



REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nº 10

Vol. 7 Setembro de 2024

ISSN 2675-360X

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

V. 7 | N. 10 | Setembro de 2024

Belo Horizonte - MG

ISSN 2675-360X



DPMG – Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais

Rua dos Guajajaras, 1707, Barro Preto
30180-099 – Belo Horizonte, MG
Telefone: 31 3526-0513 | www.defensoria.mg.def.br

Defensora Pública-Geral | Biênio 2022-2024:
Raquel Gomes de Sousa da Costa Dias

Subdefensor Público-Geral: Nikolas Stefany Macedo Katopodis

Corregedor-Geral | Biênio 2024-2025: Frederico de Sousa Saraiva

Conselho Superior

Membros natos | Defensora Pública-Geral Raquel Gomes de Sousa da Costa Dias (Presidenta); Subdefensor Público-Geral Nikolas Stefany Macedo Katopodis, Corregedor-Geral Frederico de Sousa Saraiva.

Membros eleitos | Biênio 2023-2025: defensoras públicas Camila Machado Umpierre (secretária) e Gilmara Andrade dos Santos Maciel; defensores públicos Guilherme Rocha de Freitas, Vinícius Paulo Mesquita, Heitor Teixeira Lanzillotta Baldez e Rafael de Freitas Cunha Lins.

Diretora-Presidenta da Associação das Defensores e Defensores Públicos de Minas Gerais (ADEP-MG): defensora pública Marolinta Dutra.

Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais

ISSN 2675-360X

Realização: Defensoria Pública-Geral do Estado de Minas Gerais

Editor-chefe: Cirilo Augusto Vargas

Editor-chefe adjunto: Cláudio Miranda Pagano

Secretário: Marcelo Paes Ferreira da Silva

Conselho Editorial: Bárbara Helen Abreu Valadares, Bruno Cláudio Penna Amorim Pereira, Carlos Henrique Soares, Daniel Firmato de Almeida Glória, Emílio Peluso Neder Meyer, Fernando Gonzaga Jayme, Luciano Santos Lopes, Marcelo Veiga Franco, Paulo Adyr Dias do Amaral, Renata Christiana Vieira Maia, Renata Furtado de Barros, Renata Martins de Souza e Rodrigo Iennaco de Moraes.

Conselho de Pareceristas: Christiano Rodrigo Gomes de Freitas, Juliana de Carvalho Bastone, Leandro Coelho de Carvalho, Pedro Augusto Silveira Freitas, José Túlio Valadares Reis Junior, Cláudio Miranda Pagano, Bruno Freire de Jesus, Marcelo Paes Ferreira da Silva, Hilda Maria Porto de Paula Teixeira da Costa, Armando Ghedini Neto e Ana Sofia Rezende Sauma.

Produção: Assessoria de Comunicação e Cerimonial – Ascom/DPMG

Editora assistente / Direção de arte: Lúcia Helena de Assis, *designer* de comunicação

Colaboração: Persio Farhat Fantin, jornalista – coordenador-geral da Ascom

Capa: Estevão Costa, *designer* gráfico

Cartas à redação: revista@defensoria.mg.def.br

Os artigos assinados não refletem, necessariamente, a opinião da **Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais**, sendo seu conteúdo de responsabilidade de seus autores.

Permitida a reprodução parcial e integral desde que citada a fonte.

Nos dez anos da Emenda 80, Defensoria Pública mostra ser Instituição imprescindível

Está na Constituição Brasileira: A Defensoria deve estar presente, atuando e prestando atendimento jurídico gratuito e promovendo os direitos humanos em todas as unidades jurisdicionais do País. É o que determina a Emenda Constitucional 80, datada de 4 de junho de 2014. “O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população”, diz o artigo 98. Em Minas Gerais são 298 unidades jurisdicionais e somos a 120. Para atender ao que rege a Carta Magna, precisamos de 1.200 defensoras e defensores públicos atuando em nosso Estado. Temos pouco menos de 700 defensores(as). Trata-se de uma realidade da Defensoria Pública em todo o Brasil.

O caminho pela frente é longo, mas em Minas Gerais temos avançado. Há um esforço na sensibilização dos agentes públicos para que a Defensoria Pública tenha um orçamento mais compatível com as necessidades de atendimento à população. Nos últimos dois anos obtivemos resultados nesse sentido. Abrimos ou reformamos 29 unidades. Com o sistema de cooperações, passamos a atuar também em um maior número de comarcas onde não há unidades físicas da Defensoria. Chegamos agora à fase final do IX Concurso para nomeação de novas defensoras e defensores públicos com o objetivo de aumentar nossa presença onde a sociedade mais precisa, ou seja, em municípios de baixo Índice de Desenvolvimento Humano ou de grande densidade populacional.

O fato é que a partir da Emenda 80, que completa dez anos, a Carta Magna colocou a Defensoria Pública em um outro patamar normativo. Além do que já previa em seu artigo 134 – “prestar a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados” –, a Constituição passou a tratar como exigência a presença de defensoras e/ou defensores públicos em todas as jurisdições.

A luta de todos nós para fazer cumprir o que rege a nossa Constituição, via Emenda 80, é grande e contínua, mas sementes têm sido plantadas. No último 19 de maio, Dia Nacional da Defensoria Pública, o Ministério da Justiça lançou o “Plano Nacional Defensoria em todos os cantos”, que prevê investimentos em projetos que levem o nosso atendimento a todas as regiões do Brasil, ampliando o acesso gratuito à Justiça a quem mais precisa.

É um bom sinal. Desta vez passamos das homenagens pela data comemorativa às ações concretas, mas precisamos seguir adiante, sem descanso. Atualmente, há cerca de 6.640 defensoras e defensores públicos no Brasil. Segundo o Ministério da Justiça, o ideal seria uma defensora ou defensor para cada grupo de 15 mil pessoas. Contudo, conforme dados do Diagnóstico da Defensoria Pública, a Instituição está presente em apenas 40% das unidades jurisdicionais do país. Com centenas de atendimentos por mês para cada um dos membros. Daí o tamanho da nossa jornada.

Tal avanço não se resume a esforços pelo quantitativo de membras e membros. Devemos fazer a nossa parte, trabalhando para que a Defensoria Pública seja uma Instituição atualizada, com excelência na gestão administrativa e operacional, a fim de prestar serviços adequados à sociedade. Neste sentido, na DPMG estamos com nosso segundo Planejamento Estratégico em andamento, pelo qual enxergamos os passos futuros da Instituição. Sabemos onde pretendemos chegar: uma Defensoria moderna, conectada entre si e com a sociedade, capaz de cumprir a sua missão de acolher, garantir direitos e promover a paz social.

Entre 2022 e 2023 saltamos de pouco mais 5 milhões para mais de 8,3 milhões de prestações jurídicas judiciais e extrajudiciais. Os atendimentos e acolhimentos passaram de 1,2 milhão para 1,7 milhão. Foram mais de 20 mil atendimentos extrajudiciais, foco de nossa atuação, considerando apenas os projetos institucionais. Hoje contamos com 23 Centros de Conciliação e Mediação instalados nas unidades de atendimento e ampliamos as Coordenadorias Estratégicas, diversificando cada vez mais nossa atuação.

A pluralidade na atuação é refletida em mais essa edição da Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Aqui encontramos artigos sobre proteção e inclusão de pessoas com deficiência, perfil das famílias vulnerabilizadas, direitos da população LGBTQIA+, direito à moradia, proteção às mulheres vulnerabilizadas, ressocialização de pessoas privadas de liberdade, novos entendimentos na atuação criminal, direitos do consumidor em transações com instituições financeiras e com imóveis, entre tantos outros temas de grande

interesse para a sociedade e pesquisas relacionadas com os objetivos e funções institucionais.

Assim é a Defensoria Pública: plural, atuante, imprescindível para minimizar as históricas desigualdades sociais, garantir a efetivação de direitos. Assim o país, em todas as suas esferas, precisa entendê-la. Muitas das demandas que aportam todos os dias na Defensoria vêm da fragilidade das relações familiares. Alimentos, guarda e convivência, conhecimentos da origem biológica e daí em diante. Com sua atuação extrajudicial, a Defensoria Pública busca promover relações de afeto e restabelecer vínculos familiares, a base de qualquer sociedade.

Garantir o direito a uma defesa ampla, em todos os graus de jurisdição, para aqueles que respondem a um processo criminal ou se encontram em cumprimento de pena; acesso a medicamentos e a cirurgias em tempo hábil para salvar a vida de pacientes; vagas em creche e na educação básica; combate ao *bullying* e à violência escolar e doméstica. Assistir crianças, adolescentes, pessoas idosas, mulheres em situação de violência de gênero, comunidades tradicionais, pessoas pretas, pessoas atingidas por grandes desastres naturais ou minerários. Enfim, é nosso dever assegurar a efetivação de direitos, a educação e a pacificação social. Somos uma Instituição em construção e expansão, a mais nova do Sistema de Justiça. Temos a verdadeira essência da política ESG dentro do Poder Público. Compromisso com o meio ambiente de trabalho e com pessoas, responsabilidade social e governança compõem a espinha dorsal dessa Instituição cidadã.

Em uma democracia jovem como a nossa, a Constituição Federal deu o mesmo valor à acusação e à defesa, exatamente para que a balança do Sistema de Justiça se mantenha equilibrada, garantindo que o acesso à justiça aconteça de forma ampla. Isso reafirma a Defensoria Pública como ferramenta e caminho transformador de vidas e de construção de uma sociedade melhor.

Que lutemos pelo efetivo cumprimento da Emenda Constitucional 80. Precisamos mesmo estar em todos os cantos. O Brasil precisa da Defensoria Pública.

RAQUEL GOMES DE SOUSA DA COSTA DIAS

Defensora Pública-Geral de Minas Gerais

SUMÁRIO

ARTIGO I

Direitos das mulheres no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: uma análise sob a perspectiva da interseccionalidade..... 10

LUANA BORBA ISERHARD

ARTIGO II

A proteção e inclusão social das pessoas com deficiência mental ou intelectual: uma questão de hermenêutica jurídica e de implementação efetiva do modelo social de deficiência..... 33

ALEXANDER CINTRA DA SILVA SOUZA

ARTIGO III

O consentimento informado livre e esclarecido das pessoas com transtornos e deficiências mentais com o estatuto da pessoa com deficiência..... 54

TIAGO VIEIRA BOMTEMPO

ARTIGO IV

Perfil das famílias vulnerabilizadas atendidas pela Defensoria Pública em processos de destituição do poder familiar..... 81

MÔNICA ALVES DA COSTA

FLANDER DE ALMEIDA CALIXTO

ELIZANDRA FERREIRA DA SILVA

ARTIGO V

União homoafetiva: entidades familiares na experiência contemporânea.... 99

ANDREA LUCIA DE ARAUJO CAVALCANTI ORMOND

ARTIGO VI

Estudo de caso: Vila Pomar do Cafezal e a descriptação da informação de risco geológico..... 119

CLEIDE APARECIDA NEPOMUCENO

ARTIGO VII

Memorial Descritivo e Planta do Imóvel: prova documental essencial para os processos de usucapião..... 129

LUCAS TORRES ELOI

ARTIGO VIII

As finalidades da pena e a ressocialização do detento: uma política pública supraindividual..... 153

AMANDA LIMA RIBEIRO

BEATRIZ ROMUALDO CARNEIRO DE ALBERGARIA

ARTIGO IX

***Standard* probatório e o testemunho policial como fonte de prova no Processo Penal brasileiro..... 169**

ANA LUIZA BRINATI MEDINA

ARTIGO X

A construção da identidade a partir do controle dos corpos: uma análise da performance e da biopolítica como mecanismos de poder..... 184

CARLA VIDAL GONTIJO ALMEIDA

PRISCILA KRYM MORROW COELHO RESENDE

ARTIGO XI

Bloqueio judicial de ativo financeiro depositado em conta bancária do executado: questões processuais importantes..... 201

CIRILO AUGUSTO VARGAS

Direitos das mulheres no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: uma análise sob a perspectiva da interseccionalidade

Women's rights in the Inter-American Human Rights System: an analysis from an intersectionality perspective

LUANA BORBA ISERHARD

Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pós-graduada em Direitos Humanos pela Faculdade CERS. Formação em mediação de conflitos pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Defensora pública do Estado de Minas Gerais. Ex-analista processual da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

Resumo: Os movimentos feministas nas Américas possuem imenso impacto na garantia dos direitos das mulheres no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Destaca-se o feminismo pan-americano, que teve grande importância, inclusive na consolidação do sistema global de proteção dos direitos humanos. Em 1928, foi criada a Comissão Interamericana de Mulheres. Na década de 70, verifica-se um processo de especificação do sujeito de direito. Na década de 90, os direitos das mulheres passam a ser propriamente discutidos no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sendo adotada a Convenção de Belém do Pará. No mesmo período, no âmbito internacional, discute-se a insuficiência da universalidade dos direitos humanos para a garantia dos direitos das mulheres. O sistema regional avança para utilizar a perspectiva de gênero e o reconhecimento da violência estrutural e sistêmica em seus casos. Como ferramenta nascida das discussões do feminismo negro, Kimberlé Crenshaw sistematiza o conceito de interseccionalidade, a fim de reconhecer situações em que há o entrecruzamento de opressões, notadamente entre gênero e raça. A partir do caso *Gonzales Lluy e outros vs. Equador* (2015), a interseccionalidade passa a integrar sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, possuindo relevância para a determinação de reparações adequadas. Verifica-se o aumento progressivo de sua utilização, o que aponta para um risco de simplificação e despolitização. Entretanto, como resultado da análise, conclui-se pela importância da utilização da interseccionalidade como ferramenta para a busca da igualdade material, assim aumentando a proteção dos direitos humanos das mulheres.

Palavras-chave: Direitos Humanos das mulheres; Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Interseccionalidade; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Abstract: *The feminist movements in the Americas have a tremendous impact on ensuring women's rights in the Inter-American Human Rights System. The Pan-American feminism stands out for its significant importance, including in the consolidation of the global human rights protection system. In 1928, the Inter-American Commission of Women was established. In the 1970s, there was a process of specifying the subject of rights. In the 1990s, women's rights began to be properly discussed in the Inter-American Human Rights System, leading to the adoption of the “Belém do Pará” Convention. During the same period, at the international level, there were discussions about the inadequacy of the universality of human rights in guaranteeing women's rights. The regional system progressed to use a gender perspective and recognize structural and systemic violence in its cases. As a tool born out of discussions in black feminism, Kimberlé Crenshaw systematized the concept of intersectionality to recognize situations where oppressions intersect, notably between gender and race. Starting from the case Gonzales Lluy and others vs. Ecuador (2015), intersectionality became integrated into judgments of the Inter-American Court of Human Rights, being relevant in determining adequate reparations. There is a progressive increase in its use, which indicates a risk of simplification and depoliticization. However, as a result of the analysis, it is concluded that the use of intersectionality is important as a tool for pursuing material equality, thereby increasing the protection of women's human rights.*

Keywords: Women's human rights; Inter-American System of Human Rights; Intersectionality; Inter-American Court of Human Rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Sistema interamericano de direitos humanos e direitos das mulheres: um breve histórico; 3. A interseccionalidade como ferramenta de proteção e promoção dos direitos humanos; 4. A interseccionalidade no sistema contencioso da Corte Interamericana de Direitos Humanos; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. Introdução

A história da luta pelos direitos humanos das mulheres não é linear e livre de muitos dissensos. Verifica-se que, para a afirmação de tais direitos, foram, e ainda são, necessários instrumentos que possibilitem o alcance da igualdade dita material. Se, inicialmente, foi importante o reconhecimento da igualdade formal entre homens e mulheres, o que se busca atualmente, de forma preponderante, é a justiça na situação concreta de cada pessoa e grupo do gênero feminino.

Os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, estabelecidos no contexto posterior à Segunda Guerra Mundial, são responsáveis, por meio de seus documentos, convenções e órgãos, sejam eles judiciais ou quase judiciais, pela

prevenção de violações aos direitos de pessoas em situação de vulnerabilidade, bem como por garantir a reparação àquelas pessoas que tiveram os seus mais caros direitos violados. Nesse sentido, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, notadamente por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) visa a garantir a proteção dos direitos humanos no âmbito regional das Américas.

Relativamente à situação das mulheres na região, estão presentes circunstâncias próprias resultantes da colonização, da escravidão, dos regimes ditatoriais e de outros fatores locais próprios, o que tem forte e peculiar impacto nas relações de gênero. É nesse sentido que instrumentos que permitam a análise da situação concreta das mulheres são de suma importância para que se assegurem de forma efetiva os seus direitos humanos.

Neste contexto, o presente trabalho objetiva analisar a relevância da constatação da interseccionalidade entre diferentes formas de discriminação como potencial ferramenta para a busca da igualdade material no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Com essa finalidade, primeiramente será apresentado um breve histórico do percurso atinente ao reconhecimento dos direitos das mulheres e à utilização da perspectiva de gênero no âmbito interamericano. Na segunda parte, será apresentada a interseccionalidade como ferramenta para a proteção e promoção de direitos humanos, partindo-se da sua origem e conceito. Por fim, serão analisadas sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos que se utilizaram da interseccionalidade para a fundamentação do seu julgamento e para as determinações de reparação, notadamente no que tange às garantias de não repetição.

2. Sistema interamericano de direitos humanos e direitos das mulheres: um breve histórico

“Estamos nos movendo em um tempo de encruzilhadas, de enxergarmos umas às outras na diferença colonial construindo um novo sujeito de uma nova geopolítica feminista de saber e amar.”

MARÍA LUGONES

A história do Sistema Interamericano de Direitos Humanos relaciona-se intimamente com os movimentos feministas nas Américas, sendo esses de suma

importância para a garantia dos direitos das mulheres no contexto dos direitos humanos, tanto no cenário global quanto no regional.

Neste sentido, destaca-se o feminismo pan-americano, que se desenvolve notadamente após a Primeira Guerra Mundial, período em que muitos países europeus avançaram para a aprovação de legislações acerca do sufrágio feminino. Em 1922, ocorreu a primeira Conferência Pan-Americana de Mulheres, em Baltimore (SMYTH, 2022).

Sem que se deixe de reconhecer a ausência de consenso entre os movimentos feministas, no Congresso Interamericano de Mulheres de 1926, foi defendida uma norma internacional para a promoção dos direitos das mulheres. Tal iniciativa foi proposta na Conferência Internacional dos Estados Americanos de 1928 e, apesar de não ter sido aprovada, possui grande relevância pela discussão sobre uma norma garantidora da igualdade de gênero, resultando na criação da Comissão Interamericana de Mulheres, em 1928, com sede em Washington e competência consultiva acerca das condições das mulheres (SMYTH, 2022), porém sem poderes de supervisão.

Na década seguinte, a Comissão Interamericana de Mulheres assegurou a inclusão das mulheres nas delegações oficiais, pela primeira vez, na 7ª Conferência Internacional dos Estados Americanos, em 1933, no Uruguai. Esta Conferência adotou a Convenção sobre a Nacionalidade das Mulheres, primeiro instrumento internacional sobre os direitos das mulheres, que assegurou o seu direito à manutenção da nacionalidade em caso de casamento com homem de nacionalidade diversa. A adoção deste documento deve-se em grande parte à participação das mulheres na Conferência e às evidências coletadas pela Comissão Interamericana de Mulheres (SMYTH, 2022).

No pós Segunda Guerra Mundial, em 1945, há a Conferência Interamericana sobre os Problemas da Guerra e da Paz, em Chapultepec, no México. Neste evento, aprova-se Resolução para que os países da América Latina levassem delegadas mulheres para a Conferência de São Francisco, na qual tais mulheres atuaram de forma decisiva para a formulação dos direitos humanos e, também, especificamente, para os direitos das mulheres, aqui novamente não sem dissidências.

A Organização dos Estados Americanos, por sua vez, é criada em 1948, sendo também adotada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Neste mesmo ano, a Comissão Interamericana de Mulheres é incorporada à Organização dos Estados Americanos e são adotadas duas outras Convenções

sobre os direitos das mulheres, quais sejam, a Convenção Interamericana sobre a Concessão de Direitos Políticos às Mulheres e a Convenção sobre os Direitos Civis das Mulheres. Tais instrumentos tiveram papel importante para que os Estados membros da Organização dos Estados Americanos aprovassem o direito ao sufrágio às mulheres (SMYTH, 2022).

Entretanto, é apenas nos anos 60 que a Organização dos Estados Americanos passa a operar integralmente e é autorizada a receber petições individuais (SMYTH, 2022). A Convenção Americana de Direitos Humanos, por sua vez, é adotada em 1969.

Já na década de 70, foram criados novos espaços para a discussão sobre os direitos das mulheres no âmbito regional, como os “Encontros Feministas da América Latina e do Caribe”. Na mesma época, ampliava-se a atenção aos direitos das mulheres no sistema global de direitos humanos, o que teve importantes implicações para o desenvolvimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos nas décadas subsequentes (SMYTH, 2022).

Nos escritos feministas e nas práticas culturais dos anos 1960 e 1970, o conceito de gênero como diferença sexual encontrava-se no centro da crítica da representação, da releitura de imagens e narrativas culturais, do questionamento de teorias de subjetividade e textualidade, de leitura, escrita e audiência (LAURETIS, 2009, p. 142).

Conforme ensina Flávia Piovesan:

Com o processo de especificação do sujeito de direito, mostra-se insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Torna-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em suas peculiaridades e particularidades. Nessa ótica, determinados sujeitos de direito, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica, o que lhes assegura um tratamento especial (PIOVESAN, 2023, p. 513).

No mesmo sentido, de acordo com Pâmela Copetti Ghisleni e Douglas Cesar Lucas:

Passada a ilusão moderna da igualdade abstrata, um novo movimento em prol do reconhecimento de demandas identitárias passou a ganhar fôlego a partir

de 1960, tendo repercussão, também, na América Latina (GHISLENI; LUCAS, 2020, p. 1).

No final dos anos 70, estabeleceu-se a Corte Interamericana de Direitos Humanos, passando a operar em 1980. A partir daí, os Encontros Feministas das mulheres latino-americanas e caribenhas contribuíram fortemente para a construção de um movimento feminista transnacional, fundamentado na solidariedade e no senso de coletividade em face de formas interseccionais de opressão (SMYTH, 2022).

Os anos 90, por sua vez, produzem notável impacto no sistema interamericano. Em que pese as décadas anteriores terem se destacado pela contribuição das mulheres e, notadamente, do feminismo pan-americano, para a formulação dos direitos humanos, é apenas na década de 90 que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos passa a discutir propriamente os direitos das mulheres.

Em 1993, pela primeira vez, há uma seção específica sobre os direitos humanos das mulheres no Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, elaborado com a colaboração da Comissão Interamericana de Mulheres (SMYTH, 2022).

No ano de 1994, percebe-se uma guinada no sentido da garantia dos direitos das mulheres no sistema interamericano, com a adoção da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - Convenção de Belém do Pará, como resposta à situação de violência contra mulheres existente na América (RAMOS, 2018, p. 342). Desta forma, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos ficou marcado por ser o primeiro sistema regional de direitos humanos a celebrar um tratado com a finalidade de combater a violência contra as mulheres (SMYTH, 2022).

Igualmente:

A Convenção de Belém do Pará é o primeiro tratado internacional de proteção dos direitos humanos a reconhecer, de forma enfática, a violência contra a mulher como um fenômeno generalizado, que alcança, sem distinção de raça, classe, religião, idade ou qualquer outra condição, um elevado número de mulheres.

[...]

A partir da Convenção de Belém do Pará surgem valiosas estratégias para a proteção internacional dos direitos humanos das mulheres, merecendo destaque o mecanismo das petições à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (PIOVESAN, 2023, p. 522-523).

Verifica-se, no artigo 9º da Convenção de Belém do Pará (Decreto n. 1.973/66), o reconhecimento das diferentes vulnerabilidades que podem recair sobre as mulheres:

Para a adoção das medidas a que se refere este capítulo, os Estados Partes levarão especialmente em conta a situação da mulher vulnerável a violência por sua raça, origem étnica ou condição de migrante, de refugiada ou de deslocada, entre outros motivos. Também será considerada violência a mulher gestante, deficiente, menor, idosa ou em situação socioeconômica desfavorável, afetada por situações de conflito armado ou de privação da liberdade.

Em 1995, o Relatório do Haiti foi o primeiro dentre os Relatórios de Países da Comissão Interamericana de Direitos Humanos a dedicar particular atenção aos direitos humanos das mulheres (SMYTH, 2022).

É neste período que se verifica, no âmbito internacional, a reivindicação pela mudança de agenda do movimento feminista, notadamente no que tange à compreensão unidimensional e estática carregada pela internacionalização dos direitos das mulheres, que gerava a invisibilização da experiência de mulheres subalternizadas. Neste tópico, foi fundamental o protagonismo de mulheres negras, latinas e indígenas.

Percebia-se, portanto, a insuficiência da universalidade dos direitos humanos para a garantia dos direitos das diferentes mulheres, marcadas por diferentes formas de discriminação, tanto de forma quantitativa quanto qualitativa.

Relativamente à jurisprudência do Sistema Interamericano na época, verifica-se um protagonismo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ausente, no entanto, o encaminhamento de casos à Corte. A temática central desse período inicial é a violência. Dentre os casos, destaca-se *Maria da Penha vs. Brasil*, com Relatório de Mérito datado de 2001, caracterizado por se tratar da primeira condenação, no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que teve como fundamento a Convenção de Belém do Pará. Na sua decisão, foi reconhecida a violência contra a mulher no Brasil como violência sistêmica,

tendo sido o Estado responsabilizado por ato de particular, correspondente à violência doméstica.

Tratando-se da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ressalta-se que, inicialmente, não se verificou a perspectiva de gênero nos casos por ela julgados (SMYTH, 2022).

O primeiro caso que destacou o tema da violação dos direitos das mulheres foi o caso *Prisão Miguel Castro Castro vs. Peru*, de 2006, sendo também o primeiro a usar como fundamento a Convenção de Belém do Pará no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos. É a primeira vez que o órgão se utiliza da perspectiva de gênero na tomada de decisão, no entanto, ainda sem o reconhecimento de uma violência estrutural, esta fundamentada na construção dos papéis sociais de gênero (PAIVA; HEEMANN, 2020, p. 190-191).

Sobre a perspectiva de gênero, assim disserta Kimberlé Crenshaw:

De fato, ao mesmo tempo que a *diferença* deixou de ser uma justificativa para a exclusão do gênero dos principais discursos de direitos humanos, ela, em si mesma, passou a servir de apoio à própria lógica de incorporação de uma perspectiva de gênero. Tal incorporação baseia-se na visão de que, sendo o gênero importante, seus efeitos diferenciais devem necessariamente ser analisados no contexto de todas as atividades relativas aos direitos humanos. Assim, enquanto no passado a diferença entre mulheres e homens serviu como justificativa para marginalizar os direitos das mulheres e, de forma mais geral, para justificar a desigualdade de gênero, atualmente a diferença das mulheres indica a responsabilidade que qualquer instituição de direitos humanos tem de incorporar uma análise de gênero em suas práticas (CRENSHAW, 2002, p. 172).

O reconhecimento da violência de gênero como fenômeno estrutural ocorre em 2009, no caso *Campo Algodoeiro vs. México*. Este também foi o primeiro caso em que um tribunal internacional reconheceu a existência do crime de feminicídio. Conforme ensinam Caio Paiva e Thimotie Heemann, o adjetivo “estrutural” significa a difusão da violência cometida contra mulheres, diferentemente do Caso *Presídio Miguel Castro Castro*, em que a ação violenta foi considerada única ou excepcional (PAIVA; HEEMANN, 2020, p. 210).

Desta forma, o primeiro ciclo de casos destaca-se pela temática da violência contra a mulher no âmbito da justiça criminal, verificando-se, no entanto, não ter ocorrido uma evolução progressiva direta relativamente ao julgamento com perspectiva de gênero.

Após, verifica-se uma diversificação da temática da violação dos direitos das mulheres, ampliando-se o número de casos sobre formas de discriminação diversas da violência propriamente dita. Dentre tais casos, tem-se, por exemplo, *Atala Riffo vs. Chile*, de 2012, sobre o tema da discriminação por orientação sexual; *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica*, também de 2012, a respeito dos direitos sexuais e reprodutivos; e *Yarce e outras vs. Colômbia*, que avançou na temática da proteção dos direitos das mulheres defensoras de direitos humanos.

Mais recentemente, é possível verificar, na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a atenção a temas que envolvem o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais das mulheres, passando-se a perceber, outrossim, a necessidade de análise dos casos considerando-se as diversas formas de discriminação que atingem diferentes mulheres, para além da discriminação de gênero. É neste sentido que ganha importância o fenômeno da interseccionalidade.

3. A interseccionalidade como ferramenta de proteção e promoção dos direitos humanos

A fim de dar continuidade ao tema do desenvolvimento dos direitos humanos das mulheres no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, faz-se necessária uma definição de interseccionalidade.

Destaca-se, primeiramente, que a reflexão sobre a interseccionalidade nasce das discussões promovidas por feministas negras, as quais descentralizaram o sujeito político universal. Conforme ensina Carla Akotirene:

[...] o termo demarca o paradigma teórico e metodológico da tradição feminista negra, promovendo intervenções políticas e letramentos jurídicos sobre quais condições estruturais o racismo, sexismo e violências correlatas se sobrepõem, discriminam e criam encargos singulares às mulheres negras (AKOTIRENE, 2019, p. 46).

Assim elucida Ísis Dantas Menezes Zornoff:

Observamos que o reconhecimento da discriminação racial é medido a partir das experiências dos homens negros e a discriminação de gênero é descrita a partir da realidade das mulheres brancas, fato que, constantemente, viola

e desrespeita os direitos civis das mulheres negras, não reconhecendo as realidades específicas em que estão inseridas (TÁBOAS, 2021, p. 5).

Dentro de um contexto em que os movimentos feministas buscavam a superação de uma perspectiva estática dos direitos humanos na agenda do direito internacional dos direitos humanos, a interseccionalidade encontra sua relevância no maior alcance da realidade concreta dos sujeitos que o seu conceito representa.

Verificamos que aquela universalidade que deu a cor e o tom dos direitos humanos desde a Modernidade não mais responde às demandas da sociedade contemporânea, pois a tutela efetiva de direitos humanos depende de sua compreensão em contextos culturais (e existenciais) muito específicos (GHISLENI; LUCAS, 2020, p. 11).

Isso porque o universalismo dos direitos humanos fundamentava-se essencialmente na experiência dos homens, razão pela qual, quando diferentes das experiências desses, as das mulheres ficavam desprotegidas. Conforme conclui Kimberlé Crenshaw, responsável por sistematizar o termo “interseccionalidade” em 1989:

Assim, quando mulheres eram detidas, torturadas ou lhes eram negados outros direitos civis e políticos, de forma semelhante como acontecia com os homens, tais abusos eram obviamente percebidos como violações dos direitos humanos. Porém, quando mulheres, sob custódia, eram estupradas, espancadas no âmbito doméstico ou quando alguma tradição lhes negava acesso à tomada de decisões, suas diferenças em relação aos homens tornavam tais abusos ‘periféricos’ em se tratando das garantias básicas dos direitos humanos (CRENSHAW, 2002, p. 172).

Trata-se a interseccionalidade, em síntese, de uma ferramenta que considera como diversas formas de opressão podem afetar um sujeito, o que não resulta em uma mera soma de violações, mas em violações diversas e específicas de acordo com a exata situação em que as diferentes opressões encontram o sujeito e, notadamente, com a forma como os diferentes sistemas de dominação se relacionam entre si. É preciso ter em mente que há uma estrutura social que conecta as diversas formas de opressão, tais quais raça, classe e gênero.

Verifica-se, nesse sentido, que cada pessoa que tem seus direitos humanos violados o faz na sua situação concreta, podendo ser mais ou menos impactada de acordo com os diversos sistemas de opressão que podem atravessá-la. Este tipo de análise tende a resultar em reparações mais efetivas aos sujeitos discriminados.

Conforme Ísis Dantas Menezes Zornoff Táboas, Crenshaw, a partir de processos judiciais com repercussão política e social, ao verificar a inaplicabilidade do feminismo negro, sistematizou a interseccionalidade, “sugerindo que nem sempre lidamos com grupos distintos de pessoas, mas com grupos sobrepostos” (TÁBOAS, 2021, p. 5).

De acordo com o ensinamento por Kimberlé Crenshaw:

Assim como é verdadeiro o fato de que todas as mulheres estão, de algum modo, sujeitas ao peso da discriminação de gênero, também é verdade que outros fatores relacionados a suas identidades sociais, tais como classe, casta, raça, cor, etnia, religião, origem nacional e orientação sexual, são ‘diferenças que fazem diferença’ na forma como vários grupos de mulheres vivenciam a discriminação. Tais elementos diferenciais podem criar problemas e vulnerabilidades exclusivos de subgrupos específicos de mulheres, ou que afetem desproporcionalmente apenas algumas mulheres (CRENSHAW, 2002, p. 173).

Desta forma, não apenas a discriminação de gênero é levada em conta, mas a forma como ela se intersecta com outras formas de discriminação, o que toma proporções diversas em diferentes grupos de mulheres.

Kimberlé Crenshaw assim define a interseccionalidade:

[...] é uma conceituação do problema que busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação. Ela trata especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras. Além disso, a interseccionalidade trata da forma como ações e políticas específicas geram opressões que fluem ao longo de tais eixos, constituindo aspectos dinâmicos ou ativos do desempoderamento (CRENSHAW, 2002, p. 177).

Patrícia Hill Collins e Sirma Bilge, por sua vez, informam:

A interseccionalidade investiga como as relações interseccionais de poder influenciam as relações sociais em sociedades marcadas pela diversidade, bem como as experiências individuais na vida cotidiana. Como ferramenta analítica, a interseccionalidade considera que as categorias de raça, classe, gênero, orientação sexual, nacionalidade, capacidade, etnia e faixa etária – entre outras – são inter-relacionadas e moldam-se mutuamente. A interseccionalidade é uma forma de entender e explicar a complexidade do mundo, das pessoas e das experiências humanas (COLLINS; BILGE, 2020, p. 20).

Trata-se a interseccionalidade, assim, de uma ferramenta capaz de facilitar a superação de estruturas que, anteriormente, beneficiavam apenas as mulheres em situação de privilégio, afastando-se da análise essencialista. Verifica-se, portanto, que, para além de um fenômeno intelectual, é a interseccionalidade um fenômeno político, caracterizando-se por ser um projeto colaborativo e de essência prática¹.

Se inicialmente as teorias sobre discriminação pautavam-se em um único eixo discriminatório, como gênero ou raça, percebeu-se que essa perspectiva não contemplava quem sofre uma sobreposição de vulnerabilidades. No sentido:

Com a evolução do Direito da Antidiscriminação, percebeu-se que existem indivíduos e grupos sujeitos à incidência de mais de um eixo discriminatório. Por isso, surgem teorias que observam uma multiplicidade de vetores discriminatórios, dentre as quais a teoria da discriminação interseccional ou, simplesmente, interseccionalidade (DEL CARPIO *et al.*, 2021, p. 3).

E, ainda:

Nesse sentido, a interseccionalidade busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação, envolvendo situações vulnerabilizantes justapostas, como por exemplo, o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios que criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras (SILVA; LAGE, 2022, p. 371).

No âmbito do direito internacional dos direitos humanos, a Declaração de Durban, firmada na III Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação

¹ Faz-se importante ressaltar, porém, que, em que pese ser o escopo deste trabalho a sua análise, não se trata a interseccionalidade do único instrumento de análise de violações de direitos humanos a partir do entrecruzamento de sistemas de opressão diversos.

Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, em 2001, dispõe, em seu art. 54, a), que insta os Estados a:

Reconhecerem que a violência sexual que tem sido sistematicamente usada como arma de guerra e, algumas vezes, com a aquiescência ou pelo instigamento do próprio Estado, é uma grave violação do direito humanitário internacional o qual, em determinadas circunstâncias, constitui crime contra a humanidade e/ou crime de guerra e que a interseção das discriminações com base em raça e gênero faz com que mulheres e meninas sejam particularmente vulneráveis a este tipo de violência que é frequentemente relacionada ao racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata.

Nos órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos, a primeira verificação de interseccionalidade se dá no Comentário Geral n. 25/2004, do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (Comitê CEDAW), que dispõe acerca da importância de análises contextualizadas sobre o que afeta as mulheres, as quais podem sofrer múltiplas formas de violação.

Em seu Comentário Geral n. 28/2010, o Comitê CEDAW menciona expressamente a interseccionalidade, informando que a discriminação da mulher por motivos de sexo e gênero está ligada indissolavelmente a outros fatores que afetam a mulher, como a raça, a origem étnica, a religião ou crenças, a saúde, a idade, a orientação sexual, a identidade de gênero, dentre outros. Recomenda-se aos Estados que reconheçam e proíbam em seus instrumentos jurídicos essas formas entrecruzadas de discriminação e seu impacto negativo sobre as mulheres afetadas.

O Comentário Geral n. 33/2015 do Comitê CEDAW, por sua vez, trata dos fatores interseccionais como obstáculos ao acesso à justiça por parte das mulheres que fazem parte dos grupos vulnerabilizados.

O Comentário Geral n. 37/2018 do Comitê CEDAW aborda a discriminação interseccional como fator que prejudica grupos de mulheres no contexto das mudanças climáticas e de desastres ambientais.

O Comentário Geral n. 38/2020 do Comitê CEDAW discorre sobre o tema da interseccionalidade no âmbito do tráfico de mulheres e meninas no contexto da migração global, destacando a maior vulnerabilidade a que são submetidas as meninas em razão da interseção das características de sexo e idade.

Ainda, verifica-se grande ênfase às formas interseccionais de discriminação às mulheres e meninas indígenas no Comentário Geral n. 39/2022 do Comitê CEDAW.

Conclui-se, deste modo, pela grande importância e potencial de alcance da perspectiva da interseccionalidade para os direitos humanos das mulheres, já que visa a dar visibilidade e assegurar direitos de acordo com a sua realidade concreta, que pode envolver a sobreposição de diferentes formas de opressão, resultando em diferentes impactos aos grupos de mulheres.

4. A interseccionalidade no sistema contencioso da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Tendo em mente a essência prática da interseccionalidade, passa-se à análise do seu impacto diante das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). A exposição a seguir não pretende esgotar os casos em que a Corte tratou da interseccionalidade, mas sim destacar o modo como o tema vem sendo desenvolvido de forma relacionada à perspectiva de gênero.

Cortes e órgãos quase-judiciais podem adotar uma abordagem interseccional identificando dinâmicas de poder envolvidas em um caso, as quais geram diversas formas de discriminação, a fim de determinar aos Estados que implementem mudanças sistêmicas em relação às múltiplas violações de direitos humanos, bem como de prevenir a sua recorrência (SMYTH, 2022).

Neste sentido:

Existe um movimento recente no Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos que demonstra como a discriminação interseccional é um instrumento que pode ser aplicado ao panorama existente no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, simultaneamente de forma teórica, a partir de discussões sobre violações de direitos humanos, e de forma prática, a partir de sua identificação em casos concretos que envolvam violações das normas de direitos humanos (DEL CARPIO *et al.*, 2021, p. 9).

A primeira vez que o conceito foi utilizado em uma sentença da Corte IDH deu-se no caso *Gonzales Lluy e outros vs. Equador*, de 2015, no qual se entendeu que múltiplos fatores de discriminação e vulnerabilidade se reuniram de forma interseccional, como a condição da vítima de menina, pobre e pessoa com HIV, o que resultou em uma forma específica de discriminação. Neste caso, Talía

Gabriela Gonzales Llyu teve violado o seu direito à educação, dentre outras violações, como a necessidade de recorrentes mudanças pela família, motivadas pela exclusão social sofrida, notadamente em razão do contágio pelo vírus do HIV (PAIVA; HEEMANN, 2020, p. 275-276).

Em seu voto concorrente, o juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot entendeu que a interseccionalidade é fundamental para se entender a injustiça específica causada às vítimas, o que apenas se pode entender “no marco da convergência das diversas discriminações ocorridas”, sendo que “nenhuma das discriminações valorada de forma isolada explicaria a particularidade e especificidade do dano sofrido na experiência interseccional”. Por fim, sobre a importância da ferramenta, acrescenta que esta contribuirá com o redimensionamento do princípio da não discriminação em certos tipos de casos (Corte IDH, 2015, p. 4. do voto concorrente, tradução nossa).

Neste sentido:

Com efeito, a discriminação a que foi exposta a vítima não é exatamente uma soma de múltiplos fatores, mas uma forma específica de discriminação que resultou da interseção desses fatores. Dito de outro modo, se Talía fosse negra, muito possivelmente haveria outro traço de identificação que lhe agregaria ainda mais vulnerabilidade (GHISLENI; LUCAS, 2020, p. 10).

Neste caso, a Corte equiparou a vítima à pessoa com deficiência, nos termos da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, em razão das barreiras atitudinais que, em determinadas circunstâncias, enfrenta uma pessoa que convive com o HIV, como no caso em comento.

Como garantia de não repetição, a Corte determinou ao Estado que realize um programa de capacitação de funcionários da saúde para melhores práticas, relativamente aos direitos de pessoas com HIV, bem como a adoção de medidas positivas para evitar ou reverter as situações de discriminação que sofrem as pessoas com HIV, notadamente meninas e meninos.

Em 2020, a interseccionalidade foi utilizada com novos contornos, com reconhecimento do caráter estrutural², no caso *Empregados da Fábrica de Fogos em Santo Antônio de Jesus e seus Familiares vs. Brasil*³. Este caso relaciona-se com a

² O caráter estrutural da interseccionalidade também é reconhecido no caso *Guzmán Albarracín e outras vs. Equador* (2020) (DEL CARPIO *et al.*, 2021).

³ Verifica-se ter havido, no caso *Empregados da Fábrica de Fogos em Santo Antônio de Jesus e seus Familiares vs. Brasil*, portanto, para além da constatação da discriminação estrutural, a existência de interseccionalidade entre fatores

explosão de uma fábrica de fogos de artifício em 1998, na cidade de Santo Antônio de Jesus, que resultou na morte de 64 pessoas, dentre elas 22 crianças.

Conforme fundamentado:

Neste caso, a Corte pode constatar que as presumidas vítimas estavam imersas em padrões de discriminação estrutural e interseccional. As presumidas vítimas se encontravam em uma situação de pobreza estrutural e eram, em amplíssima maioria, mulheres e meninas afrodescendentes, quatro delas estavam grávidas e não contavam com nenhuma outra alternativa econômica, além de aceitar um trabalho perigoso em condições de exploração. A confluência destes fatores tornou possível que uma fábrica como a que se descreve neste processo tenha podido instalar-se e operar na região, e que as mulheres, meninas e meninos presumidas vítimas se tenham visto obrigadas a trabalhar ali (CorteIDH, 2020, p. 57, tradução nossa).

A Corte demonstra, com fundamento em dados, como tais vetores de discriminação estão estruturados na sociedade brasileira, concluindo pela existência de padrões de discriminação interseccional no caso (DEL CARPIO *et al.*, 2021).

No voto concorrente do juiz Ricardo C. Pérez Manrique, este entende que o conceito de interseccionalidade, como elemento hermenêutico, permite à Corte especificar pessoas ou grupos que sofrem discriminação e suas causas, o que dá a perspectiva necessária para determinar reparações consistentes e medidas de não repetição adequadas (Corte IDH, 2020).

Dentre as garantias de não repetição determinadas pela Corte IDH, está a elaboração e execução de um programa de desenvolvimento econômico especialmente voltado à população de Santo Antônio de Jesus, de forma coordenada com as vítimas e seus representantes, no prazo de dois anos a partir da notificação da sentença, devendo se informar anualmente à Corte os avanços na sua implementação. Conforme destacado pela Corte, tal programa deverá fazer frente à falta de alternativas de trabalho constatada, notadamente em relação às jovens e mulheres afrodescendentes que vivem em condição de pobreza. Para tanto, deverá abranger a criação de cursos de capacitação que permitam a inserção de trabalhadoras e trabalhadores em outros mercados laborais, bem

de discriminação diversos, o que representou um aprofundamento em relação ao analisado no caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil, com sentença de 2016.

como instituir medidas de combate à evasão escolar pelo ingresso no mercado de trabalho e campanhas de sensibilização sobre direitos trabalhistas e riscos inerentes à fabricação de fogos de artifício.

Além disso, o caso se destaca pela determinação ao Estado de que apresente um informe sobre a implementação e aplicação das Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, especialmente no que tange à promoção e apoio a medidas de inclusão e não discriminação mediante a criação de programas de incentivos para a contratação de grupos vulneráveis.

Em 2021, a Corte IDH sentenciou o caso *Manuela y otros vs. El Salvador*, que trata de violações de direitos humanos no processo criminal, o que culminou com a condenação da vítima por homicídio no contexto da criminalização do aborto, com a violação do sigilo profissional e com a morte da vítima sob a custódia do Estado.

Neste caso, a Corte conclui pela concorrência de fatores de discriminação que resultaram em uma forma específica de discriminação. Conforme considerado a respeito da situação da vítima, “diferentes desvantagens estruturais impactaram a sua vitimização. Em especial, a Corte destaca que Manuela era uma mulher com recursos econômicos escassos, analfabeta e que vivia em uma zona rural” (CorteIDH, 2021, p. 74, tradução nossa), o que levou a uma forma interseccional de discriminação.

Conforme bem destacado pelo juiz Ricardo C. Pérez Manrique, em seu voto concorrente:

A experiência das mulheres, no geral, não se funde em um só eixo de subordinação, mas há uma interação de diversos fatores e sistemas de subordinação que fazem a experiência particular não ser equivalente à que se experimentaria sobre a base de um só dos fatores (Corte IDH, 2021, p. 8, do voto concorrente, tradução nossa).

Quanto às garantias de não repetição, foi adotada, dentre outras, a determinação de elaboração e implementação de um programa de educação sexual e reprodutiva dentro dos programas escolares. Tal programa não poderá ser discriminatório e deverá contar com rigor científico, sendo também adequado à idade das alunas e alunos.

Conforme destaca Rebecca Smyth, no entanto, em que pese o fundamento na interseccionalidade em determinados pontos deste julgamento, a Corte

deixou de tratar da verdadeira causa de violação de direitos humanos neste caso, deixando de fazer uma crítica efetiva à legislação sobre aborto de El Salvador (SMYTH, 2022).

