconteceu, acontece e continuará acontecendo. A solução para tais uniões está em reconhecer que ela gera efeitos jurídicos, de forma a evitar irresponsabilidades e o enriquecimento ilícito de um companheiro em desfavor do outro DERAM PROVIMENTO PARCIAL.(TJMG, **Apelação Cível nº 1.0017.05.016882-6/003, Relª. Des.ª Maria Elza, public. 10/12/2008**).

Se há divergência jurisprudencial, no que tange ao reconhecimento das uniões paralelas como entidade familiar, não é diferente na doutrina. Maria Berenice Dias, como apontado acima é fervorosa defensora do reconhecimento das “famílias paralelas”, pelos seus julgados no TJRS, bem como em suas obras de Direito de Família, assim como Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, em seu artigo Famílias simultâneas e concubinato adúltero, ao ensinar que:

Quando mencionamos a possibilidade de manifestação de afeto, é porque, a despeito de entendermos a afetividade como um princípio implícito do Direito de Família, aplicável às *entidades familiares*, portanto, com força obrigatória, no sentido de se tratar de norma jurídica, embora, repita-se, implicitamente posta, entendemos que ela, a afetividade, é uma *possibilidade* antevista pelo Estado nas relações dos partícipes das mais diversas *entidades familiares*. (FILHO, 2002, P. 20)

O autor acima preceitua que as uniões paralelas a um casamento ou união estável, embora não estejam legalmente aparadas, também tem como característica o afeto, o que ensejaria no reconhecimento como entidade familiar.

O ilustre professor contemporâneo Pablo Stolze, em seu livro “Direito de Família”, cita Caio Mário arrematando da seguinte maneira em uma das suas últimas obras:

Numa definição sociológica, pode-se dizer com Zannoni que a família compreende uma determinada categoria de 'relações sociais reconhecidas e portanto institucionais'. Dentro deste conceito, a família 'não deve necessariamente coincidir com uma definição estritamente jurídica. Quem pretende focalizar os aspectos ético-sociais da família, não pode perder de vista que a multiplicidade e variedade de fatores não consentem fixar um modelo social uniforme. (STOLZE, 2017, P. 470)

Em posicionamento contrário, podemos citar o posicionamento de Flávio Tartuce, em sua obra de Direito de Família, citado no artigo de Carolina Ribas Sérgio - A Partilha de Bens em caso de Concubinato Impuro sob a análise do STJ, ao ensinar o que segue:

O concubinato, antigamente denominado de impuro, e, atualmente apenas de concubinato, não é entidade familiar, mas mera sociedade de fato. Aplica-se a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, tendo direito o concubino à participação nos bens adquiridos pelo esforço comum. A competência para apreciar questões envolvendo esse concubinato é da Vara Cível, não da Vara da Família, eis que não se trata de entidade familiar. A ação correspondente é denominada ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato (rito ordinário), nome este que não pode ser utilizado para a ação relacionada com a união estável. Por óbvio que o concubino não tem direito a alimentos, direitos sucessórios ou direito à meação, uma vez que não se trata de uma entidade familiar. (TARTUCE, 2014, P. 443)

Esse doutrinador entende que as uniões concomitantes não merecem respaldo legal, não sendo dever do Estado proteger como instituto familiar, visto que o reconhecimento deste modelo de família, traria uma insegurança jurídica ao relacionamento devidamente constituído, sendo afrontoso com o princípio da monogamia, presente historicamente no ordenamento jurídico pátrio.

Em que pese a divergência doutrinária e jurisprudencial, no que tange ao reconhecimento, ou não, do concubinato como entidade familiar paralela, sendo detentor ou não de direitos, como explanado até aqui, o STF é uníssono, sendo pacífico o entendimento nessa corte de não reconhecer o concubinato como entidade familiar, e, portanto, não sendo o concubino detentor de direitos oriundos do Direito de Família, quando muito a aplicação da súmula 380 da Suprema Corte, volvendo-se para o Direito Obrigacional.

Como forma de demonstrar o entendimento acima, vejamos algumas jurisprudências nesse sentido:

COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina. (STF - RE: 397762 BA. Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 03/06/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: "caDJe-172

DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-03 PP-00611
RDDP n. 69, 2008, p. 149-162 RSJADV mar., 2009, p. 48-58)

Pouco tempo depois, em julgamento do Recurso Extraordinário nº 590.779 do Espírito Santo, o STF se posicionou na mesma forma, senão vejamos:

PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - CONCUBINATO IMPURO DE LONGA DURAÇÃO - DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA - FILHO EM COMUM - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO." Em suas razões recursais, o recorrente aponta violação ao artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, sustentando, em síntese, que "não sendo possível reconhecer a união estável entre o falecido e a autora, diante da circunstância de o primeiro ter permanecido casado, vivendo com esposa até a morte, deve-se menos ainda atribuir efeitos previdenciários ao concubinato impuro. Nessa linha de raciocínio, a união estável apenas ampara aqueles conviventes que se encontram livres de qualquer impedimento que torne inviável possível casamento" (fl. 147). (decisão não unânime no RE 590779, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 EMENT VOL-02354-05 PP-01058 RTJ VOL-00210-02 PP-00934 RB v. 21, n. 546, 2009, p. 21-23 LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 292-301 RJTJRS v. 46, n. 279, 2011, p. 33-38)

Nesse julgamento do Recurso Extraordinário acima o Ministro Marco Aurélio, Relator, votou no sentido de que

O reconhecimento da união estável pressupõe a possibilidade de conversão em casamento. O reconhecimento de união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, direciona à inexistência de obstáculo a este último. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 590779, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 EMENT VOL-02354-05 PP-01058 RTJ VOL-00210-02 PP-00934 RB v. 21, n. 546, 2009, p. 21-23 LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 292-301 RJTJRS v. 46, n. 279, 2011, p. 33-38)

E arremata dizendo:

Abandonem a tentação de implementar o que poderia ser tido como uma justiça Salomônica, porquanto a segurança jurídica pressupõe o respeito às balizas legais, a obediência irrestrita às balizas constitucionais. No caso, vislumbrou-se união estável, quando, na verdade, verificado simples concubinato, conforme pedagogicamente previsto no artigo 1.727 do Código Civil. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 590779, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 EMENT VOL-02354-05 PP-01058 RTJ VOL-00210-02 PP-00934 RB v. 21, n. 546, 2009, p. 21-23 LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 292-301 RJTJRS v. 46, n. 279, 2011, p. 33-38)

O STJ, no dia 03 de janeiro de 2018, publicou artigo (Partilha de bens em concubinato impuro exige comprovação de esforço comum) dando ênfase na teoria da

sociedade de fato ao dispor, em determinado processo cujo número está sob sigilo de justiça, “O entendimento foi exposto pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao rejeitar recurso de recorrente que pleiteou a partilha de bens da ex-amante. Para o colegiado, o tribunal de origem acertou ao não equiparar a relação extramatrimonial à união estável”. (BRASIL, STJ, 2018, P. 4)

O relator deste recurso especial foi o Ministro Villas Bôas Cuevas, e entende que nos casos de concubinato impuro, este não deve receber o mesmo tratamento dado à união estável, e portanto, a partilha de bens deve ser comprovada o esforço comum para sua aquisição. Como forma de corroborar este entendimento, são as palavras do eminente Ministro:

Acertadamente, a corte de origem esclareceu que o concubinato impuro não se confundiria com a união estável, especialmente porque um dos membros já possuiria um relacionamento conjugal com outra pessoa, praticando-se, em verdade, na hipótese, um ato de traição conjugal. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, STJ. O número deste processo não é divulgado em razão de sigilo judicial.)