No caso *Vicky Hernández e outras vs. Honduras*, também sentenciado em 2021, a Corte IDH considerou que a identidade de gênero, em circunstâncias como a da situação julgada, que envolve uma mulher trans, “constitui um fator que pode contribuir de forma interseccional à vulnerabilidade das mulheres em relação à violência baseada em seu gênero” (Corte IDH, 2021, p. 36, tradução nossa).

O caso envolve a morte de uma mulher trans e defensora de direitos humanos, em 2009, enquanto vigente toque de recolher.

A Corte destaca que:

Neste caso, ademais, é muito relevante o fato de que Vicky Hernández era uma mulher trans trabalhadora sexual, que vivia com HIV, e desenvolvia uma atividade na defesa dos direitos das mulheres trans. Estas características colocaram Vicky Hernández em uma posição de particular vulnerabilidade na qual confluíram de forma interseccional múltiplos fatores de discriminação (Corte IDH, 2021, p. 36, tradução nossa).

Trata-se do primeiro caso em que a Corte IDH aborda diretamente a questão da violência contra pessoas trans, caracterizada como violência estrutural e sistêmica, aplicando a abordagem interseccional para a interpretação dos dispositivos da Convenção de Belém do Pará.

Houve, no entanto, dois votos dissidentes no que tange à adoção da perspectiva da interseccionalidade entre gênero e sexualidade para fins de aplicação da Convenção de Belém do Pará.

Foi determinada como garantia de não repetição a adoção de um procedimento para o reconhecimento da identidade de gênero, de acordo com o disposto na Opinião Consultiva 24/2017 da Corte IDH. Além disso, o Estado deverá adotar um protocolo de investigação e administração da justiça nos processos penais envolvendo pessoas LGBTI vítimas de violência. Ainda, foi determinada a implementação de um sistema de compilação de dados e cifras vinculados aos casos de pessoas LGBTI vítimas de violência, separando-se os dados por comunidades, origem étnica, religião ou crenças, estado de saúde, idade, classe, situação migratória ou econômica, a fim de avaliar a prevalência, as tendências e as pautas da violência e discriminação às pessoas LGBTI.

Mais recentemente, em 2022, a Corte IDH sentenciou o Caso *Angulo Losada vs. Bolívia*, que trata da violação ao acesso à justiça pelo Estado, que não teria garantido tal direito sem discriminação por gênero e idade de vítima de violência sexual, à época dos fatos adolescente de dezesseis anos, violentada por seu primo de 26 anos.

Segundo a Corte, o fato de a vítima, Brisa de Angulo Losada, ser mulher e adolescente à época dos fatos, traz a necessidade de estudar o caso à luz da interseccionalidade entre gênero e infância.

Ademais, conforme já foi ressaltado pela Corte, no caso das meninas, dita vulnerabilidade a violações de direitos humanos pode se ver marcada e potencializada devido a fatores de discriminação histórica que tenha contribuído com que as mulheres e meninas sofram maiores índices de violência sexual, especialmente na esfera familiar (Corte IDH, 2022, p. 33).

Dentre as garantias de não repetição, ficou determinada ao Estado a realização de programas de capacitação e sensibilização para funcionários públicos, de caráter permanente, sendo que as capacitações devem partir de uma perspectiva de gênero e de proteção da infância, a fim de desconstruir estereótipos de gênero e falsas crenças em relação à violência sexual. Também foi determinada a implementação de uma campanha de conscientização e sensibilização por meio de canal aberto da televisão, rádio e redes sociais, sobre o enfrentamento dos esquemas socioculturais que normalizam o incesto, devendo incluir informações sobre as circunstâncias de vulnerabilidade que facilitam a sua ocorrência.

Por fim, passa-se à análise do Caso *María e outros vs. Argentina*, sobre a violação de direitos da criança Mariano no âmbito do processo administrativo e judicial, em que o Estado descumpriu o dever de garantir o direito à família e o direito à identidade de Mariano, bem como deixou de adotar as medidas adequadas para favorecer o estabelecimento de seu vínculo com a mãe, María, que tinha treze anos de idade na época do parto.

No caso, cuja sentença data de 2023, a Corte considerou que María estava em especial situação de vulnerabilidade, o que acentuava os deveres por parte do Estado. Foi verificada uma forma específica de discriminação em razão da confluência interseccional de fatores discriminatórios. A Corte destaca que o caso envolve uma menina, com recursos econômicos escassos, grávida e proveniente de uma situação de violência familiar, devendo se levar em consideração a situação

de vulnerabilidade interseccional em que se encontrava María no momento dos fatos (CorteIDH, 2023).

No que tange às garantias de não repetição adotadas, ressalta-se a determinação de que as maternidades públicas, onde ocorreram os fatos relacionados ao caso, adotem um protocolo a respeito da gravidez de crianças e adolescentes a partir da perspectiva de gênero e da proteção do interesse superior de meninas e adolescentes.

Percebe-se, desta forma, que se torna cada vez mais recorrente a abordagem interseccional dos casos pela Corte IDH, em que pese isso não tenha se dado com uma progressividade direta no que tange à proteção dos direitos humanos. Além disso, verifica-se que sua utilização transborda a formulação originária do conceito de interseccionalidade, aplicando-se a casos sem que estejam necessariamente presentes os elementos raça/cor e gênero concomitantemente.

Ainda, percebe-se uma relação entre a identificação da discriminação interseccional e as medidas de reparação adotadas, notadamente em relação às garantias de não repetição, o que tem o potencial de levar a mudanças mais promissoras no âmbito dos direitos humanos no contexto das Américas.

5. Conclusão

Verifica-se que a afirmação dos direitos das mulheres na região das Américas se deu, assim como no âmbito global, graças ao protagonismo das mulheres, destacando-se o papel de absoluta importância do feminismo pan-americano. No entanto, apesar das importantes conquistas, inclusive com a criação da Comissão Interamericana de Mulheres antes mesmo da instalação da Organização dos Estados Americanos, foi apenas nos anos 90 que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos passou a discutir os direitos das mulheres propriamente.

Inicialmente, a temática central dos casos era a violência de gênero, tendo como fundamento a Convenção de Belém do Pará, primeira Convenção internacional a tratar do tema da violência de gênero. Já no caso *Maria da Penha vs. Brasil* foi reconhecida, pela CIDH, a violência contra a mulher no Brasil como violência sistêmica.

No que tange à Corte IDH, percebe-se que a perspectiva de gênero passa a aparecer nos julgados posteriormente, reconhecendo-se em seguida a violência de gênero como fenômeno estrutural. Mais recentemente, a temática dos casos da Corte transbordou a questão da violência para abranger outros temas caros

às mulheres, chegando-se à análise das violações de direitos humanos sob a perspectiva da interseccionalidade.

A interseccionalidade, fruto dos debates dos movimentos feministas de mulheres negras, foi sistematizada por Kimberlé Crenshaw, tratando da confluência de diferentes formas de opressão, o que produz formas específicas de discriminação. Neste sentido, é possível constatar, no caso concreto, para além do gênero, a sobreposição de outros fatores de vulnerabilidade, como a raça, a cor, a idade, a situação econômico-financeira, dentre outras.

A partir de 2015, no caso *Gonzales Lluy e outros vs. Equador*, a Corte passa a analisar casos a partir da perspectiva da interseccionalidade, o que permitiu a verificação de situações específicas de discriminação, assim melhor adequando as reparações determinadas aos Estados. Em 2017, a Corte IDH reconhece, pela primeira vez, a ocorrência da discriminação estrutural e interseccional em conjunto. Mais recentemente, a partir de 2020, verifica-se um progressivo aumento da utilização da interseccionalidade como ferramenta para a solução de casos.

De outro lado, em uma perspectiva crítica, percebe-se a utilização da interseccionalidade em casos que não envolvem os fatores gênero e raça, distanciando-se do seu conceito originário. Nascida e consolidada nos movimentos sociais muito antes de sua incorporação pelos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, corre-se o risco de sua simplificação à medida em que é utilizada por órgãos e Cortes, havendo já alertas quanto ao branqueamento e despolitização do seu uso.

De todo modo, sua utilização pela Corte IDH como ferramenta prática, embora nem sempre aproveitada em todo o seu potencial, vem permitindo a determinação de garantias de não repetição que levam em consideração o caso concreto, com a consideração da relação entre múltiplos fatores discriminatórios.

A análise de casos com base na interseccionalidade, conclui-se, permite a investigação do caráter qualitativo das opressões, o que protege e promove, de forma mais adequada, os objetivos da não discriminação e da igualdade material. Sendo assim, entende-se pela grande importância da interseccionalidade no atual estágio de proteção dos direitos humanos das mulheres.

6. Referências

AKOTIRENE, Carla. *Interseccionalidade: feminismos plurais*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. E-book Kindle.

BRASIL. *Decreto n. 1.973/66*. Brasília, Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm Acesso em: 27 fev. 2024.

COLLINS, Patricia Hill; BILGE, Sirma. *Interseccionalidade*. São Paulo: Boitempo, 2020. E-book Kindle.

CONFERÊNCIA Mundial Contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata. *Declaração de Durban*. Durban, 31 de agosto a 8 de setembro de 2001. Disponível em: www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_durban.pdf Acesso em: 28 fev. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Angulo Losada vs. Bolivia*. 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/vid/920918437> Acesso em: 29 fev. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil*. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/vid/883974997> Acesso em: 29 fev. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/vid/883975808> Acesso em: 29 fev. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Manuela y otros vs. El Salvador*. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/vid/916956246> Acesso em: 29 fev. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso María y otros Vs. Argentina*. 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/vid/946881164> Acesso em: 29 fev. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Vicky Hernández y otras vs. Honduras*. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/vid/883093245> Acesso em: 29 fev. 2024.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o Encontro de Especialistas em Aspectos da Discriminação Racial Relativos ao Gênero. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 10, n. 1, 2002. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2002000100011/8774> Acesso em: 27 fev. 2024.

DEL CARPIO, D. F. S. V.; VOLZ, M. B.; CREUZ, D. A.; SILVEIRA, B. E. S. Discriminação interseccional na Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma análise de suas sentenças. *Cadernos Eletrônicos Direito Internacional sem Fronteira*, v. 3, n. 2, p. e20210203, 2021. Disponível em: <https://www.cadernoseletronicosdisf.com.br/cedisf/article/view/141> Acesso em: 28 fev. 2024.

GHISLENI, Pâmela Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. Direitos humanos e vulnerabilidades atravessadas. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 28, n. 2, p. e60174, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php.ref/article/view/1806-9584-2020v28n260174/44136> Acesso em: 27 fev. 2024.

LAURETIS, Teresa de. A tecnologia de gênero. In: HOLLANDA, Heloísa Buarque de (Org.). *Pensamento Feminista: Conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2009. E-Book Kindle.

NACIONES UNIDAS. *Recomendaciones generales. Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/cedaw/general-recommendations> Acesso em: 29 fev. 2024.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.

PIOVESAN, Flavia. *Temas de direitos humanos* 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. E-book Kindle.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Carla Volpini Ribeiro; LAGE, Renata Carvalho Martins. Direito das mulheres e a interpretação interseccional da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Sinapse Múltipla*, Betim, v. 11, n. 2, p. 369-385, ago./dez. 2022, PUC Minas. Disponível em: <https://periodicos.pucminas.br/index.php/sinapsemultipla/article/view/29572> Acesso em: 28 fev. 2024.

SMYTH, Rebecca. A system at the vanguard: the evolution of women's rights in the inter-american human rights system, 1948-Present. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Fortaleza, v. 22, n. 22, 2022. Disponível em: <https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/485/465> Acesso em: 26 fev. 2024.

TÁBOAS, Ísis Dantas Menezes Zornoff. Apontamentos materialistas à interseccionalidade. *Revista Estudos Feministas*. Florianópolis, v. 29, n. 1, p. e76725, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/76725> Acesso em: 29 fev. 2024.

ARTIGO II

A proteção e inclusão social das pessoas com deficiência mental ou intelectual: uma questão de hermenêutica jurídica e de implementação efetiva do modelo social de deficiência

The protection and social inclusion of people with mental or intellectual disabilities: a matter of legal hermeneutics and effective implementation of the social model of disability.

ALEXANDER CINTRA DA SILVA SOUZA

Defensor público do Estado de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia/MG (UFU). Especialista em Educação pelas Faculdades Integradas do Triângulo (UNITRI). Ex-professor de Direito Penal e Direito Processual Penal nas Faculdades Integradas do Triângulo (UNITRI). Ex-professor de Direito Processual Penal e Prática de Processo Penal na Universidade Federal de Uberlândia/MG (UFU).

Resumo: Ao regulamentar a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a Lei n. 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão) alterou a teoria das incapacidades (artigos 3º e 4º do Código Civil), gerando críticas e divergências na doutrina e na jurisprudência. Através de revisão bibliográfica especializada, o presente trabalho tem como objetivo, demonstrar que o ordenamento jurídico brasileiro contém instrumentos efetivos de proteção das pessoas com deficiência mental ou intelectual, seja através da regra de interpretação do artigo 4.4 com aplicação direta do modelo de apoio do artigo 12 da Convenção, seja pela interpretação dos dispositivos sobre a capacidade da Lei Brasileira de Inclusão conforme a Convenção, além da concretização do modelo social de deficiência.

Palavras-chave: Lei Brasileira de Inclusão; Divergências doutrinárias e jurisprudenciais; Ordenamento jurídico brasileiro; Soluções para as divergências.

Abstract: By regulating the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Law No. 13,146/2015 (Brazilian Inclusion Law) changed the theory of disabilities (articles 3 and 4 of the Civil Code), generating criticism and divergences in doctrine and jurisprudence. Through specialized bibliographical review, the present work aims to demonstrate that the Brazilian legal system contains effective instruments for the protection of people with mental or intellectual disabilities, whether through the rule of interpretation of article 4.4 with direct application of the article's support model 12 of the Convention, either through the interpretation of the provisions on

the capacity of the Brazilian Inclusion Law in accordance with the Convention, in addition to the implementation of the social model of disability.

Keywords: *Brazilian Inclusion Law; doctrinal and jurisprudential divergences; Brazilian legal system; Solutions to disagreements.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Regra de interpretação prevista no artigo 4.4 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; 3. Interpretação conforme a Lei Brasileira de Inclusão com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; 4. A concretização do modelo social de deficiência como forma de mitigar as divergências sobre os limites da curatela e garantir proteção integral e inclusão das pessoas com deficiência mental ou intelectual; 5. O Projeto de Lei do Senado n. 757/2015 (atual Projeto de Lei n. 11.091/2018 da Câmara dos Deputados e o anteprojeto de reforma do Código Civil); 6. Considerações finais; 7. Referências.

1. Introdução

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) entrou em vigor no Brasil, com a publicação do Decreto Presidencial n. 6.949/2008. A Lei n. 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão) regulamentou a Convenção, provocando alterações na teoria das incapacidades e gerando críticas e divergências na doutrina e jurisprudência sobre o alcance da curatela. É possível a representação dos relativamente incapazes por deficiência mental ou intelectual? É possível, nestes casos, que a curatela atinja direitos existenciais?

Na tentativa de mitigar as críticas e diferenças, através de revisão bibliográfica especializada, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de instrumentos capazes de assegurar a proteção integral e a inclusão social das pessoas com deficiência mental ou intelectual.

É proposta a aplicação da regra expressa e específica contida no artigo 4.4, que permite a aplicação do modelo do artigo 12 da Convenção às ações de curatela no Brasil, da interpretação das normas da Lei Brasileira de Inclusão sobre a capacidade legal em conformidade com a CDPD, a implementação prática do modelo social de deficiência e, finalmente, o artigo analisa as propostas de lei de novas alterações na teoria das incapacidades.

2. Regra de interpretação prevista no artigo 4.4 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

A primeira proposta de solução das controvérsias provocadas pelas alterações na teoria das incapacidades está na regra expressa e específica de interpretação do artigo 4.4 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD). Pelo dispositivo, nenhuma regra da Convenção pode prevalecer sobre normas internas mais benéficas às pessoas com deficiência e estas não podem ser aplicadas, se aquelas forem mais favoráveis.

Ao estabelecer esta regra expressa e específica de interpretação, a Convenção incorporou no nosso sistema jurídico, o princípio *pro personae*, oriundo dos tratados de direito internacional, pelo qual, a norma a ser aplicada é aquela que for material e substancialmente mais favorável, independentemente de sua hierarquia formal (CALDAS, 2014, p. 51).

O artigo 3º da Convenção de Nova York estabelece como princípios gerais, a dignidade inerente, a autonomia individual, a independência e a liberdade de fazer as próprias escolhas, a não discriminação, a participação efetiva e a inclusão na sociedade, o respeito à diferença, o reconhecimento da diversidade humana e humanidade (OMS, 2007). Toda e qualquer interpretação de normas sobre a capacidade legal devem estar em conformidade com esses princípios.

Fundado nos princípios gerais, o artigo 12 da Convenção instituiu o modelo a ser adotado pelos Estados partes quanto à capacidade civil. A primeira regra é a da capacidade legal de todas as pessoas com deficiência mental em todos os aspectos da vida (12.2). A seguir é instituído que o acesso das pessoas com deficiência ao exercício de sua capacidade legal se dê através de medidas de apoio, que incluam salvaguardas efetivas e apropriadas (12.3). A previsão mais importante é a de que essas medidas devem respeitar os direitos, a vontade e as preferências da pessoa (12.4, primeira parte), portanto, não pode ser aplicada qualquer medida que implique em substituição da vontade do apoiado. Finalmente, estas medidas devem ser “proporcionais e adequadas ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa” (12.4, segunda parte).

De acordo com Rosenvald (2018, p. 108), a consideração da capacidade jurídica como princípio e a excepcionalidade de suas limitações, além da defesa de seu exercício, são consequência de uma dimensão que ela adquiriu nos últimos anos, especialmente no direito internacional. Ainda sobre o assunto, o autor afirma que o reconhecimento como igual perante a lei comprova que a

capacidade jurídica “é um atributo universal inerente a todas as pessoas em razão de sua condição humana e deve ser preservada para as pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais”.

Sobre a importância da capacidade legal na tomada de decisões pela própria pessoa, sem substituição de sua vontade pela de outra, Colombo (2020, p. 249) cita texto traduzido de documento elaborado pelo Comissariado para Direitos Humanos do Conselho da Europa:

Tradução livre: “Ter capacidade legal nos habilita a tomar decisões variando desde o mais profundo (escolher onde e com quem viver), ao cotidiano (comprar um bilhete de ônibus, assinar um empréstimo, consentir sobre um tratamento médico). Sem isso somos não pessoas aos olhos da lei e nossas decisões não têm força legal. Terceiros decidem por nós. Isso funde a nossa personalidade nisso que se descreve como “morte civil”. Isso afetou mulheres no passado e continua sendo a realidade de um grande número de Europeus com Deficiência mental e psicossocial colocados sob regimes de tutela” (CONSELHO DA EUROPA; COMISSARIADO PARA DIREITOS HUMANOS, 2012, p. 5).

Para Menezes (2020, p. 577), segundo o artigo 12 da CDPD, as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal para os diversos aspectos da vida e que a proteção dessas pessoas deve se dar por medidas de apoio, mas não pela substituição da vontade. Para a autora, “os mecanismos do direito protetivo deveriam se estruturar sob a forma de apoio, sem recorrer ao modelo de substituição da vontade”.

Mesmo deixando clara sua posição contrária, Barboza e Almeida (2020, p. 85), fazem referência à decisão do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência das Organizações das Nações Unidas (ONU) que, analisando o artigo 12 da Convenção, decidiu ser ilegítimo o sistema de substituição da decisão da pessoa com deficiência “entendimento que deve ser estendido a todas as hipóteses de incapacidade”.

Tradução livre: 26. Em suas observações finais sobre os relatórios dos Estados partes sobre o artigo 12, o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência tem repetidamente afirmado que os Estados partes devem “revisar as leis sobre tutela e curatela e aprovar leis e programas que revoguem os sistemas de substituição de decisão por decisões apoiadas, o que respeita a autonomia, vontade e preferências das pessoas (Organização das Nações Unidas)”.

Pela leitura dos artigos 1º da LBI com o artigo 755, II do Código de Processo Civil, é possível abstrair que o legislador infraconstitucional também acolheu a regra do respeito à liberdade e autonomia das pessoas com deficiência, para fazer suas próprias escolhas e manifestar suas preferências, o que se percebe pela combinação (BRASIL, 2015).

Todavia, a Lei Brasileira de Inclusão manteve no ordenamento jurídico brasileiro a dicotomia entre capacidade de direito ou de gozo e capacidade de fato ou de exercício, a incapacidade absoluta e relativa, a curatela (para alguns também a “interdição”), o que pode implicar em substituição da vontade do curatelado pela do curador, como no caso da representação.

Assim como a Convenção, o artigo 84, *caput* da LBI estabeleceu a regra da capacidade legal, sem, contudo, deixar expressa a expressão “em todos os aspectos da vida”. Não obstante, é impossível que alguém tenha direito à capacidade legal em igualdade com as demais pessoas, se não for em todos os aspectos da vida.

O artigo 84, § 1º da LBI determina que, quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela. O problema é que, no Brasil, a curatela sempre implicou em severas limitações aos direitos dos curatelados, especialmente no caso da representação, na qual há completa substituição da vontade do curatelado pela do curador.

Tentando garantir autonomia das pessoas com deficiência mental ou intelectual, o artigo 114 da Lei Brasileira de Inclusão, alterou os artigos 3º e 4º do Código Civil, mas manteve a incapacidade no ordenamento jurídico brasileiro, o que, numa interpretação literal, contraria o artigo 12.2 da Convenção de Nova York. A partir daí, as pessoas com deficiência mental ou intelectual, passaram a ser consideradas relativamente incapazes.

Quando as mudanças surgiram, já estava pacificado no Brasil o entendimento de que os absolutamente incapazes seriam representados e os relativamente incapazes seriam assistidos por seu curador. Em ambas as figuras jurídicas há limitações aos direitos do deficiente, contudo, na representação a vontade do curatelado é suprimida. Como o deficiente mental ou intelectual passou a ser considerado relativamente incapaz, emergiram dúvidas sobre se ele seria assistido ou representado, divergência que ainda permanece, o que se verifica na doutrina e na jurisprudência, inclusive do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Outra questão que gerou polêmica foi a previsão dos artigos 6º e 85º, *caput* e § 1º da Lei Brasileira de Inclusão, deixando expresso que a curatela não atinge os direitos existenciais das pessoas com deficiência. A doutrina e a jurisprudência

também se divergem, sendo que uns defendem que a curatela atinja somente direitos negociais e patrimoniais e outros admitem curatela para direitos existenciais.

A interpretação literal dos dispositivos da LBI, que estabelece categorias de pessoas absolutamente e relativamente incapazes, fundada em antigos paradigmas do Direito Civil brasileiro, leva à conclusão de que as normas sobre a capacidade legal da Convenção Internacional sobre as Pessoas com Deficiência são mais favoráveis e, portanto, podem e devem ser aplicadas diretamente nas ações de curatela. Um modelo aberto e flexível de curatela, que permite personalizar as medidas de apoio conforme o caso e sempre respeitando a liberdade e autonomia das pessoas com deficiência mental ou intelectual.

Para Mendes (2020, p. 457), a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência está no topo da pirâmide hierárquica do ordenamento jurídico e todas as normas infraconstitucionais que lhe sejam contrárias, “deveriam ser revogadas ou submetidas a uma nova interpretação”.

Para Kelsen (1996, p. 300) *apud* Cardoso (2010, p. 55):

[...] uma lei contrária à Constituição sequer pode ser denominada de lei ou declarada inválida, pois é um ato juridicamente inexistente. No entendimento de referido doutrinador, “a afirmação de que uma lei válida é ‘contrária à Constituição’ (anticonstitucional) é uma *contradictio inadjecto*, pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição.

Em artigo publicado na *Revista Brasileira de Direito Civil*, cujo tema é “A curatela como a terceira margem do rio” e citando os exemplos da Alemanha (Betreuung) e Grécia (Rosenvald) (2018, p. 107), afirma que a “primeira margem do rio” é a substituição de qualquer tipo de restrição à capacidade civil e também da curatela, por “modelos jurídicos hábeis a prover o acesso de pessoas com deficiência ao suporte que necessitarem no exercício de sua capacidade legal”.

Perlingieri (2002, p. 163) *apud* Berlini (2020, p. 235) propõe esse regime aberto e flexível de medidas de apoio ao exercício da capacidade legal, dizendo ser preciso que o legislador evite “regulamentar a situação do deficiente de maneira abstrata e, portanto, rígida, propondo-se estabelecer taxativamente o que lhe é proibido e o que lhe é permitido fazer”.

Não é possível que o legislador preveja em dois artigos de lei todas as deficiências mentais ou intelectuais, muito menos o nível com que cada uma

afeta de forma diferente as diversas pessoas. Somente a análise do caso concreto, através de avaliação biopsicossocial, será possível a definição de medidas de apoio personalizada, respeitada sempre a liberdade e autonomia da pessoa com deficiência, inclusive para fazer suas próprias escolhas e manifestar suas vontades e preferências.

Este modelo poderia gerar preocupação quanto à segurança jurídica, mormente em relação à nulidade ou anulação dos negócios jurídicos, a suspensão, impedimento ou mesmo o curso da prescrição e da decadência. Caso sejam consideradas capazes, os atos negociais por ela praticados não serão considerados nulos ou anuláveis e contra elas correrá normalmente os prazos prescricionais e decadenciais. Entretanto, esse receio já não se justifica, pois existem mecanismos capazes de garantir a segurança da pessoa com deficiência.

Em primeiro lugar, o atual estágio do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), não mais permite a sobreposição dos direitos econômicos sobre os direitos personalíssimos. Ensina Rosenvald (2018, p. 109) que, no Estado Democrático de Direito a “segurança jurídica” significa acesso aos direitos fundamentais, impondo-se a “pontual adaptação dos institutos patrimoniais tradicionais às exigências de promoção de direitos das pessoas com deficiência. Jamais o oposto!”.

Certamente, no modelo adotado pela Convenção, as pessoas com deficiência receberão apoio e os apoiadores deverão ser responsabilizados por qualquer ato seu que implique em negócio jurídico prejudicial aos apoiados, assim como se não evitar o curso de prazos prescricionais ou decadenciais, gerando prejuízos patrimoniais ao deficiente.

Teixeira (2009, p. 73) *apud* Konder (2020, p. 34-35), afirma que:

Um importante componente da integridade psíquica é o discernimento, o qual é a mola propulsora da concessão da plena capacidade de exercício. Discernimento significa possibilidade de exercer escolhas de forma responsável, apresentando condições psíquicas de arcar com as consequências dos seus atos. Por isso, fala-se em liberdade responsável.

Conforme o nível do discernimento da pessoa com deficiência, aferido em criteriosa avaliação biopsicossocial, é que a sentença definirá se o negócio jurídico pelo apoiado sem o apoiador é nulo ou anulável e se o curso dos prazos de

prescrição e decadência deverão ou não fluir. Para conferir ainda mais segurança jurídica, a sentença que conceder a medida de apoio, deverá ser averbada no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais e no Cartório de Registro de Imóveis, nos cadastros de instituições financeiras, Detran, dentre outros, para efeito de publicidade e produção de efeitos contra terceiros.

Outro questionamento que pode surgir é o de que esse modelo aberto de apoio é sua subjetividade e o campo de discricionariedade do magistrado. Contudo, como já foi dito, a sentença deverá ser baseada em criteriosa avaliação biopsicossocial, delineando de forma adequada cada medida a ser adotada, o que lhe confere maior objetividade. Também será possível àquele que discordar da sentença, valer-se do duplo grau de jurisdição, interpondo o recurso adequado.

3. Interpretação conforme a Lei Brasileira de Inclusão com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

Como forma de evitar que as regras sobre a capacidade legal da LBI sejam consideradas inexistentes ou inconstitucionais, há possibilidade de realizar interpretação conforme de seus dispositivos com a Convenção. As normas constitucionais estão no topo da pirâmide normativa. Por outro lado, as normas infraconstitucionais gozam da presunção de constitucionalidade. Eventuais antinomias devem ser resolvidas pelos instrumentos de controle de constitucionalidade, sempre analisando a possibilidade de preservação da norma infraconstitucional no ordenamento jurídico.

Para Sicca (1999, p. 19) a Constituição é a norma superior do ordenamento jurídico e deve ser respeitada por toda a produção normativa inferior. Havendo violação, a norma não pode permanecer no ordenamento jurídico. Entretanto, na análise dos elementos de controle de constitucionalidade, inclusive a interpretação conforme, o autor chama atenção para os limites dessa técnica, explicitando a preocupação com a separação dos poderes.

De acordo com Barroso (2022, p. 106) em geral, a declaração de inconstitucionalidade implica na nulidade da norma jurídica. Contudo, há situações nas quais o reconhecimento da inconstitucionalidade não traz a nulidade da norma como consequência. É o caso das decisões intermediárias, pelas quais o Supremo Tribunal Federal realiza um juízo de ponderação acerca dos efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade, “procurando conservar

o ato normativo impugnado e minimizar os impactos adversos, que decorreriam do reconhecimento de sua nulidade plena”. Para o autor, dentre as decisões intermediárias está a interpretação conforme.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi aprovada com observância dos requisitos do artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, o que lhe confere *status* de norma constitucional, exigindo-se uma “releitura” de todas as normas infraconstitucionais sobre o tema, “seja revogando normas incompatíveis, seja no sentido da exigência de uma interpretação conforme de todos os atos normativos ordinários, tudo no contexto de um duplo controle de constitucionalidade e de convencionalidade [...]” (SALES; SARLET, 2020, p. 214).

Ao tratar do problema das decisões interpretativas e reconstrutivas, Marinoni (2022, p. 60) afirma que “É correto admitir que, no controle direto, a interpretação conforme afirma a única interpretação capaz de permitir a sobrevivência da lei no ordenamento jurídico”. Na interpretação conforme, portanto, deve ser declarada a única interpretação possível da norma infraconstitucional para alinhá-la às normativas da Constituição, no caso, a Convenção de Nova York.

A interpretação da Lei n. 13.146/2015 deve ter como parâmetro os princípios, conceitos e definições da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, inclusive princípios constitucionais que nela se especializaram, como o da dignidade da pessoa humana. E essa interpretação deve se dar “de modo a buscar a sua máxima efetividade para o processo de inclusão social da pessoa com deficiência, no qual o reconhecimento se torna peça fundamental” (BARBOZA; ALMEIDA, 2020, p. 7).

Mendonça (2020, p. 34-35) ensina que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro com *status* de norma constitucional e que “[...] ao se deparar com os problemas advindos de uma interpretação literal (e prejudicial) da LBI, é na Convenção que o intérprete deve buscar as possíveis soluções”, pois ela estabelece princípios específicos no tratamento dos problemas relativos às pessoas com deficiência, o que inclui a deficiência mental ou intelectual.

A efetivação das regras do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) exige muito esforço do aplicador do direito, evitando-se a interpretação tradicional das normas sobre a capacidade legal, elaborada com base em outro paradigma, além

de se afastar do campo da retórica, situação muito comum nas questões relativas a pessoas vulneráveis (BARBOSA; ALMEIDA, 2020, p. 317).

O confronto entre o artigo 3º da Convenção (ONU, 2007) e os artigos 1º da LBI c/c artigo 755, II do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), permite concluir que nas duas normas jurídicas há uma preocupação com o respeito à liberdade e autonomia das pessoas com deficiência, inclusive para fazer suas próprias escolhas e manifestar suas preferências.

Seguindo o comando do artigo 12.2 da Convenção de Nova York, a interpretação conforme do artigo 84, *caput* da LBI deve ser a seguinte: “A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, em todos os aspectos da vida”.

Como foi dito, o artigo 84, § 1º elegera a curatela como medida para o exercício da capacidade legal dos deficientes mentais ou intelectuais. Para sua harmonização com o artigo 12.3 da Convenção, a interpretação conforme é a de que: “[...] quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, vedada a substituição da vontade do curatelado pela do curador e respeitada sua vontade potencial, tácita e biográfica”.

Para colocar o artigo 4º, III do Código Civil em consonância com a Convenção e com os artigos 1º da LBI e do artigo 755, II do Código e Processo Civil é possível chegar à seguinte interpretação do dispositivo: “[...] são relativamente incapazes aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, respeitada sua vontade potencial, tácita e biográfica”.

A interpretação conforme que se pode dar ao artigo 71 do Código de Processo Civil é a de que: “[...] o incapaz será representado ou assistido por seu curador, conforme o nível de comprometimento de sua vontade, verificado através de avaliação biopsicossocial, vedada a substituição de vontade do apoiado pela do apoiador”.

O tratamento que a Lei Brasileira deu aos direitos existenciais está em perfeita consonância com a Convenção de Nova York. Todavia, por cautela, pode ser atribuída a interpretação conforme dos artigos 6º e 85, § 1º no sentido de que é a de que “a própria pessoa com deficiência deve praticar os atos de natureza existencial, vedada substituição da vontade do curatelado pela do curador e respeitada, em qualquer caso, a vontade potencial ou biográfica da pessoa com deficiência”.

Menezes (2020, p. 583) afirma que os atos de cunho patrimonial se refletem na esfera disponível do indivíduo e os existenciais referem-se aos interesses

indisponíveis, intransmissíveis e, em regra, irrenunciáveis. Por sua proximidade com a dignidade humana, igualdade e autonomia decisória do sujeito, os atos existenciais recebem proteção constitucional reforçada e não podem ser praticados através de representação, com substituição de vontade “[...] o agente do ato civil existencial, deve ser o mesmo que titulariza o direito”.

Na Observação Geral n. 1, o Comitê de Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU demonstrou preocupação ao constatar que o ordenamento jurídico brasileiro continua contemplando, em certas circunstâncias, a substituição de vontades na tomada de decisões (GUIMARÃES, 2021, p. 156).

Argumenta Mendonça (2020, p. 47-48) que, com o advento da Convenção, não é mais possível a substituição da vontade da pessoa com deficiência e sua “aniquilação da vida civil”. Para a autora, foi consagrada a regra da curatela parcial e flexível e que, pelo artigo 4, III do Código Civil, mesmo nos casos de limitações mentais e intelectuais mais severos, a capacidade civil da pessoa com deficiência só poderá ser restringida parcialmente.

4. A concretização do modelo social de deficiência como forma de mitigar as divergências sobre os limites da curatela e garantir proteção integral e inclusão das pessoas com deficiência mental ou intelectual

A mitigação das divergências, a proteção integral e a inclusão social das pessoas com deficiência mental e intelectual no Brasil também passam pela concretização do modelo social de deficiência. É preciso investimento maciço em tecnologia para eliminação das barreiras ambientais, capacitação daqueles que atuam nas ações de curatela, educação e informação das famílias e sociedade, para a eliminação das barreiras atitudinais, além da criação de um modelo de avaliação biopsicossocial, que seja feito por equipe multiprofissional e interdisciplinar, permitindo a personalização das medidas de apoio ou curatela caso a caso, respeitando sempre a liberdade, autonomia, vontades, escolhas e preferências da pessoa, mesmo que potenciais, tácitas ou biográficas.

Matos e Oliveira (2020, p. 178) manifestam preocupação sobre a efetivação prática das normas da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com deficiência:

Assim, se limitada a função dos juristas unicamente à busca pela incorporação de enunciados normativos ao ordenamento vigente, e à mera análise exegética de seu teor, afasta-se a imprescindível reflexão acerca das reais condições contextuais de se reproduzirem os projetos de emancipação firmados em lei na concretude sentida pelas pessoas com deficiência. Ao se propor a análise das reais condições contextuais em que se inserem os enunciados normativos revela-se, pois, outro aspecto da chamada teoria crítica dos direitos humanos: o desapego à pretensa neutralidade jurídica, em busca de envolvimento mais comprometidos com ‘vivências concretas.

A implementação dos direitos e garantias regulamentados na Convenção e na Lei Brasileira de Inclusão, é obstaculizada pela cultura da invisibilidade, ainda vigente na nossa sociedade. É indispensável a promoção da autonomia da pessoa com deficiência quanto às decisões sobre sua vida, eliminando barreiras, através da implementação de políticas públicas, programas sociais e serviços adaptados, que permitam a superação de barreiras, mesmo que se tenha que avançar sobre a alegação do limite da reserva do possível (BARBOZA; ALMEIDA, 2020, p. 23-25).

A tarefa não é fácil e exige muito dos aplicadores do direito, mas este esforço é apenas o esperado diante de mudanças tão significativas. Nesse sentido, é indispensável o fornecimento de programas de formação para aqueles que atuam no Poder Judiciário acerca das transformações paradigmáticas no tratamento jurídico voltado à deficiência, dado que a reforma disposta no EPD pode cair em desuso se não forem abandonados certos pressupostos, como a ligação automática entre deficiência e incapacidade e a ideia de que a proteção deve sempre se sobrepor à autonomia desses sujeitos (GUIMARÃES, 2021, p. 177).

O artigo 4 da Convenção de Nova York determina a adoção de medidas legislativas, administrativas e outras de qualquer natureza, para a implementação prática dos direitos por ela conferidos às pessoas com deficiência. Portanto, a concretização do modelo social de deficiência não é mera opção, mas uma obrigação expressamente assumida pelos Estados partes, cujo descumprimento pode ensejar denúncia junto ao Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Comitê).

De nada adianta que o artigo 3º da Lei Brasileira de Inclusão defina o que seja acessibilidade, desenho universal, tecnologia assistiva e ajuda técnica,

barreiras, comunicação, adaptações razoáveis, residências inclusivas, moradia para vida independente da pessoa com deficiência, profissional de apoio escolar (Brasil, 2015), quando o que se percebe na vida diária das pessoas com deficiência, especialmente mental ou intelectual, é o abandono e ainda a exclusão social.

Existem algumas tecnologias de comunicação aumentativa ou alternativa à disposição das pessoas com deficiência mental ou intelectual, como a *Comunicação Pictográfica* para os indivíduos com Transtorno do Espectro Autista (TEA), *body-to-body Communication* para pessoas com Esclerose Lateral Amiotrófica, *pranchas de comunicação alternativa*, para as pessoas com paralisia cerebral e muitas outras. Entretanto, é preciso que essas tecnologias estejam ao alcance das pessoas com deficiência mental ou intelectual economicamente vulneráveis e que as pesquisas sobre novas tecnologias sejam fomentadas, ampliadas e financiadas pelo Poder Público. Essas tecnologias devem estar à disposição daqueles que compõem as equipes multiprofissionais, quando da realização da avaliação da deficiência.

Também é imprescindível a capacitação de todos os profissionais que atuam nas ações de curatela e outras ações judiciais sobre os princípios e objetivos da Convenção Internacional sobre as Pessoas com Deficiência, especialmente sobre o regime de incapacidades aberto e flexível criado pelo artigo 12 da Convenção. Reconhecendo essa necessidade, o artigo 79, § 1º da Lei Brasileira de Inclusão determina que:

A fim de garantir a atuação da pessoa com deficiência em todo o processo judicial, o poder público deve capacitar os membros e os servidores que atuam no Poder Judiciário, no Ministério Público, na Defensoria Pública, nos órgãos de segurança pública e no sistema penitenciário quanto aos direitos da pessoa com deficiência (BRASIL, 2015).

É preciso que o também investimento pesado em campanhas de conscientização sobre os direitos conferidos às pessoas com deficiência mental ou intelectual conquistados com a Convenção de Nova York, através da televisão, do rádio, da internet, além das diversas outras formas de comunicação existentes e à disposição do Poder Público. É necessário, inclusive, inserir essa discussão nas disciplinas dos diversos níveis de educação.

Finalmente, é preciso dar concretude à avaliação biopsicossocial, o que permitirá avaliar a deficiência pela simples perícia médica (psiquiátrica ou

neurológica), mas também sob o aspecto social, psicológico, fonoaudiológico, fisioterapêutico, nutricional. Ou seja, a avaliação da deficiência deve verificar se, no caso concreto, o indivíduo apresenta determinada limitação de longo prazo, de natureza física, intelectual ou sensorial que, em associação com uma ou mais barreiras socioambientais, o impeça de participar da sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas.

Esta obrigação está expressa no artigo 2º, § 2º da Lei Brasileira de Inclusão “O Poder Executivo criará instrumento para a realização da avaliação da deficiência”, o que, conforme artigo 125 da LBI, deveria ter sido feito em até 2 (dois) anos (Brasil, 2015). Passados mais de oito anos da vigência da lei inclusiva, o instrumento não foi criado. Em 10 de abril de 2023, o Decreto Presidencial n. 11.487 recriou o extinto Grupo de Trabalho sobre a Avaliação Biopsicossocial Unificada da Deficiência no âmbito da Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, integrante da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, mas ainda não foi apresentado o modelo de Avaliação Biopsicossocial Unificada.

Enquanto isso, a deficiência continua sendo avaliada quando muito, pela perícia médica, pois há hipóteses nas quais o magistrado dispensa a realização da perícia médica, baseando a decisão sobre a deficiência nem relatórios médicos e na simples observação visual da pessoa, realizada em audiência de entrevista pessoal. Enquanto não vem o modelo unificado de avaliação biopsicossocial, o Poder Judiciário, com orçamento próprio ou em parceria com o Poder Executivo, nos três níveis da federação, deve investir na contratação e capacitação de profissionais das diversas áreas do conhecimento para avaliar a deficiência sob o aspecto social.

Exemplo concretização do modelo social de deficiência está no artigo 20, § 2º, da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), que adotou expressamente o conceito social de deficiência. O Decreto n. 7.617/2011 regulamenta o Benefício de Prestação Continuada (BPC), condicionando a concessão do benefício à avaliação com base na Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde - CIF, estabelecida pela Resolução da Organização Mundial da Saúde n. 5421, aprovada pela 54ª Assembleia Mundial da Saúde, em 22 de maio de 2001, com desenho nitidamente social (BRASIL, 1993).

No âmbito da aposentadoria das pessoas com deficiência, apesar de o artigo 2º, a Lei Complementar n. 142/2013, ter previsto expressamente o conceito social de deficiência, o regulamento 8.145/2013, não previu a aplicação da Classificação

Internacional de Funcionalidades (CIF), Incapacidade e Saúde, afirmando apenas que o grau de deficiência será atestado por perícia própria do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), por meio de instrumentos desenvolvidos para esse fim.

Até que esteja o modelo de avaliação biopsicossocial seja uma realidade concreta, cada segmento social e do sistema de justiça, deve assumir sua responsabilidade e fazer sua parte para romper as barreiras do paradigma tradicional da avaliação médica, extirpado do ordenamento jurídico, mas arraigado no cotidiano das ações de curatela.

5. O Projeto de Lei do Senado n. 757/2015 (atual Projeto de Lei n. 11.091/2018 da Câmara dos Deputados e o anteprojeto de reforma do Código Civil

Para tentar solucionar as polêmicas causadas pelas alterações da LBI na teoria das incapacidades, os então Senadores Paulo Paim e Antônio Carlos Valadares apresentaram no Senado o PLS 757/2015, antes mesmo da entrada em vigor da LBI. Inicialmente, o projeto previa o retorno da incapacidade absoluta para as pessoas não tenham o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil e conceituava como relativamente incapazes aqueles que tenham o discernimento severamente reduzido.

Quanto ao texto original do PLS n. 757/2015, Rosenvald (2018, p. 109) afirmava que:

[...] a repristinação da incapacidade absoluta – hoje restrita aos menores de 16 anos de idade –, para inserir nesse rol as pessoas que, “por qualquer motivo, não tiverem o necessário discernimento” para a prática dos atos da vida civil. A referida sugestão surge como uma forma de evitar abalos em institutos tradicionais como contratos, prescrição, responsabilidade civil e obrigações contraídas por pessoas com deficiência.

Da mesma forma, Mendonça (2020, p. 34) afirmava que, diante da interpretação prejudicial sobre as alterações provocadas pela Lei Brasileira de Inclusão no regime da capacidade legal, tramita no Senado Federal o PLS n. 757/2015, promovendo mudanças no ordenamento jurídico brasileiro e “praticamente restaurando a situação anterior”. Vale dizer, recolocando a pessoa com deficiência mental ou intelectual no rol dos absolutamente incapazes.

É preciso saber se as alterações do PLS n. 757/2015 são necessárias, se atentem às necessidades das pessoas com deficiência e se não constituem um retrocesso quanto aos direitos conquistados por essas pessoas, pois, “parte da comunidade jurídica tem entendido o projeto de lei como um grave retrocesso que não merece prosperar (COLOMBO, 2020, p. 247).

Quando chegou à Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal, designada relatora, a então Senadora Lídice da Mata apresentou substitutivo ao projeto inicial, mantendo o texto dos artigos 3º e 4º do Código Civil, alterado pela Lei n. 13.146/2015 (retirando novamente as pessoas com deficiência mental ou intelectual do rol dos absolutamente incapazes) e colocando-o em maior harmonia com a Convenção de Nova York.

Para Rodrigues (2023, p. 90), o texto original do PLS n. 757/2015 significava retrocesso em relação aos direitos conquistados pelas pessoas com deficiência. Na CCJ do Senado Federal, a então Senadora Lídice da Mata, relatora do projeto de lei, apresentou texto substitutivo, por considerar o original contrário à Convenção de Nova York e por violar a regra da capacidade legal da pessoa com deficiência, afirmando que as alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência não decorriam de opção do legislador, mas de preceito normativo da Convenção.

A autora também afirma que o substitutivo da senadora encerra a discussão acerca da inapropriada assistência às pessoas impossibilitadas de exprimir sua vontade. Com a inserção de um parágrafo terceiro ao artigo 4º do Código Civil, outorga poderes de representação ao curador, mas com a limitação de que seja respeitada a potencial vontade da pessoa representada (RODRIGUES, 2023, p. 90-91).

Sobre o atual texto do PLS, Menezes (2018) *apud* Rodrigues (2023, p. 91):

Embora essa versão substitutiva seja melhor que a anterior, persiste inapropriada aos propósitos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, principalmente quanto às alterações que propõe para a Tomada de Decisão Apoiada, retirando a autonomia da pessoa com deficiência plenamente capaz.

O texto substitutivo foi aprovado e remetido à Câmara dos Deputados com o número 11.091/2018 e, ao chegar à Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara, foi designado relator o então deputado federal Luiz Flávio Gomes, que também apresentou texto substitutivo, reinserindo no rol dos absolutamente

incapazes “os que não tenham qualquer capacidade de discernimento para a prática dos atos civis” e como relativamente incapazes “os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (BRASIL, 2002).

O substitutivo apresentado pretende a revogação do inciso III do artigo 4º do Código Civil (BRASIL, 2002), e “conforme a proposta, teremos pessoas com deficiência consideradas plenamente capazes (regra) e absolutamente incapazes, e não mais relativamente incapazes” (RODRIGUES, 2023, p. 92). Se aprovado como está, o Projeto de Lei n. 11.0981/20018 estará em conflito com a Convenção e o deverá ser considerado inconstitucional.

No dia 17 de abril de 2024, a Comissão encarregada de realizar a reforma do Código Civil, apresentou o relatório final no Senado Federal, que passa a tramitar como anteprojeto de reforma do Código Civil. Pelo Livro I, Título I, capítulo I (Da Personalidade e da Capacidade). Seguindo a tendência do PL n. 11.091/2018, o relatório também recoloca no rol dos absolutamente incapazes “aqueles que por nenhum meio possam expressar sua vontade” e “aqueles cuja autonomia for obstada por completa falta de discernimento, enquanto perdurar esse estado”. Passam a ser considerados relativamente incapazes, além dos maiores de 16 e menores de 18 anos e os pródigos, “aqueles cuja autonomia estiver prejudicada por relativa falta de discernimento por causa psíquica ou por dependência química, enquanto perdurar esse estado” (BRASIL, 2024).

O anteprojeto representa grave retrocesso e precisa receber as emendas necessárias para adequar o Código Civil, o Código de Processo Civil e a Lei Brasileira de Inclusão aos preceitos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (não o contrário). Se aprovado pelas duas casas nos termos em que propostos, será preciso atuar junto à Presidência da República para que vete a reforma. Finalmente, se não houver veto ou se este for derrubado, será preciso promover Ação Direta de Inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal.

6. Considerações finais

As alterações provocadas pela Lei n. 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão) na teoria das incapacidades, provocaram críticas e divergências na doutrina e na jurisprudência sobre os efeitos da curatela, razão pela qual, o presente trabalho investigou possíveis mecanismos jurídicos capazes de, ao mesmo tempo, mitigar

as divergências sobre o assunto, garantir a proteção integral e a inclusão social das pessoas com deficiência.

Foi possível atingir o objetivo do estudo, na medida em que se comprovou a existência de instrumentos de interpretação e de mecanismos de avaliação da deficiência mental ou intelectual fundados no modelo social de deficiência, possibilitando a curatela ou medidas de apoio personalizadas caso a caso, garantindo-se a liberdade e autonomia da pessoa com deficiência, inclusive para fazer as próprias escolhas, expressar suas preferências e vontades, mesmo que potenciais, tácitas ou biográficas.

Demostrou-se a possibilidade de aplicação direta do modelo de capacidade legal do artigo 12 da Convenção nas ações de curatela, através da regra expressa e específica de interpretação contida no artigo 4.4 da Convenção de Nova York, concluindo-se pela possibilidade de substituição das regras tradicionais por um modelo aberto e flexível de medidas de apoio personalizadas, que respeitem a liberdade e autonomia da pessoa com deficiência.

Foi comprovada a possibilidade de interpretação das normas da LBI, do Código Civil e Código de Processo Civil, sobre incapacidade relativa, curatela, representação e assistência em conformidade com os princípios do artigo 3º e com as regras sobre a capacidade legal do artigo 12 da Convenção, respeitando-se a dignidade inerente a autonomia individual, vedada a substituição da vontade do curatelado pela do curador.

Verificou-se que a concretização do modelo social de deficiência no campo da capacidade legal, pode ser obtida pela da implementação prática de políticas públicas para o desenvolvimento de tecnologias assistivas, eliminação das barreiras socioambientais e atitudinais, campanhas educativas sobre os direitos das pessoas com deficiência, inclusão da discussão no ensino público e privado de todos os níveis, além da criação de modelo de avaliação biopsicossocial, a ser realizada nas ações de curatela, formatando-se medidas de apoio personalizada, conforme as necessidades de cada caso e não com base em categorizações abstratizadas em normas jurídicas.

Finalmente, foram analisadas as propostas legislativas que pretendem nova reforma do regime da capacidade legal do Código Civil. Verificou-se que o substitutivo apresentado pelo então Deputado Federal Luiz Flávio Gomes, na CCJ da Câmara dos Deputados no projeto de lei n. 11.091/2018 (PLS 757/15 do Senado) e o texto original do anteprojeto de reforma do Código Civil, retomando a incapacidade absoluta das pessoas com deficiência mental ou intelectual,

significará grave retrocesso na abordagem da deficiência no Brasil, o que exige vigília diuturna da sociedade e especialmente dos movimentos em defesa das pessoas com deficiência.

7. Referências

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Reconhecimento, inclusão e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima; ALMEIDA, Vitor. *O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. 2. ed. [rev. e atual.]. Processo: Rio de Janeiro, 2020.

BARBOZA, Heloisa Helena; DE AZEVEDO, A. J. V. Reconhecimento e inclusão das pessoas com deficiência. *Revista Brasileira de Direito Civil*, [S. l.], v. 13, n. 3, p. 17-38, 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/150> Acesso em: 25 jan. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 9. ed. [atual.]. Com a colaboração de Patrícia Perrone Campos Melo. Saraiva: São Paulo, 2022.

BERLINI, Luciana Fernandes. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência: modificações substanciais. In: MENEZES, Joyceane Barboza de. *Direito das Pessoas com Deficiência Psíquica e intelectual nas Relações Privadas: Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. [rev. e atual.]. Processo: 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/constituicao/constituicao> Acesso em: 26 jan. 2024.

BRASIL. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Disponível em: <http://www.mec.gov.br> Acesso em: 28 jan. 2024.

BRASIL. *Decreto Legislativo n. 186, de 10 de julho de 2008*. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/congresso/dlg/dl-186-2008.htm Acesso em: 27 abr. 2024.

BRASIL. *Decreto n. 6.214, de 27 de setembro de 2007*. Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social devido à pessoa com deficiência e ao idoso. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm# Acesso em: 27 de abr. 2024.

BRASIL. *Decreto Presidencial n. 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm Acesso em: 27 abr. 2024.

BRASIL. *Decreto Presidencial n. 11.487, de 10 de abril de 2023*. Institui o Grupo de Trabalho sobre a Avaliação Biopsicossocial Unificada da Deficiência no âmbito do Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/D11487.htm Acesso em: 27 abr. 2024.

BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. *Planos de Benefícios da Previdência Social*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm Acesso em: 27 abr. 2024.

BRASIL. Lei n. 8.212, de 11 de dezembro de 1990. *Regime jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_3/leis/18112cons.htm Acesso em: 27 abr. 2024.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406/htm Acesso em: 26 jan. 2024.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso em: 26 jan. 2014.

BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. *Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm Acesso em: 26 jan. 2024.

CALDAS, R. *Novos comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. 3. ed. [rev. e atual.]. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) /Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos das Pessoas com Deficiência (SNPD), 2014.

CARDOSO, O. V. A interpretação constitucional como método de controle de constitucionalidade. *Direito Público*, v. 6, n. 25, 2010. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1446> Acesso: 23 mar. 2024.

COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Limitação da curatela aos atos patrimoniais: reflexões sobre a pessoa com deficiência intelectual e a pessoa que não pode se exprimir. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima; ALMEIDA, Vitor (org.). *O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. 2. ed. [rev. e ampl.]. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

GUIMARÃES, Luíza Resende. *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o Conceito de Capacidade Legal: uma comparação entre os sistemas jurídicos do Brasil e de Portugal*. Belo Horizonte, n. 197, p. 156. Universidade Federal de Minas Gerais, 2021. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/38723> Acesso em: 25 mar. 2024.

KONDER, Cintia Muniz de Souza. A celebração de negócios jurídicos por pessoas consideradas absolutamente incapazes pela Lei n. 13.146 de 2015, mas que não possuem o necessário discernimento para os atos civis por doenças mentais: promoção da igualdade perante a lei ou ausência de proteção? In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima; ALMEIDA, Vitor (coord.). *O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. 2. ed. [rev. e ampl.]. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

MARINONI, L.G. *Do controle abstrato de constitucionalidade: novas perspectivas*. São Paulo: Ed. RT, 2022.

MATOS, Ana Clara Harmatiuk; OLIVEIRA, Lígia Ziggiotti. Além do Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexões a partir de uma compreensão dos Direitos Humanos. In: MENEZES, Joyceane Bezerra (org.). *Direito das Pessoas com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas: Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. [rev. e ampl.]. Processo: Rio de Janeiro, 2020.

MENDES, Vanessa Correia. O casamento da pessoa com deficiência psíquica e intelectual: possibilidades, inconsistências circundantes e mecanismos de apoio. In: MENEZES, Joyceane Bezerra (org.) *Direito das*

Pessoas com Deficiência Psíquica e Intelectual nas relações privadas: Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão. 2. ed. [rev. e ampl.]. Processo: 2020, p. 457.

MENDONÇA, Bruna Lima de. Proteção, liberdade e responsabilidade: interpretação axiológico-sistemática da (in)capacidade de agir e da instituição curatela. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima; ALMEIDA, Vitor (org.). *O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. 2. ed. [rev. e ampl.]. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

MENEZES, Joyceane Barboza. O direito protetivo após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência, o novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência: da substituição da vontade ao modelo de apoios. In: MENEZES, Joyceane Bezerra (org.). *Direito das Pessoas com Deficiência Psíquica e Intelectual nas relações privadas: Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. [rev. e ampl.]. Processo: Rio de Janeiro, 2020.

RODRIGUES, Edwirges Elaine. Teoria das incapacidades à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista de Linguagem Acadêmica*, Batatais, v. 13, n. 3, p. 71-96, jul./dez. 2023. Disponível em: <https://claretiano.edu.br/revista/linguagem-academica/64dcd9ba7f1dbbbe10ef0be4>. Acesso em: 11 abr. 2024.

ROSENVALD, Nelson. A curatela com a terceira margem do rio. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 16, n. 105, 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/233> Acesso em: 24 mar. 2024.

SALES, Gabrielle Bezerra; SARLET, Ingo Wolfgang. A igualdade na Constituição Federal de 1988: um ensaio acerca do sistema normativo brasileiro face à Convenção Internacional e à Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015). In: MENEZES, Joyceane Bezerra. *Direitos das Pessoas com Deficiência Psíquica e Intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. 2. ed. [rev. e ampl.]. Rio de Janeiro: Processo, 2020.

SICCA, Gerson dos Santos. A interpretação Conforme à Constituição – Verfassungskonforme. Auslegung – no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 143. Senado Federal, 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/500/r1.PDF?sequende=4&isAllowed=03,y> Acesso em: 25 mar. 2024.

O consentimento informado livre e esclarecido das pessoas com transtornos e deficiências mentais com o estatuto da pessoa com deficiência

The free informed consent of people with mental disorders and disabilities with the statute of person with disability

TIAGO VIEIRA BOMTEMPO

Doutor em Direito pela UFMG. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito Público pelo IEC-PUC Minas.

Resumo: A lei brasileira de n. 13.146/2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, inovou ao trazer como direito do paciente deficiente e com transtorno mental o consentimento livre e esclarecido. Nesse sentido, o presente artigo objetiva analisar em que medida esse consentimento pode ser exercido diante da vulnerabilidade do paciente com *déficit* neurocognitivo. Para tanto, pesquisou-se autores em Biodireito, Bioética, Filosofia e Direito Civil, dado o caráter interdisciplinar que o tema exige, bem como decisões judiciais e documentos legislativos e normativos. Assim, abordou-se a visão atual da relação médico-paciente e sua natureza jurídica, e, em seguida, verificaram-se os requisitos para que o consentimento seja válido, de forma que, para ao final, o leitor possa refletir se é possível e em que circunstância uma pessoa com transtorno ou deficiência mental é capaz de exercer sua autonomia no âmbito de sua saúde, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Palavras-chave: Consentimento livre e esclarecido; Informação; Discernimento; Autonomia; Bioética.

Abstract: The Brazilian law n. 13.146/2015, known as the Statute of the Person with Disability, innovated by bringing free and informed consent as a right of the disabled patient and with mental disorder. In this sense, this article aims to analyze to what extent this consent can be exercised in the face of the vulnerability of patients with neurocognitive deficits. For that, authors in Biolaw, Bioethics, Philosophy and Civil Law were researched, given the interdisciplinary character that the subject requires, as well as judicial decisions and legislative and normative documents. Thus, the current view of the doctor-patient relationship and its legal nature were addressed, and then the requirements for the consent to be valid were verified, so that, at the end, the reader can reflect on whether it is possible

and under what circumstances a person with a mental disorder or disability is able to exercise their autonomy in the context of their health, with the advent of the Statute of Persons with Disabilities.

Keywords: *Free and informed consent; Information; Discernment; Autonomy; Bioethics.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Relação médico-paciente; 3. Natureza jurídica do CLE e seus requisitos; 4. O consentimento livre e esclarecido e o Estatuto da Pessoa com Deficiência; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. Introdução

A autonomia é o exercício da liberdade do indivíduo, como expressão de seu ser, ao exprimir a sua vontade, atrelada à dignidade humana.

No âmbito da saúde, e, no exercício da liberdade do próprio corpo, a autonomia se reveste do consentimento, manifestação de vontade do paciente, que deve ser livre e esclarecido.

O consentimento informado livre e esclarecido (CLE) consiste na manifestação de vontade do paciente em aceitar ou não as orientações, tratamentos e medicamentos, a partir das informações prestadas pelo médico, que deve ser em linguagem clara e acessível.

Esse consentimento é o exercício da autonomia do paciente, princípio bioético e biojurídico, o direito de fazer escolhas e tomar decisões de forma independente, já que são afetadas a sua própria saúde. Não se confunde com o termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE), que é o documento em que o paciente declara essa vontade.

Sendo assim, no que tange aos estudos propostos nesta pesquisa, objetiva-se abordar o consentimento livre e esclarecido com a visão atual da relação entre médico e paciente, com a crítica ao paternalismo médico, cuja diretriz segue o entendimento de que o médico sempre sabe o que é melhor para o paciente.

Em um segundo momento, serão questionados os requisitos que envolvem essa manifestação de vontade do paciente, com enfoque no direito à informação, no discernimento e no critério de competência médica.

E, ao final, como esse direito (CLE) foi introduzido e pode ser interpretado com a Lei n. 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), sobretudo, no que tange às pessoas com transtornos e deficiências mentais.

Apesar do caminho até aqui proposto também trazer a explicação das coisas, não se afasta do pensar a essência, na busca da compreensão, do sentido visado pela

consciência (BASTOS, 2017), como se propõe com o agir fenomenológico, pois, a vontade do paciente, ser vulnerável, principalmente, aqueles com transtornos mentais, exige um “mergulho” muito mais profundo, além de um simples dizer. Afinal, “sem o caminhar fenomenológico, o ser humano permanece atrelado a pré-conceitos, sem experimentar o mundo e a si mesmo como fenômeno puro” (BASTOS, 2017, p. 46).

Portanto, ao tratar do consentimento de um paciente, as palavras e as emoções ali expressadas devem ser valiosas formas de aprender com o outro as dores, as fraquezas, as angústias, a insegurança e o medo, que muitos profissionais médicos desprezam, esquecendo-se que do outro lado existe alguém que quer muito mais que a prestação de um serviço, como se discutirá a seguir.

2. Relação médico-paciente

A relação médico-paciente consiste precipuamente em um contrato de prestação de serviços, no qual são estabelecidos direitos e obrigações entre as partes, em que o profissional médico, via de regra, utilizará de todos os recursos e meios necessários para restabelecer a saúde do paciente que requer os seus cuidados (BOMTEMPO, 2012).

Sá (2005) discorre que a relação médico-paciente estabelece entre ambos um vínculo contratual, ato jurídico perfeito, de obrigações de resultados ou obrigações de meios. Esse contrato é denominado de prestação de serviços, o qual, segundo Lôbo:

A prestação de serviços é o contrato bilateral, temporário e oneroso, mediante o qual uma pessoa (prestador de serviços) se obriga a desenvolver uma atividade eventual, de caráter corporal ou intelectual, com independência técnica e sem subordinação hierárquica, em favor de outro tomador ou recebedor dos serviços, assumindo esta uma contraprestação pecuniária (LÔBO, 2011a, p. 353).

Ademais, a relação entre médico e paciente atualmente é regida pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), revelando-se uma relação contratual consumerista, aplicando-se o art. 14, § 4º do CDC¹, levando-se em consideração que a classe médica se enquadra como profissional liberal.

¹ Art. 14. do CDC. “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. [...] § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” (BRASIL, 1990).

Essa delimitação como relação de consumo tem como causa o surgimento de grandes hospitais e centros de saúde, bem como a vinculação dos médicos a planos de saúde e à crescente especialização e mercantilização da atividade médica, afastando-se dos médicos de família de outrora, os quais tinham maior proximidade com o paciente. “A óptica agora é a de uma sociedade consumista, cada vez mais consciente de seus direitos e mais exigente quanto aos resultados” (SÁ; NAVES, 2009, p. 80).

Não se discute, portanto, que na relação médico-paciente aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, já que o médico presta um serviço mediante remuneração e o paciente é o destinatário final daquele serviço a ser prestado, de acordo com os ditames do artigo 3º § 2º², e artigo 2º caput³ do CDC, respectivamente (BOMTEMPO, 2013b).

Hoje, de paciente passou-se a cliente, aquele que sabe e exige os seus direitos, que participa na tomada de decisões junto ao profissional médico. “Antes soberano para tomar decisões clínicas, passou a conselheiro, num diálogo franco com o paciente, titular do direito de tomá-las mediante esclarecimento que lhe é devido pelo profissional” (RIBEIRO, 2006, p. 1750). “Ao tratar o doente como cliente e não como paciente, aquele é elevado a sujeito, deixando de ser meramente aquele que espera, como a expressão paciente significa” (BORGES, 2001, p. 296).

Assim, o paciente-cliente não é mais hoje visto como aquele que consente, mas o que solicita, exige e participa na tomada de decisões da sua saúde, sendo o agente de sua própria vontade (BOMTEMPO, 2013a). Os pacientes no mundo globalizado e consumerista são clientes e estão cada vez mais informados dos seus direitos. Contudo, nem sempre todas as informações são bem compreendidas, ofuscadas pelo excesso de conteúdo das mídias, sobretudo na internet e redes sociais. Na era das fake news, as informações podem mais cegar do que clarear, pelo que se urge por um agir crítico e reflexivo, o qual a confiança na relação médico-paciente é basilar para que o diálogo entre as duas partes conduza a decisão mais adequada pelo paciente.

² “Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

[...] § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista” (BRASIL, 1990).

³ “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (BRASIL, 1990).

Isso porque essa relação vai além de um vínculo contratual consumerista, pois, os deveres do médico para com o paciente devem ser sempre pautados na ética e no respeito à pessoa, já que o objeto do contrato é o próprio paciente (BOMTEMPO, 2013a). Em razão disso, imperioso que a informação seja indispensável nessa relação⁴, pois, “a informação é um requisito da liberdade, já que o indivíduo é sempre livre, e não pode exercê-la amplamente se não conhece as opções que tem” (LORENZETTI, 1998, p. 239). “É, portanto, como testemunha de sua própria liberdade que o médico pode trazer o outro, o doente, à sua; isso no que ele se comporta não apenas como profissional, mas também ao mesmo tempo como um ser humano” (DASTUR; CABESTAN, 2015, p. 253).

Completam Dastur e Cabestan (2015) que o médico trabalha para restabelecer o equilíbrio ao paciente, estando a serviço da natureza e não de si mesmo. Daí que se advém a crítica ao paternalismo médico, na medida em que o paciente deve ter a informação necessária para a tomada de decisões de sua própria saúde, e não o médico decidir por ele.

Aponta De Marco (2019) dois modelos existentes na relação médico-paciente, o informativo e o paternalista. No informativo, o paciente decide sozinho, agindo com extrema autonomia, pois é um modelo que eleva a autodeterminação do paciente, mas não possui a potencialização do diálogo e reflexão compartilhada com o médico. Já o modelo paternalista, é o médico quem decide o que é melhor para o paciente, ou seja, é contrário ao modelo informativo, pois apenas informa ao paciente os procedimentos a serem adotados, com a imposição da autoridade técnica.

Defende-se nestes estudos que nenhum dos dois modelos são adequados, na medida em que a autonomia extrema do informativo impede a escolha mais informada e esclarecida junto a um diálogo reflexivo com o médico; e, muito menos o paternalista, pois, a autonomia é a expressão da liberdade e consiste no desenvolvimento da personalidade do indivíduo, pelo que, o discurso de autoridade do médico, não pode se sobrepor à vontade do paciente, desde que tenha o discernimento necessário na sua decisão.

Daí a importância do consentimento ser livre, esclarecido e com discernimento, pois a vontade sem discernimento e informação não concretiza a autonomia, ao contrário, a corrói. Nesse sentido, a autonomia, o consentimento

⁴ “Estas informações importam uma reviravolta radical sobre o modo de ver as coisas em outros termos históricos. Na Grécia, por exemplo, considerava-se impróprio que o paciente participasse das decisões ou estivesse informado. Hoje dá-se à informação tamanha relevância que lhe foi conferido status constitucional [...]” (LORENZETTI, 1998, p. 132).

do paciente, deve ser válida, para que haja o exercício de sua liberdade e dignidade, o que se propõe discutir a seguir.

3. Natureza jurídica do CLE e seus requisitos

A informação apresenta caráter de direito fundamental, previsto no art. 5º, inc. XIV da Constituição Federal de 1988⁵, além de estar prevista no Código de Ética Médica, a atual Resolução n. 2.217/2018 do Conselho Federal de Medicina (CFM).

Tomam-se como exemplos os seguintes artigos em que é vedado ao médico: “Art. 13. Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018); “Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018).

Ademais, a informação médica também compõe o princípio contratual da boa-fé, que deve ser clara e adequada, como dever de cuidado com o paciente. A informação, na relação médico-paciente, deve ser entendida como estado subjetivo de saber ou não saber, de acordo com a escolha deste. Ademais, “informar suficiente e lealmente é cooperar com o outro (se abstendo de abuso ou desvio de poder na relação médico-paciente-consumidor)” (MARQUES, 2011, p. 407).

Sendo assim, o médico deve prestar informações verdadeiras e sem vícios⁶, além de ter dever de lealdade perante o paciente, parte a qual é destituída de conhecimentos técnicos que o profissional detém, daí ser considerado vulnerável. Deste modo, para garantir a isonomia das partes em possível litígio, principalmente no caso de pedido de indenização, caberia ao médico provar que não agiu com culpa, seja com dolo ou culpa em sentido estrito, podendo-se aplicar o artigo 6º, inciso VIII do CDC⁷ (BOMTEMPO, 2013b).

⁵ “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: [...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; [...]” (BRASIL, 1988).

⁶ O vício de informação pode também ser configurado como erro médico, na medida em que o profissional médico não obteve formação adequada e suficiente para prestar a informação correta, como no exame do paciente e na interpretação de resultados de exames médico-laboratoriais (BOMTEMPO, 2013b).

⁷ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;” (BRASIL, 1990).

Nesse sentido, corrobora o julgamento da apelação cível n. 1.0145.06.330041-5/001 da Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

AÇÃO ORDINÁRIA. CIRURGIA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DEVER DE INFORMAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. PRESUNÇÃO DE CULPA. A obrigação do médico na cirurgia plástica é de meio. Primeiro, porque conceito de “resultado” é subjetivo. Segundo, porque este não depende exclusivamente da vontade e habilidade técnica do médico, mas de reações do organismo humano que são, muitas vezes, imprevisíveis. A responsabilidade do médico é subjetiva, mas com a inversão do ônus da prova, devendo aquele demonstrar que adotou o procedimento correto. No caso, este restou comprovado, não havendo que se falar, portanto, em responsabilização (MINAS GERAIS, 2009).

Muitas vezes, basta a simples comprovação do dever de informar, para que o médico se exima de responsabilidade, como se comprovou com o julgado acima, independentemente de essa informação ter sido prestada de forma adequada, o que se costuma chamar de medicina defensiva.

Como defende Stancioli (2005), o termo de consentimento informado não deve ser meramente formal, mas material, em buscar a compreensão para o paciente. Não se trata de somente obter o consentimento do paciente como uma obrigação legal, mas de trazer o seu real significado na relação médico-paciente, de forma a respeitar a autonomia e a dignidade do cliente. “A proteção conferida ao profissional não decorre da mera lavratura de um documento, que supostamente encerra uma vontade, mas do processo que ele representa e materializa documentalmente” (RÜGER, 2007, p. 159).

É o que corrobora Romeo Casabona ao argumentar que:

Uma concepção que tratasse o consentimento informado como um mero expediente legal para impedir a responsabilidade do profissional por sua atuação, porém, esvaziaria seu escopo. Não se trata, pois, de um mero instrumento daquilo que se convencionou a chamar de medicina defensiva (ROMEO CASABONA, 2005, p. 131).

O Superior Tribunal de Justiça entende a falta do termo de consentimento informado como violação ao dever de informar do médico, sendo-lhe imputada responsabilização civil:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Médico. Consentimento informado. A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu consentimento informado pode significar – nos casos mais graves – negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano. Recurso conhecido (BRASIL, 2002).

Como fora observado na ementa do julgado acima do Superior Tribunal de Justiça, o médico deve comprovar que colheu a assinatura do paciente no termo de consentimento, o que pode dar mais chances de se eximir da responsabilidade.

Como comprovar que a informação não foi prestada de forma adequada? A vulnerabilidade do paciente, muitas vezes, fica relegada para segundo plano, sobretudo, quando se trata de pacientes com transtornos mentais. Nota-se que o Judiciário dá primazia ao termo de consentimento como prova primordial para atestar que houve o dever de informar do médico, como se observa no julgamento da apelação cível n. 1.0024.05.709508-5/001, da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

CIRURGIA ESTÉTICA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E MATERIAIS. QUELÓIDES. RESPONSABILIDADE CIVIL. CULPA. CASO FORTUITO. A cirurgia plástica é uma obrigação de resultado; por isso, deve o médico-cirurgião zelar por garantir a obtenção do resultado prometido ao paciente, salvo a ocorrência de caso fortuito. Atua com cautela e segurança o cirurgião plástico que informa à paciente os riscos da intervenção estética e dela colhe o “ciente” por escrito, dando a conhecer à pessoa as consequências ou decorrências do procedimento que será efetuado. Considera-se caso fortuito ou força maior o acontecimento, previsível ou não, que causa danos e cujas consequências são inevitáveis (MINAS GERAIS, 2009).

Para incorrer em responsabilidade civil pelo vício da informação ou pela falta do dever de informar o médico não expõe com clareza o tipo de tratamento a ser realizado, os riscos prováveis, usa expressões técnicas incompreensíveis e deturpa o real estado de saúde do paciente, podendo fornecer-lhe diagnósticos

equivocados. Assim, viola não somente o direito de informação, como também a boa-fé, o dever de lealdade e a dignidade do paciente (BOMTEMPO, 2013b).

Acrescenta Diniz (2011), que a falta do TCLE seria um crime de negligência de forma dolosa, na medida em que a violação do direito de informação do paciente torna o médico responsável pelo resultado danoso de sua intervenção, mesmo empregado de forma correta.

De modo a evitar qualquer responsabilização, devido o paciente não possuir conhecimento técnico-científico, faz-se mister que o médico lhe forneça e esclareça todas informações para que possa tomar a decisão mais adequada, por meio do termo de consentimento informado livre e esclarecido, o qual consiste na exposição pelo médico de todas as terapêuticas possíveis a que o paciente possa se submeter, informando-lhe os riscos e os benefícios em linguagem acessível, para que o paciente livremente possa escolher se quer ou não se submeter àquele determinado tratamento. O termo de consentimento informado deve ser, via de regra, escrito, para a segurança de ambas as partes (BOMTEMPO, 2012).

Nesse sentido, o termo de consentimento livre e esclarecido pode ser um meio eficaz de comprovar que o médico prestou a informação. Mas e a qualidade e o conteúdo dado ao paciente? A massificação dos hospitais e clínicas, com horários “apertados” e agenda cheia de atendimentos dificulta o olhar mais atento do profissional e a prestação adequada do serviço, ao priorizar interesses financeiros em detrimento do cuidado adequado ao próximo. Por outro lado, a precariedade das instituições e a má remuneração dos profissionais também corroboram na falta de qualidade do atendimento.

Entre esses dois pólos, cria-se, de um lado, a judicialização da saúde, com aumento de ações judiciais pela falta de informação adequada, tratamentos incorretos, cirurgias com complicações, negativas de cobertura de planos de saúde, precariedade de instalações e procedimentos médicos, entre outros, principalmente, na realidade do sistema de saúde do Brasil; e, do outro, a medicina defensiva, manobras que os profissionais criam para se livrarem de qualquer responsabilidade, como, por exemplo, ao exigir a assinatura do termo de consentimento do paciente, que era para ser livre e esclarecido, e, muitas vezes, nem sabe que documento é aquele que está assinando, como se questionou acima. “Insere nesse contexto defensivo, a relação dialógica acaba sendo relegada a segundo plano” (DE MARCO, 2019, p. 76).

Assim, no mundo ideal, a informação a ser prestada ao paciente deve compreender tudo que seja necessário e suficiente para o esclarecimento da

saúde desse indivíduo, tais como chances de êxito e riscos de tratamento, efeitos colaterais, entre outros, de forma que ele possa tomar a decisão mais adequada (CAVALIERI FILHO, 2010). Somente com a informação é que o paciente poderá ser autônomo na sua decisão em escolher se quer ser submetido a determinado tratamento.

Foi preocupado com esta questão, de trazer mais autonomia para o paciente, que o Conselho Federal de Medicina aprovou o Código de Ética Médica com a Resolução n. 1.931/2009, ratificada pela Resolução n. 2.217/2018, rompendo a anterior relação de subordinação entre médico e paciente⁸ (BOMTEMPO, 2013b).

Com a aplicação do princípio da autonomia, ao longo do Código de Ética Médica, propiciou-se a promoção da horizontalização da relação médico-paciente. Essa autonomia deve ser entendida como a capacidade do paciente compreender as informações a serem prestadas pelo médico e as consequências de suas decisões, permitindo que a manifestação de vontade seja clara e acatada pelo médico, o exercício de sua autonomia privada, na interlocução entre autonomia crítica junto à autonomia de ação, ambas em interação (NAVES, 2010b).

Nesse entendimento, qual o meio que vincularia a autonomia privada do paciente à informação do profissional médico? O termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE).

Isso porque, de acordo com Tavares e Bomtempo:

A liberdade do paciente deve levar em consideração o consentimento esclarecido, o qual é um direito do paciente, como um direito à informação garantida constitucionalmente (artigo 5º, inciso XIV), mas também um dever do próprio médico, previsto no cap. IV, art. 22 do Código de Ética Médica⁹, do Conselho Federal de Medicina do Brasil, direito que se estende quando do exame da recusa ou não do tratamento, com o intuito de verificar qual a melhor decisão a ser tomada por ele, paciente (TAVARES; BOMTEMPO, 2012, p. 363-364).

Dentre outros liames normativos, a Resolução n. 466 de 2012 do Conselho Nacional de Saúde traz a seguinte definição de termo de consentimento no capítulo II, termos e definições, item 23:

⁸ “Considerando a busca de melhor relacionamento com o paciente e a garantia de maior autonomia à sua vontade” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018).

⁹ “Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009).

II.23 – Termo de Consentimento Livre e Esclarecido – TCLE – documento no qual é explicitado o consentimento livre e esclarecido do participante e/ou de seu responsável legal, de forma escrita, devendo conter todas as informações necessárias, em linguagem clara e objetiva, de fácil entendimento, para o mais completo esclarecimento sobre a pesquisa a qual se propõe participar; (CONSELHO NACIONAL DE SAUDE, 2012).

Acrescenta Diniz (2006) que o TCLE deve ser em linguagem suficientemente acessível, ou seja, o médico deve se adequar a forma de linguagem em que o paciente possa compreender, evitando-se termos técnicos; os procedimentos e tratamentos a serem empregados, bem como os objetivos e as justificativas; terapias alternativas, se existentes; e a possibilidade do paciente se recusar a qualquer momento, sem qualquer prejuízo a ele. Isso porque o termo de consentimento pode ser revogado a qualquer tempo pelo paciente, já que se trata de um direito personalíssimo, irrenunciável, a integridade psicofísica do paciente.

Ressalta-se que o TCLE consiste em um documento, diferentemente do consentimento livre e esclarecido, que é a anuência do paciente, ou seja, a expressão da sua autonomia depois de esclarecidos todos os procedimentos a serem adotados pelo médico, inclusive os riscos do tratamento, em linguagem clara e todas as informações de forma detalhada, livre de quaisquer tipos de vícios da vontade. Define a Resolução n. 466 de 2012 do Conselho Nacional de Saúde da seguinte forma, no capítulo II, item 5:

II.5 – consentimento livre e esclarecido – anuência do participante da pesquisa e/ou de seu representante legal, livre de vícios (simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação ou intimidação, após esclarecimento completo e pormenorizado sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previstos, potenciais riscos e o incômodo que esta possa acarretar (CONSELHO NACIONAL DE SAUDE, 2012).

No que tange à expressão consentimento, critica Borges (2001) que a expressão mais adequada seria solicitação de tratamento ou decisão de interrupção de tratamento, na medida em que a nomenclatura consentimento imprime uma ideia de passividade, de concordância, de que quem cala, consente. A vontade do cliente deve ser expressa e não apenas consentida.

Com base nas definições apresentadas, não há dúvidas de que o termo de consentimento livre e esclarecido compõe o dever de informação previsto nos artigos 6º, inciso III e 31 do Código de Defesa de Consumidor, os quais aduzem:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...] III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (BRASIL, 1990).

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores (BRASIL, 1990).

Por conseguinte, esses esclarecimentos devem ser feitos de forma clara, respeitadas as fragilidades e sensibilidades do paciente, bem como suas limitações e deficiências cognitivas, em um diálogo amigável e confortável, permitindo ao paciente escolher se deve participar do tratamento sugerido pelo médico, continuá-lo ou dele desistir (BOMTEMPO, 2013c). A fala do médico é que conduzirá a decisão a ser tomada pelo paciente, razão pela qual a sensibilidade do profissional é de extrema importância para dar uma informação de forma mais adequada e serena possível, ou mesmo evitar conclusões precipitadas que possam induzir a vontade do enfermo a erro ou tomar atitudes autodestrutivas (DE MARCO, 2019). Todavia, nem sempre todas as explicações devem ser fornecidas ao paciente, devendo ser sopesadas pelo médico, diante do quadro de vulnerabilidade que o paciente possa se encontrar, com excesso de informações:

Por vezes, nem tudo deve ser revelado, até mesmo para que sintomas comuns não se tornem patologias. Essa abstenção faz parte da sensibilidade e do cuidado médico com o outro. O excesso de informação pode trazer consigo uma ilusória situação de controle e de conhecimento e, eventualmente, pode desencadear preocupações desnecessárias e alterar negativamente a relação do homem com tudo o que o rodeia.

Quanto mais detalhada é a informação, mais amadurecido é o consentimento do paciente. Todavia, e paradoxalmente, maior pode ser a sensação de vulnerabilidade e indeterminabilidade (DE MARCO, 2019, p. 154).

Para ater-se ao tipo de informação a ser dada ao paciente, o médico deve observar os critérios que a comunidade científica recomenda, o que ele precisa saber e o que paciente deseja e deve saber (DINIZ, 2011). “Daí ser imprescindível que a informação devida ao paciente esteja condicionada ao grau atual e aparente de seu entendimento” (DINIZ, 2011, p. 735), para que possa consentir.

Nesse sentido, coaduna-se à proposição feita por Naves (2010b), para quem entende que o consentimento informado livre e esclarecido muito se assemelha com a autonomia privada, tendo em vista que aquele confere o poder de autodeterminação do paciente, e esta, porém, é mais abrangente, pois traz efeitos jurídicos. Esse posicionamento também é ratificado por Sá junto a Naves (2011).

A autonomia privada do paciente será possível “segundo o agir voltado ao entendimento, guiado por normas que garantam, ao paciente, a capacidade de entender o discurso técnico-biomédico e dialogar com o corpo clínico que o atende, e mesmo intervir no próprio tratamento” (STANCIOLI, 2005, p. 177). “É certo que esse processo argumentativo tem que contar com a participação efetiva e crítica do paciente. Mais além, ele deve comunicar valores, crenças, opiniões, que possam ser relevantes para adequação do tratamento à sua individualidade” (STANCIOLI, 2005, p. 183).

A autonomia privada do paciente constrói-se no diálogo com o médico, sendo agente de suas decisões. “A relação médico-paciente ganha corpo e credibilidade quando se instaura, entre os interlocutores, uma real comunicação em que o paciente pode, a qualquer momento, pôr em causa os fundamentos de validade dos argumentos médicos” (STANCIOLI, 2005, p. 184).

Não há dúvidas que o consentimento livre e esclarecido, ou seja, a autonomia privada, deve se materializar diante dos seguintes requisitos para que seja válida: informação, como já se abordou, discernimento e ausência de condicionantes externos (SÁ; PONTES, 2009).

Discernimento infere em poder compreender, fazer apreciação e estabelecer diferença no que é bom ou ruim, guardando semelhança com a capacidade de fato, mas que no âmbito da relação médico-paciente deverá ser aferido pelo profissional da saúde para atestar o nível de consciência e entendimento do seu cliente (NAVES, 2010b).

E esta capacidade de discernir somente será possível com a informação a ser prestada pelo médico. O “dever de informação vem colidir com a capacidade de discernimento de uma das partes, melhorando-a para que possa consentir” (LORENZETTI, 1998, p. 238).

O paciente precisa ter discernimento para a tomada de decisão. Exige-se que o paciente seja capaz de compreender a situação em que se encontra. Em Direito, a capacidade de fato ou de exercício traduz-se em presunção de discernimento, no entanto, diante do quadro clínico, o médico deverá atestar se o nível de consciência do paciente permite que ele tome decisões (SÁ; NAVES, 2018), sobretudo quando se trata de paciente com transtorno mental.

Esta junção entre poder conhecer, viabilizado pela informação a ser prestada, e o poder compreender, o discernimento da pessoa, é o que Lôbo chama de cognoscibilidade:

A cognoscibilidade abrange não apenas o conhecimento (poder conhecer) mas a compreensão (poder compreender). Conhecer e compreender não se confundem com aceitar e consentir. Não há declaração de conhecer. O consumidor nada declara. A cognoscibilidade tem caráter objetivo; reporta-se à conduta abstrata. O consumidor em particular pode ter conhecido e não compreendido, ou ter conhecido e compreendido. [...] O que interessa é ter podido conhecer e podido compreender, ele e qualquer outro consumidor típico destinatário daquele produto ou serviço (LÔBO, 2011b, p. 612).

Revela-se que a cognoscibilidade, no que tange ao paciente na condição de consumidor, frente ao profissional médico, é de fundamental importância junto ao discernimento, na tomada de decisão de sua própria saúde (BOMTEMPO, 2013b).

Caberá, então, ao profissional médico, junto a uma equipe multidisciplinar, verificar se realmente o paciente foi capaz de compreender e estava em gozo de suas faculdades mentais para ter autonomia em sua decisão, competência, “conceito médico – para tomar decisões sobre o tratamento” (LIMA; SÁ, 2011, p. 164). Esclarece Rüger que:

O que se convencionou chamar de competência, por sua vez, é um conceito de natureza médica, embora tenha fortes repercussões jurídicas. Diz respeito à possibilidade de uma pessoa realizar determinadas escolhas relativas a questões existenciais, que não tem relação necessária com a prática de atos jurídicos (RÜGER, 2007, p. 164).

Nesse entendimento, acrescenta Ayala (2017) que o conceito clínico de competência deve ser distinguido da capacidade jurídica, na medida em que poderia anular a pessoa incapaz se toda decisão que dissesse respeito à sua saúde não fosse considerada, o que implicaria em uma violação à sua dignidade.

Assim, a capacidade decisória é pressuposto do consentimento informado, o que, no âmbito médico, adota-se o termo competência, cabendo ao profissional da saúde deliberar se o paciente tem condições para a tomada de decisão, o discernimento.

O discernimento, ou melhor, a cognoscibilidade, é a chave mestra para a tomada de decisão, pois a sua ausência pode configurar a incapacidade jurídica, já que, para a incapacidade, será necessária a comprovação da falta de discernimento “para compreender tanto a existência da liberdade ou não de agir, como do exercício próprio dessas liberdades. Nesse diapasão, incapacidade somente pode ser tida como, e na medida em que se comprovar, falta ou ausência de discernimento” (SOUZA, 2015, p. 193).

Dessa forma, a cognoscibilidade “garante o exercício da autonomia privada e da autodeterminação, fomentando e garantindo o livre desenvolvimento da personalidade e os Direitos Humanos” (SOUZA, 2015, p. 193).

Assim, defende-se que a previsão normativa das categorias de incapacidade atreladas à saúde mental necessita uma reinterpretação que coloque o discernimento como o principal critério caracterizador (SOUZA, 2015).

Portanto, desde que o paciente tenha cognoscibilidade (informação e discernimento) e competência (capacidade de entendimento do paciente aferida pelo médico) é que se pode afirmar que o consentimento livre e esclarecido será válido, concretizado pela autonomia privada.

Não obstante, não basta a informação e o discernimento, requer-se que para que o consentimento (autonomia privada) seja eficaz, que seja livre de condicionantes externos. Segundo Naves:

A autonomia privada requer que não haja condicionantes externos à manifestação externa de vontade, isto é, a vontade deve ser o mais livre possível, conformada pelas pré-compreensões do paciente e não por fatores externos, como vícios sociais ou do consentimento. (NAVES, 2010b, p. 97).

Aponta Ragazzo (2006) que a vontade do paciente deve estar livre de vícios, sob pena de se aplicar as hipóteses de defeitos do negócio jurídico, previstas nos arts. 138 e seguintes do Código Civil de 2002. Exemplo seria o médico coagir o deficiente mental a assinar um termo de consentimento, sem nem ao menos prestar-lhe as informações necessárias, sob a ameaça de causar-lhe algum mal.

Ou que oferecesse um tratamento excessivamente oneroso a paciente com Alzheimer, e que não lhe trará qualidade de vida alguma.

Por todo o exposto, conclui-se que o consentimento livre e esclarecido é o exercício da autonomia privada do paciente, que exige o dever de informação do médico, cognoscibilidade do paciente e ausências de vícios. É ato de vontade que se reveste de legitimidade para os atos médicos, mediante o termo de consentimento livre e esclarecido, inclusive previsto no Estatuto da Pessoa com Deficiência, o que se propõe analisar a seguir.

4. O consentimento livre e esclarecido e o Estatuto da Pessoa com Deficiência

A Lei n. 13.146/2015 trouxe grande e importante inovação ao dispor expressamente a exigência do consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica (BRASIL, 2015).

A previsão do direito ao consentimento no art. 12 da referida lei enaltece a autonomia privada do paciente deficiente, bem como de qualquer pessoa, sendo, portanto, dever do médico prestá-lo diante de expressa previsão legal.

Nesse sentido, como exposto anteriormente, cabe então ao paciente decidir se quer e qual tratamento vai se submeter, mediante a informação clara, completa e esclarecida do profissional da saúde, ou seja, em um processo dialógico, reafirmando o exercício do direito ao próprio corpo do deficiente.

Nos casos em que o deficiente estiver sob curatela, deve ser assegurada sua participação, no maior grau possível, para a obtenção de consentimento (BRASIL, 2015), tendo em vista a garantia da autodeterminação do paciente deficiente, quando puder exprimir a sua vontade.

Essa previsão legal reforça a aplicação do princípio bioético da autonomia e do princípio biojurídico da autonomia privada, no sentido de horizontalizar a relação médico-paciente, protegendo este e o sujeito da pesquisa de forma a coibir a limitação ou redução da sua tomada de decisão.

De toda forma, cabe lembrar que o paciente deficiente deve ser capaz de compreender as informações prestadas pelo médico e as consequências de suas decisões (BARBOZA, 2009). Caso contrário, se a cognoscibilidade for bastante reduzida ou nula, evidentemente que o curador é quem será responsável pela manifestação de vontade em favor do paciente deficiente (TERRA; TEIXEIRA,

2019), ou se apresentar intervalos de lucidez deve ser avaliada a cada caso, aferida a competência pelo médico, como se abordou no subcapítulo anterior, pois uma pessoa pode ter condições de se autodeterminar em dado momento ou não (BUCHANANY; BROCK, 2009).

Assim, discorda-se do posicionamento de Mendonça (2019), quem afirma que é potencialmente perigoso que uma pessoa com discernimento reduzido não possa tomar decisões sobre sua própria saúde, de forma a prevenir o médico de conduta negligente. Ora, se é possível o exercício da autonomia, deve o médico propiciar o seu exercício e se adequar à realidade daquele paciente para que a sua vontade possa ser respeitada, sempre que possível.

O consentimento é do paciente, não do médico, e evitar que esse se manifeste, desde que tenha condições, em nome de uma medicina defensiva, evidencia-se de forma clara que o profissional não deve ser médico, quem deve cuidar do outro e não se preocupar somente com seus próprios interesses.

Todavia, retoma-se ao ponto de discussão da seção anterior, pois, deve-se atentar para que não haja um efeito contrário na efetivação do direito ao CLE, melhor explicando, isso não significa que basta fornecer o TCLE e o paciente assinar que tudo estará resolvido, ou que haja uma simples atitude passiva do indivíduo para aceitar tudo o que o profissional médico lhe prescreva, travestindo o consentimento em um dever e não em um direito. Considerando que se tratam de deficientes, que, de regra, são mais vulneráveis que um paciente não deficiente, deve a equipe médica estar preparada para acolher esse tipo de paciente, sob pena desse consentimento ser mais uma forma de um injustificável paternalismo médico (AYALA, 2017).

Como defende Puyol (2012), é difícil discernir quando o paternalismo serve à autonomia e quando serve aos interesses de quem o exerce unicamente; mas esse é um problema bioético que não se resolve nem reduzindo e nem ignorando o CLE dos enfermos mais vulneráveis socialmente, como os pacientes neuropsiquiátricos ou com transtornos mentais.

Assim, mostra-se mais razoável a afirmação de Mendonça (2019) ao referir-se que essa vontade pode ser atendida dependendo do grau de entendimento e interpretação do paciente, a partir de exames de seu estado psíquico. Deve-se, assim, evitar o paternalismo médico e efetivar a autonomia do paciente sempre que possível.

A pessoa com deficiência somente será atendida sem seu consentimento prévio, livre e esclarecido em casos de risco de morte e de emergência em saúde,

resguardado seu superior interesse e adotadas as salvaguardas legais cabíveis, conforme previsão no art. 13 do EPD (BRASIL, 2015). Tal regramento visa a garantir à saúde e à vida do deficiente, sem prejuízo do exercício de sua autonomia privada, desde que possível identificar a recusa, como, por exemplo, uma diretiva antecipada manifestando-se que não deseja ser transfundido, em razão de seu credo ou fé, como o indivíduo testemunha de Jeová¹⁰.