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça vinha decidindo nos mesmos posicionamentos do STF, no Recurso Especial nº 931.155/RS:

União estável. Reconhecimento de duas uniões concomitantes. Equiparação ao casamento putativo. Lei nº 9.728/96. 1. Mantendo o autor da herança união estável com uma mulher, o posterior relacionamento com outra, sem que se haja desvinculado da primeira, com quem continuou a viver como se fossem marido e mulher, não há como configurar união estável concomitante, incabível a equiparação ao casamento putativo. 2. Recurso especial conhecido e provido. De acordo com o entendimento da ministra Nancy Andrighi, a existência de impedimento para se casar por parte de um dos companheiros, como, por exemplo, na hipótese de a pessoa já ser casada, mas não separada judicialmente, impede a constituição de união estável, conforme voto proferido pela Eminente ministra no recurso Especial: Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de reconhecimento de união estável. Casamento e concubinato simultâneos. Improcedência do pedido. - A união estável pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento, ou, pelo menos, que esteja o companheiro (a) separado de fato, enquanto que a figura do concubinato repousa sobre pessoas impedidas de casar. - Se os elementos probatórios atestam a simultaneidade das relações conjugal e de concubinato, impõe-se a prevalência dos interesses da mulher casada, cujo matrimônio não foi dissolvido, aos alegados direitos subjetivos pretendidos pela concubina, pois não há, sob o prisma do Direito de Família, prerrogativa desta à partilha dos bens deixados pelo concubino. - Não há, portanto, como ser conferido status de união estável a relação concubinária concomitante a casamento válido. (Recurso especial provido. STJ. Recurso Especial nº 931.155/RS. Terceira Turma, julgado em 07/08/2007)

Ainda neste sentido tem-se o Resp. 5537/PR:

SOCIEDADE DE FATO ENTRE CONCUBINOS. HOMEM CASADO. DISSOLUÇÃO JUDICIAL. ADMISSIBILIDADE. É admissível a pretensão de dissolver a sociedade de fato, embora um dos concubinos seja casado. Tal situação não impede a aplicação do princípio inscrito na Súmula 380/STF. Recurso especial conhecido e provido' (STJ, REsp 5.537/PR, Rel. Min. Waldemar Zveiter, Rel. P/acórdão Min. Nilson Naves, 3ª Turma, j. 28.06.1991, DJ 09.09.1991, p. 12.196)

Em que pese o STJ tenha se posicionado no sentido de não conceder direitos aos concubinos, em julgado muito recente, no Resp. 1.185.337-RS, posicionou-se em sentido contrário, neste julgamento o Relator, Ministro João Otávio de Noronha, manteve a obrigação de prestação de alimentos a concubina idosa que os recebeu por mais de quarenta anos, em face da incidência dos princípios da dignidade e solidariedade humanas, senão vejamos:

RECURSO ESPECIAL. CONCUBINATO DE LONGA DURAÇÃO. CONDENAÇÃO A ALIMENTOS. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DE LEI FEDERAL. CASO PECULIARÍSSIMO. PRESERVAÇÃO DA FAMÍLIA X DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS. SUSTENTO DA ALIMENTANDA PELO ALIMENTANTE POR QUATRO DÉCADAS. DECISÃO. MANUTENÇÃO DE SITUAÇÃO FÁTICA PREEXISTENTE. INEXISTÊNCIA DE RISCO PARA A FAMÍLIA EM RAZÃO DO DECURSO DO TEMPO. COMPROVADO RISCO DE DEIXAR DESASSISTIDA PESSOA IDOSA. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE HUMANAS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA.

1. De regra, o reconhecimento da existência e dissolução de concubinato impuro, ainda que de longa duração, não gera o dever de prestar alimentos a concubina, pois a família é um bem a ser preservado a qualquer custo.
2. Nada obstante, dada a peculiaridade do caso e em face da incidência dos princípios da dignidade e solidariedade humanas, há de se manter a obrigação de prestação de alimentos a concubina idosa que os recebeu por mais de quatro décadas, sob pena de causar-lhe desamparo, mormente quando o longo decurso do tempo afasta qualquer risco de desestruturação familiar para o prestador de alimentos.
3. O acórdão recorrido, com base na existência de circunstâncias peculiaríssimas – ser a alimentanda septuagenária e ter, na sua juventude, desistido de sua atividade profissional para dedicar-se ao alimentante; haver prova inconteste da dependência econômica; ter o alimentante, ao longo dos quarenta anos em que perdurou o relacionamento amoroso, provido espontaneamente o sustento da alimentanda –, determinou que o recorrente voltasse a prover o sustento da recorrida. Ao assim decidir, amparou-se em interpretação que evitou solução absurda e manifestamente injusta do caso submetido à deliberação jurisprudencial.
4. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes tratam de situações fáticas diversas.
5. Recurso especial conhecido em parte e desprovido. (STJ – Resp: 1185337 RS 2010/0048151-3, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Data de Julgamento: 17/03/2015, TERCEIRA TURMA)

Desta forma, pode-se perceber que o STJ, embora anteriormente se posicionava uniformemente e em consonância com o STF, teve uma alteração recente neste julgamento, entendendo de forma contrária e concedendo direitos alimentícios à concubina, no caso concreto.

Neste sentido, cumpre ressaltar a lucidez de Madaleno ao entender que:

Tem sido frequente deparar com decisões judiciais reconhecendo efeitos jurídicos às uniões concubinárias, correlatas ao casamento ou paralelas a outra união estável, perfilhando todos os direitos pertinentes ao casamento, como se fosse possível manter dois *casamentos* em tempo integral, para conferir com sua ruptura a divisão dos bens entre três pessoas (*triação*), à razão de um terço dos bens para cada personagem do estável triângulo amoroso, além de ordenar a divisão da previdência social ou um duplo pagamento de pensão alimentícia”. (MADALENO, 2016, P. 1173)

Essa tendência de se admitir o reconhecimento das uniões paralelas como entidade familiar, tem sido cada vez mais frequente, como se depreende dos julgados acostados acima, em especial os julgamentos do TJRS, TJMG e mais recentemente do STJ. Em que pese o reconhecimento do concubinato como entidade familiar caminhar a passos curtos, depreende-se que, via de regra, trata-se de situação pela qual deve repousar sobre o direito obrigacional, não merecendo receber tratamento da união estável.

3.2 – Da União Estável Putativa

Estando conceituado exhaustivamente, até então, o instituto do concubinato, na sua acepção moderna, como a união dúplice, contínua e duradoura entre pessoas, onde, pelo menos uma delas tenha algum impedimento de constituir união estável ou casamento, nos termos do artigo 1.727 do Código Civil, por ser concomitante à outro relacionamento, em comunhão de vidas, não se podendo, portanto, atribuir tratamento idêntico ao dado às uniões estáveis, em virtude do princípio da monogamia, devendo, dessa forma, surfar nas águas do direito obrigacional.

Ocorre que, merece atenção o fato pelo qual o (a) amante age na mais pura boa-fé, ao relacionar-se com o cônjuge traidor, imaginando, desta forma, não possuir qualquer impedimento para ingressar em um relacionamento estável com este. Ou seja, há a

ignorância por parte de um dos concubinos, no que tange à existência de um casamento/união estável paralelo, pré e devidamente constituído.

Merece destaque, novamente, a lucidez de Rolf Madaleno, ao ensinar o seguinte:

Não ingressam nesta afirmação os concubinatos putativos, quando um dos conviventes age na mais absoluta boa-fé, desconhecendo o fato de seu parceiro ser casado, e de que ele também coabita com sua esposa, porque a lei assegura os direitos patrimoniais gerados de uma união na qual um dos conviventes foi enganado em sua crença quanto à realidade dos fatos,⁹¹ surgindo a relação dúplice putativa de um estado de ignorância acerca das qualidades essenciais ao objeto principal da declaração; ou ignorância concernente à identidade ou qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade; ou o erro proveniente da ignorância da própria vedação legal. (MADALENO, 2016, P. 1124)

Trata-se, aqui de uma espécie de putatividade, visto que existe a ignorância de um dos concubinos, ou seja, a boa-fé capaz de “vendar os olhos” sobre um possível impedimento. O Artigo 1.561 do Código Civil traz a figura do casamento putativo, como sendo “o parceiro de boa-fé, que desconhecia a existência do impedimento ao estabelecimento de sua união estável, de o seu companheiro ser civilmente casado e estar convivendo ao mesmo tempo com o cônjuge, enquanto mantém este segundo relacionamento afetivo e estável”. (MADALENO, 2016, P. 1181)

Pode-se dizer, desta forma que o concubinato adúltero, ou simplesmente concubinato, subdivide-se em concubinato de má-fé e concubinato de boa-fé, ao qual a este último, pode-se estender os efeitos de uma união estável, em virtude da ignorância por parte de um dos concubinos, como analogia ao casamento putativo.

Como reitera o ilustre Rolf Madaleno, “Cuida-se do erro de fato, desconhecendo o concubino a preexistência do casamento de seu parceiro e, sobretudo, ignorando que seu companheiro segue coabitando com seu cônjuge, sendo hábil o suficiente para dissimular uma separação de fato que em realidade não existe”. (MADALENO, 2016, P. 1181)

Isso significa dizer que a parte ignorante desconhece totalmente o fato de estar fazendo parte de um relacionamento com alguém impedido de constituir nova união. Neste caso observa-se a presença da boa-fé daquele que desconhece o fato impeditivo.