A aplicação da diretiva antecipada de vontade (DAV) seria perfeitamente possível com a alteração do art. 1.768, no inc. IV do Código Civil, introduzida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao prever a autocuratela, a qual foi revogada com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, a Lei n. 13.105/2015. O art. 1.768, inc. IV, permitia que o próprio interessado pudesse promover a sua interdição e nomear curador para lhe representar.

Todavia, torna-se perfeitamente possível, como defende Kelly Cardoso (2018), a aplicação de uma DAV e sua validade na hipótese de curatela para atos de natureza existencial, na interpretação conjunta do art. 84, §1º e 85 da Lei n. 13.146/2015, por se tratar de declaração unilateral de vontade prévia à falta de discernimento do paciente, e se enquadrar no art. 107 do Código Civil¹¹, como também entende Penalva (2009).

As Diretivas Antecipadas, denominadas de *Advances Directives*, tiveram como marco legal a nível nacional o PSDA - *The Patient Self-Determination Act* ou Ato de Auto-Determinação do Paciente, lei aprovada pelo Congresso dos Estados Unidos que entrou em vigor em 1º de dezembro de 1991 (SÁ; NAVES, 2009).

Essa lei reconhece a recusa do tratamento médico, reafirmando a autonomia do paciente, em que, da sua entrada nos centros de saúde, serão registradas as objeções e opções de tratamento em caso de incapacidade superveniente do doente. Estas manifestações de vontade, diretivas antecipadas, são realizadas de três formas: o *living will* (testamento em vida), documento o qual o paciente dispõe em vida os tratamentos ou a recusa destes quando estiver em estado de inconsciência; o *durable power of attorney for health care* (poder duradouro do representante para cuidados com a saúde), documento no qual, por meio de um mandato, se estabelece um representante para decidir e tomar providências em

¹⁰ Para mais informações ver: BOMTEMPO, Tiago Vieira. Diretivas antecipadas: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente. *Revista Bioética y Derecho*, Barcelona, n. 26, set. 2012. Disponível em: <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/7528/9434> BOMTEMPO, Tiago Vieira. A aplicabilidade do testamento vital no Brasil. *Revista Síntese Direito de Família*, Porto Alegre, v. 15, n. 77, p. 95-120, abr. 2013a.

¹¹ Art.107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir (BRASIL, 2002).

relação ao paciente; e o *advanced core medical directive* (diretiva do centro médico avançado), que consiste em um documento mais completo, direcionado ao paciente terminal, que reúne as disposições do testamento em vida e do mandato duradouro, ou seja, é a união dos outros dois documentos (SÁ; NAVES, 2009).

O termo *living will*, cuja tradução literal para o português corresponde a “testamento vital”, surgiu nos EUA, em 1967¹². O testamento vital prevê os procedimentos médicos aos quais o paciente não gostaria de se submeter, se algum dia estiver incapaz de manifestar sua vontade, seja por estar inconsciente ou por estar em um estado terminal, do qual poderá decorrer a incapacidade (SÁ; NAVES, 2009).

Entrementes, critica-se o termo “testamento vital”, devido ao sentido de testamento no Brasil. Visto que esse instrumento trata-se de um ato unilateral de vontade, com eficácia pós-morte, não seria a nomenclatura correta, considerando que o testamento vital possui eficácia em vida (PENALVA, 2009).

Assim, verifica-se que as diretivas antecipadas e suas modalidades têm constituído-se como importantes instrumentos de manifestação da vontade do indivíduo, dando-se primazia a sua autonomia privada e a sua dignidade, evitando que seja submetido a tratamentos médicos indesejados, mesmo quando inconsciente ou incapaz.

Apesar de não existir no Brasil regramento legal sobre o tema, até o momento, desde 31 de agosto de 2012 passou a vigor a Resolução n. 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre as diretivas de vontade dos pacientes. Segundo essa resolução, o paciente poderá, em documento próprio, optar por quais tratamentos deseja ou não ser submetido em um possível estado de incapacidade.

No artigo 1º o CFM define as diretivas antecipadas; no artigo 2º informa em quais situações as diretivas são cabíveis, sendo que, no § 1º inclui a possibilidade de se nomear um representante para os cuidados da saúde, assim como o mandato duradouro; no § 2º dispõe o limite das diretivas, caso esteja em desacordo com o Código de Ética Médica, no § 3º reafirma a vontade do paciente expressa na declaração prévia de vontade, ainda que seja contra a opinião dos familiares e do médico, no § 4º especifica a eficácia das diretivas, ao serem registradas no prontuário médico do paciente, e, por fim, no § 5º trata do possível conflito de interesses caso o paciente não tenha redigido uma diretiva ou nomeado um

¹² A declaração prévia de vontade do paciente terminal foi proposta pela primeira vez em 1967 pela Sociedade Americana para a Eutanásia (SÁ, 2005).

representante, ficando a cargo do Comitê de Bioética ou Comissão de Ética Médica do hospital decidir (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012).

Vislumbra-se, portanto, ante o exposto da aplicabilidade da DAV na relação médico-paciente, tornando este último partícipe da tomada de decisões acerca da sua própria saúde, pois ninguém melhor que o próprio paciente-cliente, sujeito e detentor de autonomia, para decidir acerca de qual tratamento ou não desejaria se submeter em um possível estado de incapacidade.

Nesse sentido, verifica-se que as modalidades de diretivas antecipadas de vontade podem ser aplicadas em estado prévio de incapacidade ou falta de discernimento dos pacientes com transtornos mentais, seja por meio de um testamento vital, mandato duradouro ou diretiva de centro médico avançado. Essa manifestação prévia de vontade, nada mais será que o consentimento do paciente em estado anterior de incapacidade.

No âmbito da psiquiatria, Szmukler e Rose (2015) informam que a nomenclatura correta seria diretiva de avanço psiquiátrico (DAP), as quais podem ter o seguinte conteúdo: tratamentos que sejam recusados ou solicitados, como internação ou uso de determinado tipo de medicamento; declarações sobre valores, atitudes ou preferências para orientar aqueles que tomam decisões de tratamento para o paciente, como na modalidade diretiva do centro médico avançado; e a indicação de uma pessoa para substituir sua vontade, como na modalidade mandato duradouro.

Para que a DAP tenha validade é necessário que o paciente tenha capacidade de tomar decisões quando for elaborada (SZMUKLER; ROSE, 2015), e, somente terá efeito, quando esse indivíduo não tiver discernimento (cognoscibilidade), sendo o seu consentimento livre e esclarecido dado por meio de um testamento vital, mandato duradouro ou diretiva do centro médico avançado.

Entende-se, assim como Szmukler e Rose (2015), que o uso da DAP reduz intervenções coercitivas e melhora o resultado da perspectiva do paciente, na medida em que a autonomia (consentimento) será respeitada na manifestação prévia de vontade, ao garantir o tratamento mais apropriado escolhido pelo próprio paciente, ou por aquele que saberia a sua real decisão (mandato duradouro).

Nesse sentido, verifica-se, assim, no que tange a esta pesquisa, a aplicabilidade das diretivas antecipadas de vontade, nas situações previstas no art. 12, § 1º e o art. 13 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, quando o paciente com transtorno mental estiver sob curatela ou não puder exprimir sua vontade, e, em risco

de morte e de emergência em saúde, com base no art. 107 do Código Civil e na Resolução n. 1.995/2012 do CFM, ao garantir a autonomia e a dignidade, princípios constitucionais basilares do estado democrático de direito brasileiro.

Uma possível alternativa, na falta da DAV, seria a tomada de decisão apoiada já existente antes da perda ou redução grave do discernimento, como defende Souza (2020), porém, infelizmente, o legislador brasileiro foi infeliz ao dispor que somente se aplica a atos de natureza patrimonial e negocial, ao contrário da *amministrazione di sostegno* na Itália, as instruções prévias na Espanha, as diretivas antecipadas em Portugal e o instituto do apoio na Argentina, que prevêem inclusive para atos existenciais, como no auxílio ao consentimento informado do paciente (BOMTEMPO, 2022).

Ressalta-se que, a doutrina liderada por Menezes (2016) e Rosenvald (2015), defende que a TDA abarca também atos existenciais, como também já entendeu o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais na apelação cível de n. 1.0000.19.079555-9/001:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. INTERDIÇÃO. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL PARA A PRÁTICA DE ALGUNS ATOS DA VIDA CIVIL. PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL DECLARADA RELATIVAMENTE INCAPAZ. LAUDO MÉDICO PRODUZIDO NOS AUTOS. TOMADA DE DECISÃO APOIADA. PROCEDIMENTO VOLUNTÁRIO. SENTENÇA CONFIRMADA. I – Conquanto o procedimento da interdição não esteja previsto na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei n. 13.146/2015), que alterou as disposições do CCB/2002 relativas à curatela, o instituto possui previsão expressa no vigente CPC/15, podendo ser decretada segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito e nos limites da capacidade verificada na instrução do feito. II – Constatado, por meio de laudos médicos produzidos nos autos, que o curatelando é relativamente incapaz para a prática de atos de disposição patrimonial e relativos a direito do trabalho, correta a sentença que nomeia curador especial e fixa os limites do encargo observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências, não se tratando de medida invasiva ou prejudicial à sua liberdade se poderá praticar todos os demais atos de vida civil como bem entender. III – A tomada de decisão apoiada, enquanto procedimento judicial voluntário previsto no Estatuto da Pessoa com Deficiência e no art. 1.783-A do CCB/2002, depende da iniciativa e discernimento da pessoa com deficiência para ser requerida, quando entender

que dela necessita, estando à disposição do curatelando, no caso concreto, em relação aos atos civis em que não foi detectado qualquer comprometimento da capacidade mental, tais como os relativos à sexualidade, matrimônio, mera administração e cunho eleitoral (MINAS GERAIS, 2020).

Todavia, não havendo uma DAV preexistente, o consentimento deverá ser dado pelo curador ou representante legal, sempre tentando buscar a real vontade daquele paciente, na (re)construção biográfica de sua vontade (SÁ; NAVES, 2018).

Ante o exposto, observa-se que o EPD, ainda que não tenha previsto as DAVs, foi louvável ao ratificar o exercício da autonomia privada do paciente e do direito ao próprio corpo e da integridade psicofísica, sendo dever dos profissionais da saúde fornecer todas as informações necessárias para o adequado consentimento livre e esclarecido, mesmo em situações de curatela. É o que Godinho (2014) denomina de capacidade para consentir.

Enumera Godinho (2014) que a capacidade para consentir se estrutura em quatro momentos: 1º) a capacidade para decidir sobre valores, em que os benefícios e custos devem superar os sacrifícios, de acordo com cada paciente; 2º) capacidade para compreender fatos e processos causais, que implica no entendimento do paciente em compreender os riscos de se submeter a determinado tratamento médico; 3º) capacidade para compreender alternativas, a qual consiste na avaliação do paciente entender os diversos meios terapêuticos; e 4º) a capacidade para se autodeterminar, com base na informação, que significa a tomada de decisão do paciente com base em seus valores e conhecimentos obtidos pelo médico para a solução que melhor lhe atenda.

Daí a importância de se avaliar a competência do paciente, para se verificar a existência de cognoscibilidade em cada caso, como se abordou anteriormente, já que com as alterações da capacidade civil advindas com o EPD o legislador lamentavelmente abarcou todos os deficientes em um mesmo contexto, ao determinar a capacidade plena, inclusive para atos existenciais.

5. Considerações finais

O Estatuto da Pessoa com Deficiência inovou ao trazer a obrigatoriedade do consentimento prévio livre e esclarecido do paciente deficiente nos procedimentos hospitalares e tratamentos médicos. Para que seja válido, demonstrou-se a necessidade da informação, cognoscibilidade e ausência de vícios. Contudo, como se verificou nestes estudos, para se legitimar a vontade real do paciente neuropsiquiátrico, é imprescindível o diálogo entre profissionais da saúde, legisladores, judiciário, os próprios pacientes e a sociedade.

Isto porque o Brasil é carente de treinamento médico para lidar com esse tipo de paciente, de promover a escuta e a forma de entendê-los, considerando a cultura paternalista instaurada de que o médico sempre sabe o que é melhor para o paciente, sobretudo, quando este tem o discernimento (cognoscibilidade) reduzido ou inconstante.

Diante da Lei n. 13.146/2015 é necessária uma adaptação geral, de forma que a competência do paciente aferida pelo médico seja procedimentada por critérios mais claros, para que a avaliação seja uniforme, sem deixar de lado o diálogo com o paciente e suas particularidades, sob pena desse direito tão consagrado ao consentimento prévio livre e esclarecido se tornar em mera falácia.

6. Referências

AYALA, Manuel Pérez. Claves éticas en el tratamiento clínico-comunitario de personas con esquizofrenia. *Revista Bioética y Derecho*, Barcelona, n. 41, nov. 2017. Disponível em: <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/17289/22327> Acesso em: 8 ago. 2023.

BARBOZA, Heloisa Helena. Responsabilidade civil em face das pesquisas em seres humanos: efeitos do consentimento livre e esclarecido. In: MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 205-234.

BASTOS, Paula Vilaça. *Por uma fenomenologia analítica no (e)laborar jurídico do meio ambiente*. 2017. 278 f. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. A aplicabilidade do testamento vital no Brasil. *Revista Síntese Direito de Família*, Porto Alegre, v. 15, n. 77, p. 95-120, abr. 2013a.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. A informação: direito fundamental do consumidor na relação médico-paciente. *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, v. 12, n. 83, p. 9-33, maio 2013b.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. Cirurgias plásticas estéticas: a obrigação de resultado sob a perspectiva do termo de consentimento. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, n. 386, ano XVII, p. 64-65, fev. 2013c.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. *Consentimento das pessoas com transtornos e deficiências mentais: diálogos interdisciplinares na relação médico-paciente*. 1. ed. Belo Horizonte: Expert, 2022.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. Diretivas antecipadas: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente. *Revista Bioética y Derecho*, Barcelona, n. 26, set. 2012. Disponível em: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872012000300004&lng=es&nrm=iso Acesso em: 8 nov. 2023.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro Borges. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 283-305.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 30 ago. 2023.

BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm Acesso em: 8 ago. 2023.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm Acesso em: 11 ago. 2023.

BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). *Diário Oficial da União*, Brasília, 6 jul. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm Acesso em: 8 ago. 2023.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 16 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 01/10/2002. *REsp 436.827/SP*, Quarta Turma. Data da publicação: 18/11/2002. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&num_registro=200200258595&dt_publicacao=18/11/2002 Acesso em: 12 ago. 2023.

BUCHANAN, Allen E.; BROCK, Dan W. *Decidir por otros: ética de la toma de decisiones subrogada*. México: Fondo de Cultura Económica/Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.

CARDOSO, Kelly. *A incompetência da pessoa com deficiência intelectual e mental face à tomada de decisões médicas*. 2018. 164 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. [rev. e ampl.] São Paulo: Atlas, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 1.931/2009*. Brasília: CFM, 2009. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2009/1931_2009.htm Acesso em: 9 ago. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 1.995/2012*. Brasília: CFM, 2012. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf Acesso em: 10 ago. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 2.217/2018*. Brasília: CFM, 2018. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf> Acesso em: 9 ago. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. *Resolução n. 466/2012*. Brasília: CNS, 2012. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf> Acesso em: 5 ago. 2023.

DE MARCO, Patrícia Gazire. *Sequenciamento genético à luz do Direito: da digitalização da vida à identidade autêntica*. 2019. 256 f., Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais.

DASTUR, Françoise; CABESTAN, Philippe. *Daseinsanalyse: fenomenologia e psicanálise*. 1. ed. Rio de Janeiro: Via Verita, 2015.

DINIZ, Maria Helena Diniz. *O estado atual do Biodireito*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GODINHO, Adriano Marteleto. *Direito ao próprio corpo: direitos de personalidade e os atos de limitação voluntária*. Curitiba: Jurua, 2014.

LIMA, Taísa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Autonomia privada e internação não consentida. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 12, n. 63, p. 152-165, dez./jan. 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011a.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). *Direito do Consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais. Coleção Doutrinas Essenciais*, São Paulo, v. 3, p. 595-614. Revista dos Tribunais, 2011b.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). *Direito do Consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais. Coleção Doutrinas Essenciais*, São Paulo, v. 3, p. 393-444. Revista dos Tribunais, 2011.

MENDONÇA, Suzana Maria. Dignidade e autonomia do paciente com transtornos mentais. *Revista Bioética*, Brasília, v. 27, n. 1, p. 46-52, mar. 2019. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422019000100046&lng=pt&nrm=iso Acesso em: 30 ago. 2023.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015). *RBD Civil*, v. 9, n. 3, p. 723-731, jul./set. 2016. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/53/47> Acesso em: 19 out. 2023.

MINAS GERAIS. Relator: José Antônio Braga. Julgado em 13/01/2009. *Apelação Cível 1.0024.05.709508-5/001*, 9ª Câmara Cível. Data da publicação: 16/02/2009. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.05.709508-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar> Acesso em: 24 nov. 2023.

MINAS GERAIS. Relator: Antônio Bispo Romeu. Julgado em 12/03/2009. *Apelação Cível 1.0145.06.330041-5/001*, 15ª Câmara Cível. Data da publicação: 08/05/2009. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/>

pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0145.06.330041-5%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar Acesso em: 24 nov. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Peixoto Henriques. Julgado em 14/04/2020. *Apelação Cível 1.0000.19.079555-9/001*. Sétima Câmara Cível. Data da publicação: 24/04/2020. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudenciapesquisar> Acesso em: 6 nov. 2023.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *O direito civil pela perspectiva da autonomia privada*: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na pós-modernidade. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, 2010b.

PENALVA, Luciana Dadalto. *Declaração prévia de vontade do paciente terminal*. 2009. 181 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

PUYOL, Ángel. Hay bioética más allá de la autonomía. *Revista Bioética y Derecho*, Barcelona, n. 25, maio 2012. Disponível em: <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/7538/9444> Acesso em: 22 nov. 2023.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *O dever de informar dos médicos e o consentimento informado*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 8, ago. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2006000800024&lng=en&nrm=iso Acesso em: 18 nov. 2022.

ROMEO CASABONA, Carlos María. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: ROMEO CASABONA, Carlos María; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 128-172.

ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada: primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. In: X CONGRESSO DE DIREITO DE FAMÍLIA, v. 10, 2015, Belo Horizonte. *Anais [...]*. Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/253.pdf> Acesso em: 1 dez. 2022.

RÜGER, André. *Conflitos familiares em genética humana*: o profissional da saúde diante do direito de saber e do direito de não saber. 2007. 220 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer*: eutanásia, suicídio assistido. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. 2. ed. [rev., atual. e ampl.]. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e Biodireito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; PONTES, Maíla Mello Campolina. Autonomia privada e o Direito de Morrer. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades III: princípios jurídicos no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 37-54.

SOUZA, Iara Antunes de. Diretivas antecipadas de vontade e pessoas com deficiência: exercício da autonomia privada existencial. *Revista de Biodireito e Direito dos Animais*, v. 6, p. 55-74, 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/6585/pdf> Acesso em: 15 nov. 2023.

SOUZA, Iara Antunes de. *Revisão da interdição e da curatela: uma proposta baseada na revisão da teoria das incapacidades à luz do biodireito e da saúde mental*. 2015. 268 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

STANCIOLI, Brunello Souza. Sobre a estrutura argumentativa do consentimento informado: revisão sistemática, verdade e risco na relação médico-paciente. In: ROMEO CASABONA, Carlos María; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 173-189.

SZMUKLER, George; ROSE, Diana. Strengthening self-determination of persons with mental illness. In: CLAUSEN, Jens; NEIL, Levy (Org.). *Handbook of Neuroethics*. New York: Springer, 2015. p. 879-896.

TAVARES, Fernando Horta; BOMTEMPO, Tiago Vieira. Diretivas antecipadas de vontade no tratamento de saúde no Brasil. In: BARROS, Renata Furtado de; LARA, Paula Maria Tecles. (Org.) *Academia Brasileira de Produção Jurídica Discente*. A constitucionalização do direito privado: o Estado Democrático de Direito e as novas perspectivas jurídicas nas relações privadas. Carolina do Norte: Lulu Publishing, 2012. p. 345-372.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. É possível mitigar a capacidade e a autonomia da pessoa com deficiência para a prática de atos patrimoniais e existenciais?. *Civillistica.com: Revista Eletrônica de Direito Civil*, v. 8, p. 1-25, 2019.

ARTIGO IV

Perfil das famílias vulnerabilizadas atendidas pela Defensoria Pública em processos de destituição do poder familiar

Profile of vulnerable families assisted by the Public Defender's Office in family power removal proceedings

MÔNICA ALVES DA COSTA

Defensora pública do Estado de Minas Gerais, titular da 1ª Defensoria Cível em Ituiutaba. Membro da Câmara de Estudos de Igualdade Étnico-Racial, Gênero e Diversidade Sexual da DPMG e de as Comissões de Diversidade Sexual e para Assuntos Internacionais da Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (ANADEP). Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Universidade Federal de Uberlândia. Especialista em Direito Processual e Tributário pela Universidade do Estado de Minas Gerais.

FLANDER DE ALMEIDA CALIXTO

Mestre em Serviço Social. Doutor em Educação, docente no curso de Serviço Social na Universidade Federal de Uberlândia/MG (UFU).

ELIZANDRA FERREIRA DA SILVA

Bolsista de Iniciação científica CNPq. Graduanda em Serviço Social pela Universidade Federal de Uberlândia/MG (UFU).

Resumo: A Defensoria Pública de Minas Gerais, unidade de Ituiutaba, e a Universidade Federal de Uberlândia estabeleceram parceria de extensão universitária com vistas a identificar o perfil das famílias vulnerabilizadas que são rés nos Processos de Destituição do Poder Familiar. Objetivou-se com a pesquisa realizar contribuições técnicas para atuação da Defensoria Pública, proporcionando assim atuação estratégica, na apropriação de conhecimentos em que se inserem as famílias atendidas na DPMG, bem como a formação do Assistente Social que atua no âmbito do Judiciário. Foram tratados analiticamente os casos atendidos pela Defensoria no período de março/2020 a março/2021. Buscou-se as variáveis de perfil que envolveram a/o responsável pelos filhos nos processos de perda do poder familiar; sua faixa etária; escolaridade; autodeclaração de cor; tipo de residência, participação em programas públicos de assistência social e/ou de outra natureza inclusiva; o bairro de residência e renda da família. Na maioria dos casos, os responsáveis eram adictos e/ou alcoolistas e a responsável pelas crianças eram apenas as mulheres. Dessa forma, foram encaminhadas provisoriamente para a rede no serviço Família Acolhedora e/ou Acolhimento institucional.

Palavras-chave: Defensoria Pública; Poder familiar; Serviço Social; Perfil das famílias.

Abstract: *The Public Defender's Office of Minas Gerais, Ituiutaba unit, and the Federal University of Uberlândia established a university extension partnership with a view to identifying the profile of vulnerable families who are defendants in Family Power Removal Proceedings. The aim of the research was to make technical contributions to the work of the Public Defender's Office, thus providing strategic action in the appropriation of knowledge about the families served by the DPMG, as well as the training of the Social Worker who works in the Judiciary. The cases handled by the Ombudsman's Office between March 2020 and March 2021 were analyzed. We looked for the profile variables that involved the person responsible for the children in the processes of loss of family power; their age group; schooling; self-declaration of color; type of residence, participation in public social assistance programs and/or of another inclusive nature; the neighborhood of residence and family income. In the majority of cases, the guardians were addicts and/or alcoholics and only the women were responsible for the children. They were therefore provisionally referred to the Foster Family and/or Institutional Care network.*

Keywords: *Public Defender's Office; Family power; Social Services; Family profile.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O desenho da pesquisa; 3. Dados dos casos analisados entre março/2020 e março/2021 com destituição do poder familiar; 4. Considerações finais; 5. Referências.

1. Introdução

Para concretizar os direitos fundamentais dos cidadãos e como dever do Estado, a Constituição Federal de 1988 trouxe, em seu art. 134, a Defensoria Pública, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

Com a Emenda Constitucional n. 80 de 2014, as funções da Defensoria Pública foram ampliadas, passando a ter a incumbência de promover os direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos.

Diante dessas funções, a Defensoria Pública tornou-se *custos vulnerabilis* com atuação em todo e qualquer processo em que se discutam interesses de pessoas vulnerabilizadas. O conceito de vulnerabilidade vai além da econômica. Segundo as Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade, consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

Ainda de acordo com as Regras de Brasília, poderão constituir causas de vulnerabilidade, entre outras, as seguintes: a idade; a incapacidade; a pertença a comunidades indígenas ou a minorias; a migração e o deslocamento interno; a vitimização; a pobreza; o gênero; e a privação de liberdade.

Uma das importantes atuações da Defensoria Pública tem sido nos processos que tramitam na Justiça da Infância e Juventude, principalmente nos casos de crianças e adolescentes em acolhimento e processos de destituição do poder familiar. Assim, a Defensoria Pública pode atuar tanto em defesa da família como também em defesa das crianças e adolescentes, na condição de *custos vulnerabilis*.

A perda ou destituição do poder familiar é sanção gravíssima, imposta aos pais que faltarem com os deveres em relação aos filhos. As causas estão elencadas no art. 1638 do Código Civil (CC) e arts. 22 e 24 do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA). O procedimento judicial está previsto nos artigos 155 e seguintes do ECA.

É medida extrema e após sua decretação toda a família biológica não terá mais qualquer contato com a criança ou adolescente. Destarte, a medida atinge direitos fundamentais sendo: direito a convivência familiar e comunitária das crianças e adolescentes (art. 227 da Constituição Federal, art. 19 do ECA e art. 1º da Lei n. 12.010/09) e direito dos pais criarem e educarem seus filhos (art. 1634 do CC).

A destituição deve ser aplicada em casos excepcionais, de forma que a mera ausência de condições econômicas não leve a perda do poder familiar, como prescreve o art. 23 do ECA.

Todavia, embora o Código de Menores tenha sido revogado há mais de 30 anos, dando lugar ao ECA, ainda permeia comportamentos e condutas numa visão eurocentrada, forjada no capital, em que famílias vulnerabilizadas economicamente são processadas por descumprirem os deveres inerentes do Poder Familiar. A grande pergunta é: somente essas famílias descumprem os deveres ou o sistema é construído de forma a somente elas serem processadas? Aliás, é uma questão semelhante a que permeia o Processo Penal.

Daí a importância de uma defesa de qualidade para essas famílias tão vulnerabilizadas, para que, caso ocorra a destituição, esta tenha sido realmente necessária.

E como forma de garantir uma atuação mais efetiva, importante se torna conhecer o perfil das famílias que sofrem o processo de destituição do poder familiar, e a partir daí atuar de maneira estratégica. Diante disso, a Defensoria

Pública de Minas Gerais celebrou Termo de Cooperação Técnica (TCT) com a Universidade Federal de Uberlândia (UFU), mais precisamente por meio do Curso de Serviço Social.

O Serviço Social tem afinidade estreita com as Defensorias Públicas, considerando que o público-alvo das Defensorias faz parte da população atendida por esse serviço, ou seja, os extratados sociais pauperizados.

Historicamente a presença dos assistentes sociais no Judiciário se deu efetivamente, no início do século XX com aprovação do Código de Menores em 1927 e reformulado em 1979. Finalmente, em formato de política pública, com o Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, houve uma maior contratação de assistentes sociais no universo sociojurídico, embora, em menor volume, nas Defensorias Públicas (CFESS, 2008).

Na experiência extensionista desenvolvida na DPMG, o Serviço Social acompanhou os pós-atendimentos das famílias que participavam das mediações extrajudiciais nas situações de conflitos familiares. Observou-se nas visitas domiciliares que a violência, no âmbito familiar, tem prejudicado a segurança e a saúde de crianças e adolescentes, além de fragilizar as famílias envolvidas nos processos com a perda do poder familiar. Observou-se que são diversificadas e complexas as causas desses conflitos. A causa que mais apareceu nos trabalhos de pesquisa foi a “negligência”, evidenciada na violência física decorrente do uso abusivo de substâncias psicoativas, tendo como consequência o risco social. A DPMG pretendeu qualificar a intervenção junto aos atendimentos, no sentido de garantir os direitos desses cidadãos. Procurou-se criar uma sinergia entre os atores da rede local e, assim, ofertar às famílias, possíveis soluções qualificadas e justas, mitigando as situações de risco social que levam a família perder o poder familiar.

A ação extensionista realizada pelo Serviço Social com a equipe da DPMG uniu pesquisa e extensão, mostrando-se importante para a defensora pública e para as estudantes. Por meio da pesquisa documental realizada nos processos, materializou-se a intervenção dando suporte às ações da Defensoria, permitindo conhecer melhor as famílias atendidas.

2. O desenho da pesquisa¹

A pesquisa foi estruturada a partir de um formulário em que as questões foram divididas em três blocos: perfil demográfico (mãe/pai/responsável) com vinte perguntas; o quadro de configuração de perfil familiar da mãe/responsável; e, risco social, composto com quatorze perguntas. O objetivo foi identificar o perfil das famílias atendidas na unidade da Defensoria Pública de Minas Gerais em Ituiutaba, no processo de destituição do poder familiar. Ressalta-se que nesses casos a DPMG estava patrocinando os interesses das famílias que eram rés nesses processos.

Os dados coletados contabilizaram quinze famílias, no período março/2020 a março/2021. Para a coleta das informações, a defensora pública responsável designou dois estagiários(as) da DPMG. Como previsto no TCT, as informações, por serem de caráter sigiloso, em conformidade com a LGPD², poderiam ser colhidas apenas por profissionais da Instituição. Nesse sentido, a pesquisadora elaborou o formulário e fez uma capacitação com os profissionais designados para que a coleta de dados atendesse ao objetivo da pesquisa.

Algumas das informações, inicialmente previstas no formulário de coleta de dados, não foram encontradas nos prontuários da DPMG, e esse detalhe alertou a defensora pública responsável para a importância de agregar mais informações no ato do primeiro atendimento. Em decorrência dessa constatação, os dados passariam a ser coletados nos atendimentos iniciais dos futuros atendimentos, considerando sua importância para a atuação da Defensoria. Entendeu-se que o “formulário-roteiro” de dados pode ser uma referência para a Defensoria nos processos.

No primeiro bloco do formulário buscou-se dados sobre o Perfil Demográfico Mãe/Pai/Responsável. Foram usados pseudônimos para preservar o anonimato dos envolvidos. Considerou-se para o efeito de renda familiar a renda da genitora, porque o pai não aparece na composição familiar, na quase totalidade dos atendimentos. Disso depreende-se que nas políticas públicas que envolvem o direito familiar é imprescindível chamar a responsabilização paterna, “suavizada” pela cultura burguesa do patriarcado em flagrante prejuízo da mãe, da criança e do adolescente.

¹ Essa pesquisa contou com financiamento do CNPq.

² Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais n. 13.709/2018.

Buscou-se conhecer a configuração do perfil familiar do domicílio, uma vez que, do ponto de vista da demografia, “a família não é nem o grupo doméstico nem o conjunto de parentes sem limitação espacial, mas um subconjunto do grupo denominado domicílio” (MEDEIROS; OSÓRIO; VARELA, 2002, p. 3).

Levando em consideração a Política Nacional de Assistência Social (PNAS), que considera “risco social e vulnerabilidade” termos da política de assistência, pois define os serviços nos quais os usuários serão inseridos a partir das situações às quais esses estão expostos.

A configuração do grupo familiar em situação de risco social reflete os casos atendidos pela DPMG em que houve destituição do poder familiar.

[...] cidadãos e grupos que se encontram em situações de vulnerabilidade e riscos, tais como: famílias e indivíduos com perda ou fragilidade de vínculos de afetividade, pertencimento e sociabilidade, ciclos de vida, identidades estigmatizadas em termo étnico, cultural e sexual; desvantagem pessoal resultantes de deficiências, exclusão pela pobreza e, ou, no acesso às demais políticas públicas; uso de substâncias psicoativas, diferentes formas de violência advinda do núcleo familiar, grupos e indivíduos; inserção precária ou não inserção no mercado de trabalho formal e informal, estratégias e alternativas diferenciadas de sobrevivência que podem representar risco pessoal e social (BRASIL, 2005, p. 33).

3. Dados dos casos analisados entre março/2020 e março/2021 com destituição do poder familiar

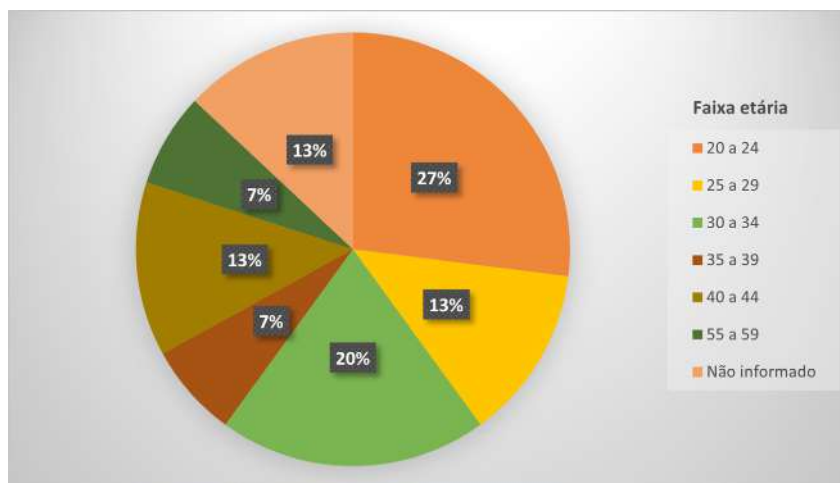
Ressalta-se que nos autos faltavam dados importantes que passaram a ser inseridos no protocolo de atendimento inicial da DPMG.

A amostra de dados da análise disponível catalogou quinze casos elencados para este estudo no período de pandemia da Covid-19 no intervalo de março de 2020 e março de 2021.

A faixa etária dos responsáveis segue os intervalos de idade padrão, usados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)³. A maior parte dos pais é jovem, 27% estão na faixa de 20 a 24 anos; 20% de 30 a 34 anos; empatados com 13% estão os de 25 a 29 anos e os de 40 a 44 anos; também empatados com 7% os de 35 a 39 anos e os de 55 a 59 anos; e 13% não tinham as informações nos autos (Gráfico 1).

³ S.I. IBGE: Brasil. 2022. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/panorama>. Acesso em: 16 jan. 2024.

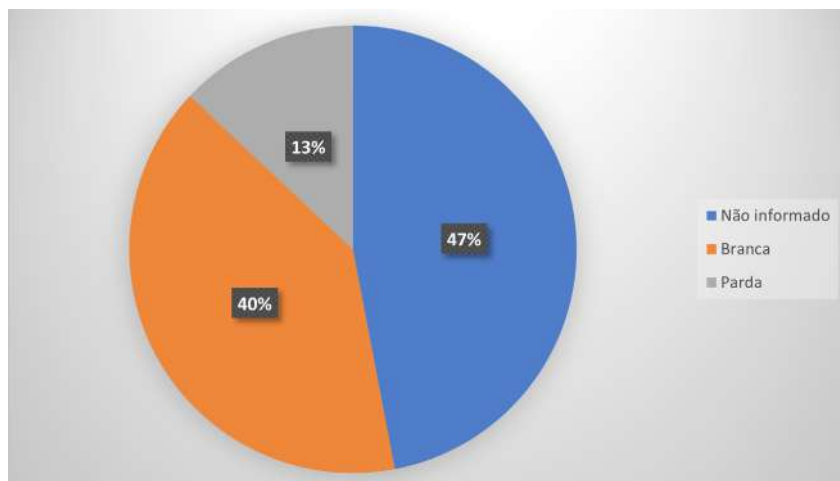
Gráfico 1 – Familiar responsável de acordo com a faixa etária



Fonte: Calixto *et al.* (2022).

Em relação à cor/etnia, dos 53% informados, 40% se declararam branca/o e 13% parda/o, ninguém se autodeclarou preta/o (Gráfico 2).

Gráfico 2 – Cor / Etnia

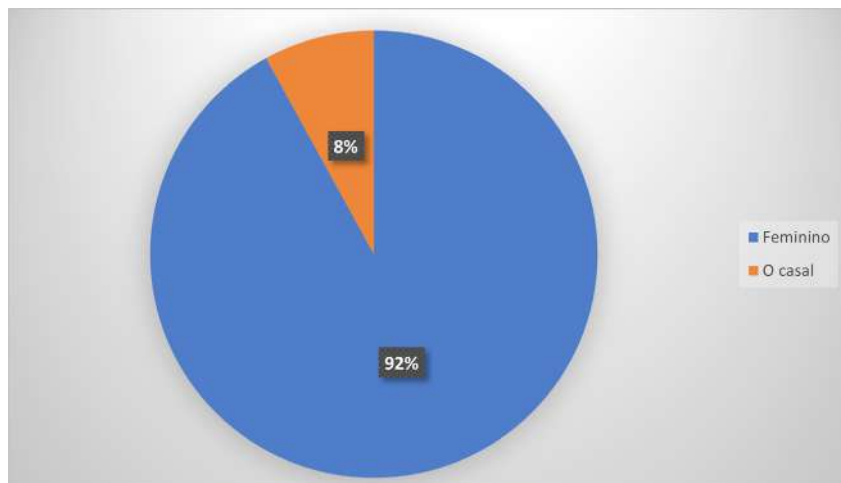


Fonte: Calixto *et al.* (2022)

Em relação ao sexo das pessoas responsabilizadas pela destituição familiar, 92% é do sexo feminino, ou seja, a mãe; e, 8% é o casal (Gráfico 3). Percebe-se a

responsabilização isolada da mulher sem apontar a corresponsabilidade do pai. Merece registrar que em boa parte dos casos, os pais são ausentes.

Gráfico 3 – Sexo dos respondentes



Fonte: Calixto *et al.* (2022).

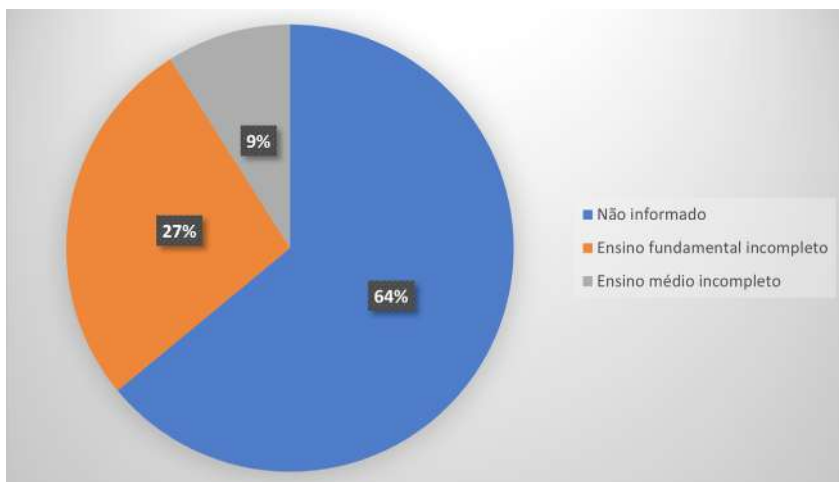
Daí, importante também que nesses casos sejam observadas e aplicadas as diretrizes do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero pelo Poder Judiciário, editado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que reconheceu que a influência do patriarcado, do machismo, do sexismo, do racismo e da homofobia são transversais a todas as áreas do direito, não se restringindo à violência doméstica. Aliás, o próprio protocolo reconhece que há o estereótipo da “boa família” (CNJ, 2021, p. 97):

Em muitos casos, por conta de papéis socialmente atribuídos e do modelo patriarcal de família, casais homossexuais, famílias monoparentais ou famílias não brancas (por exemplo, negras, indígenas) são tomadas como suspeitas ou inadequadas – mesmo que de maneira inconsciente. Outro fator relevante é a assimetria de poder potencialmente existente entre as partes envolvidas em um processo de adoção. Para além da criança ou do adolescente, a mulher que coloca um filho ou filha para adoção, muitas vezes, encontra-se também em situação de vulnerabilidade. É possível que a decisão pela entrega para a adoção esteja condicionada à pobreza, ao abandono familiar ou a pressões exercidas por outras pessoas. Muitas vezes, o casal adotante ocupa uma posição de privilégio (nos mais diversos sentidos) com relação à mulher. Nesse momento,

magistradas e magistrados devem buscar sempre observar as assimetrias de poder que possam estar influenciando o processo.

Sobre a escolaridade foram poucas as informações encontradas nos autos. Dos dados disponíveis, 27% têm o ensino fundamental incompleto, 9% com ensino médio incompleto (Gráfico 4). Infere-se que a tendência é que os casos não informados nos autos podem seguir as percentagens informadas.

Gráfico 4 – Escolaridade do responsável



Fonte: Calixto *et al.* (2022).

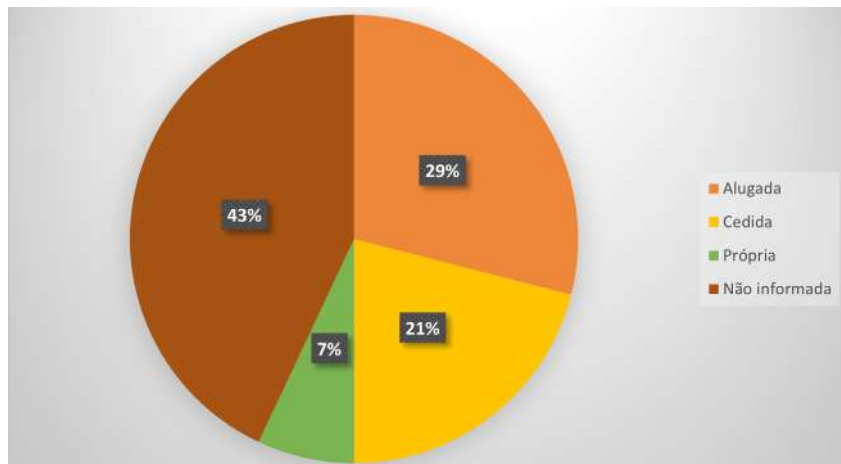
Sobre a renda das famílias de pessoas que residem no mesmo teto, não havia dados de seis famílias. Entre as famílias que informaram a renda, duas não têm renda, seis vivem de benefícios assistenciais e pensão de idoso/a. Apenas duas famílias informou renda de dois salários mínimos ou acima, sendo que uma dessas recebe BPC. Pode-se concluir pelas informações que a grande maioria não possui situação econômica suficiente para atender as necessidades básicas dos membros.

Sobre a origem das famílias atendidas em sua grande maioria são residentes de Ituiutaba e poucos casos origem de outros municípios. As que residem em Ituiutaba, a grande maioria mora em bairros periféricos. Poucas famílias foram atendidas na DPMG de outras cidades, no entanto, em função de Ituiutaba receber migrantes, apareceram casos de domicílio em outros estados.

Com relação à moradia, 57% foram informados nos autos. Destes, 29% moram em casa alugada, 21% em casa cedida, 7% em casa própria e, dentre estas

famílias, apenas uma é beneficiária do programa público “Minha Casa, Minha Vida” (Gráfico 5).

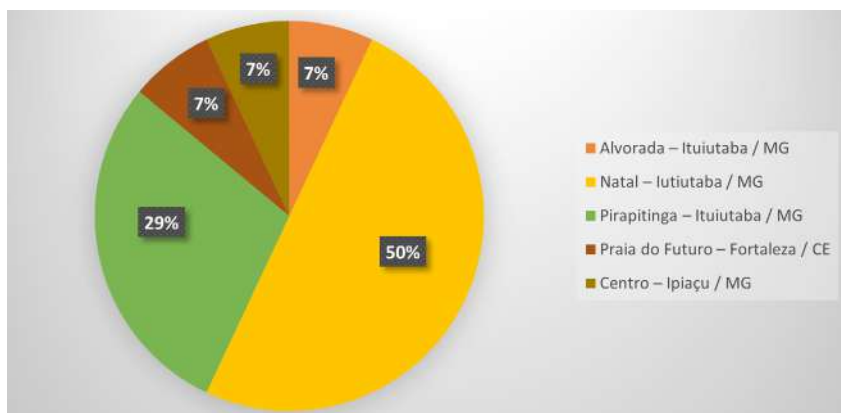
Gráfico 5 – Condição de moradia



Fonte: Calixto *et al.* (2022).

Em relação à Assistência Social buscou-se identificar o Centro de Referência de Assistência Social (CRAS) de abrangência das famílias. Identificou-se entre os processos analisados que 50% foram atendidos no CRAS Natal, 29% no CRAS Piratininga, , em Ituiutaba, 7% no CRAS Praia do Futuro, em Fortaleza/CE, 7% no CRAS de Ipiacu/MG e 7% no CRAS Alvorada, em Ituiutaba (Gráfico 6).

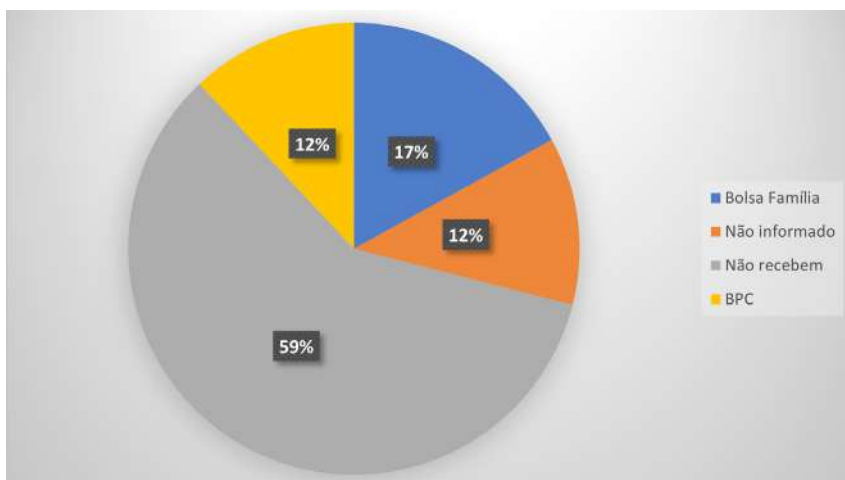
Gráfico 6 – CRAS de abrangência



Fonte: Calixto *et al.* (2022).

Entre os benefícios identificados nas famílias com processos de destituição, observou-se que 17% recebem Bolsa Família e 12% recebem Benefício de Prestação Continuada (BPC) (Gráfico 7). Constata-se que algumas famílias são acompanhadas pelo CRAS, porque recebem os benefícios citados que são mediados pelo equipamento.