Seguindo a linha de raciocínio do autor, Rodrigo da Cunha Pereira sustenta que, “se no casamento, ato solene e incontestável que é, pode ser atribuída a putatividade em

face do contraente de boa-fé, por analogia, pode-se empregar tais efeitos a união estável putativa, ou seja, quem pode mais, pode menos. ” (PEREIRA, 2004, P. 74)

Como resultado da boa-fé de um dos cônjuges, no caso do casamento, assim como na união estável, todos os efeitos de um casamento válido serão produzidos, não só em relação aos companheiros, mas também com relação aos filhos destes, até a data da sentença que declarar a anulação ou a nulidade da união.

O autor acima ainda ressalta: “O sistema monogâmico, desta forma, deve ser relativizado, ao passo que este não deve ser absoluto”. (PEREIRA, 2004, P. 74)

Neste mesmo sentido, Yussef Said Cahali aduz que: “mais tão duro castigo pode ser injusto, ao punir pessoas que não visaram contrariar a lei, ferindo gente que foi levada ao matrimônio na ignorância do impedimento, ligando-se através de uma união que parecia regular aos olhos de todos. ” (CAHALI, 1979, P. 02)

De acordo com os doutrinadores acima, entende-se que se deve tutelar a boa-fé daquele que constitui uma família, ou imagina que o faz, estando protegido da nulidade pelo manto da ignorância.

Manuela Passos Cerqueira, em seu artigo “Consequências jurídicas do concubinato adulterino”, ilustra de forma muito clara um exemplo de união estável putativa, em um concubinato adulterino, senão vejamos:

Suponha-se que A, casado com B, mantém relação concubinária com C, que ignora a existência de B. Em caso de término da união paralela de A e C este teria direito a parte do patrimônio de A. Se A é casado no regime da comunhão universal de bens com B e o ambos têm patrimônio de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), cada um tem direito a meação no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Logo, C, concubina enganada, caso comprove a sua ignorância quanto a existência do impedimento matrimonial que maculava sua união com A poderia pleitear parcela da meação deste, ou seja, parcela dos R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) que lhe caberiam. Assim não se estaria prejudicando B, cônjuge traído, e A seria o único penalizado pela sua má-fé perante B e C. (CERQUEIRA, 2011, P. 3)

Dessa forma, compete ao Estado tutelar a boa-fé nas relações, e em especial ao Direito de Família, em detrimento daqueles que agem de má-fé. Nesse sentido, Rolf Madaleno ainda destaca:

Desconhecendo a deslealdade do parceiro casado, instaura-se uma nítida situação de união estável putativa, devendo ser reconhecidos os direitos do companheiro inocente, o qual ignorava o estado civil de seu parceiro afetivo, e tampouco a coexistência fática e jurídica do precedente matrimônio, fazendo jus,

salvo contrato escrito, à meação dos bens amealhados onerosamente na constância da união estável putativa em nome do parceiro infiel, sem prejuízo de outras reivindicações judiciais, como uma pensão alimentícia, se provar a dependência financeira do companheiro casado, e, se porventura o seu parceiro vier a falecer na constância da união estável putativa, poderá se habilitar à herança do *de cujus*, em relação aos bens comuns, se concorrer com filhos próprios ou a toda herança se concorrer com outros parentes e ao direito previdenciário. (MADALENO, 2016, P. 1181)

É como decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

Direito de Família. Reconhecimento e dissolução de dupla união estável. Morte do companheiro. Pretensão secundária de recebimento de benefícios previdenciários junto ao INSS. União estável putativa. Prova oral e documental que evidencia a existência de duplicidade de uniões. Companheiras que, mutuamente, desconhecem essa realidade. **Boa-fé configurada**. Putatividade que implica a proteção jurídica de ambos os relacionamentos. Divisão igualitária da pensão deixada pelo varão (art. 226, § 3º da CF e arts. 1.723 e 1.561 do CC). Recursos improvidos. 1. A união estável é reconhecida como entidade familiar consubstanciada na convivência pública, contínua e duradoura com o fito de constituição de família, competindo à parte interessada demonstrá-la adequada e concretamente, seja por elementos de prova oral ou documental. 2. Embora seja predominante, no âmbito do direito de família, o entendimento da inadmissibilidade de se reconhecer a dualidade de uniões estáveis concomitantes, e de se **dar proteção jurídica a ambas as companheiras em comprovado o estado de recíproca putatividade** quanto ao duplo convívio com o mesmo varão, mostrando-se justa a solução que alvitra a divisão da pensão derivada do falecimento dele e da terceira mulher com quem fora casado” (TJSC. Quarta Câmara de Direito Civil. Apelação Cível n. 2009.041434-7. Relator: Des. Eládio Torret Rocha. Julgado em 10.11.2011)

Verifica-se que a doutrina majoritária está posicionada no sentido de conferir direitos equiparados aos da união estável ao concubinato de boa-fé, como Rolf Madaleno, Yussef Said Cahali e Rodrigo da Cunha Pereira, bem como a jurisprudência também segue neste sentido, senão vejamos o julgamento dado pela Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região, durante a 3ª Sessão Ordinária de 2015:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO REGIONAL. PENSÃO POR MORTE. CONCUBINATO. UNIÃO ESTÁVEL. RATEIO DO BENEFÍCIO ADMITIDO. DIVERGÊNCIA DEMONSTRADA. 1. O acórdão recorrido contraria orientação jurisprudencial desta TRU de que "a existência de impedimentos ao casamento não obsta o reconhecimento de entidade familiar nas hipóteses de concubinato adúltero, quando da vigência de matrimônio válido sem separação, não retirando da concubina a proteção previdenciária, quanto às situações em que reste evidenciada a boa-fé, entendida essa não somente como o desconhecimento de supostos impedimentos ao casamento, mas também nas hipóteses em que a afetividade, estabilidade e ostensibilidade da relação revelem expectativa no sentido de que aquele relacionamento poderá evoluir para o casamento, dependendo do contexto probatório dos autos". 2. Incidente provido.

(5001063-10.2012.404.7112, Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, Relator p/ Acórdão Marcelo Malucelli, juntado aos autos em 23/06/2015)

Em contrapartida, nos casos de reconhecida a má-fé, as decisões são no sentido de não concessão de quaisquer direitos:

EMBARGOS INFRINGENTES. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CONCUBINA. QUALIFICAÇÃO COMO COMPANHEIRA. RESTITUIÇÃO DE VALORES SOMENTE SE COMPROVADA PLENAMENTE A MÁ-FÉ. 1. A diferença jurídica entre concubinato e união estável é muito tênue para ser percebida por pessoas leigas, não estando ao alcance de pessoas mais simples. 2. Só é devida a restituição dos valores recebidos pela concubina do segurado, a título de pensão, quando comprovada plenamente a má-fé. Não comprovada esta, não deve haver condenação à restituição de valores. 3. Recurso provido. (TRF-4 - EINF: 3787 RS 2002.71.08.003787-3, Relator: Revisor, Data de Julgamento: 02/04/2009, TERCEIRA SEÇÃO)

O entendimento pela não atribuição de direitos quando verificada a má-fé é no sentido de que as pessoas não podem se beneficiar pela própria torpeza, princípio este muito aplicado em âmbito do direito penal e civil. O eminente Ministro Villas Bôas Cueva, no recurso citado anteriormente destaca que, naquele caso, “ao não abandonar o lar oficial, deu causa a circunstância antijurídica e desleal, desprezando o ordenamento pátrio, que não admite o concubinato impuro. Ao buscar partilha sem comprovar a contribuição direta para a construção do patrimônio vindicado, pratica verdadeiro *venire contra factum proprium*”, o que é inadmissível, já que o direito não socorre a própria torpeza. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. STJ. O número deste processo não é divulgado em razão de segredo judicial.)

Desta forma, e reiterando a conclusão do tópico anterior, o concubinato, como regra, não admite a concessão de direitos ao concubino (a), relativamente a constituição da união concomitante, em virtude de restar prejudicado tanto o cônjuge traído, quanto o consorte deste, entretanto, excepcionalmente, uma vez comprovada a boa-fé do(a) parceiro(a), pode-se atribuir o status de entidade familiar, e neste caso, admitir a concessão dos direitos familiares, como se união estável fosse.

3.3 - Da Indenização Por Serviços Domésticos Prestados

Como aduzido no tópico da “Teoria da Sociedade de Fato”, o concubinato, por restar alocado no ramo do direito obrigacional, portanto, via de regra, pela não concessão

de quaisquer direitos oriundos de instituto familiar, ao passo em que se dá somente a partilha dos bens adquiridos na constância do concubinato, devendo ser divididos na medida dos esforços em comum, dada a aplicabilidade da teoria supra, em função da inteligência da Sumula 380 do STF. Ocorre que, nos casos em que não se conseguia comprovar o esforço conjunto para aquisição do patrimônio, era concedido ao concubino (a) uma espécie de “indenização pelos serviços domésticos prestados”, visto que, de toda forma, o concubino (a) contribuiu ainda que indiretamente para o engrandecimento patrimonial.

Esse fato se deu, por muito tempo, em virtude, como dito acima, por se tratar de demanda amparada no direito obrigacional, e em respeito ao princípio da vedação do enriquecimento sem causa, ou como aduz Rolf Madaleno, o direito “não pode permitir o indevido locupletamento com o esforço alheio”. (MADALENO, 2016, P. 1128)

Como espelho deste entendimento, foi o que decidiu o STJ em 2003, senão vejamos:

Concubinato. Sociedade de fato. Direito das obrigações. Segundo entendimento pretoriano, ‘a sociedade de fato entre concubinos, para as consequências jurídicas que lhe decorram das relações obrigacionais, é irrelevante o casamento de qualquer deles, sobretudo porque a censurabilidade do adultério não pode justificar que se locuplete com o esforço alheio exatamente aquele que o pratica’. Recurso não conhecido” (STJ. Quarta Turma. REsp. 229.069/SP. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Julgado em 26.04.2005). “Concubinato. Relação extraconjugal mantida por longos anos. Vida em comum configurada ainda que não exclusivamente. Indenização por serviços domésticos. Pacífica é a orientação das Turmas da Segunda Seção do STJ no sentido de indenizar os serviços domésticos prestados pela concubina ao companheiro durante o período da relação, direito que não é esvaziado pela circunstância de ser o concubino casado, se possível, como no caso, identificar a existência de dupla vida em comum, com a esposa e companheira, por período superior a trinta anos. Pensão devida durante o período do concubinato até o óbito do concubino” (STJ. Quarta Turma. REsp. n. 303.604/SP. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Julgado em 23.06.2003)

Ocorre que muito se discutiu em relação a indenização por serviços domésticos prestados, uma vez que se estava em uma tentativa de quantificar os serviços, ou mesmo de transformar um possível relacionamento afetivo, ainda que ilícito, em um valor econômico.

Maria Berenice Dias entende que a indenização por serviços prestados é humilhante, vez que “é um subterfúgio utilizado pela jurisprudência quando as uniões

extramatrimoniais não tinham assento legal nem eram reconhecidas como merecedoras de tutela no âmbito do direito das famílias”. (BERENICE, 2009, P. 177)

Neste íterim, pode-se dizer que é afronta ao super princípio da dignidade de pessoa humana quantificar ou mesmo valorar a assistência afetiva e amorosa exercida por aqueles que se unem, seja no casamento, na união estável ou mesmo no concubinato.

Sob esse prisma, o STJ, em acórdão de relatoria da Ministra Nancy Andrighi pacificou o entendimento no sentido de afastar o direito à indenização por serviços domésticos prestados decorrentes da relação de concubinato. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ, 2009, P. 5)

Com publicação no próprio site do STJ, em 2009, o acórdão destaca que, em julgamento pela Terceira Turma deste Tribunal, uma diarista e concubina de um fazendeiro já falecido, teve seu pedido de indenização negado, mesmo tendo convivido com o cônjuge varão por 23 anos.

Em seu voto, a relatora destaca que, tanto no término do casamento quanto no término da união estável, nenhum dos envolvidos tem direito a vantagens indenizatórias, inclusive, as referentes a serviços domésticos prestados, de maneira que não haveria como garantir tal indenização ao concubinato. Dessa forma, a concessão de indenização à concubina situaria o concubinato em posição jurídica mais vantajosa que o próprio casamento, o que é incompatível com as diretrizes constitucionais do artigo 226 da CF/88 e com o Direito de Família, afirmou a ministra no voto”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ, 2009, P. 5)

Para corroborar este entendimento, tem-se mais um julgado:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. CONCUBINATO. CASAMENTO SIMULTÂNEO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SERVIÇOS DOMÉSTICOS PRESTADOS.

- Se com o término do casamento não há possibilidade de se pleitear indenização por serviços domésticos prestados, tampouco quando se finda a união estável, muito menos com o cessar do concubinato haverá qualquer viabilidade de se postular tal direito, sob pena de se cometer grave discriminação frente ao casamento, que tem primazia constitucional de tratamento; ora, se o cônjuge no casamento nem o companheiro na união estável fazem jus à indenização, muito menos o concubino pode ser contemplado com tal direito, pois teria mais do que se casado fosse.

- A concessão da indenização por serviços domésticos prestados à concubina situaria o concubinato em posição jurídica mais vantajosa que o próprio casamento, o que é incompatível com as diretrizes constitucionais fixadas pelo Art. 226 da CF/88 e com o Direito de Família, tal como concebido.

- A relação de cumplicidade, consistente na troca afetiva e na mútua assistência havida entre os concubinos, ao longo do concubinato, em que auferem proveito de forma recíproca, cada qual a seu modo, seja por meio de auxílio moral, seja por meio de auxílio material, não admite que após o rompimento da relação, ou ainda, com a morte de um deles, a outra parte cogite pleitear indenização por serviços domésticos prestados, o que certamente caracterizaria locupletação ilícita.

- Não se pode mensurar o afeto, a intensidade do próprio sentimento, o desprendimento e a solidariedade na dedicação mútua que se visualiza entre casais. **O amor não tem preço.** Não há valor econômico em uma relação afetiva. Acaso houver necessidade de dimensionar-se a questão em termos econômicos, poder-se-á incorrer na conivência e até mesmo estímulo àquela conduta reprovável em que uma das partes serve-se sexualmente da **outra e, portanto, recompensa-a com favores.**

- Inviável o debate acerca dos efeitos patrimoniais do concubinato quando em choque com os do casamento pré e coexistente, porque definido aquele, expressamente, no Art. 1.727 do CC/02, como relação não eventual entre o homem e a mulher, impedidos de casar; a disposição legal tem o único objetivo de colocar a salvo o casamento, instituto que deve ter primazia, ao lado da união estável, para fins de tutela do Direito. (STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 872.659 - MG (2006/0103592-4) RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI RECORRENTE : M A R ADVOGADO : GERALDO DIAS MOURA OLIVEIRA E OUTRO(S) RECORRIDO : A DO A T – ESPÓLIO REPR. POR : D C T – INVENTARIANTE ADVOGADO : JULIANA GONTIJO E OUTRO(S))

Com efeito, depreende-se que a indenização por serviços prestados não mais merece respaldo no ordenamento jurídico pátrio, vez que implica em grave violação aos preceitos do código civil, no que tange aos deveres de fidelidade recíproca dos cônjuges, no princípio da monogamia, bem como na Constituição Federal, afrontando o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

3.4 - Alimentos e a Previdência Social

Tanto os alimentos quanto a pensão previdenciária constituem uma obrigação de prestar assistência para o cônjuge ou companheiro, para depois da dissolução do vínculo conjugal, ou da morte, respectivamente. Isso porque, o direito pátrio protege aqueles que ficaram desamparados, quando antes possuíam o auxílio do seu consorte.

Como elucida com maestria o professor Orlando Gomes:

Alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. A expressão designa medidas diversas. Ora significa o que é estritamente necessário à vida de uma pessoa, compreendendo, tão somente, a alimentação, a cura, o vestuário e a habitação, ora abrange outras necessidades, compreendidas as intelectuais e morais. (GOMES, 2002, P. 427)

Isso significa dizer que os alimentos são indispensáveis para a sobrevivência humana, compreendendo os próprios alimentos, a saúde, o lazer, as vestimentas, a educação enfim, o necessário para a observância de mínimas condições de vida, principalmente pela proteção constitucional do super princípio da dignidade da pessoa humana.

Tendo em vista que essa proteção não foi objeto positivado no ordenamento jurídico, na inteligência do artigo 1.694 do Código Civil pois “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social”. (BRASIL, Código Civil de 2002, Art. 1.694)

Percebe-se que o legislador amparou o cônjuge – pois protegido pelo contrato do casamento – e o companheiro, neste caso, tratando-se da união estável. Observando, desde logo, que não há a figura do concubino, remetendo aquela conjectura do concubinato como sendo instituto à margem do direito brasileiro.