Gráfico 7 – Benefício social

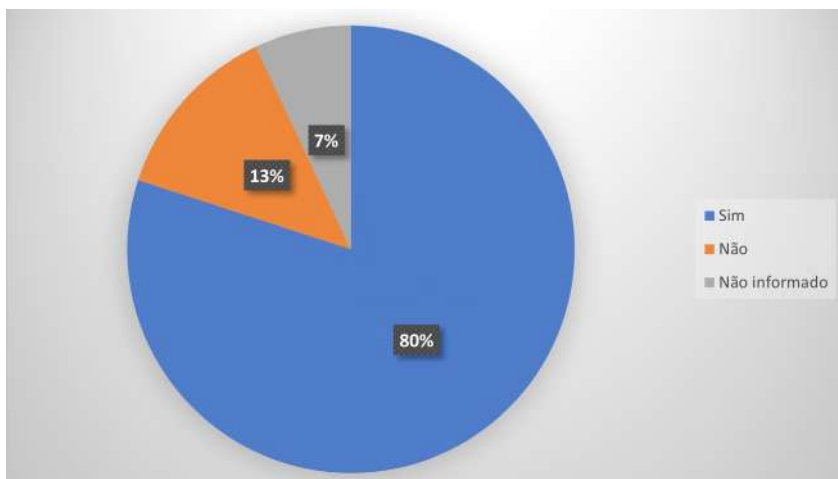


Fonte: Calixto *et al.* (2022).

Em relação aos problemas de adicção, 80% dos responsáveis pela criança e adolescente que passam pela destituição do poder familiar, são dependentes de substâncias psicoativas⁴ (Gráfico 8). No entanto, observou-se que as famílias com o poder familiar destituído já estavam em risco social ou tinham histórico de risco social. Disso depreende que as situações provocadas pelo empobrecimento da população, decorrente da questão social, está diretamente ligada a uma compreensão de uma pobreza estrutural, por isso considera-se que entre as famílias havia reincidência do risco social.

⁴ Segundo Rocha (2017), são consideradas drogas psicoativas o álcool, maconha, cocaína, café, chá, Diazepan, nicotina, heroína etc., que modificam uma ou várias funções do sistema nervoso central, produzindo efeitos psíquicos e comportamentais.

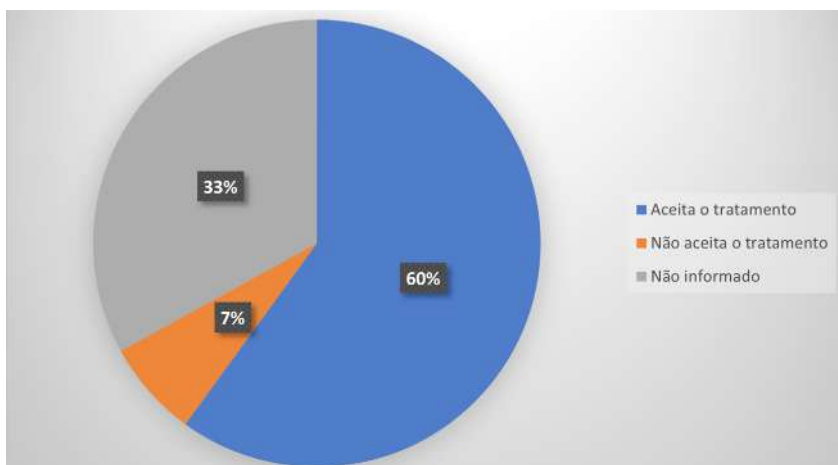
Gráfico 8 – Dependência química



Fonte: Calixto *et al.* (2022).

Por meio dos dados dos autos foi possível identificar que entre as famílias, 80% dos casos são adictos, destes somente 60% concordaram em realizar o tratamento de reabilitação para dependentes químicos (Gráfico 9). Quanto ao problema da adicção identifica-se ser esse o fator de maior frequência entre os casos pesquisados, o que fragiliza a proteção e segurança de crianças e adolescentes levando a destituição do poder familiar.

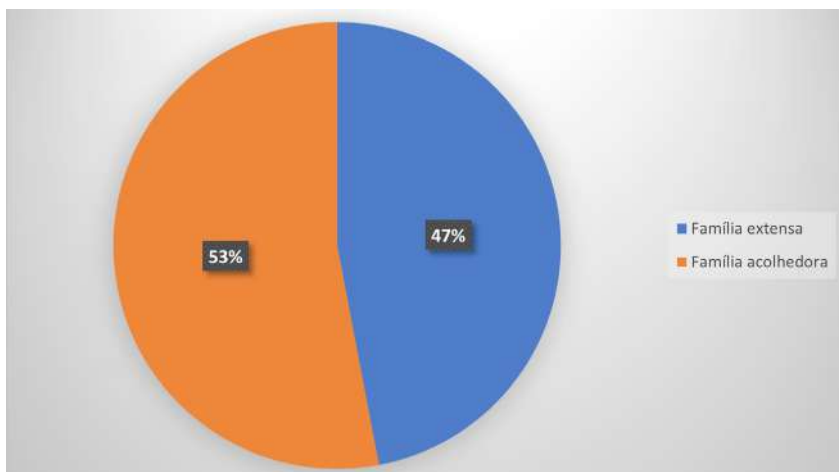
Gráfico 9 – Aceita tratamento da rede



Fonte: Calixto *et al.* (2022).

Os encaminhamentos para abrigo institucionais são temporários e visam à proteção imediata da criança que está sob risco social. Posteriormente, ela é reencaminhada para o serviço da família acolhedora do município. No período de março de 2020 a março de 2021, 53% de crianças sob risco social, 53% de crianças sob risco social foram encaminhadas para as famílias cadastradas, embora a família extensa seja a primeira alternativa da criança e/ou adolescente para não perder totalmente o vínculo familiar. De acordo com os dados da pesquisa, 47% das crianças e/ou adolescentes, foram encaminhados a famílias extensas⁵ (Gráfico 10).

Gráfico 10 – Encaminhamentos provisórios



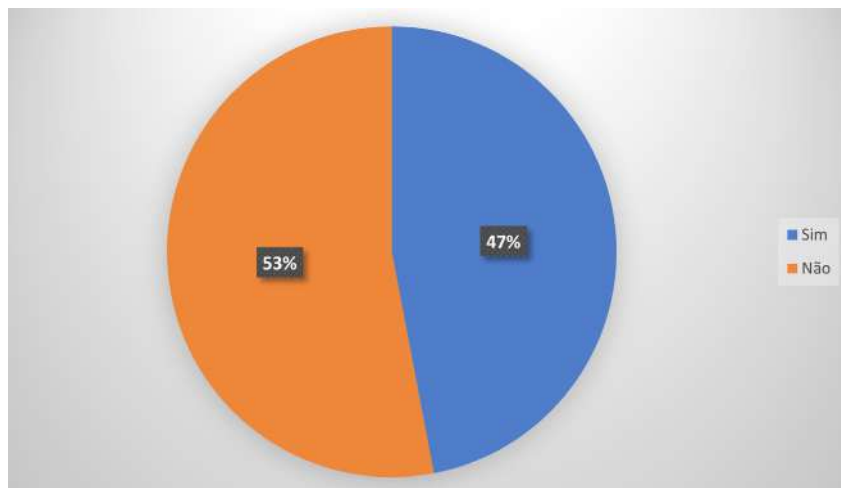
Fonte: Calixto *et al.* (2022).

Observou-se que há crianças e/ou adolescentes que passaram pelo processo de “devolução” por parte da família acolhedora, sendo assim, 13% tiveram histórico de devolução, por motivos não identificados.

Da mesma forma encontrou-se nas famílias extensas uma resistência para receber as crianças, provavelmente isso se deve a fatores econômicos e sociais, que podem ser uma hipótese das famílias extensas recusarem a guarda.

Foi levantado nos autos que, para 47% dos casos da amostra houve a presença de violência física contra a criança e/ou adolescente, e 53% não sofreram esse tipo de violência (Gráfico 11).

⁵ Art. 25 – Família extensa ou ampliada é conceito que diz respeito aos parentes paternos ou maternos que tenham vínculos de afinidade e afetividade com o mirim (ECA, 1990).

Gráfico 11 – Histórico de violência física

Fonte: Calixto *et al.* (2022).

Se os autos estivessem com dados mais completos, as análises poderiam estar mais visíveis, sendo isso uma limitação desta pesquisa. A dependência química desponta como fator determinante na perda do poder familiar “[...] se trata de um problema social de grandes proporções, os filhos dos dependentes químicos são vitimados pela situação de desestruturação familiar que é um derivativo da desestruturação da sociedade [...]” (LISBOA, 2018, p. 2).

Pode-se constatar que a história de risco social está presente em todas as famílias analisadas, sendo que, essa expressão da questão social está geneticamente impressa na história social dessa população.

Com a análise dos dados, observou-se que o desemprego e/ou o trabalho informal permeia a realidade dessas famílias. A rede de apoio pública embora esteja presente é tímida, e a rede de apoio familiar ou até mesmo da vizinhança, muitas vezes, esgota suas possibilidades de solidariedade, assim como pontua Fávero (2007). Para esta autora, há uma “[...] violência visível em condições dignas da vida destas famílias, que esconde o processo de exploração política e econômica [...]” vivenciado neste modelo de estrutura societária neocapitalista. A autora afirma ainda que na medida em que a proposta neoliberal chama atenção para os cortes públicos, os benefícios sociais têm sido reduzidos e ao mesmo tempo, gerando um aumento das demandas por eles, assim, a parcela da população

que mais necessita dos serviços é cada vez mais excluída e com agravantes para situações que geram risco social.

4. Considerações finais

Com os dados disponibilizados, esse foi o perfil que se pode desenhar dessas famílias que perderam o poder familiar. Primeiramente, verifica-se ser de fundamental importância que mais informações sejam recolhidas nos primeiros atendimentos judiciais para facilitar melhor compreensão desse fenômeno. Profissionais como a assistente social podem fazer tais registros nos primeiros atendimentos, o que facilitaria para o defensor público e a defensora pública, mais informados, articular a defesa dos assistidos nos casos, bem como cooperar com a rede ao mitigar as dificuldades dos atendidos na rede pública.

Embora haja uma fragilidade nos serviços públicos em oferecer uma atenção e proteção qualificada para essas famílias, estas têm sido, em sua maioria, responsabilizadas pela incapacidade de cuidar dos seus filhos. Porém, não só na atualidade, mas ao longo da história brasileira a institucionalização assumiu caráter central de proteção.

A pobreza deixou de ser justificativa aceitável para destituir o poder familiar, mas passou a ser substituída pela ideia de negligência.

Ao pesquisar o conceito de negligência, o dicionário atribui ao termo as seguintes definições: falta de cuidado; de aplicação; de interesse; de atenção; desmazelo; desleixo; e displicência. Esse conceito é discutido em várias áreas como a saúde, social e jurídica. Para Gonçalves (2015, p. 37) “o termo negligência designa as omissões dos pais ou de outros responsáveis – inclusive institucional – pela criança e pelo adolescente, quando deixam de prover as necessidades básicas para seu desenvolvimento físico, emocional e social”.

Se o conceito de negligência nos remete a ausência de provisão de suprimentos, dentre outras necessidades que as crianças e adolescentes precisam, fala-se, em grande parte das famílias pobres que vivenciam momentos de escassez e dificuldades no dia a dia juntamente com seus filhos. Gonçalves (2015) afirma que “a negligência se aproxima da pobreza e da desigualdade social”. Ojeda (1996) nos aponta que é comum confundir a pobreza com a negligência em locais de extrema pobreza, e alerta para uma análise do contexto social em que a família está inserida.

Se toda a estrutura familiar é afetada pela falta de recursos e não apenas os filhos são privados de acesso a cuidados básicos, não se pode classificar como negligência familiar, mas sim, negligência social. Para Nascimento (2011), com a emergência do ECA, a família pobre ganhou um novo estigma passando a ser chamada de família negligente, o que “justificaria” a intervenção do Estado e a continuidade da prática de retirar crianças e adolescentes de suas famílias. “Não se retira mais por pobreza, mas, se retira por negligência. E, são os pobres os considerados negligentes” (p. 75).

Resta-nos diante dos dados a reflexão madura em que seguimentos empobrecidos da população, além das inúmeras perdas causadas pela questão social, também estão submetidos a outras perdas, entre elas, os filhos. Fato é que nos casos analisados os componentes geradores da destituição eram claramente para proteger as crianças e os adolescentes de risco social a que estavam expostos, porém não se pode ignorar que historicamente essas famílias fazem parte de um conjunto de classe social que não tem acesso aos benefícios da civilidade garantidos pela Constituição Federal. Fica a reflexão se a negligência pode ser uma explicação para o risco social, mas está claro que ela não é a causa determinante do risco, pois as determinantes sociais das desigualdades são de fato as causadoras dessas mazelas sociais. Vale, por tanto, as reflexões de Marx entre as leituras de essência e aparência em que a essência está velada pela desigualdade e a aparência emerge na razão instrumental na forma de negligência.

Após a pesquisa, a DPMG, unidade de Ituiutaba, promoveu uma série de reuniões com as instituições públicas da rede, para, a partir dos dados colhidos na pesquisa, promover os fluxogramas de atendimento⁶. Também foi realizado o Seminário “Direito de Crescer Bem” em março de 2023, em que várias instituições do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e Adolescente estiveram presentes e puderam, assim, conhecer e debater os resultados da pesquisa.

Tornou-se também clara a necessidade de acompanhamento mais próximo e efetivo das crianças e adolescentes em situação de acolhimento, sendo importante a visita dos defensores públicos e defensoras públicas às instituições com frequência. Isso porque, muitas vezes, os responsáveis demoram a procurar a Defensoria Pública, seja por desconhecimento da existência de uma instituição que realiza a defesa dos vulnerabilizados ou, até mesmo, por desconfiança e receio de ser mais um órgão que irá “julgá-los”.

⁶ Os fluxogramas de atendimento criados pela DPMG em parceria com o Serviço Social referem-se aos serviços prestados à população pelos atores da rede. Eles objetivam simplificar os atendimentos e informar os usuários.

Assim, também é importante chamar o Estado para sua corresponsabilidade, já que, consoante o art. 226, da Carta Magna, a família em si tem especial proteção do Estado e não apenas os infantes. Ademais, o art. 227 da Lei Maior também prescreve ser dever do Estado e da sociedade, e não apenas da família, assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais. Contudo, o que se percebe em muitos casos é a omissão do Estado em relação a essas famílias vulnerabilizadas, tornando-se visível seu aparato apenas no processo de retirada das crianças e adolescentes.

Diante do exposto, resta clara a importância da integração das instituições dentro do sistema, e que o Estado busque a reorganização da família para que ela possa exercer seu papel protetivo, levando em consideração o contexto daquele núcleo familiar, com ações inclusivas e singulares, trabalhando a resiliência dessas famílias.

5. Referências

BRASIL. *Código de ética do/a assistente social*. Lei 8.662/93 de regulamentação da profissão. 10^a. ed. [rev. e atual.] Brasília: Conselho Federal de Serviço Social, [2012].

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero* [recurso eletrônico]. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), 2021. 132 p. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf> Acesso em: 29 abr. 2024.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 5 out. 2023.

BRASIL. *Lei n. 8.069*, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. *Lei n. 10.406*, de 10 de janeiro de 2022. Instituiu o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm Acesso em: 5 out. 2023.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Política Nacional de Assistência Social*, 2004. Brasília: 2005. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/view/12173/8639> Acesso em: 5 de ago. 2021.

CALIXTO, F. de A.; DA COSTA, M. A.; DA SILVA, E. F. Perfil de famílias atendidas na Defensoria Pública atendidas por destituição do poder familiar. Uberlândia, 2022. Disponível em: <https://cbas.silvaebrisch.com.br/uploads/posters/0000000229.pdf>. Acesso: 29 abr. 2024.

CARDOSO, G. F. de Loiola. Estudo social em ações de destituição do poder familiar: novas roupagens de velhas práticas? In: 16º Congresso Brasileiro de Assistentes Sociais, 16, p. 1-11. *Anais..* Brasília: CBAS, 2019. Disponível em: <https://broseguini.bonino.com.br/ojs/index.php/CBAS/article/view/166/164> Acesso em: 14 ago. 2021.

CONFERÊNCIA judicial ibero-americana, XIV, 2008, Brasília. *Regras de Brasília sobre acesso à Justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade [...]*. [S. l.; s.n.], 2008. 24 p. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf> Acesso em: 18 abr. 2024.

COSTA, J. da Silva. *A destituição do poder familiar como forma de proteção ao infante: efeitos na moda no procedimento*. 2020. 30 f. Tese (Pós-Graduação do Curso de Direito) – Faculdade Evangélica de Goianésia, Goianésia: 2020. Disponível em: http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/17979/1/2020_TCC_Jordana.pdf Acesso em: 23 mar. 2021.

FÁVERO, E. T. *Questão social e perda do poder familiar*. 1. ed. São Paulo: Veras Editora, 2007.

GONÇALVES, H. S. *Psicologia jurídica no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU, 2015.

LISBOA, L. V.; ANDRADE, M. A. de. *Destituição do poder familiar por genitor(a) dependente químico*. 2018. 22 f. Tese (Pós-Graduação do Curso de Direito) – Centro Universitário de João Pessoa, João Pessoa: 2018. Disponível em: <https://bdcc.unipe.edu.br/wp-content/uploads/2019/04/TCC-ok-ok.pdf> Acesso em: 13 jul. 2021.

MEDEIROS, Marcelo, OSÓRIO, Rafael Guerreiro, VARELLA, Santiago. *Um levantamento de informações sobre as famílias nas PNADs de 1992 a 1999*. Texto para discussão n. 860, Brasília: IPEA, 2002. Disponível em: www.ipea.gov.br Acesso em: 21 jul. 2021.

OJEDA, L. B. *Maltrato de niños y adolescentes: una perspectiva internacional*. *Salud y Sociedad*: Bol. oficina Sant. Panam, p. 123-37, 21 fev. 1996. Repositório Institucional de la OPS - Política General. Disponível em: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/15447> Acesso em: 2 set. 2021.

Uniãoes homoafetivas: entidades familiares na experiência contemporânea

Same-sex unions: family entities in contemporary experience

ANDREA LUCIA DE ARAUJO CAVALCANTI ORMOND

Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes-Rio. Graduada em Direito e em Letras pela PUC-Rio. Ex-advogada parecerista da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos. Analista judiciária do TRT da 1ª Região.

Resumo: O presente estudo aborda a homossexualidade a partir de conceitos das ciências sociais e humanas. Nesse sentido, realiza-se uma correlação entre desejo psicanalítico, história e sociedade. Ato contínuo passa-se ao exame do ordenamento brasileiro e às análises de seus intérpretes. Com base no esforço doutrinário, legislativo e jurisprudencial, pode-se compreender as uniões homoafetivas como entidades familiares, ao invés de meras sociedades de fato.

Palavras-chave: Homossexualidade; Desejo; Direito; Interpretação constitucional.

Abstract: *This article addresses homosexuality from the perspective of social sciences and humanities. In this sense, there is a correlation between psychoanalytic desire, history, and society. Next, there is an examination of the Brazilian legal system and its analysis by interpreters. Based on doctrinal, legislative and jurisprudential efforts, same-sex unions can be understood as family entities, rather than mere de facto partnerships.*

Keywords: *Homosexuality; Desire; Law; Constitutional interpretation.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O desejo e o Direito; 3. Família: a construção de uma pluralidade; 4. Entidades familiares *versus* sociedades de fato; 5. À guisa de conclusão; 6. Referências.

*Um ou outro ainda há que diga
que o tempo vence no fim:
um dia ele engole a usina
como engole a ti e a mim.*
CARLOS PENA FILHO

1. Introdução

Para o falecido poeta Carlos Pena Filho, o tempo era um adversário imbatível.

O tempo vence convenções, ideias, seres humanos, objetos inanimados – como a usina de cana-de-açúcar, na epígrafe acima. O tempo sempre vence. No final, “engole a ti e a mim”.

A sexualidade foi engolida por mudanças sociais e jurídicas, desde o século XX. Falar de desejo tornou-se fundamental para se compreender o mundo contemporâneo.

Dentre os vários aspectos da sexualidade humana, foi selecionado um específico: a homoafetividade.

Para tanto, serão abordados os liames entre o desejo e o direito (capítulo 2). Ato contínuo, serão analisados a família – primeiro ambiente em que se apresenta o indivíduo à ideia de “desejo” (capítulo 3).

No ordenamento brasileiro, a homoafetividade é amparada por leituras da Constituição Federal de 1988 e do princípio da dignidade da pessoa humana. Como consequência, tem-se tratado as uniões homoafetivas como entidades familiares e não como associações para fins patrimoniais (Capítulo 4).

Existe um vínculo *existencial* e não meramente econômico a unir pessoas do mesmo sexo. Eis o norte fundamental do presente estudo.

2. O desejo e o Direito

Desejo, na clássica visão freudiana, “é a forma concreta (enriquecida por experiência individual) de um impulso (*Drive*) ou motivo” (ARNOLD *et al.*, 1994, p. 375). O desejo reside, portanto, no território recôndito da individualidade. Em termos jurídicos, ele está ancorado no direito à privacidade que, via de regra, é um *direito da personalidade*. Trata-se de direito supraestatal, que prescinde de comando expresso no ordenamento para de fato existir.

A concepção dos “direitos da personalidade” sustenta que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, outros há, não menos valiosos, mercedores de amparo e proteção da ordem jurídica. Admite a existência de um ideal de justiça, sobreposto à expressão caprichosa de um legislador eventual (SILVA PEREIRA, 2004, p. 237).

No que se refere à homossexualidade, o indivíduo direciona seu desejo a outro indivíduo do mesmo gênero – seja este feminino ou masculino. Pelo

fato de ser tabu nas sociedades heteroafetivas, o desejo homossexual resulta em batalhas políticas. É necessário lutar por mecanismos que garantam a fruição do referido desejo.

Não raro, o intérprete jurídico deverá entender as razões para a (não) absorção da comunidade homossexual na sociedade. Deverá trabalhar, obrigatoriamente, com conceitos das ciências sociais e humanas.

A propósito, convém lembrar Hannah Arendt e a cisão, apontada pela autora, entre *verdade* e *opinião*. A cisão “entre verdade fatual e opinião é uma das inúmeras formas que o mentir pode assumir, todas elas formas de ação” (1992, p. 309).

Conceitualmente, podemos chamar de verdade aquilo que não podemos modificar; metaforicamente, ela é o solo sobre o qual nos colocamos de pé e o céu que se estende acima de nós (*Ibid.*, p. 325).

Atingir a verdade é, portanto, aspecto essencial de toda investigação meticulosa. A verdade que se coloca, no presente estudo, é a compreensão *não-apriorística* da homossexualidade. Há de se manter distância do discurso psiquiátrico do século XIX. Há de se manter distância da pecha de perturbação emocional. Isto porque a homossexualidade pressupõe uma *identidade* sexual para a qual não existe profilaxia nem mesmo “cura” [*sic*]¹.

Não à toa, em 1990 a Organização Mundial de Saúde (OMS) retirou o então chamado “homossexualismo” do catálogo da Classificação Internacional de Doenças (CID) e bem assim do rol de desvios e transtornos sexuais.

Note-se que o reconhecimento da expressão “homossexualidade”, em atenção ao sufixo “ade” – que exprime condição, e não doença – passou a substituir o uso da expressão “homossexualismo” – cujo sufixo “ismo” é utilizado na designação de patologias.

A própria evolução dos costumes ao longo do século XX, especialmente a partir da segunda metade, levou à busca da homossexualidade como *diversidade*. “Falou-se então *das* homossexualidades, e não mais da homossexualidade, para significar que esta não era mais uma estrutura imutável, mas um componente

¹ A antiga literatura médica era pródiga em abordagens higienistas sobre o tema. “Conhecidas as causas principais das perversões e inversões sexuais, os remédios e a profilaxia se indicam, embora os resultados nem sempre satisfaçam e sejam imediatos. [...] Iniciem-se os jovens, na época oportuna, nas relações sexuais normais, cuja nobreza se lhes deve fazer compreender, e se terá feito a profilaxia radical da maioria das perversões e inversões sexuais. Tudo fazer para que o instinto siga seu caminho normal, é impedi-lo de seguir vias tortuosas” (GOMES, 1966, p. 613).

multiforme da sexualidade humana” (ROUDINESCO, 2004, p. 185. Grifos da autora).

Por incrível que pareça, apesar da imensa distância cronológica, não deixa de ser interessante perceber que no século XX houve uma revisão de ideias *pré-cristãs* – que também dissociavam o prazer sexual dos ditames morais.

Como as leis religiosas e seculares estiveram tão intimamente interligadas durante séculos, a “moralidade do sexo” – um mito deliberado, que provocou mais culpa e infelicidade do que qualquer outro aspecto de alguma lei humana ou divina – permaneceu como importante fator no controle social (TANNAHILL, 1983, p. 462).

Deixe-se claro que não se pretende atribuir ao *ethos* cristão a característica de opressor, de antípoda a ser combatido. Sabe-se que o advento do cristianismo abrandou a estrutura escravocrata romana, além de permitir o relacionamento homem-mulher em termos diferentes do padrão clássico grego – baseado na exclusão feminina².

Afirma-se, isto sim, que na medida em que o cristianismo fundiu *corpo e mente* dos seguidores, bem como determinou o “certo” e o “errado”, alguns *atos* ou *sentimentos* viriam a ser tolhidos como infrações à Lei Divina. A escolha do “certo” e do “errado” baseou-se em mandamentos que não haviam sido penalizados em períodos anteriores³. No que pertine ao Direito, o seu evoluir no tempo consagrou modelos diversos de organização interindividual.

Da mesma forma, a divisão entre o ambiente laico e o ambiente religioso acentuou-se cada vez mais. Dentre os inúmeros modelos de Estado, cita-se o *Estado Democrático de Direito* (CF, art. 1º, *caput*). Através dele, permite-se a fruição das liberdades individuais e dos fazeres abertos à sociedade. José Afonso da Silva conceitua-o como “tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo

² “Nas culturas cristã e moderna essas mesmas questões – da verdade, do amor e do prazer – serão relacionadas muito mais facilmente com os elementos constitutivos da relação homem-mulher: os temas da virgindade, das bodas espirituais, da alma esposa marcarão bem cedo o deslocamento efetuado de uma paisagem essencialmente masculina – habitada pelo erasta e pelo erômeno – para uma outra, marcada pelas figuras da feminidade e da relação entre os dois sexos” (FOUCAULT, 1984, p. 201).

³ “‘Certo’ e ‘errado’ como valores absolutos, não existiram na China e na Índia, até um estágio relativamente tardio do desenvolvimento histórico, quando se tornaram elementos necessários na disciplina social. No entanto, hebreus e romanos dos tempos republicanos assumiram uma atitude incondicional ante o certo e o errado, que foram naturalmente absorvidos pelos ensinamentos da igreja cristã. Aqui, não haveria concessões. O amor era para Deus; o sexo, com sua carga de pecado, para o casamento” (TANNAHILL, 1983, p. 462).

contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social” (2003, p. 120).

Faz sentido perceber, naquele modelo estatal, o apreço pela *dignidade humana*. Segundo Pietro Perlingieri, o apreço pela dignidade é fruto da “historicidade local e universal, de maneira a permitir a individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social” (1997, p. 1).

Ou seja, o Estado Democrático de Direito é fruto de conquistas históricas, sendo adotado por determinada sociedade para a garantia daquelas conquistas. A luta pela dignidade humana é resultado do eterno evoluir.

Em assim sendo, no momento histórico contemporâneo, a (homos) sexualidade está interligada com a ideia de *coexistência*. Existir em meio à comunidade e aos diferentes desejos. Afinal, o desenvolvimento psicossocial de um sujeito requer a sua interação com outros tantos sujeitos.

Podemos afirmar que o desenvolvimento da sexualidade é completo quando há sintonia entre o que se sente e o modo como esses sentimentos são exteriorizados. O resultado desse processo é que vai permitir ao indivíduo dirigir seu afeto a um objeto externo (ARAÚJO, 2000, p. 49).

À evidência, existem pulsões que são *invisíveis* no plano material e que, apesar disto, são *sensíveis* no plano existencial. Sobre o fenômeno do *imprinting*, José Carlos Teixeira Giorgis (2002, p. 38) já expunha:

[...] como ensina o psicólogo Roberto Graña, a homossexualidade é fruto de um pré-determinismo psíquico primitivo, também estudado a partir das contribuições da etiologia sob a denominação de *imprinting*, originado nas relações parentais das crianças desde a concepção até os três ou quatro anos de idade.

Dentre os ramos do Direito, o direito de família é pródigo em atentar para o desejo. Assim o faz, e com tamanha amplitude, que o desejo repercute nos seus institutos mais preciosos. Basta pensar na série infinita de abandonos, brigas, encontros, desencontros, separações, adoções, uniões, *tutti quanti*. A interação entre desejo e norma jurídica é de tal modo complexa que se chega até mesmo à dúvida: “se é o Direito que legisla sobre o desejo, ou se é o desejo que legisla sobre o Direito” (PEREIRA, 2003, p. 29).

Exatamente pelo fato de o desejo ser primordial no psiquismo humano, a homossexualidade é certamente uma “condição” e não uma “opção”. Logo, o desejo homoafetivo não revela uma escolha, a ser supostamente adquirida por um dado recipiente. Desejo é traço da personalidade. Traço humaníssimo, que não pode ser encarado sob um viés sensacionalista. Pelo contrário, há de ser analisado no que de mais humano possui.

3. Família: a construção de uma pluralidade

De início, o conceito de “família” pode induzir o intérprete a reconhecer apenas dois dos seus elementos mais corriqueiros: o *casamento* – composto por dois indivíduos de sexos diferentes – e a *filiação* – elemento responsável pelo suceder de gerações no tempo. Todavia, se o mesmo intérprete olhar em torno de si, instantaneamente verá, pelo menos, três outros elementos que também gravitam em torno do instituto da família. São eles a *consanguinidade* e a *afinidade* – abrangendo relações de parentesco em sentido amplo, não apenas em primeiro grau –, além do *afeto*.

Conceber uma entidade familiar como apenas aquela formada pelos vínculos do casamento ou da filiação é premissa por demais apressada. *Família* é, em verdade, um fenômeno universal. Fenômeno que se modula conforme interesses históricos, geográficos e políticos.

Família-Estado, família-nação, patriarcado, matriarcado, mitos fundantes, interdições. Em sede contratualista, Jean-Jacques Rousseau definiu-a como a mais antiga de todas as sociedades, a única natural, composta por indivíduos inicialmente iguais e livres. Lévi-Strauss afirmava que nela “certas soluções são duradouras, outras não”⁴. A propósito, quando de sua passagem pelo Brasil, Lévi-Strauss observou *in loco* uma daquelas soluções – o enlace entre homem e mulher – nos povos indígenas: “Para compreender bem a atitude dos dois sexos, um em relação ao outro, é indispensável ter presente no espírito o aspecto fundamental do *casal* entre os Nambiquara; é a unidade econômica e psicológica por excelência” (1998, p. 270).

⁴ *Apud* Roudinesco, 2003, p. 17. Dentre as soluções duradouras, a autora recorda que foi nas “duas grandes ordens do biológico (diferença sexual) e do simbólico (proibição do incesto e outros interditos que se desenrolaram durante séculos não apenas as transformações próprias da instituição familiar, como também as modificações do olhar para ela voltado ao longo das gerações”.

Quanto aos caracteres culturais brasileiros, será citado o magistério de Sérgio Buarque de Hollanda. No seminário *Raízes do Brasil*, comentou sobre o patriarcalismo na família e em outros agrupamentos político-sociais.

A família patriarcal fornece, assim, o grande modelo por onde se hão de calcar, na vida política, as relações entre governantes e governados, entre monarcas e súditos. Uma lei moral inflexível, superior a todos os cálculos e vontades dos homens, pode regular a boa harmonia do corpo social, e portanto deve ser rigorosamente respeitada e cumprida (1986, p. 53).

Vê-se que o patriarcado colonial era pródigo em casos como o acima, em que a vontade senhorial repercutia nas microrrelações cotidianas⁵.

Retornando à doutrina jurídica, Caio Mário da Silva Pereira ressalta a “plurivalência semântica”, a variedade de abordagens possíveis para o conceito de “família”. Aponta o *dado psíquico* como central, aglutinador dos indivíduos que a compõem⁶. Consequentemente, o *aspecto formal* perdeu terreno no Direito pátrio. Os ingredientes existenciais adquiriram relevo e o *afeto* tornou-se fundamental.

A ausência do afeto, por sua vez, provoca resultados perturbadores nas relações interpessoais – e, mais ainda, interfamiliares⁷. Somando-se a crise das instituições⁸, vê-se que a família contemporânea segue seu rumo, reanalisada sob novos princípios e tendências. O sentimento de se ver compreendido e pertencente a uma comunidade próxima de indivíduos permanece, porém, imutável e indissociável do projeto humano.

E quando se fala dessa “família contemporânea”, como se poderia conceder-lhe a proteção necessária? Qual o substrato teórico-jurídico que a justifica e, via de regra, resguarda a caminhada para o futuro?

⁵ Quanto ao século XVII: “Enlaces entre senhores e escravas, utilização homossexual de cativos, paixões ou violências que pontuavam, no mundo sexual, as relações entre o mundo dos senhores e o da senzala, nada disso falta à documentação judiciária relacionada à Colônia, seja a das visitas diocesanas, seja a inquisitorial” (VAINFAS, 1998, p. 235).

⁶ “[...] a família não tem suas normas somente no Direito. Como organismo ético e social, vai hauri-las também na religião e na moral, nos costumes, sendo de assinalar que sua força coesiva é, antes de tudo, um dado psíquico” (SILVA PEREIRA, 2006, v. 5, p. 21).

⁷ “Assim, com a implantação do divórcio, instabilidade das uniões tradicionais e aceitação da união estável, cada vez mais têm se tornado comum as ‘famílias flutuantes’, oriundas parcialmente de várias outras cujos membros, não de todo definidos entre si, podem ser levados a um convívio descontínuo, superficial, competitivo, francamente hostil ou, simplesmente, em muitos, casos confuso” (DIAS; SOUZA, 2000, p. 278).

⁸ “[...] a família aparece como única instância capaz, para o sujeito, de assumir esse conflito e favorecer o surgimento de uma nova ordem simbólica. Eis porque ela suscita tal desejo atualmente, diante do grande cemitério de referências patriárquicas desafetadas que são o exército, a Igreja, a nação, a pátria, o partido” (ROUDINESCO, 2003, p. 199).

No Brasil, a legislação e a jurisprudência possuem papéis de relevo. Cite-se, por exemplo, a legitimação do patrimônio construído pelo *esforço comum* em famílias extramatrimoniais – consagrado no Enunciado n. 380⁹ de súmula do Supremo Tribunal Federal –; os direitos previdenciários à companheira (Lei n. 4.297/63); o Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/62); a Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77); a possibilidade de acréscimo do sobrenome do companheiro, atendidos determinados requisitos (Lei n. 6.216/75); a continuação em locação celebrada por companheiro falecido (Leis n. 6.649/79 e n. 8.245/91); as Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96 – regulamentadoras da união estável¹⁰.

Pairando acima de todos os normativos, sobrevém em 1988 a nova Constituição Federal. Estabelece no artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Consagra, pois, o ente humano como *elemento finalístico* do ordenamento.

A partir dessa premissa axiológica, tem-se o amparo a tudo quanto repercute na esfera de influência daquele ser finalístico: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I); a promoção do “bem de todos, sem preconceito de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV); as garantias de “direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”; as garantias listadas *sensivelmente* no texto do artigo 5º; as garantias *implícitas*, porém acessíveis ao intérprete através da hermenêutica.

Ao feixe de diretrizes acima, houve por bem o constituinte originário conceder-lhes a qualidade de cláusulas pétreas, limitações ao poder de reforma constitucional (CF, art. 60, § 4º). Com efeito, bem alerta José Afonso da Silva.

É claro que o texto não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: “fica abolida a Federação ou a forma federativa de Estado”, “fica abolido o voto direto...”, “passa a vigorar a concentração de poderes”, ou ainda “fica extinta a liberdade religiosa, ou de comunicação..., ou o *habeas corpus*, o mandado de segurança...”. A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente, “tenda” (emendas tendentes, diz o texto) para sua abolição (2003, p. 63).

⁹ *In verbis*: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

¹⁰ Neste parágrafo: Tepedino, 2004, p. 378-379.

Passando ao Capítulo VII da Carta de 1988 (“da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso”) do Título VIII (“da ordem social”), verifica-se a *proteção à família pelo Estado* (CF, art. 226, *caput* c/c § 8º). Veja: *solidariedade* entre gerações (CF, art. 226, § 4º) e o dever alimentar recíproco (CF, art. 229); reconhecimento da *união estável* como entidade familiar (CF, art. 226, § 3º); igualdade entre *homem e mulher* no exercício de direitos e deveres (CF, art. 5º, I c/c 226, § 5º); o resguardo estatal e dos familiares à *criança*, ao *adolescente* e ao *jovem* (CF, art. 227) – norma que abrange o fim das designações discriminatórias sobre a filiação.

Assim, a “nova família” à qual foi aludida remonta ao aproveitamento das potencialidades humanas, em atenção ao novo tônus constitucional. Compete ao Direito prover os indivíduos com o instrumental necessário para a satisfação de suas escolhas.

Ipso facto, junto com as potencialidades surgem as responsabilidades. A respeito, convém ressaltar a Lei n. 11.340/06 (“Lei Maria da Penha”) como outro exemplo da tutela contemporânea das relações familiares. Maria Berenice Dias aponta para aspecto-chave: o diploma incluiu a homoafetividade no seu campo de atuação. E, “de forma até repetitiva (LMP 2º e 5º parágrafo único), ressalvou a orientação sexual de quem se sujeita à violência doméstica. Com isso acabou por albergar no seu conceito, de modo expresse, as uniões homoafetivas” (2013, p. 47). Consequentemente, a severa proteção penal da Lei n. 11.340/06 foi estendida para além das fronteiras da identidade sexual.

É bem de se ver que a função do jurista torna-se, portanto, para sempre “complexa e a sua atividade valorativa envolve um conjunto de aspectos que vão do ideológico e político ao social, ético e religioso” (PERLINGIERI, 1997, p. 3).

Exatamente por conta de tamanha complexidade, deve-se observar os casos emblemáticos. Dentre eles, a ADI n. 4.277-DF, que encampou os fundamentos da ADPF n. 132-RJ. Nos dois acórdãos, o E. Supremo Tribunal Federal determinou a interpretação do artigo 1.723 do Código Civil¹¹ em conformidade com a Constituição Federal. De tal sorte, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar.

Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade

¹¹ *In verbis*: “Art. 1.723. 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 [...]”.

faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas (STF, ADI n. 4.277-DF e ADPF n. 132-RJ, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ayres Britto, j. 5/5/2011, pub. 14/10/2011).

Atente-se para a dicção do excerto. Os acórdãos fazem menção a conceitos intangíveis – “felicidade”, “liberdade” –, mas que, ao mesmo tempo, são protegidos e concretizados no plano real. Vale dizer: conceitos intangíveis passam a gozar de concretude, passam a gozar de *efetividade jurídica*. E a efetividade nada mais é do que “a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social” (BARROSO, 2013, p. 288).

Um Estado que se diz democrático, mas que condiciona seus cidadãos à categoria de “invisíveis” – quando não os ampara – ou de “controvertidos” – quando os renega –, atenta contra o preceito basilar da *cidadania*. Trata-se de comportamento autofágico, destrutivo, ao investir contra quem, na verdade, o auxilia a existir.

À evidência, a cidadania é indissociável da noção de Estado. Relação de causa e efeito: a cidadania cria a ordem estatal; a ordem estatal não cria algo que já lhe deu a existência. Consequentemente, o elemento subjetivo – o povo – jaz na raiz de todo quadro institucional; jaz na raiz de todos os Poderes instituídos¹².

4. Entidades familiares versus sociedades de fato

Existiam divergências doutrinárias sobre as uniões homoafetivas. Seriam entidades *familiares* ou sociedades de fato, unidas por vínculo *obrigacional*?

A princípio, o debate pode parecer desnecessário. Porém, abriga implicações práticas terríveis, se pensar-se no cotidiano forense. O reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo gera extinção liminar do processo, sem sequer apreciar-se o mérito, em razão da impossibilidade jurídica do pedido (CPC, art. 267, VI)?

¹² “Apenas por meio do sucesso da mobilização de cidadãos comprometidos e na conquista do seu apoio incessante em resposta aos seus opositores, somente assim, podem os governantes ter a autoridade para declarar que *o povo* mudou de opinião e dar ao governo uma nova direção” (ACKERMAN, 2006, p. 7-8. Grifos do autor). Neste viés atuam não apenas os membros do Executivo, mas igualmente os do Legislativo, consagrados pelo sufrágio popular. Impende ressaltar, ainda, o papel *contramajoritário* do Poder Judiciário. “Vale dizer, agentes públicos não eleitos, como juízes e Ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária” (BARROSO, 2013, p. 523). O Judiciário urde, portanto, o equilíbrio entre as minorias, as maiorias, a lei, a Constituição. Em um ambiente democrático, repreende as “maiorias ocasionais”, os golpes e os favoritismos de triste história.

Os litígios decorrentes de tais uniões devem ser remetidos à vara de família especializada – quando, claro, prevista no código de organização judiciária local – ou à vara cível?¹³.

A questão foi limada de dúvidas através da ADI n. 4.277-DF e da ADPF n. 132-RJ, mencionadas no capítulo anterior. Como guardião da Carta Maior, o Supremo Tribunal Federal determinou que as uniões entre pessoas de mesmo sexo são entidades familiares, ao invés de sociedades de fato. Deu-se preponderância ao aspecto existencial daquelas uniões.

Na esteira dos acórdãos, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 175 (14/05/2013, pub. 15/5/2013), dispondo sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Em razão da eficácia vinculante da ADI n. 4.277-DF e da ADPF n. 132-RJ – tanto em face da administração pública quanto dos demais órgãos do Poder Judiciário (CF, art. 102, § 2º) –, o artigo 1º da Resolução determina ser “vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo” (*in verbis*).

Perceba-se que o instituto do casamento encontra-se protegido na Resolução, em um *continuum* princípio lógico que tem por parâmetro aqueles acórdãos do STF. Também neste sentido, e na esfera de Recurso Especial, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já havia se manifestado nos termos que seguem, em substituição à inércia legislativa sobre o tema específico – qual seja, o casamento homoafetivo.

[...] o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita. [...] 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 a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar (STJ, REsp 1183378/RS, Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011, pub. 1/2/2012).

¹³ Acerca do “concubinato”, quando também julgado no juízo cível: “Nele, submetido ao procedimento ordinário, o direito da mulher passava pela ordália do ônus probatório, especialmente no que tocava ao esforço comum” (FACHIN, 2003, p. 95).

Por questão de rigor epistemológico, analise-se, porém, o posicionamento contrário. Analise-se a ideia de que se trate de sociedades de fato, regradas pelo *direito obrigacional*. É através dos argumentos contrários que se enxerga as brechas ideológicas. Brechas que fomentam calorosas discussões em torno da homossexualidade e de suas consequências jurídicas.

Débora Caús Brandão (2002, p. 125-127) já defendia três pressupostos: (i) exigência de *diversidade de sexos* para a constituição de uniões familiares (CF, art. 226, § 3o); (ii) em razão do dispositivo citado, apenas por *emenda constitucional* poder-se-ia estender a proteção jusfamiliar às uniões entre pessoas do mesmo sexo; (iii) enquanto *sociedades de fato*, deviam ser analisadas sob liame obrigacional, coibindo-se, por princípio ético-jurídico, o enriquecimento sem causa na partilha do patrimônio em comum (Enunciado n. 380 de súmula do STF). A autora vai além, agregando outro ponto à questão.

Não prospera o entendimento dos que invocam o princípio da igualdade para que as parcerias homossexuais recebam o mesmo tratamento jurídico dispensado às uniões estáveis. *Não se pode querer igualar aquilo que é naturalmente desigual*. O texto constitucional não visou, em qualquer momento, à criação de outra posição (se é que podemos dizer assim), além de homens e mulheres; portanto, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, as parcerias homossexuais não integram o direito de família (2002, p. 125. Grifo da autora).

Todavia, não seria do teor natural do *princípio da igualdade* a postura de igualar os desiguais, na medida de sua desigualdade?

Assim, leitura estanque do princípio da igualdade não satisfaz aos imperativos já narrados no presente estudo. Seu desvirtuamento gera condutas inconstitucionais, em explícito desamparo ao “substrato da dignidade”, positivado na Constituição Federal.

A respeito da *diversidade de sexos* para constituição de uniões familiares – item “a”, conforme apontado –, é de se dar atenção ao onipresente § 3º do artigo 226 da Carta. *In verbis* (grifo da autora):

Art. 226.

§ 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.

A dedução lógica que se costuma obter do § 3º do artigo 226 ocorre na camada externa, visível, de sua literalidade. Para determinados autores, o dispositivo “considera como família apenas a união nascida entre um homem e uma mulher, não reconhecendo direitos de natureza familiar aos enlaces entre pessoas do mesmo sexo” (BRENNER, 2006, p. 209).

Todavia, ao se cuidar da questão de modo perfunctório, deve-se considerar a hermenêutica jurídica e, *ipso facto*, a unidade e a coerência do *ordenamento*. Para Norberto Bobbio, o ordenamento, na qualidade de sistema, sobrepõe-se à norma considerada isoladamente.

Entendemos por “sistema” uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si (1999, p. 71).

Perlingieri, a propósito do juízo de valoração complexo – profissão de fé do jurista –, indica a mesma necessidade de se coordenar normas.

O conjunto de princípios e de regras destinado a ordenar a coexistência constitui o aspecto normativo do fenômeno social: regras e princípios interdependentes e essenciais, elementos de um conjunto unitário e hierarquicamente predisposto, que pode ser definido, pela sua função, como “ordenamento” (jurídico), e, pela sua natureza de componente da estrutura social, como “realidade normativa” (1997, p. 2).

Consequentemente, a metodologia utilizada para depuração e integração de uma norma no ordenamento obedece a uma escala hierárquica de diretrizes. Obedece, igualmente, à realidade social – *locus* do elemento finalístico do Direito: o ente humano. Obedece, ainda, ao desenrolar daqueles quatro princípios chancelados pela dignidade humana: *liberdade, igualdade, integridade psicofísica e solidariedade*.