Em que pese a negligência do legislador em proteger a relação concubinária, alguns tribunais de 2º instância vêm decidindo na forma da concessão de alimentos, como por exemplo o TJRS, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. CONCUBINATO. ART. 1.727 DO CC/02. DIREITO A ALIMENTOS. ART. 1.694 DO CC/02. Ainda que o relacionamento mantido entre os litigantes seja tido como um **concubinato**, na forma do art. 1.727 do CC/02, também este se enquadra na categoria de entidade familiar a ensejar o **direito de alimentos** entre os concubinos, se presente a afetividade entre o casal, enquanto tal relacionamento perdurou. E a afetividade, no caso, existia entre os litigantes, devendo ser mantida a pensão alimentícia na forma como fixada na sentença. A omissão contida no art. 1.694 do CC/02 não afasta a concessão do **direito** em discussão. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. **Apelação** desprovida. (**Apelação** Cível Nº 70032101727, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 12/11/2009).

Também é entendimento do STJ recente, no julgamento do Resp. 1.185.337-RS, já demonstrado sua ementa na página 39 e 40 deste trabalho, isso porque, deve-se analisar a circunstância fática. No caso do julgamento deste Resp. pelo STJ, excepcionalmente foi mantida a pensão alimentícia, visto que comprovada a dependência financeira da concubina que permaneceu com o cônjuge traidor por mais de 30 anos.

No que tange à previdência social, a legislação também dá enfoque na proteção do cônjuge ou companheiro, nada falando sobre o concubinato, senão vejamos:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave". (BRASIL, Lei 8.213 de 1991, Art. 16, inciso I)

A jurisprudência segue no mesmo sentido, principalmente nos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, afastando os direitos previdenciários ao concubino (a), senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE CONCUBINATO. EXTENSÃO DA RES JUDICATA À ADMISSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. IMPOSSIBILIDADE. LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA. PEDIDO E CAUSA DE PEDIR. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL FALECIDO. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE VIÚVA E CONCUBINA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. A coisa julgada contida no dispositivo da decisão judicial transitada em julgado está delimitada pelo pedido e pela causa de pedir apresentadas na petição inicial do processo de conhecimento.

2. Conquanto somente o dispositivo da sentença seja abarcado pela coisa julgada material, é certo que os efeitos da res judicata apenas se abatem sobre as matérias cujos contornos fáticos e jurídicos tenham sido efetivamente examinados e decididos pelo Poder Judiciário de forma definitiva.

3. Na peça vestibular da ação de reconhecimento de concubinato não foi veiculado qualquer pedido no sentido de que restasse declarada a existência de união estável; e também não consta do decisum transitado em julgado nenhum consideração, apreciação de prova ou desenvolvimento de tese jurídica que tivesse por objetivo alicerçar conclusão nesse sentido.

4. No caso de pensão por morte, é possível o rateio igualitário do benefício entre a ex-esposa e a companheira de servidor falecido.

5. O reconhecimento da união estável pressupõe a inexistência de impedimentos para o casamento.

6. A vigência de matrimônio não é empecilho para a caracterização da união estável, desde que esteja evidenciada a separação de fato entre os ex-cônjuges, o que não é a hipótese dos autos.

7. O concubinato não pode ser erigido ao mesmo patamar jurídico da união estável, sendo certo que o reconhecimento dessa última é condição imprescindível à garantia dos direitos previstos na Constituição Federal e na legislação pátria aos companheiros, inclusive para fins previdenciários.

8. Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido e provido. (STJ, RMS 30414, de 17.04.2012)

Em que pese o tema previdenciário estar pacificado no entendimento dos Tribunais Superiores, a doutrina continua dividida entre o conservadorismo, pela não

concessão, e aqueles que reconhecem o direito do concubino ser amparado pelo direito, como é o caso de Rolf Madaleno ao dispor o seguinte:

No âmbito da legislação previdenciária, o Decreto n. 3.048/1999 adotou o mesmo posicionamento vertido no artigo 1.723 do Código Civil, no sentido de que o segurado casado não pode manter relação de companheirismo, salvo estando separado de fato ou de direito (aqui compreendido na atualidade o divórcio diante da EC n. 66/2010). Contudo, a doutrina previdenciária alerta para o caráter econômico e alimentar do Direito Previdenciário, aludindo que este ramo do Direito merece interpretação própria, muitas vezes não coincidente com a interpretação do Direito Civil, porque a finalidade da previdência social é de garantir a subsistência dos seus beneficiários, e se ele sustenta sua concubina ao lado do sustento da esposa, com a sua morte, ambas devem ser protegidas pela previdência social, sob pena de não ser atingida a finalidade e função previdenciária. Portanto, exclusivamente por uma construção jurisprudencial, somente poderá haver o rateio entre a esposa e a concubina se ambas as mulheres forem economicamente dependentes do *de cuius*. (MADALENO, 2016, P. 1184)

De modo geral, deve-se ressaltar, com cuidado, que a concessão de qualquer direito que se assemelhe a união estável ou casamento ao concubinato, pode acarretar em prejuízo direito ou indireto ao cônjuge traído, o que não se admite no ordenamento jurídico pátrio, dada a proteção expressa do legislador na Constituição Federal e no Código Civil. Como ensina o Professor José Fernando Simão, em seu artigo “PROCESSO FAMILIAR Doutrina nem jurisprudência reconhecem prestação de alimentos a amantes”:

“A esposa ou marido, que sequer sabia que seu marido ou esposa tinha uma amante ou um amante, que manteve o dever de fidelidade, verá parte das economias familiares (de seu dinheiro, indiretamente) ser destinado ao amante ou à amante. O prejuízo direto pode ser do cônjuge que traiu, mas o indireto é do cônjuge que foi traído. Em suma, antes de se pensar em direitos da amante ou do amante, deveria o sistema pensar nos direitos do cônjuge enganado que recebe dupla punição: ter ciência da traição e pagar a conta dela”. (SIMÃO, 2017, P.4)

Como explanado, sendo como regra a não concessão de direitos aos relacionamentos concubinários, visto que se torna deveras impossível o reconhecimento do concubinato como entidade familiar, a não ser pela doutrina, em observância da legislação pátria, dos princípios que norteiam o ordenamento jurídico, bem como dos julgados, não se deve deixar de lado algumas situações fáticas, excepcionalmente, quando há boa-fé ou dependência financeira de um concubino para com o outro.

Como explanado Manuela Passos Cerqueira,

Se de um lado há um cônjuge enganado que não pode ter seu patrimônio desfalcado pelas atitudes de má-fé do(a) seu(ua) cônjuge ou companheiro(a) adúltero(a) de outro pode haver um concubino que passou anos ou décadas de sua vida na dependência financeira de seu amante e de uma hora para a outra perdeu sua única fonte de subsistência, seja pelo fim do relacionamento concubinário ou pelo óbito do concubino. (CERQUEIRA, 2011, P. 3)

Excepcionalmente, é o sopesamento de princípios, onde se observa o desfalque patrimonial do cônjuge traído, e do outro o desamparo total, inclusive o afetivo.

Ademais, como ensina com maestria o mestre Rolf Madaleno:

Presente o afeto, na atualidade, os julgamentos admitem soberanamente sacrificar os bens da esposa que ingressam na partilha em literal divisão por três, mesmo quando demonstrado que o marido nunca se afastou do regular convívio conjugal e familiar com sua esposa e filhos do casamento, no entanto, os arestos concluem em geral, que esposa e concubina sabem do relacionamento dúplice e aceitam o concubinato, criando-se uma situação anômala, onde a relação adúlterina se tornara estável e não mais furtiva, portanto regular, merecendo ser judicialmente agasalhada e colocando a companheira no mesmo patamar da esposa. (MADALENO, 2016, P. 1173)

Percebe-se, desta forma, que embora a doutrina ainda possibilite a concessão de alguns direitos em casos específicos à união concubinária, esta não é a regra, não podendo ser favorecida em detrimento do casamento ou união estável, sendo essas as famílias principais.

3.5 – Da Sucessão e do Testamento

Como aduzido em tempo, o concubinato, de modo geral, ingressa no ramo do direito obrigacional, isso porque a legislação pátria omite a regulamentação do concubinato, cabendo, portanto, a análise deste instituto pela doutrina e pela jurisprudência.

Levando em consideração as normas legais devidamente positivadas, não há que se falar em atribuir direitos sucessórios àqueles que constituem concubinato, vez que, a intenção do legislador em regular as normas do direito sucessório era a de manter os bens do de cujus para a família deste.

Desta forma, a sucessão legítima se dá, de acordo com a legislação pátria nos casos de casamento, vez que protegido contratualmente, e pela união estável, por

também constituir família legítima, nos termos do artigo 1.845 e 1.846, ambos do Código Civil, senão vejamos:

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

Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”. (BRASIL, Código Civil de 2002, Art. 1.845 e 1.846)

Desta forma, percebe-se claramente que o instituto normativo não trouxe a figura do concubino, ou do concubinato, portanto, legalmente, não há que se falar em sucessão quando se tratar de relações concubinárias.

Em que pese a legislação ser omissa, merece atenção o fato do concubinato, muitas vezes, ser duradouro, público e ter a figura do afeto. Foi com base nesse preceito que o Tribunal de Justiça do Maranhão se posicionou, destaque-se recentemente, de forma contrária à legislação, senão vejamos:

Direito de família. Apelação cível. Ação declaratória de união estável post mortem. Casamento e união estável simultâneos. Reconhecimento. Possibilidade. Provimento. 1. Ainda de forma incipiente, doutrina e jurisprudência vêm reconhecendo a juridicidade das famílias paralelas, como aquelas que se foram concomitantemente ao casamento ou à união estável. 2. A força dos fatos surge como situações novas que reclamam acolhida jurídica para não ficarem no limbo da exclusão. Dentre esses casos, estão exatamente as famílias paralelas, que vicejam ao lado das famílias matrimonializadas. 3. Para a familiarista Giselda Hironaka, a família paralela não é uma família inventada, nem é família imoral, amoral ou aética, nem ilícita. E continua, com esta lição: ‘Na verdade, são famílias estigmatizadas, socialmente falando. O segundo núcleo hoje é concebido como estritamente adulterino e, por isso, de certa forma perigoso, moralmente reprovável e até maligno. A concepção é generalizada e cada caso não é considerado por si só, com suas peculiaridades próprias. É como se todas as situações de simultaneidade fossem iguais, malignas e inseridas num único e exclusivo contexto. O triângulo amoroso sub-reptício, demolidor do relacionamento número um, sólido e perfeito, é o quadro que sempre está à frente do pensamento geral, quando se refere a famílias paralelas. O preconceito, ainda que amenizado nos dias atuais, sem dúvida, ainda existe na roda social, o que também dificulta o seu reconhecimento na roda judicial.’ 4. Havendo nos autos muitos elementos suficientes ao reconhecimento da existência de união estável entre a apelante e o de cujus, o caso é de procedência do pedido formulado em ação declaratória. 5. Apelação cível provida.” (TJMA, Recurso 19048/2013, Acórdão 149918/201, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Jamil de Miranda Gedeon Neto, j. 10.07.2014, DJEMA 17.07.2014).

Esse posicionamento, bem como com base na aplicabilidade da união estável putativa ao concubinato, em caso de boa-fé do concubino, dá-se a entender que, muito embora a legislação pátria seja omissa em relação ao concubinato, deixando-o à margem

da sociedade, atribui a interpretação à doutrina e aos magistrados, competindo a estes aplicar o direito a cada caso em concreto.

Ademais, o STJ se posicionava no sentido de não conferir direitos *post mortem* ao concubino sobrevivente. Esse posicionamento se deu até o ano de 2015, quando foi publicado acórdão em sentido diverso, no Recurso Especial nº 1185337 RS 2010/0048151-3, pelo Ministro Relator João Otávio de Noronha, já expresso anteriormente, onde fora mantido alimentos ao concubino sobrevivente, uma vez que o relacionamento perdurou por quatro décadas.

No que tange ao testamento, o entendimento é pacífico no sentido de inadmitir esse tipo de negócio jurídico, inclusive doações do cônjuge traidor ao concubino. Nestes casos o Código Civil trouxe inúmeros artigos que trazem a vedação, como por exemplo o artigo 550 expressa que “a doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal”. (BRASIL, Código Civil de 2002, Art. 550).

Ainda neste íterim, o artigo 1.642, inciso V do Código Civil, também expressa que o cônjuge traído possa reivindicar todos aqueles bens móveis ou imóveis que foram doados ou transferidos pelo cônjuge traidor ao seu concubino, desde que fique comprovado que estes bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes. Aqui se percebe a aplicação da teoria da sociedade de fato ao relacionamento concubinário.

Cumprido demonstrar que o legislador quis proteger o patrimônio oriundo do casamento ao dispor que o concubino não pode constar como herdeiro, senão vejamos:

Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:

I - a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;

II - as testemunhas do testamento;

III - **o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;** (BRASIL, Código Civil de 2002, Art. 1.801)

Por fim, pode-se perceber que o concubinato que permanece no ordenamento jurídico, traz consigo a carga negativa que o intitulava historicamente, não merecendo amparo legislativo, visto que o ordenamento pátrio é omissivo em sua regulamentação, e nas poucas vezes que aparece, são vedações, no intuito de proteger o casamento e os bens dele provenientes.

CONCLUSÃO

O estudo do concubinato, embora esteja longe possuir um final, após este breve trabalho de análise, permite tecer alguns apontamentos, pelo que se pode entender até aqui.

De modo geral, não há um dado exato da origem do concubinato, entretanto, pode-se afirmar que decorre da mesma premissa que *ubi societas, ibi ius*, que significa “onde há sociedade, haverá direito”, desta forma, onde há sociedade, haverá concubinato. Essa afirmação não é tão questionável, pois, pelo decorrer da análise deste trabalho, as relações concubinárias tem histórias inclusive bíblicas, ainda antes de Cristo, inclusive na Babilônia, antiga Mesopotâmia.

Ademais, o fato de uma pessoa possuir dois ou mais relacionamentos duradouros, estáveis, encontra legalidade em muitos países do Oriente Médio, onde há prevalência do islamismo, mas também, verifica-se a existência do concubinato mesmo naqueles países onde há a proibição. É o caso do Brasil, onde sua colonização se deu pela influência do catolicismo, oriunda da Igreja Católica Apostólica Romana, onde pregava o casamento como única fonte formadora da família legítima, de forma monogâmica.

O que ensejou que a monogamia cravasse suas raízes em solo brasileiro, inadmitindo substancialmente a existência de relações paralelas ao casamento, o que foi positivado pelo Código Penal, tratando como crime a bigamia. Outrora, também tipificava o adultério, mas que com o passar dos anos, foi abolido do ordenamento criminal. Vale ressaltar que o princípio da monogamia ainda permanece intrínseco no atual Código Civil.

Esse fato se deu por que as leis devem acompanhar a evolução da humanidade, e não o contrário. Como aduzido por Maria Berenice Dias, o fato social se impôs, e a ciência jurídica caminhou pela sua descriminalização (do adultério), o que no âmbito do Direito Penal se chama de *abolitio criminis*.

A sua conceituação se dá em, basicamente dois momentos temporais distintos, tendo como marco divisório a Constituição Federal Brasileira de 1988. Isso porque, antes da Constituição, o concubinato se tratava de todo e qualquer relacionamento que

existisse entre pessoas, que não fosse casamento, ou seja, aquelas relações duradouras de pessoas impedidas ou não de constituir casamento, era o concubinato.

Como salienta Limongi França, e resumindo de forma sucinta, esse concubinato podia ser puro ou impuro, onde o puro era o concubinato formado por pessoas sem impedimento para casar, e o impuro era aquele constituído por pessoas que tinham algum desses impedimentos, como já ter um casamento constituído, ou possuir algum vínculo sanguíneo com o concubino (a).

De modo geral, esse concubinato não era tratado com bons olhos, não merecendo respaldo jurisdicional, até que posteriormente, com o abarrotamento do judiciário e devendo tomar um posicionamento, caminhou para o direito obrigacional, aplicando-se a teoria da sociedade de fato.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o concubinato puro foi recepcionado, chamando-se de união estável, reconhecido como família e recebendo tratamento jurisdicional como tal, podendo ser convertido em casamento. Noutro ponto, o concubinato impuro, passou a se chamar simplesmente de concubinato, permanecendo na esfera do direito obrigacional.

Essa pesquisa permitiu analisar o conceito amplo do concubinato, como percorrido até aqui, como se detrai das suas subdivisões supracitadas e o respectivo tratamento dado a cada uma delas.

Em que pese o concubinato, mesmo quando se observa a presença do afeto, receber seu tratamento no direito obrigacional, com fundamento na impossibilidade dessas relações serem convertidas em união estável ou casamento por constituírem impedimento para tanto.