O ponto de partida do intérprete há que ser *sempre os princípios constitucionais*, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou

qualificações essenciais da ordem jurídica que institui (BARROSO, 2003, p. 151. Grifo da autora).

Semelhante ordem de raciocínio é esposada por Rodrigo da Cunha Pereira.

O óbice constitucional que estabelece a diversidade sexual para a configuração da união estável pode ter sua acepção ampliada. Mesmo porque não há justificativa plausível para impor a distinção dos sexos como condição para a consubstanciação da união estável (2004, p. 69).

Luís Roberto Barroso esclarece o erro fundamental em se pretender à diversidade de sexos para constituição de uniões estáveis:

[...] o não reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo não promove nenhum bem jurídico que mereça proteção em um ambiente republicano. Ao contrário, atende apenas a uma concepção moral [...]. Esta seria uma forma de *perfeccionismo* ou autoritarismo moral, próprio dos regimes totalitários, que não se limitam a organizar e promover a convivência pacífica, tendo a pretensão de moldar *indivíduos adequados*. Em suma, o que se perde em liberdade não reverte em favor de qualquer outro princípio constitucionalmente protegido¹⁴.

Mais adiante, esclarece a *ratio* da palpitante norma contida no § 3º, artigo 226 da Carta Constitucional.

De fato, ela foi introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento. Não se deve interpretar uma regra constitucional contrariando os princípios constitucionais e os fins que a justificaram¹⁵.

Alude-se, portanto, à historicidade do fenômeno jurídico como vetor imprescindível para a atividade do intérprete (vide capítulo 2, *supra*). A conclusão semelhante chega Luiz Edson Fachin, no embrionário artigo *Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo*, publicado em 1996. Considerando os influxos

¹⁴ BARROSO. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/132374/diferentes--mas-iguais--o-reconhecimento-juridico-das-relacoes-homoafetivas-no-brasil>. Acesso em: 20 abr. 2024 (grifos do autor).

¹⁵ *Idem*.

históricos, Fachin revela o quanto de arbitrariedade e de exclusão um sistema pode provocar ao impedir o ingresso de indivíduos em suas titularidades jurídicas.

Desse modo, percebe-se claramente que o sistema jurídico pode ser, antes de tudo, um sistema de exclusão. [...] Emergente da força preconceituosa e estigmatizante dos valores culturais dominantes em cada época, alicerça-se num juízo de valor depreciativo, historicamente atrasado e equivocado (1996, p. 48).

Se assim não fosse, como se explica a exclusão de filhos “ilegítimos” e de mulheres, da esfera da cidadania, tempos atrás?¹⁶

O evoluir do pensamento jurídico em terras brasileiras reavalia os conceitos antes tomados por peremptórios – e, não raro, explicados por figuras de linguagem que hoje parecem desmedidas¹⁷.

O *sistema de exclusão* enquanto desiderato normativo é fonte de inconstitucionalidades. A exclusão materializa-se no cotidiano e impõe angústia, arbitrariedades¹⁸, que violam o princípio mesmo da *igualdade*.

Passa-se agora ao segundo argumento reverberado por autores contrários à tese de as uniões homoafetivas serem entidades familiares: a *exigência de emenda constitucional* para que sejam, desta forma, recepcionadas no ordenamento pátrio.

Não bastasse o quadro hermenêutico ora apresentado, a *instrumentalidade da família* nos leva à desnecessidade da emenda.

Se a família, através de adequada interpretação dos dispositivos constitucionais, passa a ser entendida como “instrumento”, não há como recusar tutela a outras formas de vínculos afetivos que, embora não previstos expressamente pelo legislador constituinte, se encontram identificados com a mesma *ratio*,

¹⁶ “[...] com a promulgação da Lei n. 4.121/62, a mulher casada deixou de ser considerada relativamente incapaz, ao lado dos menos [sic] entre 16 e 21 anos, dos pródigos e dos sílvcolas. O marido era o assistente necessário da mulher, uma espécie de tutor ou curador, e o chefe da sociedade conjugal [...]. Também até recentemente, prevalecia a exigência legal de autorização do marido para a mulher casada poder comerciar (C. Com., art. 28)” (LIMA, 1992, p. 321).

¹⁷ No retrocitado artigo de Fachin (1996, p. 48), encontra-se a indicação de trecho da obra de Orlando Gomes, que em *Direito de Família*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 85, registrou: “O casamento entre pessoas do mesmo sexo é inconcebível. A exigência de diversidade de sexo constitui, entretanto, uma condição natural, tendo-se em vista a conformação física de certas pessoas, dado que repugna cogitar da hipótese de casamento entre dois homens ou entre duas mulheres, fato que pertence aos domínios da insânia”.

¹⁸ “Certo militar mineiro apareceu contaminado com Aids e, em virtude disso, foi expulso da Corporação, sob argumento de que a doença era prova suficiente de sua homossexualidade. A Corte Militar mineira, em boa hora, reintegrou-o à Corporação, não apenas corrigindo o erro, mas adaptando a frieza do texto legal à dinâmica da realidade” (LIMA, 1992, p. 324). No mesmo sentido, e no já distante ano de 1999, cita-se a Apelação Cível 35.077/2 – BA, Relator Juiz Jirair A. Meguerian, j. 16/11/1999, pub. 29/2/2000. Acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, reintegrava à corporação suplicante falecido.

com os mesmos fundamentos e com a mesma função. Mais do que isto: a admissibilidade de outras formas de entidades “familiares” torna-se obrigatoria [...] (BODIN DE MORAES, 2000, p. 108).

A *ratio* dessa instrumentalidade origina-se daqueles conceitos de introjeção da identidade sexual, tratados no capítulo segundo deste estudo. Osmar Brina Corrêa Lima afirma, em tom cético, que o “Direito não reconhece essa sutileza. Para ele, homem é macho, masculino; mulher é fêmea, feminina” (1992, p. 319). O mesmo autor cita outra problemática correlacionada: a característica de o sistema romano-germânico tomar o Direito como *realidade dada*¹⁹ e, por conseguinte, alguns intérpretes considerarem a lei em si mesma, sem conferirem a finalidade que determinado instituto, em essência, possui.

Já quanto à existência de um *vínculo obrigacional nas uniões homoafetivas* – terceiro argumento frequentemente esposado pela doutrina –, Fernanda de Almeida Brito discorre sobre o “esforço comum” entre as partes. Dessa forma, os conviventes criam um patrimônio conjunto.

Não se cuida de estabelecer a existência de uma família entre estes parceiros, pois como defendemos, não há família. Os aspectos íntimos da convivência homossexual entre estes parceiros é matéria estranha que não precisa ser abordada, sendo essencial, entretanto, a prova de que houve colaboração, com dinheiro ou trabalho de um na formação do patrimônio do outro (2000, p. 53).

Duas ordens de preocupação decorrem do excerto.

Primeiramente, a ponte entre os parceiros dá-se, em verdade, pelo *afeto* – que caminha, lado a lado, com a finalidade de constituir família. Finalidade que deriva do *princípio da liberdade* – manipulada, *in casu*, para a *constituição de família*. Pressupor que a colaboração mútua gera unicamente um fulcro patrimonial é visão que se indis põe com a referida liberdade.

Ademais, “esforço comum” para construção de patrimônio não abrange tão somente “dinheiro ou trabalho”. Do contrário, a própria Súmula n. 380 do STF – à qual recorrem os defensores da sociedade de fato para uniões homoafetivas

¹⁹ “No estudo da Psicanálise utiliza-se com predominância, o método lógico-indutivo. No Direito, pelo menos nos países do sistema romano-germânico, intitulado de *civil law*, emprega-se, preponderantemente, o método lógico-dedutivo. O Direito neste sistema é visualizado, eminentemente, como uma *realidade dada*. Nos países de tradição anglo-americana, vinculados aos sistemas da *common law*, o uso de raciocínio lógico-indutivo é mais valorizado, e o Direito costuma ser visualizada como uma *realidade procurada*, mas sempre com uma preocupação técnica e muito pragmática” (*Op. cit.*, p. 317. Grifo da autora).

– não seria aplicada pela jurisprudência na extensão em que foi concedida ao “concubinato”²⁰. Isto porque o conceito de “esforço comum” abrange filhos, afetos, labores domésticos e, em suma, um espírito comunitário dentre um núcleo familiar.

Para colmatar o que Norberto Bobbio chamaria de “lacuna ideológica”²¹, o intérprete deve enfocar as uniões homoafetivas sob a disciplina do direito de família. Trata-se de decorrência direta do *princípio da solidariedade*, que é fundante do fenômeno familiar.

[...] tem-se as normas que, pertinentes à relação familiar, incidem sobre os cônjuges, mas são informadas pela solidariedade própria da convivência familiar. Assim, por exemplo, pode ser considerada a legislação relativa à previdência social e à legislação infortunistica, marcada pelo dever do Estado em se sub-rogar como artífice do conforto familiar. Assim também o direito de prosseguir no direito de locação, que tem em mira a garantia da morada do locatário no seu núcleo familiar, pouco importando a forma de constituição de sua família (TEPEDINO, 2004, p. 387).

Igualmente o dever de prestar alimentos, originário da obrigação de mútua assistência. Também está subsumido à ideia do convívio e do afeto. Diga-se o mesmo a respeito da sucessão. A propósito, Caio Mário da Silva Pereira fornece a derradeira visão panorâmica sobre o tema.

[...] cabe lembrar a função desempenhada pela sucessão legítima e, em particular, pela sucessão necessária: assegurar proteção à família. Tanto mais eficaz será tal proteção quanto mais *favorável à família* for, em caso de dúvida, a exegese de um dispositivo legal. Assim, entre duas interpretações possíveis, cabe ao intérprete dar preferência à que melhor realize aquela função (2006, v. VI, p. 167. Grifos no original).

²⁰ A designação “concubinato” não é pacífica na doutrina. Segundo Ana Carla Harmatiuk Matos (2000, p. 58), “os pólos destas relações familiares costumam-se denominar: concubinos, conviventes, parceiros e companheiros. [...] O vocábulo concubinos, por sua vez, possui uma conotação pejorativa, especialmente no feminino concubina [...]”.

²¹ “Uma vez que essas lacunas derivam não da consideração do ordenamento como ele é, mas da comparação entre ordenamento jurídico como ele é e como deveria ser, foram chamadas de ‘ideológicas’, para distingui-las daquelas que eventualmente se encontrassem no ordenamento jurídico como ele é, e que se poderia chamar de ‘reais’. Podemos também enunciar a diferença deste modo: as lacunas ideológicas são lacunas *de iure condendo* (de direito a ser estabelecido), as lacunas reais são *de iure condito* (do direito já estabelecido)” (BOBBIO, 1999, p. 140).

5. À guisa de conclusão

A trajetória do desejo homossexual nas sociedades heteroafetivas não é de flores ou mera cortesia. Trata-se de um processo histórico; de um processo contínuo de introdução de valores para coexistência social.

Coexistir significa manter um determinado sujeito em contato com outros. Não significa total paridade entre as partes. Esta seria da índole de um *geist* totalitário, que buscasse a *homogeneização* das diferenças.

Igualdade leva não à homogeneização, mas sim à *equalização* das diferenças entre indivíduos que são humanos e, *ipso facto*, semelhantes. Igualdade conduz à *diversidade*. Eis a meta para a vida em sociedade.

Se o desejo é intangível, compete ao Direito absorver essa fenomenologia e dar-lhe o instrumental necessário para seu resguardo. Neste sentido, o Estado Democrático de Direito concede as bases jurídicas para as uniões homoafetivas.

No direito de família, institutos milenares vêm sendo reanalisados sob a ótica do afeto e da solidariedade. Afeto e solidariedade não são clichês, assim como a dignidade humana não é carta de intenções. Há de se fazê-los concretos. Há de se atribuir efetividade jurídica àqueles conceitos, que têm papel central no ordenamento.

A efetividade é defendida por intérpretes díspares: públicos ou privados, no exercício de uma cidadania, às vezes, anônima e, inobstante, ruidosa.

Nada mais saudável e inadiável do que compreender, portanto, que o afeto prescinde de gênero. Compreender que ele reside na plena fruição de desejos. E caminha em marcha aberta, sem conclusão, por estar ancorado no espírito humano.

6. Referências

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 496 p.

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. [rev. e ampl.]. São Paulo: Malheiros, 2003. 878 p.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000. 162 p.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992. 348 p.

ARNOLD, Wilhelm; EYSENCK, Hans Jürgen; MEILL, Richard (Coord.). *Dicionário de Psicologia*, v. 1. São Paulo: Loyola, 1994. 567 p.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/132374/diferentes--mas-iguais--o-reconhecimento-juridico-das-relacoes-homoafetivas-no-brasil> Acesso em: 20 abr. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. [rev., atual. e ampl.]. São Paulo: Saraiva, 2003. 380 p.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 10. ed. 1999. 184 p.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 1, p. 89-112, jan./mar. 2000.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 149 p.

BRENNER, Ana Cristina. As uniões homoafetivas e seus aspectos patrimoniais. In: MADALENO, Rolf (Coord.). *Ações de direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 209-226.

BRITO, Fernanda de Almeida. *União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*. São Paulo: LTr, 2000. 120 p.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. [rev., atual. e ampl.]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 717 p.

DIAS, Maria Berenice; SOUZA, Ivone M. C. Coelho. Famílias modernas: (inter) secções do afeto e da lei. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 4, p. 273-280, out./dez. 2000.

FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n. 732, p.47-54, out. 1996.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2. ed. [rev. e atual.]. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 366 p.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 2: o uso dos prazeres*. Rio de Janeiro: Graal, 1984. 232 p.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A relação homoerótica e a partilha de bens. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 360, p. 35-50, mar./abr. 2002.

GOMES, Hélio. *Medicina Legal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966. 758 p.

GOMES, Orlando. A agonia do código civil. *Revista de direito comparado luso-brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, n. 7, p. 1-9, jul. 1985.

HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1986. 158 p.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Tristes trópicos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. 400 p.

LIMA, Osmar Brina Corrêa. Aspectos jurídicos de sexualidade contemporânea. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 319, p. 318-326, jul./set. 1992.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 298 p.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao novo código civil, volume XX: da união estável, da tutela e da curatela*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 52 p.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3. ed. [rev. atual. ampl.]. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 212 p.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 359 p.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003. 199 p.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 718 p.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*. v. V. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 585 p.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*. v. VI. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 454 p.

TANNAHILL, Reay. *O sexo na história*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1983. 51 p.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. [rev. e atual.] Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 590 p.

VAINFAS, Ronaldo. Moralidades brasílicas: deleites sexuais e linguagem erótica na sociedade escravista. In: SOUZA, Laura de Mello e. (Org.) *História da vida privada no Brasil*. v. I. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 2.

ARTIGO VI

Estudo de caso: Vila Pomar do Cafezal e a descriptação da informação de risco geológico

Case study: Vila Pomar do Cafezal and the decryption of geological risk information

CLEIDE APARECIDA NEPOMUCENO

Defensora pública em Minas Gerais, titular da Defensoria Especializada em Direitos Humanos, Coletivos e Socioambientais de Belo Horizonte. Especialista em Direito Urbanístico pela PUC Minas. Membro da Comissão do Direito Social à Moradia do Colégio Nacional de Defensores Públicos.

Resumo: O artigo narra uma demanda da Defensoria Pública de Minas Gerais que consistiu em uma ação de remoção proposta pelo Município de Belo Horizonte contra vários moradores que estariam supostamente em área de risco geológico. Além de descrever, sucintamente, o processo judicial, o artigo traz também o trabalho extrajudicial executado e o resultado de educação em direitos que ele proporcionou ao instruir os moradores proporcionando a mobilização social deles e o entendimento acerca do entendimento do Município sobre a área em questão o que representou uma descriptação do parecer de risco geológico.

Palavras-chave: Área de risco geológico; Descriptação; Remoção; Direito à moradia.

Abstract: The article narrates a demand from the Public Defender's Office of Minas Gerais which consisted of a removal action proposed by the Municipality of Belo Horizonte against several residents who were supposedly in an area of geological risk. In addition to succinctly describing the judicial process, the article also presents the extrajudicial work carried out and the result of education in rights that it provided by instructing residents, providing their social mobilization and understanding about the Municipality's understanding of the area in question, which represented a decryption of the geological risk opinion.

Keywords: Geological risk area; Decryption; Removal; Right to housing.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Atuação da Defensoria Pública na defesa de famílias ameaçadas de remoção forçada em função do risco geológico; 3. Do surgimento do Pomar do Cafezal; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. Introdução

Em 2009, o Município de Belo Horizonte, por meio da Defesa Civil, notificou várias famílias a deixarem as suas casas, situadas no prolongamento da Rua Sustenido, Aglomerado da Serra, sob a alegação de que se tratava de área de risco geológico, mas não ofertou alternativas para o reassentamento delas, em flagrante insubordinação às recomendações da Lei Federal n. 12.604/2010. Iniciou-se, então, um conflito entre as cerca de 70 famílias que moravam no território e reclamavam o direito de posse e moradia e o Município que reivindicava a remoção da área, alegando se tratar de área sujeita a risco geológico. A Associação de Bairro das Adjacências peticionou no processo, reclamando a remoção das moradias, acirrando, assim, o conflito entre a retirada e permanência das famílias.

A Defensoria Pública de Minas Gerais iniciou um trabalho em conjunto com um grupo de arquitetos e geógrafos em defesa do direito de moradia e posse dos moradores no território, e contou também com a mobilização e organização dos moradores em torno da formação de uma comunidade consciente na prevenção de riscos de deslizamentos.

A atuação da Defensoria Pública resultou no ajuizamento de uma Ação Civil Pública, bem como na defesa dos moradores em ação com pedido de demolição ajuizada pelo município. A ação judicial contou com o parecer dos especialistas mencionados, sensibilizados pela situação dos moradores e do entendimento equivocado do município. O conflito, além de ter sido judicializado, teve grande cobertura midiática por se tratar de uma área limítrofe entre a cidade formal e informal, bem como em função da comoção pública que um deslizamento de terras pode causar.

Entende-se aqui por cidade informal aquela cujas edificações são destituídas da competente certidão de registro de imóvel, carentes ou não de infraestrutura urbana, e a cidade formal que cresceu obedecendo às regras de ordenamento territorial urbano do município, cujas edificações possuem a titulação.

O caso do Pomar do Cafezal demonstra como uma política urbana de prevenção de risco pode ser usada como subterfúgio para gentrificação social, por meio de um discurso encriptado de dominação, e a importância da mobilização social e a estruturação da Defensoria Pública como elementos essenciais para a sustentação de uma política que de fato possa favorecer quem dela necessita.

O artigo parte da descrição de um caso exitoso para analisar, à luz da encriptação do poder, como o direito à informação é importante para que um grupo de pessoas vulnerabilizadas possa ter autonomia e reivindicar seus direitos

numa perspectiva de participação democrática nos debates que decidem o destino do local onde elas moram e como se dá a disputa e reivindicação do direito à cidade no capitalismo.

2. Atuação da Defensoria Pública na defesa de famílias ameaçadas de remoção forçada em função do risco geológico

A topografia acidentada do Município de Belo Horizonte, somada à escassez de oferta de terra dotada de infraestrutura para moradia popular são elementos que contribuem para formação de assentamentos informais em áreas de risco geológico, mas a caracterização do risco deve ser atestada por uma equipe técnica, responsável por avaliar as medidas para superação do risco de deslizamentos de terra, restando a opção de demolição das construções e remoções das famílias como última opção, e, se inevitáveis, sucedidas pelo reassentamento delas em outro local seguro por parte do município.

Esse posicionamento está assentado na Lei 12.608/12 que instituiu a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC) e, dentre outras disposições, acrescentou o artigo 3º-B da Lei n. 12.340, de 1º de dezembro de 2010¹, relativa à Defesa Civil, de modo a obrigar o Município a promover ações de prevenção antes da remoção de famílias.

Assim, verificadas ocupações em áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos, o Município adotará as providências para redução do risco, dentre as quais, a execução de plano de contingência e de obras de segurança e, quando necessário, a remoção de edificações e o reassentamento dos ocupantes em local seguro.

Em 2013, o Município de Belo Horizonte ajuizou ação de remoção contra as primeiras 69 famílias que residiam no Prolongamento da Rua Sustenido, Aglomerado da Serra, sem oferta de opção de reassentamento a não ser a indicação do Abrigo Público que também serve de acolhimento à população em situação de rua. A municipalidade fundamentou o pedido com um relatório da Defesa Civil e outro da Companhia Urbanizadora de Belo Horizonte (URBEL), integrante da Administração Indireta do Município (sociedade de economia

¹ “Art. 3º-B. Verificada a existência de ocupações em áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos, o município adotará as providências para redução do risco, dentre as quais, a execução de plano de contingência e de obras de segurança e, quando necessário, a remoção de edificações e o reassentamento dos ocupantes em local seguro” (BRASIL, 2010).

mista) e responsável por intervenções urbanas em vilas e favelas da cidade. Os relatórios apontavam algumas evidências do sugerido risco de escorregamento, mas o município não apresentou ao processo relatórios individualizados das 69 moradias que pretendia primeiramente remover por estarem em perigo.

O local objeto do conflito é uma área privada, abandonada por seu proprietário do setor imobiliário; a pessoa jurídica Fayal S.A.. Portanto, não havia conflito possessório, a não ser o interesse por parte da Associação de Moradores da Vila Lambertucci de que a favela não se estendesse por essa área, como ficou claro pela manifestação judicial dessa. A área está inserida em uma favela consolidada em Belo Horizonte, localizada na valorizada região Centro-Sul, bem próxima (a poucos metros) da “cidade formal”. A localidade havia sido objeto de um loteamento registrado antes da Lei n. 6766/1979, mas não implantado de fato. A abertura das ruas pelos moradores não coincide com as ruas aprovadas no cadastro de planta levado ao registro junto ao respectivo Cartório de Registro de Imóveis. A ordem de demolição das casas foi concedida em 1ª instância com fundamento jurídico no risco à vida que, segundo o magistrado, se sobrepunha ao direito à moradia. Após cassado tal julgado que deferiu a antecipação de tutela em recurso de agravo de instrumento manejado pela Defensoria Pública, o município, no final de 2013, intentou nova ação demolitória, com concessão de outra tutela de urgência, que, mais uma vez, foi reformada depois da interposição de um segundo agravo de instrumento pela Defensoria.

Além da defesa nas mencionadas ações, a Defensoria Pública ajuizou Ação Civil Pública, processo n. 0024.13.108.447-7, defendendo o direito público subjetivo do assentamento à regularização fundiária. Nessa ação, se sustentou que embora o local não apresentasse o risco geológico afirmado pelo município, as famílias precisavam de infraestrutura urbana como obras de saneamento básico e drenagem pluvial, uma vez que riscos pontuais de deslizamento de terra poderiam aparecer, seja por falta dessa infraestrutura ou mesmo em razão de casas construídas indevidamente. Nesse caso, salientou-se ainda que as famílias careciam de assistência técnica por parte do município.

A contestação da Defensoria Pública do pedido de remoção e demolição de moradias, pautado em parecer técnico do município sobre a existência de risco geológico por deslizamento de massa, deve-se fundamentar em um contra laudo, o que não é possível, em regra, uma vez que a instituição não tem em seus quadros um corpo técnico que possa avaliar o relatório produzido pelo município e o impugnar, se houver elementos. A argumentação, na maioria dos casos, se

fundamenta apenas nas diretrizes da Lei n. 12608/2012, dentre elas, a que impõe a remoção das famílias como ultima ratio, assim, a contestação se fundamenta em averiguar se há justificativa técnica de remoção pela impossibilidade, seja técnica ou orçamentária, de superação dos riscos por meio de obras ou intervenções no local.

O caso do Pomar do Cafezal foi uma exceção, pois, sensibilizados com a possibilidade de remoção de várias famílias de um território onde não havia conflito pela posse da terra, a comunidade conseguiu um laudo assinado por um geólogo, que foi usado pela Defensoria Pública para impugnar o risco de deslizamento apontado pelo município. Neste caso, portanto, além de refutar o parecer técnico, por ele não apontar a possibilidade de obras para evitar o risco de deslizamento em detrimento da remoção das famílias, a Defensoria Pública contou com elementos para pedir a realização de várias medidas preventivas e a manutenção da posse das famílias no local amparada por outro parecer técnico. Sem o laudo, tornar-se-ia complexo a alegação de manutenção da posse ancorada apenas na diretriz de que a remoção deve ser a última ratio da política de prevenção de risco adotada pelo município.

Em 11/07/2014, foi publicado o acórdão²³ nos autos da Ação Civil Pública, deferindo várias obrigações ao Município de Belo Horizonte, entre elas a oferta de reassentamento para as famílias e, na impossibilidade, na obrigação de pagamento de bolsa moradia. A Ação Civil Pública contou com parecer favorável do Ministério Público.

Em 2015, o Município de Belo Horizonte não havia cumprido a decisão, de forma que as famílias continuavam na ocupação com a mesma estrutura que tinham e, como se não bastasse, diversas matérias foram divulgadas da mídia afirmando o risco de escorregamento da região^{4 5 6 7}. O município conseguiu um estudo do Ibape (Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia) o

² Conforme Lei 11888/2008.

³ Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/themis/baixaDocumento.do?tipo=1&numeroVerificador=100241310844770012014706267>

⁴ Disponível em: <https://www.otempo.com.br/cidades/risco-de-desabamento-iminente-ameaca-casas-de-106-familias-no-cafezal-1.1154974>

⁵ Disponível em: <https://www.hojeemdia.com.br/acervo/defesa-civil-aponta-risco-de-deslizamento-e-quer-fazer-a-remo%C3%A7%C3%A3o-de-cem-casas-no-morro-do-cafezal-1.205250>

⁶ <http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2015/10/laudo-do-ibape-aponta-risco-de-desabamento-em-aglomerado-de-bh.html>

⁷ Disponível em: <https://noticias.r7.com/minas-gerais/risco-de-desabamento-ameaca-100-familias-no-aglomerado-da-serra-30102015>

qual afirmava, segundo o seu presidente, Clemenceau Chabi, que o local estava sob risco⁸.

Nesse mesmo ano, a Defesa Civil do Município continuou insistindo na existência de risco geológico na região e emitiu várias notificações de risco, sugerindo que eles estavam localizados na Rua Sustenido. A Defensoria Pública solicitou cópia das 74 notificações realizadas pela Defesa Civil que foram estudadas pela equipe dos Arquitetos Sem Fronteira que concluíram, em parecer destinado à Defensoria Pública, que apenas 1,48% das notificações estavam efetivamente localizadas na Rua Sustenido, conforme coordenadas geográficas examinadas, as demais não diziam respeito à encosta dessa localidade, mas em outro local do Aglomerado da Serra. Esse parecer resultou em uma Recomendação da Defensoria Pública ao município em 2016 para que a Defesa Civil se pontuasse nas diretrizes da Lei n. 12.608/2012 e atentasse para o princípio da informação, já que a conclusão das notificações estava equivocada quanto à localização delas.

Somado a isso, foram realizadas ao menos duas visitas técnicas no Território pela Defensoria Pública, Ministério Público acompanhados de membros dos Arquitetos Sem Fronteira com a intenção de orientar os moradores a respeito das medidas necessárias para acompanhamento de riscos pontuais de deslizamento de terras e, neste caso, pela importância da Defesa Civil no monitoramento do risco, pois, a despeito da discordância de que toda a encosta sofreria risco de deslizamento de massas, nunca foi negada a existência de riscos pontuais, ou seja, que algumas casas poderiam sofrer deslizamentos, seja por causa da água de chuva e ineficiência de drenagem pluvial, seja pela construção sem alicerce e em locais de escoamento de água.

Todas as medidas, em conjunto, culminaram na assinatura de um Termo de Acordo colocando fim na ação demolitória do município e na Ação Civil Pública da Defensoria Pública mediante o qual o Município de Belo Horizonte se comprometia com o monitoramento da região em virtude dos riscos pontuais de deslizamento de terras e desistia da pretensão de demolição e remoção de todas as famílias. Após novas vistorias, prévias à assinatura do acordo, somente duas famílias foram removidas.

Verificou-se no conflito que havia a disputa por parte da Associação para que as famílias fossem removidas e não houvesse um prolongamento da favela com suas casas sem reboco e ruas sem pavimentação que depreciavam o valor econômico

⁸ Relatório do caso foi apresentado no Fórum de Justiça da Defensoria Pública do Rio de Janeiro e disponível em: <https://casoteca.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2017/11/hjemdia.png>

das demais propriedades que estão ao redor e, de outro lado, a reivindicação dos moradores pelo direito a habitar na cidade.

A interpretação da existência de riscos e deslizamentos por toda a encosta realizada pelo Município de Belo Horizonte também tinha, por consequência, conter a expansão das favelas, posto que esse argumento é forte para provocar o Poder Judiciário com decisões de despejo. Entretanto, uma leitura mais acurada dos riscos de deslizamentos de terra impunha observar que os riscos são monitoráveis e que não havia impedimento para a ocupação do território pelas famílias vulnerabilizadas.

O espaço reivindicado pelas famílias vulnerabilizadas, como um prolongamento da favela já existente, foi disputado com os demais moradores do local e com o próprio poder público e, nessa disputa, o direito de posse e moradia dos ocupantes era resistido porque a pobreza deprecia a terra enquanto mercadoria.

3. Do surgimento do Pomar do Cafezal

A comunidade começou a se formar no início da década de 2000 em um local que havia sido destinado a um parcelamento denominado de Parque Nossa Senhora do Rosário, de 1949, que nunca foi efetivado. O início da ocupação do território coincide com a construção da Praça de Esportes entre 2002 e 2004, e na abertura da Rua F, na proximidade, pelo município. O prolongamento da Rua Sustenido, até o momento não pavimentado, foi aberto pelos próprios moradores. Acima da encosta da Rua Sustenido onde se formou a Vila Pomar do Cafezal está localizada a praça de esportes.

O entendimento do município de que toda a encosta onde se formava a Vila Pomar do Cafezal estava sob o risco de escorregamento de terras foi contestado por arquitetos, geólogos, geógrafos, Defensoria Pública e Ministério Público, mas a existência de riscos pontuais de deslizamento de terras e a necessidade de obras de infraestrutura na Vila, como, por exemplo, saneamento básico e obras de drenagem pluvial, e a constante vistoria pela Defesa Civil sempre foram pontuados como necessários.

Até a presente data, apesar da inexistência de disputa pela posse da terra e de não haver mais a tentativa do município de remoção de todas as famílias, o local ainda carece de infraestrutura.

A esse despeito, a partir de 2013, a comunidade orientada a respeito da existência de áreas de grande declividade e, por isso, inapropriada para construção de moradias, por iniciativa de alguns moradores e apoiadores, foram plantadas várias árvores frutíferas em local onde as águas pluviais são conduzidas, o que deu origem ao nome Vila Pomar do Cafezal.

O envolvimento da comunidade em todo o processo de negociação com o Poder Público, em audiências públicas, reuniões foi fundamental no convencimento do Poder Público Municipal de que a permanência da comunidade no local era possível. Ao logo das visitas e de reuniões, sobretudo com os apoiadores e com a equipe dos Arquitetos Sem Fronteira, os moradores, especialmente um pequeno grupo que os representava, foram se apropriando do discurso de que a manutenção das moradias no local seria possível e que eles próprios poderiam fazer medidas pontuais para sanar problemas mais graves de deslizamento de terras, como a construção de uma escada hidráulica e a criação de um pomar, e usando-o de forma autônoma e na defesa de seus direitos.

4. Conclusão

O discurso de que a encosta estava assentada sobre uma área de risco geológico com potencial risco de deslizamento por rastejo, além de não mensurar as possibilidades de superação de riscos pontuais e realizar obras de intervenção, se configurou em um discurso encriptado de dominação política apto a gerar uma gentrificação no local em detrimento da consolidação do assentamento e garantia de moradia das famílias, uma vez que incutia o medo nas famílias. Por meio de muito diálogo foi possível estabelecer a posse dos moradores na Vila Pomar do Cafezal descriptando o primeiro entendimento do poder público que impunha a retirada de todas as famílias.

A descriptação do primeiro discurso do Município foi uma importante fonte de empoderamento da comunidade e possibilidade de diálogo com o poder público. Denise Morado (2020) discorre sobre a descriptação no contexto de autoconstruções urbanas:

Descriptar significa olhar o território pelo olhar do Outro, pelo olhar de quem mora e ocupa, de quem cotidianamente vivencia e experimenta o espaço, por meio da informação dos moradores (dá forma ao lugar). [...] Descriptar a cidade é analisar o lugar pelas narrativas dos moradores, e não classificar o lugar pelas narrativas dos detentores do conhecimento e do capital (p. 229).

O trabalho realizado pelos Arquitetos sem Fronteiras, Movimentos Sociais, Ministério Público e a própria Defensoria Pública junto à comunidade contribuiu para a formação de um grupo de moradores conscientes de sua capacidade de mobilização e articulação junto ao Município, repudiando o parecer global de remoção de área de risco, sem o prévio exame individual de cada casa supostamente em área de risco geológico.

O conflito não se limitou à esfera judicial e a Defensoria Pública, nesse caso não foi uma mera engrenagem para manter o simulacro de participação democrática e solução da lide pelo Judiciário, alienando os envolvidos (atingidos) do conflito. Como explica Camila Dantas (2021):

Com o papel desenhado para fornecer assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, a impressão que se dá é a sensação ilusória de ter tornado possível a “participação social” daqueles fora do padrão (capitalista) previamente estabelecido. Isso assegura o sentimento de compromisso social do Estado com aqueles excluídos pelo sistema, tendo em vista que o Estado lhes apadrinha com a criação da Defensoria Pública. Satisfaz minimamente o sujeito oculto, a ponto de não se dar ao trabalho de chamar para si a responsabilidade em debater e reivindicar seus direitos, terceirizando (p. 160).

Os envolvidos diretamente nos conflitos, ou seja, os moradores ameaçados de remoção compulsória pela ação judicial movida pelo município compreenderam que, apesar do risco geológico existir, ele era apenas pontual, e as famílias poderiam ali permanecer, mas era, naquele momento, conveniente para o município promover a expulsão dos moradores, com o apoio da vizinhança, a ter de monitorar possíveis pontos de deslizamento de terras em mais uma área de especial de interesse social que serve de moradia para pessoas vulnerabilizadas incapazes de comprar um imóvel no mercado formal de terras.

O conflito envolvendo a Comunidade Santana do Cafezal teve um desfecho favorável às famílias no que diz respeito à ameaça de remoção compulsória, mas elas ainda carecem de infraestrutura e regularização fundiária, motivos pelos quais elas devem permanecer mobilizadas e partícipes das instâncias democráticas da cidade, como fóruns, e do Conselho Municipal de Habitação.

As famílias da Vila Pomar do Cafezal foram vitoriosas em sua reivindicação pelo direito à (morar) cidade, exigindo do Poder Público uma revisão sobre o parecer de risco geológico, que as entidades parceiras as ajudaram a compreender

descriptando o primeiro parecer técnico por meio da análise do mesmo território sob a perspectiva de quem nele habita.

5. Referências

BRASIL. Ministério das Cidades. *Prevenção de riscos de deslizamento em encostas*: guia para a elaboração de políticas municipais sobre. 2011. Disponível em: <http://planodiretor.mprs.mp.br/arquivos/prevencaoariscos.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2017.

DANTAS, Camila Cortes Rezende Silveira. *Defensoria Pública e Encriptação, a busca da democracia e os vulnerabilizados*. 1. ed., Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

MENDES, Alexandre. F. O debate em torno do risco, da moradia e das remoções em um ano de tragédias. In: MENDES, Alexandre. F.; COCCO, Giuseppe. *A resistência à remoção de favelas no Rio de Janeiro*: instituições do comum e resistências urbanas: a história do núcleo de terras e habitação e a luta contra a remoção de favelas no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p.181-207.

NASCIMENTO, Denise Morado. *O sistema de exclusão na cidade neoliberal brasileira*. Marília: Lutas Anticapital, 2020.

STARLING, Paula Miller. *O risco geológico como justificativa para remoções forçadas no aglomerado Santa Lúcia e na Vila Bandeirantes em Belo Horizonte*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte: 2015.

Memorial Descritivo e Planta do Imóvel: prova documental essencial para os processos de usucapião

Descriptive Memorial and Property Plan: essential documentary evidence for Usucaption (“Adverse Possession”) processes

LUCAS TORRES ELOI

Assessor técnico da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Engenheiro civil. Perito avaliador. Membro do IBAPE-MG (Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia). Auxiliar da Justiça cadastrado do Banco Eletrônico de Peritos do TJMG (Tribunal de Justiça de Minas Gerais). Graduado em Engenharia Civil pela PUC Minas (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais) e pós-graduado em Avaliações e Perícias pelo IEC-PUC/IBAPE-MG e Engenharia Diagnóstica pelo INBEC (Instituto Brasileiro de Educação Continuada). Desde 2014, atuou como responsável técnico em diversos casos na elaboração de memoriais descritivos e plantas para fins de usucapião, com participação efetiva em todas as etapas: investigação, vistoria e laudo (total de 40 trabalhos concluídos ao longo destes anos). Foi sócio-diretor da empresa LT Engenharia, entre 2015 e 2021, onde desenvolveu serviços destinados à interface técnica-jurídica, e ainda, ao segmento de regularização de imóveis em toda região metropolitana de Belo Horizonte. Nomeado como perito do juízo e indicado como assistente técnico pelas partes em processos de diversas comarcas de Minas Gerais, com atuações em variadas perícias oficiais.

Resumo: Vivencia-se o cenário de recorrentes entraves nos processos de usucapião, muitas vezes originados de omissões, pendências e equívocos vinculados à documentação técnica correspondente, que provoca retrabalhos e atrasos nos referidos pleitos. Os profissionais que iniciam nos trabalhos de elaboração do Memorial Descritivo e Planta para fins de usucapião não possuem parâmetros objetivos a serem seguidos e os documentos elaborados, tomados como exemplo, se apresentam de maneira superficial ou com inconsistências. Esta situação também ocorre pela falta de percepção dos objetivos por parte de quem os elaboram, até mesmo pelos profissionais veteranos. O presente artigo traz explanações sobre a referida documentação técnica, visando orientar os juristas na análise e apresentar informações didáticas aos profissionais técnicos iniciantes, e ainda, trazer conceitos gerais que devem ser reforçados àqueles profissionais técnicos que já atuam na área, conduzindo-os ao aperfeiçoamento das práticas adotadas. Ademais, aos leitores com formação acadêmica diversa da matéria de direito e àqueles que não atuam diretamente nesta esfera, o artigo contempla a conceituação sumária de propriedade, domínio e posse, a contextualização dos tipos de usucapião, com o detalhamento das vertentes existentes, bem como, os esclarecimentos quanto às formas alternativas para o desenvolvimento destes processos. Por fim, considerando a abordagem completa sobre o Memorial Descritivo e Planta, contendo desde informações sobre as disposições gerais,

até o detalhamento das matérias que representam maiores impactos ao curso e ao êxito da usucapião, este artigo pode ser considerado um referencial teórico que deve se fazer presente nos estudos dos profissionais envolvidos neste segmento.

Palavras-chave: Memorial Descritivo; Usucapião; Posse; Propriedade; Imóvel.

Abstract: *We are currently experiencing recurrent obstacles in Usucaption (“Adverse Possession”) processes, often stemming from omissions, pending issues, and mistakes related to the corresponding technical documentation, leading to rework and delays in these proceedings. “Professionals embarking on the preparation of the Descriptive Memorial and Property Plan for Usucaption purposes often lack clear guidelines to follow, leading to documents that are superficially presented or inconsistent. This situation also arises from a lack of understanding of the objectives by those who prepare them, even among seasoned professionals. This article provides explanations regarding said technical documentation, aiming to guide legal practitioners in analysis and provide didactic information to novice technical professionals. Furthermore, it aims to reinforce general concepts for those already working in the field, guiding them towards improving their practices. Additionally, for readers with academic backgrounds outside of law and those not directly involved in this sphere, the article includes a brief conceptualization of property, ownership, and possession, contextualizing the types of Usucaption with detailed explanations of existing variants, as well as clarifications regarding alternative methods for carrying out these processes. Finally, considering the comprehensive approach to the Descriptive Memorial and Property Plan, encompassing everything from general provisions to detailed matters that have significant impacts on the course and success of Usucaption, this article can be considered a theoretical reference that should be present in the studies of professionals involved in this field.*

Keywords: *Descriptive Memorial; Adverse Possession; Real Estate Ownership; Real Estate Property.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Usucapião: breve contextualização; 3. Memorial Descritivo: disposições gerais; 4. Memorial Descritivo: matérias em destaque; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. Introdução

Inicialmente, peço licença aos leitores para um relato pessoal, exposição da experiência profissional que ilustra as questões relacionadas ao assunto em tela. Há dez anos, quando iniciava minha atuação no desenvolvimento da documentação técnica para fins de usucapião, havia uma grande carência de referencial teórico, que orientasse os profissionais envolvidos, para a elaboração do Memorial Descritivo e Planta do Imóvel.

Com o passar dos anos, foram surgindo algumas diretrizes normativas particulares ao caso que, de certa forma, norteiam a elaboração dos referidos

documentos técnicos, como é o caso de termos regimentais das Instituições de Justiça: Conselho Nacional de Justiça (CNJ); e Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais (CGJ), e de normas técnicas com menções específicas.

No entanto, atualmente, ainda existe uma escassez de instrumentos que sejam capazes de auxiliar os profissionais, de forma prática e objetiva, na elaboração de Memorial Descritivo e Planta para fins de usucapião, percebido pela grande divergência entre os trabalhos disponibilizados. Pode-se considerar também que falta a percepção concreta do objetivo do trabalho por parte de quem o elabora, grande parte dos profissionais técnicos não sabem de fato o que deve ser relatado.

Dessa forma, vivencia-se o cenário onde os profissionais que se iniciam nesse tipo de atividade não possuem parâmetros definidos a serem seguidos e, muitos dos trabalhos já realizados, tomados como exemplo, se apresentam de maneira superficial e com eventuais inconsistências. Fato que provoca recorrentes retrabalhos e, conseqüentemente, atrasos nos processos de usucapião, diante de omissões, pendências e equívocos da documentação técnica relacionada.

De maneira geral, a elaboração do Memorial Descritivo e Planta classifica-se como um trabalho técnico de menor complexidade, quando estes documentos são desenvolvidos com uma mínima consistência e apresentação clara do conteúdo, ficam aptos a atender efetivamente a sua finalidade.

O objetivo deste artigo é trazer explanações sobre a referida documentação técnica, de modo orientar os juristas na análise desses documentos, os quais são juntados aos autos de usucapião ou compilados aos demais instrumentos exigidos nos procedimentos extrajudiciais. Além disso, o presente texto apresenta informações didáticas aos profissionais técnicos iniciantes que ainda não prestam tais serviços, bem como, conceitos gerais que devem ser reforçados àqueles profissionais técnicos que já atuam na área, conduzindo-os a ajustes e aperfeiçoamento nas práticas adotadas.

Também nesse sentido, cabe destacar que, a Coordenadoria Cível da Capital da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais (DPMG), em março de 2024, desenvolveu um completo Modelo de Memorial Descritivo e Planta do Imóvel para Usucapião, com enfoque para imóveis urbanos, o qual é disponibilizado aos seus assistidos e respectivos profissionais envolvidos, visando atingir uma padronização dos documentos utilizados pela instituição, com finalidade de atendimento mínimo às exigências normativas existentes, evitando retrabalhos e delongas processuais.

2. Usucapião: breve contextualização

Este capítulo poderia ser dispensado ao público com domínio na matéria de Direito, no entanto, cumpre uma importante função aos leitores com formação acadêmica diversa, ou mesmo, aqueles que não atuam diretamente nessa esfera, para uma mínima compreensão do universo em que o Memorial Descritivo e a Planta do Imóvel se inserem, além das expectativas relacionadas.

2.1. Conceitos básicos

O termo propriedade é definido pela norma técnica vigente de perícias de engenharia na construção civil como “relação de direito entre a pessoa e a coisa certa e determinada, podendo dela usar, gozar ou dispor, submetendo-a de maneira absoluta, e direta a sua vontade e poder” (ABNT, NBR 13.752, 1996, p. 5).

Ainda na referida norma técnica, consta a definição de domínio como “direito real que submete a propriedade, de maneira legal, absoluta e exclusiva, ao poder e vontade de alguém, é a propriedade plena” (ABNT, NBR 13.752, 1996, p. 4). No âmbito imobiliário, este conceito ocorre mediante o ato registral do imóvel. Sem este dispositivo, pode-se afirmar que não há domínio, ou seja, não se estabelece o vínculo legal da propriedade.

Já o termo posse, segundo Batista (2015), é definido como sendo a retenção das coisas ou dos direitos, com ou sem fruição. Em definição jurídica, apresenta-se como exteriorização do direito de propriedade, conferindo ao possuidor a possibilidade de exercer as disposições que lhe são atribuídas sobre a coisa física pelo direito de propriedade ou de domínio, como os atos de uso e de gozo. Pela teoria subjetiva, a posse se constitui pelo poder físico ou detenção do material, juntamente com a intenção de tê-lo ou ocupá-lo como próprio. Pode-se concluir que essa é a situação de fato, ocorre independente de título e possivelmente se transforma em propriedade.

Theodoro Jr. (1994), adicionalmente afirma que não é preciso que o possuidor esteja habitando o imóvel, basta praticar atos que exteriorizam a condição de dono. Como exemplo, verifica-se a configuração de posse em terrenos vagos, tendo em vista que, para assumir o domínio sobre um imóvel não é necessário edificar ou explorar economicamente, a posse pode ocorrer sem que o possuidor pratique esses atos, a existência de cercas ou ações que impeça invasões é suficiente para configurar tal posse.

É importante destacar duas condições de posse detalhadas por Batista (2015), são elas:

- I - Posse justa é aquela iniciada sem violência que não ultrapasse seus limites, não apresentando vícios ou sinais de clandestinidade ou precariedade;
- II - Posse de boa-fé ocorre mediante crença da pessoa que se tem direito sobre a coisa, julgando o fato a partir de razões plausíveis.

2.2. Definição de Usucapião

A ação de usucapião é definida por Batista (2015) como um meio aquisitivo da propriedade, provida mediante posse exteriorizada da coisa tida como própria, desde que essa posse se prolongue mansa ou pacificamente de forma contínua, sem mesmo que o possuidor disponha de qualquer título. O referido autor, afirma ainda que a finalidade da usucapião é contribuir para a paz social, pois a posse não oferece ao possuidor a tranquilidade fornecida pelo domínio, por mais pacífica que seja.

Pela definição constante na ABNT NBR 13752:1996, usucapião é uma face da legislação que permite a aquisição do domínio através do reconhecimento da posse. Batista (2015) complementa essa ideia, ressaltando que a posse deve se configurar como de boa-fé, pacífica, contínua e pública para efeito de prescrição aquisitiva. Além dos enquadramentos anteriormente conceituados, a publicidade da posse corresponde ao meio transparente para evidenciar o exercício do poder físico, através dela, eventuais interessados ou partes adversas podem visualizar a situação requerida.

Seguindo nessa linha jurídica, Nascimento (1992) afirma que a usucapião se trata de um processo de plurifundamentação, o qual se justifica com os seguintes fundamentos: 1) Inércia do proprietário, caracterizada com a conduta omissiva deste – ressaltando que o “não uso” é um direito do proprietário, e a oposição é qualificada apenas mediante atos processados em juízo – simples reclamações e discussões verbais não descaracterizam a conduta omissiva; 2) Conduta comissiva de terceiro, no caso o possuidor, outro elemento importante, que constata a posse prolongada e o exercício da utilidade do bem, ou seja, a configuração de uma função de conteúdo social.

Theodoro (1994) apresenta, em outros termos, os mesmos preceitos: a posse contínua e incontestada, sendo mansa e pacífica, juntamente com o “ânimo de dono” por parte do possuidor – que se demonstra no comportamento e na postura

de quem se considera de fato proprietário da coisa. Com a constatação desses fatores, o processo possui duas vertentes com denominações distintas, de acordo com o tempo de posse e alguns parâmetros específicos, os quais são estabelecidos pelo Código Civil (Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), tipologias também citadas por Batista (2015):

I - Usucapião Ordinária: requerida por aquele que tiver posse de um imóvel por mais de dez anos, necessariamente ter agido com “boa-fé” e munido de título, que pode ser representada por atos jurídicos e escritos públicos ou particulares. Esse prazo se reduz para cinco anos caso o possuidor tenha estabelecido no imóvel moradia ou realizado investimentos de interesse social e econômico;

II - Usucapião Extraordinária: condição que se consuma pela posse superior a quinze anos, independente das condições de justo título e “boa-fé”. O que legitima tal fato é a caracterização da posse como justa, incontestada e ininterrupta, que se dá pela continuidade na possibilidade de o possuidor exercer o contato físico com o imóvel. Se esse residir no imóvel ou ter realizado obras de caráter produtivo, o período estipulado para a referida consumação será de dez anos.

Existe ainda, outra vertente considerada para imóveis urbanos, a Usucapião Especial Urbana. Esta modalidade permite a aquisição da propriedade no caso em que o possuidor reside no imóvel com posse mansa e ininterrupta por cinco anos, exercendo a posse justa com “ânimo de dono”, desde que a área pleiteada tenha até 250 m² e esse não possua outro imóvel como propriedade.

Cabe ressaltar que, conforme previsto nos artigos 183 e 191 da Constituição Federal (1988), fica vedada a aquisição de imóveis públicos por usucapião. Portanto, eventuais áreas de domínio público que sejam ocupadas por determinado possuidor – na prática, incorporadas ao terreno do imóvel usucapiendo como parte agregada, devem ser descartadas e desconsideradas no respectivo requerimento de usucapião.

2.3. Processo judicial

Conforme Theodoro Jr. (1994), o sujeito possuidor de determinado imóvel, que atender as condições já delimitadas neste capítulo, através de trâmites jurídicos adequados, pode requerer ao Juízo que o declare como proprietário por

sentença, instrumento que lhe servirá como título para devida transcrição no ofício do registro de imóveis da respectiva circunscrição onde está inserido.

A ação de usucapião, prevista pelo Código de Processo Civil (CPC), Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015, compete ao possuidor que se declare com o domínio do imóvel, com base nos termos da lei. Fica estabelecido no CPC (1973) que o autor deve expor a fundamentação do pedido e juntar na petição inicial as provas documentais, incluindo Memorial Descritivo e Planta do Imóvel.

Com os referidos instrumentos se dará o requerimento, esses também constarão na citação dos confrontantes (vizinhos confinantes) e das pessoas que tiverem seus nomes lavrados no respectivo registro do imóvel usucapiendo, além dos diversos réus e terceiros eventualmente interessados.

Vale informar que, os entes públicos envolvidos poderão intervir durante todos os atos do processo de usucapião. Representantes das repartições públicas federais, estaduais e municipais sempre são intimados para manifestarem o interesse na causa – ato comum nas situações que envolvam bens públicos ou terras devolutas (imóveis que não possuem registros formais).

Na fase final, quando o julgamento da sentença for procedente, a ação será transmitida no registro do imóvel correspondente, mediante a mandado direcionado ao cartório responsável, concluindo, assim, o objetivo principal, que é a obtenção do domínio pelo respectivo proprietário.

Desta forma, a Lei de Registros Públicos (Lei Federal n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973), especialmente no artigo 176-A, dispõe sobre a registro da aquisição originária, modalidade na qual o resultado dos processos de usucapião se enquadra. A referida legislação estabelece a abertura de matrícula relativa ao imóvel adquirido quando: “I - atingir parte de imóvel objeto de registro anterior; ou II - atingir, total ou parcialmente, mais de um imóvel objeto de registro anterior”.

Neste sentido, verifica-se que o êxito no processo de usucapião é capaz de promover a abertura de uma nova matrícula para o imóvel usucapiendo, considerando as circunstâncias estabelecidas na legislação (mencionadas no parágrafo anterior). A referida matrícula será baseada no Memorial Descritivo e Planta correspondente, documentos técnicos que instruíram o respectivo processo de aquisição do imóvel usucapiendo.

Ainda no artigo 176-A da Lei de Registros Públicos, fica estabelecido que, as matrículas atingidas pela aquisição da usucapião serão encerradas ou receberão

averbação do respectivo desfalque, conforme o caso que mais se adequa à situação em questão.

2.3.1. Consistência das informações do requerimento

No tocante à fundamentação e à prova documental, Yee (2010) cita alguns vícios comuns presentes na fase inicial do processo, como os vícios de títulos dominiais juntados aos autos, superposições de títulos ou fatos geradores de eventuais ações possessórias, por exemplo. O mesmo autor cita também os casos em que a planta do imóvel não confere com as características físicas do local em relação ao imóvel usucapiendo e/ou aos confrontantes (vizinhos confinantes).

No entanto, enfrentando as situações mencionadas, Theodoro Jr. (1994) esclarece que a constatação de simples deficiências nas peças jurídicas e na documentação técnica relacionada não é causa de nulidade do processo, essas podem ser supridas por elementos extraídos de prova pericial.

Teoricamente, caso haja inconsistências e/ou contestação por parte dos réus envolvidos quanto aos fundamentos e à documentação apresentada na petição inicial, ou ainda, caso o Juízo entenda que seja necessária a exposição de esclarecimentos adicionais, poderá ser requerida perícia judicial para elucidação dos fatos, situação que raramente ocorre em termos práticos.

Em consonância com o panorama geral observado no desenvolvimento dos processos, especificamente, quanto a ausência da designação de perícia oficial (na maioria dos casos), Batista (2015) afirma que a perícia não é obrigatória na ação de usucapião, admite-se o julgamento antecipado da lide se os fatos estiverem comprovadamente evidenciados.

Por outro lado, a Lei de Registros Públicos (1973) prevê a possibilidade de o registrador relevar eventuais ausências para a abertura da matrícula, caso a identificação do imóvel seja suficiente, conforme texto constante no artigo 176, § 15: “ainda que ausentes alguns elementos de especialidade objetiva ou subjetiva, desde que haja segurança quanto à localização e à identificação do imóvel, a critério do oficial, e que constem os dados do registro anterior, a matrícula poderá ser aberta”.

Os argumentos descritos reforçam a importância da juntada aos autos de um trabalho técnico bem elaborado, do mesmo modo, com base neste trabalho, a construção de peças jurídicas com descrição precisa do imóvel usucapiendo, evitando extinção da ação, necessidade da realização de perícia judicial e/

ou retrabalhos diversos, que implicam no aumento de custos e da duração do processo.

2.4. Processo extrajudicial

Cabe destacar também que, o CPC (Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015), que passou a vigorar a partir no ano de 2016, implementou inovações nos processos de usucapião, apresentando novas possibilidades em relação aos procedimentos dispostos na Lei de Registros Públicos (Lei Federal n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973).

Por meio da referida legislação, instaurou-se a admissão do pedido de reconhecimento extrajudicial da usucapião, possibilitando que tal instrumento seja processado diretamente perante os cartórios do registro de imóveis, ressaltando a irrevogabilidade da ação na via jurisdicional.

Nesse “novo” procedimento, a devida fundamentação e os documentos exigidos na via judicial também são essenciais ao processo extrajudicial, incluindo as provas documentais, como o Memorial Descritivo e a Planta do Imóvel. A diferença é que neste processo o rito ocorre diretamente por meio dos oficiais do registro de imóveis, dispensada qualquer determinação via sentença judicial.

Para tanto, o interessado, obrigatoriamente representado por advogado, deve proceder com o pedido de reconhecimento extrajudicial da usucapião perante o cartório do registro de imóveis da comarca (e/ou respectiva circunscrição) na qual o imóvel usucapiendo esteja situado, municiado com toda documentação relacionada.

Caso a documentação se encontre em ordem, após transcorrido devidos os trâmites cartoriais envolvidos neste processo, sem que haja pendência de diligências, o oficial do registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel baseada nas descrições apresentadas, com a possibilidade de abertura de uma nova matrícula, se for o caso (conforme já mencionado neste artigo).

Do contrário, se os documentos não estiverem em consonância com as exigências legais, o oficial do registro de imóveis rejeitará tal pedido extrajudicial, não impedindo posterior ajuizamento da ação de usucapião. Nas hipóteses de impugnação justificada do pedido por qualquer parte envolvida (titulares de direito, confrontantes, terceiros interessados, entes públicos etc.), o oficial remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum.

3. Memorial Descritivo: disposições gerais

3.1. Aplicações do trabalho

Reiterando o conceito explicitado no título deste artigo, Batista (2015) afirma que fazem parte da prova documental da usucapião e devem ser juntados à petição inicial (via judicial) ou ao requerimento formal (procedimento administrativo), o Memorial Descritivo e a respectiva Planta atualizados, com objetivo da descrição básica do imóvel, descrevendo em síntese a sua exata identificação e localização, incluindo o detalhamento da disposição física dos seus limites e da indicação dos confrontantes, além do dimensionamento das suas principais áreas e medidas.

O CPC (Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015) normatiza tal exigência para as ações de usucapião. Estabelecendo como obrigatória a apresentação de Memorial Descritivo e Planta, assinados por profissional legalmente habilitado, e prova de responsabilidade técnica do respectivo conselho de fiscalização profissional.

Pelo exposto, a elaboração de Memorial Descritivo e Planta para fins de solicitação da usucapião acaba sendo um trabalho muito recorrente para os profissionais que atuam nas áreas da regularização de imóveis e da engenharia legal.

As demandas para prestação desse serviço surgem daqueles interessados que têm a posse de um imóvel e ensinam a aquisição da propriedade (nos moldes já abordados neste artigo). Por se tratar de procedimento jurídico que requer a representação por parte de advogados e/ou defensores públicos (ainda que tramite na via extrajudicial), esses interessados inicialmente recorrem aos profissionais do Direito, os quais vão orientá-los e direcioná-los aos respectivos profissionais técnicos, que sejam devidamente habilitados e capacitados para a realização desses trabalhos.

Em paralelo, os referidos documentos técnicos se configuram ainda como instrumento de auxílio aos advogados, defensores públicos e juízes para melhor compreensão do imóvel, tendo em vista que, na maioria das vezes, esses profissionais não realizam diligências no local. O conhecimento do objeto da ação é baseado na análise da documentação apresentada pelo requerente.

Por fim, cabe salientar que o Provimento n. 149 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 30 de agosto de 2023, prevê no seu artigo 401, § 5º, a dispensa de apresentação de Memorial Descritivo e Planta nos casos em que o imóvel usucapiendo corresponda à unidade autônoma de condomínio edilício ou de

loteamento, regularmente instituídos. Nesses casos, a descrição do imóvel adotada no requerimento será a mesma constante na respectiva matrícula.

3.2. Aspectos do trabalho

A elaboração do Memorial Descritivo e Planta do Imóvel para fins de usucapião, em síntese, está amparada nas seguintes etapas: pesquisa e consulta dos dados cadastrais do imóvel; levantamento de campo, composto pela medição do local e pela vistoria mediante constatação visual para verificação de circunstâncias relevantes à causa; consolidação das informações para compreensão e dimensionamento do imóvel; e, por fim, formatação dos documentos técnicos com descrição dos elementos que constituem o bem.

Pelo exposto, o referido trabalho pode se enquadrar como uma pericial extrajudicial, de espécie examinadora e de vistoria. Por esse motivo, recomenda-se que as diligências e a exposição dos fatos apurados atendam os procedimentos estabelecidos pela norma técnica ABNT NBR 13.752:1996 – Perícias de engenharia na construção civil, norma que se encontra em processo de revisão pelo Comitê Brasileiro da Construção Civil (ABNT/CB-002), submetida a Consulta Nacional em janeiro de 2024.

Em resumo, o Memorial Descritivo apresenta a descrição sumária do bem usucapiendo nos seus aspectos físicos, dimensões e áreas, precisa localização e identificação do imóvel requerido, além da indicação e caracterização dos imóveis confrontantes. A Planta do Imóvel pode ser considerada como um anexo do Memorial descritivo, documento que contempla as mesmas informações descritas no último, porém, com uma formatação ilustrativa, possibilitando uma compreensão visual da disposição do imóvel usucapiendo e dos seus confrontantes.

Nesta linha, os referidos documentos técnicos devem constituir um diagnóstico da situação identificada no local, relatando sobre os resultados fáticos, obtidos através do levantamento de campo, em comparação com os dados tabulares, obtidos mediante consulta e análise dos documentos cadastrais do imóvel.

Em termos mais detalhados, quanto à descrição específica do imóvel usucapiendo, no relatório constará as informações sobre o terreno – característica topográfica (relevo), disposição física e dimensionamento do polígono limitante, bem como, as informações gerais sobre edificações ou quaisquer outros tipos de construção existentes – dimensionamento da área construída e indicação das

unidades concebidas (dispensando exposição da compartimentação interna das edificações).

Vale ressaltar que, o Provimento n. 149 do CNJ, de 30 de agosto de 2023, prevê no seu artigo 417, § 3º, a abertura de matrícula resultante da usucapião mesmo que o imóvel seja edificado, independentemente da apresentação de “Habite-se” (Certidão de Baixa de Construção).

3.3. Atribuição profissional

Conforme disposto em legislação específica – leis federais que regulamentam o exercício das respectivas profissões, bem como, nos regimentos próprios – resoluções internas dos conselhos profissionais correspondentes (Conselho Federal de Engenharia e Agronomia - CONFEA; Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil - CAU/BR; Conselho Federal dos Técnicos Industriais - CFT), o trabalho de elaboração do Memorial Descritivo e Planta do Imóvel para fins de usucapião pode ser executado particularmente por engenheiros, arquitetos, técnicos industriais, agrimensores, topógrafos, entre outros profissionais com habilitação específica equivalente.

3.4. Informações essenciais

A Lei de Registros Públicos (Lei Federal n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973), no artigo 226, determina que os requisitos necessários para os atos de registros nas matrículas correspondentes devem constar dos mandados judiciais de usucapião. De maneira subsidiária, é importante que no Memorial Descritivo e Planta conste o maior número possível das informações elencadas no artigo 176, inciso II da referida legislação (os “requisitos da matrícula”).

Algumas dessas informações, referenciadas pelos termos da Lei de Registros Públicos e/ou das outras normas relacionadas, destacadas como “indispensáveis” ao Memorial Descritivo e Planta para fins de usucapião, são listadas abaixo, as quais devem constar nos referidos documentos técnicos:

- Localização do imóvel: município e bairro ou circunscrição, logradouro e número;

Ref.: art. 401, I “e” do Provimento n. 149 do CNJ / art. 176, II “3.b” da Lei n. 6.015/1973.

- Indicação da natureza urbana ou rural do imóvel (quanto ao uso e/ou perímetro cadastral);

Ref.: art. 401, VIII do Provimento n. 149 do CNJ.

- Identificação do imóvel (características gerais e designação cadastral, se houver);

Ref.: art. 176, I “3.b” da Lei n. 6.015/1973.

- Indicação da área do terreno (total X ocupada requerida): “área superficial” (em termos jurídicos);

Ref.: art. 413, II do Provimento n. 149 do CNJ / art. 176, II “3.b” da Lei n. 6.015/1973.

- Descrição da existência de edificação de benfeitoria ou de qualquer acessão: área construída;

Ref.: art. 400, II do Provimento n. 149 do CNJ.

- Estimativa de idade das edificações, benfeitorias e acessões (*substituível por relato na petição);

Ref.: art. 400, II do Provimento n. 149 do CNJ.

- Indicação do número da matrícula, transcrição ou registro (*substituível por indicação na petição);

Ref.: art. 400, IV do Provimento n. 149 do CNJ / art. 176, II “5” da Lei n. 6.015/1973.

- Descrição conforme matrícula (ou Certidão de Origem) ou descrição da área se não individualizada;

Ref.: art. 401, I “a” do Provimento n. 149 do CNJ.

- Eventual divergência (diferença apurada) entre a descrição constante no registro e a área requerida;

Ref.: art. 176-A, § 4º da Lei n. 6.015/1973.

- Descrição georreferenciada dos vértices do perímetro do imóvel (área ocupada requerida);

Ref.: art. 401, V do Provimento n. 149 do CNJ / art. 225, § 3º da Lei n. 6.015/1973 / Norma Técnica da ABNT - NBR 17.047:2022 “Levantamento cadastral territorial para registro público”.

- Indicação dos imóveis “atingidos” (terreno de origem e/ou terrenos vizinhos) e confrontações;

Ref.: art. 401, I “e” do Provimento n. 149 do CNJ / art. 176, II “3.b” da Lei n. 6.015/1973.

- Assinatura do profissional com firma reconhecida;

Ref.: art. 401, II e § 6º do Provimento n. 149 do CNJ.

- Assinatura do requerente com firma reconhecida (*substituível pelo requerimento na inicial);

Ref.: art. 401, II e § 6º do Provimento n. 149 do CNJ.

- Prova de anotação de responsabilidade técnica (ART / RRT / TRT).

Ref.: art. 401, II do Provimento n. 149 do CNJ.

- * Obs.: Possibilidade de dispensa para trabalhos anteriores a 14 de dezembro de 2017, data de publicação do Provimento n. 65 do CNJ, que instituiu a obrigatoriedade deste documento na usucapião.

4. Memorial Descritivo: matérias em destaque

O presente capítulo se destina à apresentação de alguns dos temas relacionados ao universo do Memorial Descritivo para fins de usucapião, selecionados por configurar questões relevantes aos processos, que usualmente despertam diversas inconsistências durante as tramitações e, conseqüentemente, representam significativos entraves para o curso e para o êxito das referidas ações.

4.1. Dados cadastrais

Nas etapas preliminares e durante o trabalho de vistoria, recomenda-se que o profissional realize uma breve pesquisa e consulte as informações cadastrais básicas do imóvel usucapiendo e dos seus confrontantes, dados que irão auxiliar no levantamento de campo e compor os documentos técnicos.

Além dos documentos e dos relatos verbalmente repassados pelo requerente, a documentação constante na Prefeitura e no Cartório de Registro de Imóveis, da circunscrição onde o imóvel se insere, são importantes objetos de pesquisa, tais como: Guia de IPTU – Imposto Predial Territorial Urbano; Planta Cadastral de Loteamento; Certidão de Origem do Lote (ou Negativa de Aprovação); Informação Básica do Imóvel; Matrícula / Certidão de Registro / Transcrição do imóvel.

O relatório que constitui o Memorial Descritivo e os desenhos que integram a Planta do Imóvel devem ser elaborados a partir da compatibilização da situação

verificada no local com as informações fornecidas pelo requerente, bem como, com os documentos cadastrais consultados pelo profissional.

Quanto aos imóveis rurais, cabe destacar que, serão objeto de consulta e deverão constar no Memorial Descritivo, o código de inscrição e as informações do Certificado de Cadastro de Imóvel Rural, correspondente ao cadastramento no Sistema Nacional de Cadastro Rural, instituído pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA).

O INCRA será responsável por atestar que a poligonal georreferenciada do imóvel usucapiendo não se sobrepõe a nenhuma outra cadastrada e que o memorial atende às exigências técnicas estabelecidas em atos normativos próprios, como previsto no artigo 176, § 5º da Lei de Registros Públicos (Lei Federal n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973).

4.2. Divergências identificadas

De início, vale dizer que, as circunstâncias mais confortáveis para a elaboração do Memorial e para o desenvolvimento processual da usucapião ocorrem quando não existem divergências entre os dados fáticos, coletados em campo juntamente com o levantamento planimétrico, e os dados tabulares, extraídos da documentação cadastral consultada.

Porém, em diversas situações, durante o desenvolvimento dos trabalhos, os profissionais se deparam com significativos contrastes entre os dados obtidos nas distintas esferas de investigação, identificando divergências, por exemplo, no dimensionamento da área e/ou no posicionamento do terreno, os quais podem ser provocados por eventuais vícios nos registros precursores e/ou resultados de falhas na locação original dos lotes do quarteirão (quadra), ou até mesmo, na locação geral dos quarteirões (quadras) do bairro, onde o imóvel usucapiendo se situa.

No primeiro momento, recomenda-se ao profissional a tentativa de equalização destes dados, especialmente quando a dimensão real for superior à dimensão cadastral. Do contrário, não havendo possibilidade de unificação ou compatibilização desses dados, por conta das elevadas proporções ou por falta de recursos técnicos, as divergências devem ser destacadas e explicitadas nos referidos documentos técnicos, incluindo a representação em planta de ambas as projeções perimetrais do respectivo lote usucapiendo (alinhamento real e o alinhamento cadastral do terreno).

Ressalta-se que, no caso da divergência entre o dimensionamento real e o dimensionamento cadastrado se limitar a um intervalo na ordem de 5% (cinco por cento), eventualmente, este percentual poderá ser relevado pela presunção de “dimensão enunciativa” do cadastro, conforme conceituação constante no artigo 500, § 1º do Código Civil (Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

Por fim, restando divergência significativa no que tange a área do imóvel objeto da ação de usucapião, ou seja, a área real diverge da área registral e/ou área apontada pelo Município, deverá a parte autora requerer a retificação dessa área (vinculando, ou não, ao processo de usucapião), para que prevaleça a área real usucapienda, visto que o requerente tem legitimidade para requerer a aquisição de propriedade como se encontra. O Memorial Descritivo e a Planta do Imóvel também constituem instrumentos indispensáveis para o referido procedimento de retificação.

Ao encontro das definições expostas, a Lei de Registros Públicos (Lei Federal n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973), especialmente no seu artigo 176-A, § 4º e § 4º-A, garante o direito de registro nesses casos, de eventuais divergências entre a descrição apresentada pelo requerente e aquela constante do registro anterior. Complementando que, se a área adquirida for maior que a área anteriormente registrada, a informação sobre a diferença apurada será averbada na matrícula aberta para o imóvel usucapiendo, por isso, a importância do referido destaque no Memorial.

O Provimento n. 149 do CNJ, de 30 de agosto de 2023, por sua vez, regulamenta tais situações. O artigo 417 prevê a abertura de nova matrícula para o registro dos imóveis usucapiendos na hipótese em que a usucapião atinja fração de imóvel matriculado ou de imóveis referentes a duas ou mais matrículas (total ou parcialmente). As matrículas atingidas serão encerradas ou receberão averbações dos respectivos desfalques ou destaques, conforme caso particular, dispensando a apuração da área remanescente neste trâmite específico.

4.2.1. Área total X área ocupada requerida

Outra hipótese na qual o profissional pode se deparar com apurações diversas envolvendo o dimensionamento do imóvel usucapiendo é no caso da divergência entre a área total e a área ocupada requerida. Ambas as dimensões são obtidas por meio de levantamento de campo (portanto, se distinguem do conceito dos

dados cadastrais), podem ser equivalentes ou divergentes entre si, dependendo da situação específica do imóvel.

Cabe alguns esclarecimentos para conceituar a diferença destes termos:

Área ocupada requerida corresponde ao objeto efetivo da usucapião, a qual será considerada para registro ao final do processo, definida pelo dimensionamento do polígono com a delimitação indicada pelo requerente, como sendo o espaço de seu interesse na aquisição da propriedade.

Área total do terreno é aquela medida correspondente à delimitação física existente, que circunda todo o espaço onde o imóvel está inserido, podendo apresentar diferença em relação ao outro termo no caso de pretensão parcial deste espaço, considerando a existência de terreno compartilhado por diversas unidades e/ou as eventuais restrições legais para aquisição integral dessa propriedade.

Um exemplo da referida restrição é na situação em que o terreno e/ou a projeção das edificações do imóvel usucapiendo avançam sobre áreas de domínio público (logradouro, área de preservação permanente, áreas institucionais definidas pelo loteamento original etc.). Nessa hipótese, a situação será identificada pelo profissional e relatada no Memorial Descritivo e na Planta do Imóvel, a partir da indicação de ambos os dimensionamentos (área total e área ocupada requerida) na descrição do relatório e nas projeções representadas nos desenhos.

4.3. Confrontações

4.3.1. Definição geral

Os imóveis confrontantes são aqueles que delimitam o terreno de certa propriedade, definidos também como “confinantes”, ou ainda, popularmente conhecidos como “vizinhos”. Para os processos de usucapião é indispensável a descrição completa das confrontações diretas, elencando todos os imóveis que fazem divisa com o terreno usucapiendo, pelas laterais, pelo fundo e/ou pela frente, independentemente da extensão do comprimento das divisas em questão.

Em algumas situações, existem ainda os denominados confrontantes internos, que correspondem às unidades vizinhas, propriedades distintas, inseridas no mesmo lote cadastral ou no interior do perímetro global do terreno ao qual o imóvel usucapiendo pertence, seja diante de condomínio formalmente instituído, ou não.

4.3.2. Informações para Memorial Descritivo e Planta

Cabe ao profissional identificar todos esses imóveis confrontantes e descrevê-los na referida documentação técnica, apresentando a respectiva localização (endereço completo), designação cadastral (Lote e Quarteirão/Quadra) e a característica de uso identificado para a unidade.

Além da descrição dos imóveis confrontantes, deverá constar ainda a identificação e qualificação completa dos respectivos ocupantes (possuidor ou proprietário): Nome Completo, Documento (RG e CPF), Profissão, Estado Civil, assim como os dados dos seus respectivos cônjuges/companheiros, caso haja.

Desta forma, o profissional identificará os respectivos imóveis confrontantes e orientará o requerente, podendo auxiliá-lo durante vistoria, para obtenção dos referidos dados dos seus vizinhos, tendo em vista a relação mais próxima e o mínimo contato já estabelecido na vizinhança.

Em resumo, como ressaltado por Theodoro Jr. (1994), para que a documentação técnica cumpra os requisitos de sua aplicação, não basta apenas a descrição das confrontações mediante nomeação dos ocupantes dos terrenos vizinhos (dados pesquisados pelo requerente), sendo fundamental a individualização precisa dos imóveis para conhecimento das divisas exatas da posse (vinculada à análise por parte do profissional). Caso contrário, o pedido da usucapião poderá ser classificado como incoerente e a sentença se tornará inexecutível.

4.3.3. Instrumentos de citação

Vale ressaltar que, a apresentação de campos específicos para assinatura dos confrontantes no Memorial Descritivo e na Planta é dispensável. De todo modo, ficará a critério do representante do processo, que poderá solicitar a inclusão desses em alguns casos particulares (especialmente nos procedimentos administrativos/extrajudiciais), tendo em vista que contribuem para otimizar a tramitação processual e organizar as assinaturas de maneira clara nos próprios documentos técnicos.

No entanto, tal condição que deve ser pesada pelo respectivo representante, considerando que, na tentativa frustrada de coleta dessas assinaturas, os campos em branco podem aparentar uma condição desfavorável ao pleito.

A identificação dos ocupantes dos imóveis confrontantes (explicitada no tópico anterior) é imprescindível para que ocorra a citação desses durante o processo de usucapião. O consentimento por parte dos confrontantes poderá

ser formalizado por meio de apresentação de documento autônomo de anuência expressa (firma reconhecida ou instrumento público), da notificação por meio de oficial de justiça (ou de registro) ou, em último recurso, da notificação por edital público, parâmetros estabelecidos nos artigos 407 e 408 do Provimento n. 149 do CNJ, de 30 de agosto de 2023.

Cabe salientar que, a inércia de manifestação (silêncio) do confrontante será considerada como concordância quando expirado o prazo de 15 dias, para cada um dos atos de notificação estabelecidos. Tais prerrogativas também se aplicam aos titulares dos direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo.

Ainda no artigo 407, § 10 do Provimento n. 149 (2023), fica estabelecida a dispensa para a intimação dos confrontantes, caso o imóvel usucapiendo seja matriculado com descrição precisa e haja perfeita identidade entre a descrição tabular e a área objeto do requerimento, hipótese em que o registro da aquisição será realizado na própria matrícula existente.

4.3.4. Previsões normativas específicas

Em se tratando de imóvel usucapiendo correspondente à unidade autônoma integrante de prédio em condomínio edilício (salas e apartamentos, por exemplo), serão identificadas como confrontantes diretos aquelas unidades estabelecidas no mesmo pavimento do imóvel usucapiendo.

Como previsto nos artigos 403 e 404 do Provimento n. 149 do CNJ, de 30 de agosto de 2023, se esse condomínio for regularmente instituído e com construção averbada, bastará a identificação e qualificação do síndico na condição de responsável por ambas as unidades confrontantes. Caso contrário, não possuindo o respectivo registro de incorporação ou a devida averbação de construção, será exigida a anuência de todos os titulares de direito constantes da matrícula.

O mesmo parâmetro do parágrafo anterior se aplica aos casos em que o imóvel confrontante seja, na íntegra, um imóvel constituído por condomínio edilício regularmente instituído e com construção averbada, basta identificação e qualificação do síndico como responsável por esse imóvel.

Já no artigo 409 do Provimento n. 149 (2023), é prevista a anuência por parte dos herdeiros legais, na hipótese de falecimento de algum titular de direitos registrado na matrícula do imóvel confrontante (ou mesmo, do próprio imóvel

usucapiendo), desde que esses apresentem escritura pública declaratória de únicos herdeiros com nomeação do inventariante.

4.4. Descrição topográfica

Inicialmente, cabe esclarecer que, a descrição georreferenciada do terreno usucapiendo é uma exigência legal no caso das ações de usucapião que envolvam imóveis rurais, conforme determinação do artigo 225 da Lei de Registros Públicos (Lei Federal n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973) e suas alterações – Lei Federal n. 10.267, de 28 de agosto de 2001:

Art. 225 [...] § 3º Nos autos judiciais que versem sobre imóveis rurais, a localização, os limites e as confrontações serão obtidos a partir de memorial descritivo assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, geo-referenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA [...] (Lei Federal n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973).

Embora não haja a mesma obrigatoriedade legal, para que a descrição georreferenciada conste no Memorial Descritivo e Planta, no caso de imóveis urbanos – fato que, eventualmente, isentaria tal requisito durante a fase processual da usucapião, pode-se considerar que a descrição topográfica é uma exigência recorrente dos Cartórios na fase consecutiva, para o registro dos imóveis, principalmente em situações que demandem a retificação de áreas cadastrais.

A descrição topográfica georreferenciada instrui os Ofícios de Registro de Imóveis no cumprimento de um dos princípios que norteiam os registros públicos: o princípio da especialidade, que consiste na determinação precisa do conteúdo do direito, que se procura assegurar, e da individualidade do imóvel que dele é objeto – conforme interpretação dos artigos 176 e 225 da Lei de Registros Públicos (1973).

Além disso, cabe salientar que, os trabalhos técnicos devem atender aos preceitos estabelecidos pelas normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). A norma vigente que versa sobre os procedimentos do levantamento cadastral territorial para registro público, ABNT NBR 17.047:2022, estabelece a obrigatoriedade do apontamento das coordenadas no âmbito gerais, seja para os imóveis rurais ou para os imóveis urbanos:

8. Sistema de coordenadas e projeção cartográfica. 8.1 Os vértices da parcela do imóvel devem ser registrados com coordenadas geodésicas (latitude e longitude), utilizando como referencial o Sistema Geodésico de Referência vigente no Brasil (ABNT NBR 17.047/2022).

Portanto, é indicado que, conste na referida documentação técnica a descrição topográfica da poligonal que constitui o terreno do imóvel usucapiendo (correspondente à área ocupada requerida), com a indicação de todos os vértices definidores deste polígono e suas respectivas coordenadas, as quais devem ser georreferenciadas no sistema geodésico brasileiro – tendo como Datum o SIRGAS 2000 (Sistema de Referência Geocêntrico para as Américas).

Outra informação importante relacionada à descrição topográfica, que também deve constar no Memorial Descritivo e Planta, é a distância do imóvel para a esquina, de preferência, em relação ao logradouro reconhecido nos documentos cadastrais, que apresente uma localização mais próxima ao imóvel usucapiendo.

4.5. Responsabilidade técnica

A emissão de A.R.T. (Anotação de Responsabilidade Técnica) junto ao CONFEA (Conselho Federal de Engenharia e Agronomia), R.R.T. (Registro de Responsabilidade Técnica) junto ao CAU/BR (Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil) ou T.R.T. (Termo de Responsabilidade Técnica) junto ao CFT (Conselho Federal dos Técnicos Industriais) por parte dos profissionais é uma obrigatoriedade prevista pela legislação federal para quaisquer trabalhos técnicos de engenharia/arquitetura, seguindo as diretrizes normativas dos respectivos conselhos profissionais.

Além disso, os termos legais e regimentais relacionados à usucapião, estabelecem que as referidas provas de responsabilidade técnica constituem documento indispensável para tais processos (Associação Brasileira de Normas Técnicas [ABNT]).

No âmbito da responsabilização pelo trabalho, recomenda-se que o profissional formalize o fechamento da documentação técnica com a identificação do número total de páginas do relatório do Memorial Descritivo e a indicação dos seus respectivos anexos (Planta do Imóvel e ART/RRT/TRT), visando a consolidação do vínculo entre os diversos documentos, de modo que a leitura

e interpretação do conteúdo seja realizada de maneira conjunta – afastando as hipóteses de eventuais equívocos diante da análise isolada desses documentos e das respectivas informações citadas.

Por fim, o profissional pode optar pela inclusão de um campo para assinatura do interessado/requerente, acompanhado de declaração sobre as informações apresentadas, termo que contribui para endossar os relatos reproduzidos e resguardar o profissional que, na prática, acaba lançando diversas informações repassadas pelo próprio interessado.

5. Considerações finais

Em síntese, a usucapião se define como matéria jurídica de plurifundamentação, constituindo um meio aquisitivo da propriedade ensejada por aquele que tem a posse do bem, cabendo ao possuidor requerer ao juiz que o declare como proprietário por sentença, a qual lhe servirá de título para a transcrição no registro de imóveis – condição também instituída pela via extrajudicial.

Nesta esfera, onde os Memoriais Descritivos e as Plantas dos Imóveis se inserem, é de extrema importância a conceituação de propriedade, domínio e posse, para a compreensão geral em relação as vertentes, aos mecanismos de desenvolvimento e aos objetivos dos processos de usucapião, definições que foram consolidadas no presente artigo.

Como visto, fazem parte da prova documental juntada ao processo, o Memorial Descritivo e a respectiva Planta do Imóvel, com objetivo de identificação, descrição das áreas, metragens e confrontações exatas, auxiliando também os profissionais do direito no conhecimento e do imóvel.

Pelo exposto, a elaboração dos deferidos documentos para fins da solicitação de usucapião representa uma parcela de trabalho recorrente para os profissionais técnicos que atuam nas áreas da regularização de imóveis e da engenharia legal.

Conforme abordado na introdução, o cenário atual é da recorrência de entraves nos processos, muitas vezes originados de omissões, pendências e equívocos vinculados à documentação técnica, fato que provoca retrabalhos e, consequentemente, atrasos nos referidos pleitos.

As explicações deste artigo podem reverter tais situações, diante da abordagem sólida sobre o Memorial Descritivo, Planta do Imóvel e o universo onde estes se inserem, contendo desde informações conceituais, disposições

gerais, até o detalhamento das matérias mais relevantes, que representam significativos impactos ao curso e ao êxito da usucapião. Desse modo, fica estabelecido um referencial teórico para o aprofundamento dos estudos por parte dos profissionais envolvidos.

Em conclusão, como recomendação aos profissionais técnicos que atuam no referido trabalho, fica o entendimento que, a consistência e a transparência na apresentação das informações contribuem para uma maior confiabilidade perante os interessados e os profissionais do Direito, além de possibilitar mais esclarecimentos da situação para compreensão geral do objeto da usucapião.

6. Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). NBR 13133: Execução de levantamento topográfico – Procedimento. Rio de Janeiro: 2021.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). NBR 13752: Perícias de engenharia na construção civil. Rio de Janeiro: 1996.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). NBR 17047: Levantamento cadastral territorial para registro público – Procedimento. Rio de Janeiro: 2022.

BATISTA, Antenor. *Posse, possessória, usucapião e ação rescisória*: manual teórico e prático. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2015. 284 p.

BRASIL, Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015compilada.htm Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL, Lei n. 10.267, de 28 de agosto de 2001, que altera dispositivos da Lei n 6.015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110267.htm Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso em: 20 abr. 2024.

CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. IPT-38: Instrução Padrão de Trabalho de rotinas atinentes às Varas de Registro Público referente à tramitação de ações de Usucapião. Belo Horizonte: 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento n. 149: Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial, que regulamenta os serviços notariais e de registro. Brasília: 2023.

COMITÊ BRASILEIRO DA CONSTRUÇÃO CIVIL DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT/CB-002) Projeto de Revisão ABNT NBR 13.752 disponibilizado para Consulta Nacional. Rio de Janeiro: 2024.

ELOI, Lucas Torres. *Elaboração de memorial descritivo e planta para fins de instruir processo de usucapião com enfoque para imóveis urbanos*. 23 f. Trabalho de conclusão de curso (Pós-Graduação em Avaliações e Perícias de Engenharia) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte: 2016.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. *Usucapião*. 6. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992. 273 p.

THEODORO JR., Humberto. *Posse e usucapião: direitos reais I, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Aide, 1994. 440 p.

YEE, Zung Che. *Perícias possessórias & de usucapião: aspectos processuais e casos práticos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010. 188 p.

ARTIGO VIII

As finalidades da pena e a ressocialização do detento: uma política pública supraindividual

The purposes of the penalty and the resocialization of the detainee: a collective public policy

AMANDA LIMA RIBEIRO

Especializando em Educação em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Vale Jequitinhonha e Mucuri/MG. Estagiária de Pós-Graduação da Defensoria Pública de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Faculdade Milton Campos (2022).

BEATRIZ ROMUALDO CARNEIRO DE ALBERGARIA

Mestranda em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade Milton Campos/MG. Graduada em Direito pela Faculdade Milton Campos (2022). Engenheira de Saúde e Segurança pela Universidade Federal de Itajubá/MG - UNIFEI (2015). MBA em Consultoria e Licenciamento Ambiental pelo Centro Universitário UNA (2016).

Resumo: O presente artigo, produzido por meio de uma pesquisa qualitativa de critério bibliográfico, aborda as finalidades da pena e a ressocialização como uma das formas de promoção da eficácia da intervenção punitiva estatal. O objetivo é analisar as finalidades da pena e estabelecer uma relação entre o poder-dever *ius puniendi* do Estado com a necessidade de se preparar os indivíduos apenados para a sua reinserção no meio social após o cumprimento da penalidade imposta. Precipuamente, apresenta-se um apanhado teórico sobre as funções Retributiva e Preventiva da pena, juntamente à materialização desses papéis dentro do sistema penitenciário brasileiro. Posteriormente, identificam-se quais são os programas de ressocialização implementados atualmente e, por fim, o estudo avalia os efeitos e resultados produzidos por tais medidas com base na redução da reincidência criminal e à reintegração social dos participantes. Os resultados apontam para a necessidade de investimento em políticas criminais que superem as barreiras burocráticas e promovam, de fato, a finalidade ressocializadora da pena.

Palavras-chave: Finalidades da pena; Ressocialização; Sistema penitenciário brasileiro; Intervenção punitiva estatal.

Abstract: This article, produced through qualitative research using bibliographic criteria, addresses the purposes of punishment and resocialization as one of the ways to promote the effectiveness of state punitive intervention. The objective is to analyze the purposes of the sentence and establish a relationship

between the power-duty ius puniendi of the State with the need to prepare convicted individuals for their reintegration into the social environment after serving the imposed penalty. Primarily, a theoretical overview of the Retributive and Preventative functions of punishment is presented, together with the materialization of these roles within the Brazilian penitentiary system. Subsequently, it is identified which resocialization programs are currently implemented and, finally, the study evaluates the effects and results produced by such measures based on the reduction of criminal recidivism and the social reintegration of participants. The results point to the need for investment in criminal policies that overcome bureaucratic barriers and actually promote the resocializing purpose of punishment.

Keywords: Purposes of punishment; Resocialization; Brazilian Penitentiary System; State Punitive Intervention.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. As finalidades da pena e a ressocialização; 3. O sistema penitenciário brasileiro; 4. A função ressocializadora da pena; 5. Políticas criminais e programas de ressocialização; 6. Efeitos produzidos pelas medidas de ressocialização; 7. Considerações finais; 8. Referências.

1. Introdução

Conforme se extrai do próprio lexema, o ato de “socializar” significa tornar um indivíduo capaz de congrega em sociedade por meio da transmissão de ferramentas que possibilitem a sua participação no convívio coletivo. Neste sentido, “REsocializar” representa o ato de recolocação do sujeito que por algum motivo tenha se afastado ou sido tolhido do meio social.

No que tange às finalidades da pena, há de se compreender que a sanção penal imposta pelo Estado brasileiro não se presta, como infere o senso comum, à punição deliberada e à violação de direitos do apenado. Pelo contrário, a aplicação de penalidade visa cumprir as funções retributiva e preventiva da intervenção estatal, ou seja, além de retribuir a conduta reprovável ao agente praticante, o Estado busca prevenir a prática de novos delitos dentro do contexto social por meio da intimidação daqueles que assistem a punição ser aplicada.

Ao se versar sobre a ressocialização de apenados, emergem diversas questões de grande valia social. Sem embargos, o trato e a atenção ao retorno de um condenado à vida em sociedade é algo que interessa, direta ou indiretamente, a todos os cidadãos que compõem o coletivo ponto de retorno.

Assim, as situações jurídicas de natureza penal-coletiva têm natural aptidão para a transcendência, como de ordinário ocorre com os direitos transindividuais.

Desta forma, o seguinte estudo justifica-se pela necessidade de se tratar sobre o tema a fim de fomentar formas de reinserção do apenado no meio social, que não só sejam capazes de evitar o seu regresso ao sistema penitenciário, mas que possam, de forma efetiva, promover o caráter ressocializador da pena.

Conforme público e notório, o sistema prisional brasileiro cumpre, com louvor, o caráter punitivo da intervenção estatal. Todavia, há de se considerar que a pena possui outras finalidades além da retribuição da conduta ilícita praticada, sendo de suma importância o foco, o trato e a discussão sobre os meios de promoção de prevenção de novos delitos e de reinserção do detendo na esfera social.

Dessa forma, resta elucidada a relevância do tema ora proposto, bem como o potencial benefício da presente pesquisa.

No que se refere à pergunta problema, este artigo pretende responder: “*Qual a relação existente entre as finalidades da pena e o processo de ressocialização?*”. Como hipótese, levanta-se a ideia de que a ressocialização deve ser considerada como um meio imprescindível na promoção das finalidades da pena, já que, conforme será explanado no decorrer deste estudo, uma das funções do braço punitivo estatal é a prevenção de novos delitos, algo que, por dedução, pode ser alcançado também por meio da reinserção diligente do indivíduo apenado no ambiente social.

A metodologia utilizada para a construção deste trabalho é um estudo qualitativo baseado em normas bibliográficas, investigação, registros, discussão e análise de documentos publicados na forma de: revistas, textos, artigos e livros. Assim sendo, o método utilizado para conduzir a pesquisa é a dedução hipotética conquanto se baseia no estudo de teorias e hipóteses consagradas.

O objetivo geral deste artigo é compreender a relação existente entre as finalidades da pena e o processo de ressocialização, atendo-se às suas expressões e nuances. Para alcançar o referido objetivo, foram traçados os seguintes objetivos específicos: investigar os caracteres punitivo e preventivo da pena; identificar quais são as políticas criminais e programas voltados à ressocialização dentro do sistema punitivo estatal; avaliar os resultados dessas medidas em relação à redução da reincidência criminal e à reintegração social dos indivíduos apenados.

Isto posto, apresenta-se, a seguir, o desenvolvimento do planejamento supra-descrito, dividido em seis capítulos, que tratam de maneira pormenorizada e sequencial do tema em questão.

2. As finalidades da pena e a ressocialização

Prima facie, faz-se mister esclarecer que, a intervenção punitiva estatal somente é possível devido ao poder-dever conferido ao Estado pela Constituição denominado *ius puniendi*. Graças a esta prerrogativa, que é também uma obrigação, o Estado reprime condutas que são consideradas desviadas por meio da criação e da aplicação de normas penais. Entretanto, para que o Direito Penal não se torne um precursor de desigualdades, arbitrariedades e injustiças, é imprescindível que haja limitação desta intervenção punitiva por meio da delimitação das finalidades das condutas adotadas em sua política criminal.

Trazendo-se a questão explanada ao contexto específico da execução penal, cabe anunciar que as penas aplicadas possuem, como toda conduta de âmbito político-criminal, finalidades que devem ser cumpridas e observadas antes, durante, e após o cumprimento da sanção penal.

Perceba-se que os cidadãos apenados, que atualmente cumprem as suas penas por via do Sistema Prisional Brasileiro, gozam de direitos e garantias, previstos, não só pela Constituição da República (artigo 5º, III e XLIX), como também pela Lei de Execução Penal (artigo 40).

Conforme se extrai dos referidos dispositivos legais, aos presos são assegurados direitos como a manutenção de sua integridade física e moral, além de tratamento digno e não degradante.