Pode-se assim dizer que, as hipóteses dessa pesquisa foram validadas, uma vez que, como aduzido, o direito deve acompanhar a evolução da humanidade, e isso é perceptível, de modo que o adultério foi descriminalizado, e com base em julgados acostados nesta pesquisa, muitos tribunais estaduais, principalmente os do Sul brasileiro, bem como pelo posicionamento de alguns doutrinadores como Maria Berenice Dias, permitem a equiparação do concubinato à união estável, pelo princípio da putatividade do casamento, aplicado por analogia ao concubinato.

Desta forma, excepcionalmente, nos casos de boa-fé do concubino (a), que ignora ou desconhece a existência de impedimento, acredita estar em relacionamento legalmente amparado, alguns tribunais entendem a extensão dos direitos inerentes do direito de família ao concubinato. Isso significa dizer que há possibilidade de concessão de direitos oriundos do direito de família, como alimentos, sucessão e previdência social ao concubinato.

Como aduzido acima, a equiparação do concubinato à união estável, para efeitos jurídicos ser exceção, o que se observa, pela regra, é o posicionamento conservador e positivista dos tribunais, ao dispor que o concubinato não deve ser equiparado à família, visto que há impedimento para sua constituição, não merecendo, por tanto, tratamento igualitário, observando simplesmente o sistema legislativo e não o fator social.

Essa é a posição do STF, pela não concessão de direitos aos concubinos, como se depreende dos RE nº 590779 e 397762. O STJ também segue o mesmo raciocínio, via de regra, entretanto, é interessante ressaltar que, em julgado recente, o STJ se posicionou excepcionalmente em 2015 no Resp. nº 1185337 RS, no sentido da concessão de direitos à concubina, uma vez que o relacionamento foi mantido por décadas, tornando a concubina totalmente dependente, ainda mais quando houve a dissolução pela morte do concubino, já quando idosos.

Dessa forma, acredita-se que os objetivos da pesquisa foram alcançados, tornando o presente trabalho conclusivo, ao ponto em que se pode ter uma visão ampla das correntes que justificam a equiparação do concubinato à união estável e/ou casamento, para efeitos jurídicos, seja favoravelmente, ou desfavoravelmente.

No que tange à suficiência da metodologia utilizada, acredita-se que totalmente satisfatória em relação ao posicionamento doutrinário utilizado nesta pesquisa. Entretanto, dever-se-ia fazer uma análise mais aprofundada da jurisprudência nos tribunais estaduais, ou seja, discorrer com mais atenção ao posicionamento dos magistrados em cada região brasileira, visto que, o enfoque principal do presente trabalho se fez nos moldes dos Tribunais Superiores.

Esse estudo regional, poderá ser feito mais detalhadamente em pesquisas posteriores.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. Direito e Processo Previdenciário Esquematizado. 3. ed. Salvador: Bahia, 2012.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Famílias simultâneas e concubinato adúltero. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2839>>. Acesso em: 16/Out/2018.

ALVES, Ítalo Miqueias Silva. A História das Constituições Brasileiras: As evoluções Constitucionais do Brasil. **Portal Jus**, Out/2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61157/a-historia-das-constituicoes-brasileiras>>. Acesso em 17/Set/2018.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Do concubinato ao casamento de fato. 2. ed. Belém: Cejup, 1987.

BEVILAQUA, Clóvis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado, vol. 1. Editora Rio: Rio de Janeiro. 1975.

BAPTISTA, Cabaça. Conceito de Família na Mesopotâmia no quadro do Código de Hammurabi, Mai/2012. Disponível em: <<http://cabacabaptista.blogspot.com/2012/05/conceito-de-familia-na-mesopotamia-no.html>>. Acesso em: 15/Set/2018.

BELFORT, Christianne Grazielle Rosa de Alcântara. Os efeitos patrimoniais do concubinato adúltero. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8767>. Acesso em 17/out/ 2018.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Diário Oficial da União**, Brasília, 05 de Outubro de 1988.

BRASIL. **LEI Nº 9.278, DE 10 DE MAIO DE 1996.. Diário Oficial da União**, Brasília, 10 de maio de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

BRASIL. **LEI Nº 8.971, DE 29 DE DEZEMBRO DE 1994.** **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 de dezembro de 1994; 173º da Independência e 106º da República.

BRASIL. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.** **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 de janeiro de 2002; 181º da Independência e 114º da República.

BRASIL. **LEI DE 16 DE DEZEMBRO DE 1830.** **Diário Oficial da União**, Brasília, Registrada a fl. 39 do liv. 1º de Leis. Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça em 7 de Janeiro de 1831.

BRASIL. **LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916.** **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 1º de Janeiro de 1916, 95º da Independência e 25º da República.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Concubina não tem direito a indenização por serviços prestados ao amante. **Portal Jus Brasil**, Nov/2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/1794554/concubina-nao-tem-direito-a-indenizacao-por-servicos-prestados-ao-amante>>. Acesso em 16/Out/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Partilha de bens em concubinato impuro exige comprovação de esforço comum. **Portal STJ**, 03/Jan/2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Partilha-de-bens-em-concubinato-impuro-exige-comprova%C3%A7%C3%A3o-de-esfor%C3%A7o-comum>. Acesso em 16/Out/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento: 746042 SP 2006/0031416-5, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 04/09/2007, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 17/09/2007 p. 290RNDJ vol. 97 p. 75.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 931.155/RS. Relator (a): Min. MINISTRA NANCY ANDRIGHI. Terceira Turma, julgado em 07/08/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 5.537/PR, Rel. Min. Waldemar Zveiter, Rel. P/acórdão Min. Nilson Naves, 3ª Turma, j. 28.06.1991, DJ 09.09.1991, p. 12.196.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1185337 RS 2010/0048151-3, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, TERCEIRA TURMA Data de Julgamento: 17/03/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 303.604/SP. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Julgado em 23.06.2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 872.659 - MG (2006/0103592-4) RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI RECORRENTE : M A R ADOVADO : GERALDO DIAS MOURA OLIVEIRA E OUTRO(S) RECORRIDO : A DO A T – ESPÓLIO REPR. POR : D C T – INVENTARIANTE ADOVADO : JULIANA GONTIJO E OUTRO(S)), Terceira Turma, Data de Julgamento 25/08/2009, Data de Publicação no DJE: 19/10/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 30414 PB 2009/0173443-9, Relator (a) Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, Data do Julgamento: 17/04/2012, Data de Publicação: DJE 24/04/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma: concubina não tem direito a dividir pensão com viúva. **Portal STF**, 03/Jun/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=90310>>. Acesso em 17/Set/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 590779, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 EMENT VOL-02354-05 PP-01058 RTJ VOL-00210-02 PP-00934 RB v. 21, n. 546, 2009, p. 21-23 LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 292-301 RJTJRS v. 46, n. 279, 2011, p. 33-38.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: 397762 BA. Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 03/06/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: "caDJe-172 DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-03 PP-00611 RDDP n. 69, 2008, p. 149-162 RSJADV mar., 2009, p. 48-58.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula nº 380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Disponível em:<<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>>. Acesso em 17/Set/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0017.05.016882-6/003, Rel^a. Des. ^a Maria Elza, public. 10/12/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2009.041434-7. Relator: Des. Eládio Torret Rocha, Quarta Câmara de Direito Civil, Julgado em 10.11.2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível n. 2000.72.04.000.915-0. Relator: Des. Federal Rômulo Pizzolatti. Quinta Turma, Julgado em 12.08.2008.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível n. 2000.72.04.000.915-0. Relator: Luiz Antonio Bonat. Quinta Turma, DJ 15.09.2008.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Incidente de Uniformização Regional nº 5001063-10.2012.404.7112, Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, Relator p/ Acórdão Marcelo Malucelli, juntado aos autos em 23/06/2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Embargos Infringentes nº 3787 RS 2002.71.08.003787-3, Relator: Revisor, TERCEIRA SEÇÃO, Data de Julgamento: 02/04/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul. Apelação Civil nº 70021319421/TJRS, 8ª Câmara Cível. Relator Rui Portanova, julgado em 13/12/2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70019387455, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 24/05/2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70047754296, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 20/03/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70014239792, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Vencido: Maria Berenice Dias, Redator para Acórdão: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 13/09/2006

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70010075695, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Vencido: Maria Berenice Dias, Redator para Acórdão: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 27/04/2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação** Cível Nº 70032101727, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 12/11/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão. Recurso 19048/2013, Acórdão 149918/201, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Jamil de Miranda Gedeon Neto, j. 10.07.2014, DJEMA 17.07.2014.

BUENO, Silveira. Minidicionário da língua portuguesa. São Paulo: FTD, 2000.

CAHALI, Yussef Said. O Casamento Putativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CASEY, James. A história da família. São Paulo : Ática, 1992.

CERQUEIRA, Manuela Passos. Consequências jurídicas do concubinato adulterino. **Portal DireitoNet**, 05/Jan/2011. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6144/Consequencias-juridicas-do-concubinato-adulterino>> Acesso em: 07/Nov/2018.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009.

DUTRA, Diego de Barros. Os Parâmetros da Bigamia na Sociedade Internacional. **Portal Amo Direito**, 10/Fev/2014, Disponível em: <<https://www.amodireito.com.br/2014/02/os-parametros-da-bigamia-na-sociedade.html>>. Acesso em 23/Set/2018.

ENGELS, Friedrich. A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado. 3 ed. Tradução de Leandro Konder. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

FAMILIAR, Direito. Concubina(o)? Amante? Afinal, o que é concubinato? **Jus Brasil**, 11/2016. Disponível em: <<https://direitofamiliar.jusbrasil.com.br/artigos/426781274/concubina-o-amante-afinal-o-que-e-concubinato>>. Acesso em: 15/Set/2018.

FRANÇA, Rubens Limongi. Benefícios previdenciários à concubina diante do estatuto do divórcio. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 1980.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLINA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, v. 6 – Direito de família, 7ª edição., 7th edição. Editora Saraiva, 2017.
GOMES, Orlando. Direito de Família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense.2002
GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil – Direito de Família, p. 542. São Paulo: Saraiva, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Direitos da (o) amante - na teoria e na prática (dos Tribunais), **LFG**, jul/2015. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 15/Nov/2018.

GUEDES, Olga. DIGRESSÕES SOBRE O CONCUBINATO E A UNIÃO ESTÁVEL: ASPECTOS SOCIAIS E JURÍDICOS. **WEB ARTIGOS**: AGO/2015. DISPONÍVEL EM: <<https://www.webartigos.com/artigos/digressoes-sobre-o-concubinato-e-a-uniao-estavel-aspectos-sociais-e-juridicos/134955>>. Acesso em 15/Set/2018.

GONÇALVES, Vinicius de Almeida. O concubinato na visão do atual ordenamento jurídico brasileiro e uma análise da possibilidade jurídica de alimentos. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 28 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52317&seo=1>>. Acesso em: 15/Set/2018.

IVANOV, Simone Orodieschi . União Estável: Regime Patrimonial E Direito Intertemporal, 3ª edição. Atlas, 2015.

JALES, Camilla Fittipaldi Duarte. O Concubinato adúlterino sob o prisma do Código Civil de 2002. **Portal egov UFSC**, 07/mar/2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-concubinato-adulterino-sob-o-prisma-do-c%C3%B3digo-civil-de-2002>>. Acesso em: 23/Set/2018.

KÜMPEL, Vitor Frederico. O Concubinato sob uma perspectiva histórica (Antiguidade), **Migalhas**, Set/2007. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI45925,91041->

O+Concubinatosob+uma+perspectiva+historica+Antiguidade>. Acesso em: 15/Set/2018.

KÜMPEL, Vitor Frederico. O Concubinato sob uma perspectiva histórica (Roma). **Portal Tribuna do Paraná**, Out/2007. Disponível em: <<https://www.tribunapr.com.br/noticias/o-concubinatosob-uma-perspectiva-historica-roma/>>. Acesso em: 23/Set/2018.

LARAGNOIT, Camila Ferraz. Famílias Paralelas e Concubinato, **Jus Brasil**, Nov/2015. Acesso em: <<https://camilalaragnoit.jusbrasil.com.br/artigos/189643518/familias-paralelas-e-concubinatosob-uma-perspectiva-historica-roma/>>. Acesso em: 15/Set/2018.

LEVÍTICO, 20:10: "Se um homem adúltero com a mulher do seu próximo, será morto o adúltero e a adúltera" (A Bíblia Anotada. Versão de Almeida, revista e atualizada, Editora Mundo Cristão, agosto de 1991).

LOZON, Ana. PACS – Pacto Civil de Solidariedade e Concubinato na França. **Portal Brasileiras Pelo Mundo**, 14/Jul/2014. Disponível em: <<https://www.brasileiraspelomundo.com/pacto-civil-de-solidariedade-e-concubinatosob-uma-perspectiva-historica-roma/>>. Acesso em 17/Set/2018.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2008.

MADALENO, Rolf. Direito de Família, 7ª edição. Forense. 2016.

MAROTE, Christine. O chinês, o casamento e as amantes. **Portal China na Minha Vida**, 05/abr/2016. Disponível em <<https://chinanaminhavidacom/2016/04/05/o-chines-o-casamento-e-as-amantes/>>. Acesso em 19/Set/2018.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: direito de família. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2004.

NADER, Maria Beatriz. Casamento: um estigma do destino feminino. In: LARANJA, Anselmo Laghi et al. (Org.). Exclusão social, violência e identidade. Vitória: Flor & Cultura, 2004.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. União estável: comentários as Leis nos 8.971/94 e 9.278/96, direitos e ações dos companheiros. São Paulo: Paloma, 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e união estável. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e união estável, 3ª ed. Belo Horizonte: Dey Rey, 1995.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família: uma abordagem psicanalítica. Editora Forense. 4ª Edição. Rio de Janeiro, 2012.

ROMANO, Rogério Tadeu. ANOTAÇÕES SOBRE O CONCUBINATO. **Portal Jus**, 01/Jan/2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63209/anotacoes-sobre-o-concubinato>>. Acesso em: 23/Set/2018.

ROSAL, Marianna Teles. Breves apontamentos sobre o concubinato no Brasil. **Portal Jurídico Investidura**, Florianópolis/SC, 01 Set. 2013. Disponível em: www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/304520--breves-apontamentos-sobre-o-concubinato-no-brasil. Acesso em: 15/Set/2018.

SANTOS, Poliane Vascondi. A mulher e a instituição do casamento no egipto antigo: da liberdade às restrições morais. Disponível em: <<http://www.anpuh.uepg.br/xxiii-simposio/anais/textos/POLIANE%20VASCONI%20DOS%20SANTOS.pdf>>. Acesso em 17/Out/2018.

SANTOS, Hellen Katherine. Concubinato adulterino e seus efeitos jurídicos. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2630, 13 set. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17385>>. Acesso em: 15/Set/2018.

SÉRGIO, Caroline Ribas. A Partilha de Bens em caso de Concubinato Impuro sob a análise do STJ. **Portal Jus Brasil**, Fev/2018. Disponível em: <https://carolrsergio.jusbrasil.com.br/artigos/542313283/a-partilha-de-bens-em-caso-de-concubinato-impuro-sob-a-analise-do-stj?ref=topic_feed>. Acesso em 02/ Nov/2018.

SILVA, Flávio Marcus da. O Direito no Brasil Colonial - Parte II: As Ordenações Portuguesas. **Portal História do Direito**, 21/Abr/2012. Disponível em <<http://hisdireito.blogspot.com/2012/04/15-o-direito-no-brasil-colonial-parte.html>>. Acesso em: 23/Set/2018.

SILVA, Maria Beatriz Nizza da. Sistema de casamento no Brasil colonial. São Paulo: T.A. Queiroz, 1984.

SIMÃO, José Fernando. Doutrina nem jurisprudência reconhecem prestação de alimentos a amantes. **Revista Consultor Jurídico**, 21/mai/2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-21/nao-existe-dever-prestar-alimentos-entre-concubinos>>. Acesso em: 16/Out/2018.

TARTUCE, Flavio. Direito Civil - Direito de Família. V. 5. 9. Ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Método, 2014.

VAINFAS, Ronaldo. Trópico dos pecados: moral, sexualidade e inquisição no Brasil. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014

VIDE, Sebastião Monteiro da. Constituições primeiras do Arcebispado da Bahia. São Paulo, 02/Dez/1853. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/222291>>. Acesso em: 02/Nov/2018.

WAGNER, Gonzales. El Próximo Oriente Antiguo I. Madrid: Sintesis, 1996.

WESTERMARCK, E. History of Human Marriage. v. II, 1921

YOKOTA, Paulo. Sobre Concubinas e Favoritas. Portal Ásia Comentada, 26/mar/2010. Disponível em: <<http://www.asiacomentada.com.br/2010/03/sobre-concubinas-e-favoritas/>>. Acesso em: 23/Set/2018.