Isso porque, como mencionado alhures, a sanção penal aplicada pelo Estado brasileiro não intenta punir deliberadamente e violar os direitos dos indivíduos alvos de sua persecução, apenas visa cumprir de maneira efetiva as finalidades da pena de retribuição e prevenção, retribuindo a conduta reprovável ao agente praticante e prevenindo a prática de novos delitos no ambiente social.

Importa relembrar que a função precípua do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos considerados fundamentais para o desenvolvimento e sobrevivência da sociedade, e, é por esta razão que o Estado intervém, aplicando sanções àquele que transgridam as suas normas. Assim, quando os demais meios de controle social mostram-se insuficientes ou ineficazes para harmonizar o convívio social, o Direito Penal surge, com sua natureza peculiar de meio de controle formalizado, para resolver conflitos e suturar eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos homens (BITENCOURT, 2018, p. 63).

Ao versar sobre as finalidades da pena, trata-se, em essência, da legitimidade e da convalidação do sistema penal. Por este motivo, não são raras as teorias que buscam justificativas para a intervenção estatal. Dentre as principais teorias

em discussão, pode-se citar as Teorias Absolutas – relacionadas às doutrinas de retribuição, e as Teorias Relativas – ligadas às doutrinas de prevenção geral e prevenção especial (ASSIS, 2017, p. 28).

De acordo com as Teorias Absolutas, o cerne da pena reside e se esgota na retribuição, isto é, a penalidade imposta ao autor do crime opera como a compensação pelo mal por ele causado, sem nenhum fim socialmente útil, apenas o justo pago por sua culpa. Em suma, a pena seria um fim em si mesma (DIAS, 2001, p. 68).

Segundo o notável doutrinador Claus Roxin (2004, p. 16), na teoria da retribuição, a finalidade da pena se consagra na recompensa da culpabilidade do autor mediante a imposição de um mal penal. Em outras palavras, a justificativa do procedimento de intervenção estatal não pretende alcançar quaisquer fins além deste, seria tão somente a concretização de uma ideia: a justiça.

Em contrapartida, as Teorias Relativas preconizam que a pena não se presta somente à reprodução do mal ao apenado; pelo contrário, trata-se de um instrumento jurídico com finalidade de prevenir crimes futuros e manter a estabilidade social. Dentro desta classificação existe uma subdivisão em dois tipos, quais sejam, teoria da prevenção geral e teoria da prevenção especial (DIAS, 2001, p. 49).

De forma sucinta, enquanto a teoria da prevenção geral dispõe que a pena atua sobre a coletividade, e não diretamente sobre o indivíduo, intimidando-o ante a uma concreta ameaça de pena instituída pela lei, a teoria da prevenção especial estabelece que a pena se destina especificamente ao delinquente, com a finalidade que este não volte mais a delinquir (DIAS, 2001, p. 54 e 79).

Nas palavras de Oswaldo Henrique Duek Marques (2008, p. 137), a teoria preventiva especial dirige-se exclusivamente ao delinquente, com o objetivo de que não torne a transgredir, seja pela sua reeducação ou socialização, seja pela sua segregação do meio social. Já a teoria preventiva geral dirige-se ao coletivo como um todo, com o intuito de impedir a ocorrência de crimes futuros, seja pela intimidação, seja pela reafirmação do direito perante a comunidade. Dessas teorias, surge a denominada teoria mista ou unificadora, com o objetivo de conciliar as finalidades retributivas e preventivas da pena, diante da insuficiência isolada de que cada uma. Nessa linha de raciocínio, o caráter retributivo da pena não afasta a necessidade de segregação do delinquente nem sua possível socialização. Além disso, permanece na pena a função preventiva, por meio da intimidação dirigida à coletividade.

A figura da ressocialização surge exatamente neste contexto, como expressão da prevenção especial positiva, atuando especificamente no retorno do apenado ao convívio social, dando-lhe meios de sobrevivência para que esse não regresse à vida criminosa. Dessa forma, pode-se dizer que ressocializar é também uma finalidade da pena, já que, conforme sabido, existem diversos fatores que dificultam a reinserção do indivíduo na sociedade, como, por exemplo, a estigmatização dada pelo cárcere que dificulta a aceitação de ex-presidiários pela comunidade.

Trazendo-se as definições acima elencadas para o cenário brasileiro, ao se analisar os termos dispostos pelo artigo 59 do Código Penal, pode-se dizer que o Brasil adotou a Teoria Mista ou Unificadora da Pena, uma espécie de mistura entre as Teorias Absolutas e Relativas, que consubstancia-se tanto na reprovação do mal produzido através da pena, quanto na prevenção de futuras infrações penais (MEDEIROS, 2015).

Igualmente, é correto asseverar que o ordenamento jurídico brasileiro abarca a ressocialização nos atos de intervenção punitiva por se tratar de um dos instrumentos que viabilizam a finalidade preventiva da pena.

Claus Roxin (2004, p. 21) acrescenta a ressocialização como uma das etapas da prevenção especial ao resumir a teoria como: corrigir o corrigível (ressocializar), intimidar o intimidável (intimidar os que não necessitam de correção) e tornar inofensivo, mediante a privação de liberdade, os que não são nem corrigíveis e nem intimidáveis (inocuidade).

De acordo com Cezar Roberto Bittencourt (2004, p. 21-31), a finalidade ressocializadora originou-se na pena privativa de liberdade. Após a adoção da prisão como sanção penal, constatou-se que o tempo ocioso do apenado era algo inútil tanto para o sujeito encarcerado quanto para a sociedade. Diante disso, surgiu a necessidade de se direcionar racionalmente o tempo da pena, de forma que fosse este aproveitado na reinserção futura do preso no corpo social. Assim, partindo da premissa de que o condenado iria retornar à comunidade, a pena passou a ser usada para incentivar atividades educativas e produtivas que pudessem facilitar o referido retorno.

3. O sistema penitenciário brasileiro

A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro é preocupante. O país enfrenta uma grave crise no sistema carcerário devido à superlotação, às condições

precárias de infraestrutura e à falta de políticas efetivas de ressocialização dos presos (SILVA, 2019).

A superlotação é um dos principais problemas enfrentados nas prisões brasileiras. As penitenciárias estão abarrotadas de detentos, amiúde ultrapassando em muito a capacidade estabelecida. Por óbvio, isso leva a uma série de consequências negativas, como o aumento da violência entre os presos, além de dificultar a garantia de direitos básicos, como alimentação adequada, assistência médica e acesso à educação (ZALCMAN, 2018).

A infraestrutura das prisões brasileiras é outra questão alarmante. Muitos presídios foram construídos há décadas e não passaram por reformas significativas desde então. Streck (2018) ressalta que isso resulta em celas apertadas e precárias, falta de ventilação e iluminação adequadas, além de falta de saneamento básico em alguns casos. Tais condições desumanas agravam ainda mais as violações de direitos e dificultam a possibilidade de ressocializar os condenados.

A falta de políticas efetivas de ressocialização dos presos é outro ponto crítico. O sistema penitenciário brasileiro se concentra, em sua maioria, na punição e no encarceramento, deixando de lado o papel de reintegração social dos detentos. A ausência de programas de capacitação profissional e educacional, aliada à estigmatização por parte da sociedade, faz com que muitos ex-presidiários voltem a cometer crimes depois de cumprir suas penas, reforçando o ciclo de violência e reincidência (MAGALHÃES, 2017).

Além disso, a violência é um problema constante dentro das prisões. As facções criminosas atuam de forma organizada, controlando o ambiente carcerário e produzindo conflitos, rebeliões e mortes entre os próprios presos, o que evidencia a falta de controle estatal sobre o sistema (PONTES, 2016).

Diante desta realidade perturbadora, é fundamental que se invista em políticas de ressocialização efetivas, como a oferta de cursos profissionalizantes e de educação dentro das prisões. Além disso, é preciso melhorar a estrutura física das penitenciárias, garantindo condições mínimas de dignidade aos detentos (HASSEMER, 2016).

Também é essencial promover a desativação de prisões superlotadas, adotar medidas alternativas à prisão para crimes de menor gravidade e implementar políticas de acompanhamento e reintegração social dos ex-presidiários, buscando diminuir a reincidência e garantir a ressocialização plena (BRITO; PIERANGELI, 2015).

Em suma, a melhoria desse cenário exige medidas urgentes e estruturais por parte do Estado a fim de garantir os direitos humanos dos detentos e promover sua reintegração na sociedade (HASSEMER, 2016).

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt (2018), o sistema penitenciário é uma instância fundamental dentro do sistema de justiça criminal, responsável pela execução e acompanhamento das penas e medidas restritivas de liberdade. Sua principal finalidade é promover a ressocialização dos indivíduos que cometeram crimes, garantindo a reinserção dessas pessoas na sociedade de forma segura e responsável.

Existem diferentes abordagens no sistema penitenciário, cada uma voltada para a finalidade da pena e a forma como ela deve ser cumprida. Uma das abordagens mais antigas e tradicionais é a chamada ‘abordagem retributiva’, que tem como principal objetivo punir o infrator de acordo com a gravidade do crime cometido. Nessa perspectiva, a pena é vista como uma punição proporcional ao delito, com o intuito de restabelecer a ordem social e fazer justiça (GRINOVER, 2015).

No entanto, o que se observa nos últimos anos é uma crescente tendência em direção às perspectivas mais humanizadas e voltadas para a ressocialização. Nesse sentido, Pontes (2016) destaca que uma das abordagens mais influentes é a chamada ‘perspectiva ressocializadora’, que busca proporcionar ao indivíduo ferramentas e oportunidades para que ele possa se reintegrar à sociedade de maneira produtiva. Isso envolve a oferta de programas de reabilitação, educação, capacitação profissional e assistência jurídica, psicológica e social durante o cumprimento da pena. Outra abordagem em voga é a ‘perspectiva restaurativa’, que foca na reparação do dano causado pela infração e no diálogo entre a vítima, o infrator e a comunidade afetada. Nesse modelo, busca-se a reconstrução de laços sociais rompidos pelo crime, a responsabilização do infrator pelo seu comportamento e a resolução pacífica dos conflitos (SILVA, 2019).

Apesar das diferentes abordagens, é importante ressaltar que a realidade dos sistemas penitenciários ao redor do mundo, muitas vezes, está longe do ideal preconizado. Muitos países sofrem com a superlotação dos presídios, a falta de investimentos adequados em infraestrutura e programas de reabilitação, além do acesso precário a serviços básicos de saúde e educação dentro das prisões (MAGALHÃES, 2017).

Dito isso, para que o sistema penitenciário cumpra o seu escopo de forma efetiva, faz-se mister um esforço conjunto entre os poderes públicos, organizações da sociedade civil e a população em geral para promover a implementação

de políticas públicas que visem a humanização das prisões, a promoção da igualdade de oportunidades para os detentos e a garantia de seus direitos fundamentais. A finalidade da pena não deve ser apenas a punição, mas sim a transformação do indivíduo, visando um retorno seguro e produtivo à sociedade (HASSEMER, 2016).

4. A função ressocializadora da pena

Conforme explanado no subtítulo 3 do presente artigo, existem diferentes teorias que descrevem e classificam as finalidades da pena. Neste sentido, afirma-se que a ressocialização é a principal expressão da prevenção especial positiva, sendo descrita como “função ressocializadora da pena”.

Segundo Pontes (2016), enquanto a função punitiva da pena está associada à ideia de punição como resposta ao comportamento criminoso, com o intuito de alcançar a justiça e a retribuição, a função ressocializadora busca promover a reabilitação do infrator por meio de sua reintegração na sociedade (PONTES, 2016). A função ressocializadora da pena enfatiza a importância da reabilitação do infrator como forma de evitar a reincidência e facilitar sua reintegração na sociedade após o cumprimento da pena. Segundo essa perspectiva, a punição deve ter como objetivo corrigir e transformar o comportamento do indivíduo, oferecendo-lhe ferramentas e oportunidades para que ele possa se reintegrar de maneira adequada (PONTES, 2016).

A teoria da ressocialização é um conceito crítico no campo da criminologia e da justiça penal, proposto como um modelo para reabilitar e reintegrar pessoas que cometeram crimes de volta à sociedade. Segundo Zalzman (2018), a ideia central por trás da teoria é que a prisão ou qualquer tipo de punição não deve apenas servir como uma forma de retribuição, mas também como um meio de ajudar os infratores a se tornarem cidadãos respeitáveis e produtivos, reduzindo, assim, a taxa de reincidência criminal.

A mencionada teoria trabalha, especificamente, os fatores que levam o indivíduo ao comportamento criminoso, e aduz que é possível evitar o retorno ao crime por meio do fornecimento de oportunidades, habilidades e valores que possibilitem a mudança comportamental do infrator. Isso inclui a educação formal e as habilidades vocacionais, bem como a terapia ocupacional e aconselhamento para tratar questões psicológicas subjacentes, distúrbios e abuso de substâncias (BITENCOURT, 2018).

Uma abordagem importante na teoria da ressocialização é o princípio da individualização, reconhecendo que cada pessoa é única e possui circunstâncias diferentes que a levou ao crime. Isso significa que os programas de ressocialização devem ser adaptados às necessidades individuais de cada infrator, considerando fatores como idade, histórico de abuso, habilidades educacionais e apoio familiar (PONTES, 2016).

Outro elemento fundamental é a reintegração gradual, o que envolve a libertação gradual dos infratores, começando pelo cumprimento de penas mais curtas e permitindo que eles demonstrem sua capacidade de se adaptar novamente à sociedade. Essa abordagem gradual inclui a criação de programas de liberdade condicional e suporte pós-prisão, que fornecem orientação e assistência para ajudar os infratores a lidar com os desafios que enfrentam ao tentar encontrar emprego, moradia e estabilidade (MAGALHÃES, 2017).

No entanto, assim como toda e qualquer vertente de pensamento, a teoria da ressocialização é controversa, enquanto alguns a defendem, outros a criticam. Alguns argumentam que a prisão é uma experiência desumanizadora e que os programas de ressocialização dentro das prisões não são eficazes o suficiente para realmente promover mudanças positivas. Além disso, a teoria da ressocialização seria incapaz de abordar questões estruturais mais amplas, como a desigualdade econômica e a falta de oportunidades na sociedade, que também contribuem para o comportamento criminoso (SILVA, 2019).

Em suma, a teoria da ressocialização busca ir além da punição e trabalhar na reabilitação de indivíduos que cometeram crimes, fornecendo-lhes as ferramentas necessárias para se reintegrarem à sociedade de maneira produtiva. Embora haja desafios e controvérsias associadas a essa abordagem, muitos acreditam que a ressocialização oferece uma perspectiva promissora para a redução da taxa de reincidência criminal e a criação de cidadãos comprometidos e responsáveis (BITENCOURT, 2018).

Defende-se que é possível reformar o infrator, trabalhando em sua educação, fornecendo treinamento vocacional e psicoterapia, bem como oferecendo assistência social e apoio durante sua reintegração à sociedade. Acredita-se que, ao oferecer uma segunda chance ao infrator, é possível reduzir a taxa de reincidência e promover a recuperação (PONTES, 2016).

No entanto, é importante ressaltar que a função ressocializadora da pena nem sempre é alcançada adequadamente. Questões como superlotação das prisões, falta de recursos adequados, má implementação de programas de

ressocialização e estigmatização social podem dificultar a reintegração efetiva do infrator (ZAFFARONI, 2017).

5. Políticas criminais e programas de ressocialização

Diante do contexto apresentado pelos tópicos anteriores, pode-se dizer que é de suma importância a intensificação das políticas e dos programas de ressocialização, mediante o escopo de reintegração social, eficaz e seguro, dos indivíduos que cumpriram as suas penas (HASSEMER, 2016).

O objetivo das políticas e programas de ressocialização é dotar os apenados de recursos essenciais para o retorno bem-sucedido à sociedade, contribuindo de forma positiva e reduzindo a probabilidade de reincidência na atividade criminosa. Segundo Pontes (2016), dentre os principais programas existentes atualmente, constam: a oferta de oportunidades educacionais, incluindo a formação fundamental e profissional; a garantia de acesso a cuidados de saúde físicos e mentais; a facilitação da participação em atividades recreativas e culturais; a promoção do emprego e a preparação para o mercado de trabalho; e a oferta de assistência psicossocial.

As experiências empíricas demonstram que a educação desempenha um papel crucial no processo de reinserção social ao proporcionar novos conhecimentos e competências, aproveitáveis pelo mercado de trabalho que aumentam a probabilidade de o indivíduo conseguir um emprego após a execução penal. Para além, a educação desempenha um papel significativo no crescimento pessoal e na construção da autoestima, aspectos vitais para uma reintegração social bem-sucedida (ZALCMAN, 2018).

A prestação de serviços de saúde nas instalações correcionais é um elemento crucial a se considerar. Garantir que os reclusos tenham acesso a apoio médico e psicológico suficiente é essencial para promover a sua saúde física e mental em geral. Isto não só ajuda a prevenir a deterioração das condições de saúde existentes, mas também mitiga o desenvolvimento de potenciais distúrbios que podem surgir do ambiente prisional (PONTES, 2016).

A ressocialização é significativamente influenciada pela inclusão de atividades recreativas e culturais. Estas atividades não só oferecem aos reclusos momentos de lazer e entretenimento, mas também melhoram a sua qualidade de vida global no ambiente prisional. Ou seja, o incentivo de hábitos salutarres como a leitura, por exemplo, contribui não só para o bom funcionamento do

ambiente carcerário, mas também para o retorno dos indivíduos à sociedade (HASSEMER, 2016).

Por fim, cabe ressaltar que os benefícios da ressocialização dos presidiários vão além dos próprios indivíduos, pois impactam a sociedade como um todo, reduzem efetivamente as taxas de reincidência, e colaboram, em última análise, para uma sociedade mais segura e harmônica (MAGALHÃES, 2017).

Dito isso, há de se aclarar que as políticas e programas de ressocialização, apesar de todos os desafios existentes dentro do sistema penitenciário, representam uma eficaz ferramenta de controle estatal e bem-estar coletivo (ZALCMAN, 2018).

6. Efeitos produzidos pelas medidas de ressocialização

Como descrito anteriormente, as medidas de ressocialização têm como objetivo principal promover a reintegração social dos indivíduos que cometeram crimes. No entanto, os resultados dessas medidas variam bastante e dependem de múltiplos fatores (SILVA, 2019).

Vale frisar que ressocializar não é um processo fácil, tampouco rápido. Requer tempo, esforço e recursos para garantir que os indivíduos tenham acesso às oportunidades de educação, treinamento profissional, tratamento de saúde mental, apoio psicossocial, entre outros (ZAFFARONI, 2017).

Pontes (2016) destaca que diversos estudos têm mostrado que, quando bem implementadas, as medidas de ressocialização podem ter impacto positivo na redução da reincidência criminal. Por exemplo, programas educacionais de ensino fundamental, médio e técnico dentro de prisões, aumentam as chances de empregabilidade e reduzem a probabilidade de reincidência.

Outra abordagem efetiva é o trabalho dentro das prisões, que proporciona aos detentos habilidades profissionais e a oportunidade de desenvolver uma ética laboral (ZALCMAN, 2018).

Além disso, programas de tratamento para dependência química, saúde mental e controle da raiva têm sido implementados em diversas instituições para atender às necessidades específicas dos detentos. Esses programas buscam identificar e tratar os fatores que contribuíram para o comportamento criminoso, possibilitando ao indivíduo obter habilidades para lidar com suas dificuldades e evitar recaídas (SILVA, 2019).

No entanto, apesar dos avanços, existem desafios significativos a serem superados. O sistema prisional enfrenta problemas consideráveis como a falta

de recursos financeiros e estruturais que afetam a efetividade dos programas de ressocialização. Além disso, a estigmatização do crime e o preconceito na sociedade também dificultam a absorção dos ex-detentos ao mercado de trabalho (ZAFFARONI, 2017).

Para garantir resultados mais efetivos, é necessário investir não apenas em programas de ressocialização dentro das prisões, mas também em políticas públicas que visem à reinserção social dos indivíduos condenados, oferecendo-lhes apoio à empregabilidade, moradia, assistência jurídica, educação continuada e suporte comunitário (PONTES, 2016).

Em suma, resta evidente que as medidas de ressocialização possuem potencial para reduzir a reincidência criminal e promover a reintegração social dos indivíduos, mas é preciso um esforço conjunto entre o sistema prisional, as instituições de apoio e a sociedade em geral para que esses resultados sejam alcançados de maneira efetiva (HASSEMER, 2016).

Conforme conhecido, o Brasil não é um país que cultua a mentalidade preventiva, pelo contrário, somos um povo de cultura reativa, que, via de regra, age após o resultado, tratando o sintoma e não buscando a real causa do adoecimento. Esse nosso comportamento se deflagra em todas as nossas mazelas, como, por exemplo, nos planos de segurança pública e nas questões ambientais. Por esse motivo, os esforços voltados às políticas de ressocialização ainda são escassos, fato que culmina em elevadas taxas de reincidência criminal.

Com base em informações fornecidas pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2021), aproximadamente 50% dos indivíduos que cumpriram suas penas reingressaram no sistema prisional no prazo de cinco anos após sua libertação. Esses dados indicam uma taxa significativa de reincidência criminal entre 2017 e 2020.

Os resultados desanimadores podem ser atribuídos a vários fatores. Além da desvalorização dos programas de ressocialização, outras circunstâncias desafiadoras, como a precariedade do sistema prisional e a capacitação insuficiente de seus agentes, acabam por dificultar as iniciativas nesse sentido. Ademais, a alocação inadequada de recursos para educar e dotar os apenados com as competências necessárias representa uma barreira significativa à sua reintegração bem-sucedida na sociedade (DEPEN, 2021).

Outro ponto que carece de atenção é a supervisão insuficiente que ocorre quando os indivíduos são libertados do sistema prisional. Numerosos ex-infratores enfrentam desafios para garantir emprego e habitação, o que aumenta a sua

suscetibilidade à reincidência. A ausência de programas de assistência e apoio durante a sua transição para a liberdade contribui para o ciclo contínuo de comportamento criminoso (DEPEN, 2021).

Embora tenha havido resultados desfavoráveis, certas regiões do Brasil documentaram casos de experiências positivas. As iniciativas de ressocialização, que priorizam a educação, a formação profissional e o apoio psicossocial têm mostrado resultados promissores na diminuição das taxas de reincidência (DEPEN, 2021).

Para alcançar uma ressocialização genuína para os indivíduos encarcerados, é imperativa uma abordagem colaborativa que envolva o governo, as instituições prisionais, a sociedade civil e outras partes interessadas. Como sublinhado por Magalhães (2017), devem ser priorizadas políticas públicas eficazes como: a melhoria das instalações prisionais; a capacitação dos funcionários que atuam no sistema penitenciário; a oferta de programas educacionais e profissionalizantes; e, por fim, a supervisão e o apoio ao indivíduo na fase de retorno ao convívio social.

Pelo dito, reconhece-se que a redução da reincidência criminal é um desafio complexo, que exige ações integradas e de longo prazo (SILVA, 2019).

7. Considerações finais

Diante de todo exposto, sintetiza-se que o Estado possui um poder-dever de intervenção punitiva chamado *ius puniendi*, por esta prerrogativa, faz-se imperiosa a atuação estatal no controle de condutas consideradas lesivas aos bens-jurídicos sejam eles individuais ou supraindividuais. Neste sentido, cabe ao Estado a elaboração de políticas criminais que promovam o controle social e o bem-estar coletivo, reconhecendo-se a característica de transcendência individual dessas políticas

Todavia, a referida incumbência estatal não é ilimitada, nem se presta à violação de direitos fundamentais dos indivíduos que venham a ser alvos de sua persecução penal. Por assim ser, submete-se a agentes limitadores como as já explicadas “finalidades da pena” que atuam direcionando as políticas interventivas adotadas.

Dentro das finalidades da pena utilizadas pelo sistema brasileiro, imperam a finalidade retributiva, consubstanciada na punição do indivíduo infrator, retribuindo-lhe o mal que este causara à sociedade; e, a finalidade preventiva que pretende evitar o cometimento de novos delitos – por meio da intimidação dos

demaís cidadãos (prevenção geral), ou por meio do impedimento da repetição do comportamento do próprio sujeito apenado (prevenção especial).

Dentro da prevenção voltada especificamente ao indivíduo apenado, nomeada “especial”, tem-se a “prevenção especial negativa” inclinada à intimidação do próprio apenado pelo constrangimento da sanção penal a ele aplicada; e, a “prevenção especial positiva”, voltada a reinserção do sujeito ao ambiente coletivo.

A ressocialização surge como principal expressão da finalidade preventiva especial positiva, disciplinando que a intervenção punitiva estatal não deve somente castigar quem infringe as suas leis, mas também permitir que esse cidadão retorne à sociedade de modo a não reincidir no comportamento criminoso.

Para tanto, criaram-se várias estratégias com o ideal ressocializador, dentre as quais, imperam, atualmente no Brasil, os programas educacionais de ensino fundamental, médio e técnico, além dos cursos profissionalizantes, que colaboram para a reinserção dos apenados no mercado de trabalho. Ademais, programas de saúde voltados ao tratamento de dependentes químicos e de portadores de transtornos comportamentais também têm sido utilizados como facilitadores da reinserção de seus participantes na sociedade.

Após criteriosa análise dos programas adotados atualmente pelo sistema punitivo brasileiro, observou-se que, apesar de existir um empenho dentro da estrutura que vise a promoção da finalidade ressocializadora da pena, tal realidade ainda carece de aporte e valorização dos entes públicos e sociais.

Em verdade, a literatura indica que os investimentos dispendidos às referidas estratégias no Brasil são escassos e, por esta razão, os índices de reincidência ainda são alarmantes. Somado a isso, tem-se o fato de que outros fatores acabam prejudicando a execução das políticas ressocializadoras como, por exemplo, a precariedade da infraestrutura carcerária, a falta de capacitação de seus agentes, e a ausência total de apoio estatal durante a fase transitória do indivíduo, em seu retorno ao âmbito social.

Entretanto, apesar dos obstáculos identificados, é fundamental que se incentive, incessantemente, a adoção e o aprimoramento das políticas públicas de ressocialização, não só porque trata-se do cumprimento de uma das finalidades da pena e, portanto, da consumação de um dever estatal, mas também porque representa uma promissora ferramenta de redução das taxas de reincidência, de colaboração para a redução da sobrecarga do sistema, de humanização da pena, e,

principalmente, de impulsão do bem-estar social, transcendendo o indivíduo em específico e atingindo positivamente o coletivo.

8. Referências

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). *Depen divulga relatório prévio de estudo inédito sobre reincidência criminal no Brasil*. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/depn-divulga-relatorio-previo-de-estudo-inedito-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil> Acesso em: 8 fev. 2024.
- BRITO, Luiz Flávio Gomes; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal; questões fundamentais: a questão do crime*. 2. ed. Coimbra: Lisboa, 2001.
- GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- HASSEMER, Winfried. *Punição e cultura: uma reavaliação da prevenção geral positiva*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2016.
- MAGALHÃES, Paulo Sergio Leite. *Criminologia integrada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- MOREIRA, Murilo Gilberto. A falência da ideologia de ressocialização da pena do sistema prisional brasileiro. *Revista de artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito*, v. 1, 2016.
- PONTES, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Execução penal e ressocialização*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 27. ed. São Paulo: Cortez, 2015.
- SILVA, Emerson Schaefer da. *Sobre a finalidade da pena: uma perspectiva criminológica*. São Paulo: Saraiva, 2019.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2017.
- ZALCMAN, Ariel. *Ressocialização e progressão de regime*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

Standard probatório e o testemunho policial como fonte de prova no Processo Penal brasileiro

Standard of evidence and the police testimony as source of evidence in the Brazilian criminal procedure

ANA LUIZA BRINATI MEDINA

Advogada. Ex-estagiária de Pós-Graduação da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais (Comarca de Juiz de Fora). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora/MG. Pós-Graduada em Direito Penal e Processual Penal. Mestranda em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora/MG.

[...] a testemunha é um homem; um homem com o seu corpo e com a sua alma, com seus interesses e com as suas tentações, com as suas lembranças e com os seus esquecimentos, com a sua ignorância e com a sua cultura, com a sua coragem e com o seu medo¹.

Resumo: O presente trabalho se debruça sobre o estudo acerca da valoração do testemunho policial como fonte de prova no Processo Penal e sua (in)idoneidade. Busca-se, com esta pesquisa, demonstrar-se a sobrevalorização da prova testemunhal produzida por tais agentes e o risco da falibilidade de tais elementos probatórios, considerando-se não apenas a condição humana, que admite erros tais como as falsas memórias, mas o próprio papel do agente policial enquanto sujeito que, para demonstrar a eficiência de sua função, atua em prol da apreensão de pessoas envolvidas em delitos, buscando sua responsabilização criminal. Para tal pesquisa, tangencia-se questões acerca do *standard* probatório BARD (*beyond any reasonable doubt*), valorando-o como a presunção de inocência no Processo Penal brasileiro, bem como entendendo que, no âmbito do testemunho policial, a tendência procedimental é a quase desconsideração de seus preceitos em detrimento da completa credibilidade dada à prova testemunhal do agente público. A metodologia utilizada na presente pesquisa é a análise bibliográfica, tendo como marco teórico a obra *Prova testemunhal no Processo Penal: um estudo sobre falsas memórias e mentiras*, de Paula Kagueiama.

Palavras-chave: Testemunho policial; Prova testemunhal; *Standard* probatório; Presunção de inocência; Falsas memórias.

¹ CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do Processo Penal*. Trad. de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2013, p. 26.

Abstract: *This work focuses on the study of the valuation of police testimony as a source of evidence in Criminal Procedure and its (un)suitability. The present research seeks to demonstrate the overvaluation of testimonial evidence produced by such agents and the risk of fallibility of such evidentiary elements, considering not only the human condition, which admits errors such as false memories, but the very role of the police officer as a subject who, to demonstrate the efficiency of his role, works towards the apprehension of people involved in crimes, seeking criminal liability. For this research, we will address questions about the BARD evidentiary standard (beyond any reasonable doubt), valuing it as the presumption of innocence in the Brazilian criminal process, as well as understanding that, in the context of police testimony, the procedural tendency is almost disregard of its precepts to the detriment of the complete credibility given to the public agent's testimonial evidence. The methodology used in this research is bibliographical analysis, using as a theoretical framework the work Testimonial Evidence in the Criminal Process: a study on false memories and lies, by Paula Kagueiama.*

Keywords: *Police testimony; Testimonial evidence; Probationary standard; Presumption of Innocence; False memories.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O standard probatório no Processo Penal brasileiro: a dúvida razoável e a presunção de inocência; 3. Valoração da prova testemunhal no Processo Penal brasileiro; 3.1. A valoração da prova como testemunhal e sua falibilidade; 3.2. A prova testemunhal e o risco das falsas memórias; 4. O testemunho policial como fonte de prova; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. Introdução

O Processo Penal brasileiro tem, no art. 3-A do CPP, inserido pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), a marca expressa de seu viés acusatório, em que pese ainda tangenciado por perspectivas inquisitoriais em sua práxis. Tal marca proclama a presunção de inocência como paradigma basilar de seu procedimento, garantia e direito do autuado, investigado e acusado, de modo que se tenha a compreensão de que, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, aquela pessoa² poderá ser absolvida.

Não se está aqui a dizer que não será, mas também não se está a dizer que será absolvida. Tal decisão dependerá de uma série de fatores, dentre os quais será estudada, na presente análise, a prova testemunhal, extremamente relevante e fortemente valorada dentro do acervo probatório aceito em juízo.

² Propositamente, a autora chama de pessoa e não de indivíduo, para que recordemos que, como pessoa, é sujeito de direitos, protegido pela dignidade humana e pelos preceitos constitucionais.

Para se garantir o que Antonio Scarance Fernandes chamou de “binômio eficiência e garantismo”³, isto é, um garantismo sem excessos, que possibilite as garantias processuais previstas no texto legal, ao passo que se estruture um processo de responsabilização penal eficiente, com correta apuração de autoria e materialidade, faz-se necessário que esse seja construído sobre *standards* probatórios pautados na presunção de inocência, com rito e procedimento céleres, que sigam os princípios basilares previstos para o tema.

Esse desenvolvimento pautado sobre *standards* probatórios – especialmente sobre o “beyond any reasonable doubt”, a seguir pormenorizado, parte da premissa de um Processo Penal em desequilíbrio (CRUZ, 2020, p. 329), em que a acusação possui todos os mecanismos e meios necessários para produção de prova em prol da condenação, ao passo que a defesa, em situação desfavorável, não dispõe dos mesmos meios. Assim, o modelo acusatório de processo passa a exigir esforços mais densos por parte da acusação, enfrentando qualquer dúvida razoável que possa levar à absolvição do acusado.

Dessa maneira, desenvolver-se-á o estudo compreendendo-se, em primeiro plano, o *standard* probatório que norteia o Processo Penal brasileiro (BARD), a seguir exposto, desnudando-se o entrelace entre os problemas de uma busca matematicamente traçada de superação do *standard* probatório (para fins de responsabilização criminal) e a busca pela verdade real no Processo Penal.

Feitas essas considerações, passa-se ao exame do testemunho como fonte de prova, examinando-o em dois itens, primeiramente se destrinchando o conceito e as características da prova testemunhal, bem como sua falibilidade, e, em segundo momento, demarcando-se o problema das falsas memórias, seu processo de desenvolvimento e seu impacto na produção probatória.

Posteriormente, apresenta a análise do testemunho policial como fonte de prova, esmiuçando-se como, no Processo Penal brasileiro, dá-se extremo valor à prova testemunhal produzida por agentes policiais, superando-se completamente o *standard* probatório da dúvida razoável, especialmente no tocante aos crimes em que não há vítima, como o tráfico de drogas.

Assim, o presente artigo tem como objetivo examinar a prova testemunhal, especialmente o testemunho policial, como meio probatório (in)idôneo dentro da perspectiva acusatória, considerando-se sua supervalorização no Processo Penal, o desequilíbrio de seu papel quando diante de outras provas – inclusive

³ SCARANCE FERNANDES, Antonio. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 70, p. 229-268, jan./fev. 2008.

testemunhais –, bem como a possibilidade de ocorrência do que se denominam falsas memórias, fruto da falibilidade humana. Assim, almeja-se rechaçá-lo, dada sua profunda falibilidade, como fonte de prova no Processo Penal brasileiro.

2. O *standard* probatório no Processo Penal brasileiro: a dúvida razoável e a presunção de inocência

Aury Lopes Jr., em Direito Processual Penal (2022, p. 410), leciona que o *standard* probatório consiste justamente na compreensão de pesos e medidas necessárias à confirmação da hipótese averiguada. É dizer, para se afirmar que um fato ocorreu, deve-se demonstrar, por meio de provas suficientes, que, evidentemente, o delito foi praticado por certa pessoa, em certo local, através de certos mecanismos. Mas, afinal, qual o peso necessário para se afirmar que a “Autoria e materialidade restam evidentes nos autos”? Trata-se de medida subjetiva⁴, que confere ao aplicador do direito a discricionariedade genérica de decidir a partir de mais ou menos provas, a depender de cada caso.

Assim, o autor afirma a existência, no processo, de quatro *standards* probatórios, sendo um deles utilizado no Processo Penal: o BARD (*beyond any reasonable doubt*, traduzido: prova além de toda a dúvida razoável)⁵. No Processo Penal, assim, ter-se-ia a necessidade de se refutar toda e qualquer dúvida razoável, de modo a se chegar à conclusão racional e sistemática de que o fato ocorreu, em certas circunstâncias já delimitadas.

No Processo Penal brasileiro, de viés declaradamente acusatório, adota-se, sob certas dúvidas, o *standard* em comento, valendo-se do paradigma fundamental da presunção de inocência como vetor de interpretação e valoração da prova.

Maurício Zanoide de Moraes, assim, leciona que:

A presunção de inocência, assim como todos seus aspectos e desdobramentos, incluídos aqui o – in dubio pro reo e o – favor rei, representa um direito que veio atender à igualdade, ao respeito à dignidade da pessoa humana, à liberdade do cidadão e ao devido processo penal porquanto: a) **torna a relação jurídica entre imputado e órgãos persecutórios mais equilibrada (garantia à igualdade), impedindo que as manifestações do poder público ultrapassem o necessário para a apuração dos fatos;** b) **impede, de ordinário, que ao imputado seja dado tratamento de condenado, antes**

⁴ Idem, p. 411.

⁵ Ibidem.

do reconhecimento definitivo de sua culpa (garantia à dignidade da pessoa); c) impõe a necessidade de um processo condizente com todos os padrões constitucionais de justiça para que se proceda à verificação e declaração de culpa do cidadão (garantia do devido processo legal); d) impõe uma decisão menos prejudicial ao imputado sempre que houver dúvida fática ou se possa proceder a mais favorável escolha jurídica, como asseveração do prestígio à dignidade da pessoa humana em toda e qualquer decisão judicial penal⁶ (grifos da autora).

O “x” da questão no Processo Penal, especialmente no brasileiro, cumpre mencionar, é a definição (se é que possível) de qual é o tênue limite entre a dúvida razoável e a certeza, isto é, em que ponto se terá a compilação de todas as informações essenciais à imputação de um delito a um agente. Para mais que isso, tendo-se como base o modelo acusatório procedimental, deve-se verificar uma perspectiva ainda mais rigorosa, de modo que a linha não mais seja tão tênue, e o Direito Processual Penal possa trazer, de maneira mais clara e objetiva, os requisitos de adequação tipo-conduta (LOPES JR., 2022, p. 413).

Ocorre que, ao se buscar essa delimitação de um *standard* probatório objetivo e quase que matematicamente previsto, pode-se incorrer no erro de uma busca também da verdade real no Processo Penal, o que o afasta da matriz acusatória e o aproxima daquela inquisitória (LOPES JR., 2022, p. 402), pautada na procura da verdade a qualquer custo. Ora, ao se fazer alcançável e materializado um limite objetivo do que saia da mera especulação à completa certeza do fato delitivo e de sua autoria, torna-se alcançável, também, a realidade e verdade dos fatos investigados.

Dessa maneira, aceita-se a possibilidade de mecanismos inquisitórios e desproporcionais de busca pela verdade, especialmente no âmbito pré-processual, em que o acusatório já se encontra diferido, tais como o *fishing expedition*, que, rechaçado pelos tribunais superiores, como o Superior Tribunal de Justiça, é amplamente utilizado em buscas domiciliares e acatado pelos juízos de primeira instância. Ora, se é preciso ultrapassar o limite entre dúvida e certeza, faz-se de tudo para alcançá-lo, na busca pela “justiça” e pela responsabilização penal a qualquer custo.

⁶ MORAES, Mauricio Zanoide de. *Presunção de inocência no Processo Penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 440.

Por essa razão, devem os *standards* probatórios serem utilizados não como justificativa para se aplicarem mecanismos ilícitos de produção probatória em busca de uma certeza sobre a conduta, mas sim, como forma de compreensão de que, não havendo provas lícitas em favor da condenação, como é o cerne do modelo acusatório de processo, haverá óbices à condenação. Devem, assim, buscarem a delimitação de como se chegar à verdade processual, essa sim alcançável, conforme leciona Luigi Ferrajoli, “aproximada, resultado de um processo respeitador das garantias processuais penais do acusado e das regras legais de admissão, produção e valoração da prova” (FERRAJOLI *apud* KAGUEIAMA, 2021, p. 36).

No âmbito da prova testemunhal no Processo Penal brasileiro, especialmente do testemunho policial, como se verá a seguir, o *standard* probatório parece ser rapidamente alcançável (ou seria ignorado?), valorando-se tal prova como suficientemente capaz de levar à compreensão do fato, seu contexto, suas condições, autoria e materialidade, e, conseqüentemente, à condenação ou absolvição, sem que outras provas mais robustas se façam necessárias ao julgador. A dúvida razoável se torna completa certeza quando o agente policial responsável pela prisão em flagrante é ouvido em audiência e confirma o que assinalou no auto de prisão em flagrante, sem contraditório e ampla defesa.

O risco de tal aceitação, sem se buscarem outras provas, é o erro jurisdicional e a responsabilização penal de inocentes: o testemunho, como se verá a seguir é prova, muitas vezes, falha, de modo que não pode ser única e exclusivamente utilizada, sem outros parâmetros probatórios, para fins de condenação. Como nos ensina, em seu brilhantismo, Luigi Ferrajoli: “nenhum inocente pode ser punido, mesmo que isso implique a não punição de alguns culpados” (2002, p. 270).

3. Valoração da prova testemunhal no Processo Penal brasileiro

Não apresenta-se, aqui, no estudo a valoração da prova testemunhal da vítima, que merecia capítulo próprio para análise. Em verdade, analisa-se a prova testemunhal em sentido amplo, priorizando-se, primordialmente, o estudo acerca da prova testemunhal policial e o essencial cuidado que deve ser tomado quando de sua adoção.

3.1. A valoração da prova como testemunhal e sua falibilidade

Paula Thieme Kagueiama, em *Prova Testemunhal no Processo Penal: um estudo sobre falsas memórias e mentiras*, leciona que a testemunha “é aquela que percebe a

ocorrência de um suposto crime ou algum aspecto a ele relacionado, e, em razão do conhecimento que possui, presta depoimento perante o juiz acerca dos fatos objetos da ação penal” (2021, p. 42).

Segundo Fernando Capez (2023, p. 162), a prova testemunhal é alcançada por certas características, quais sejam, judicialidade (necessária produção em juízo), oralidade (necessária produção por meio de narrativa verbalizada, falada, em depoimento nos termos do art. 204, CPP), objetividade (a prova não pode ser produzida sobre opiniões e julgamentos, mas sobre fatos), retrospectividade (prova sobre fatos já ocorridos no passado), imediação (prova deve ser sobre os sentidos tidos pela testemunha diante do ocorrido) e individualidade (testemunhas não devem ser ouvidas em conjunto). Dessa maneira, observa-se que, para que seja testemunhal, a prova deverá ser produzida atendendo-se aos requisitos acima elencados. E, para ser prova, o testemunho deverá ser prestado em juízo, provocando-se o contraditório, dando-se ao acusado a possibilidade de se manifestar e ouvir o que é dito.

Lara Teles Fernandes, em *Standards probatórios e epistemologia jurídica: uma proposta interdisciplinar para a valoração do testemunho no Processo Penal*, afirma que a compreensão da prova testemunhal e sua valoração deve se dar pautada em oito pressupostos, os quais levarão a maior ou menor confiabilidade no depoimento em si, quais sejam: “credibilidade do depoente”; “confiabilidade da versão” por ele apresentada; possibilidade de verificação de falsas memórias; procedimento de coleta dos depoimentos e como se deu; a maneira e o procedimento como se deu o reconhecimento de pessoas e a possível existência de fatores que reduzam sua precisão; “a ineficácia da repetição do reconhecimento de pessoas”; “a excepcionalidade do *hearsay statement*”; a aplicação do contraditório de maneira eficaz dentro do procedimento (FERNANDES, 2019, p. 132).

Em que pese a busca pela adequação ao procedimento previsto em lei, o que a torna legal, neste termo, a prova testemunhal se reveste de marcas pessoais que a todos acomete, em razão de se tratar de narrativa de um sujeito humano que vê um fato. É dizer, um ser humano, com marcas pessoais subjetivas, narra não como se deram os fatos, mas como se deram diante de seu olhar, de sua perspectiva.

Além disso, Kagueiama afirma que se presumir a veracidade de um depoimento é incorrer em grave erro, haja vista que, em que pese o dever moral de veracidade, de cumprir com a verdade, duas situações poderão ser verificadas: ou a testemunha pode não querer dizer a verdade ou, dizendo, o que considera ser verdade, confiar no que sua memória construiu como verdadeiro (falsa memória).

Deveria o juiz, quando da oitiva testemunhal, analisar cada uma das provas testemunhais com desconfiança e incredulidade epistemológica, entendendo que, diante da falibilidade humana, provavelmente se estará diante de testemunho que não condiz integral e perfeitamente com a realidade dos fatos (2021, p. 75).

A autora prossegue sua análise afirmando, assim, a possibilidade de ocorrência de quatro hipóteses no âmbito da falibilidade testemunhal:

[...] depoimentos sinceros e verdadeiros (a testemunha quis dizer a verdade e sua memória corresponde à realidade fática); depoimentos insinceros e verdadeiros (a testemunha quis falsear os fatos, mas seu depoimento acaba por coincidir com a realidade); depoimentos sinceros e falsos (a testemunha quis dizer a verdade, mas sua memória não corresponde à realidade fática); depoimentos insinceros e falsos (a testemunha quis falsear os fatos e seu depoimento não coincide com a realidade) (Idem, p. 77).

Nos dois últimos casos, diz-se que há a contaminação da prova, por fatores involuntários ou voluntários. Analisa-se, a seguir, o fator involuntário da falsa memória, tendente a ocorrer no âmbito dos testemunhos policiais, considerando-se o número de ocorrências em que atua o agente policial em seu dia a dia. Para além da contaminação da fonte de prova, outro problema se encontra no procedimento de alcance dessa fonte.

Lara Teles Fernandes (p. 133) trata de pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em conjunto com o Ministério da Justiça, série *Pensando o Direito*, n. 59, denominada Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e depoimentos forenses.

Na pesquisa em comento, conclui-se que a alhures mencionada busca pela verdade real leva à aplicação de meios ilícitos, inconstitucionais e inconvenientes de obtenção de prova testemunhal e reconhecimento:

Quanto aos resultados do primeiro estudo, em relação ao apurado sobre o reconhecimento de pessoas procedido na fase policial, regulado pelos artigos 226 a 228 do Código Processo Penal, os relatos foram no sentido de que várias regras de tais dispositivos eram comumente violadas: presença de apenas um réu no ambiente de reconhecimento, isto é, *show-up* em detrimento do *line-up* (11,5%), inexistência de local adequado para realização do procedimento (11,5%), indução perpetrada para as vítimas reconhecerem o suspeito (9,6%), dificuldade de localização de pessoas com características semelhantes à

descrição do suspeito (9,6%) e negação de vítimas e testemunhas de participar do procedimento por medo (23,1%).

Em juízo, repetiram-se os mesmos problemas com índices diferentes, e até mais elevados, em alguns casos: presença de apenas um réu no ambiente de reconhecimento (21,2%), inexistência de local adequado para realização do procedimento (3,8%), indução perpetrada para as vítimas reconhecerem o suspeito, seja por meio da presença de algemas e vestimentas prisionais que causam a sugestionabilidade, seja pela atuação de algum ator do sistema de justiça (23,1%), negação de vítimas e testemunhas de participar do procedimento por medo (7,7%). Além desses, também foi relatado o transcurso do tempo entre o fato e a audiência como fator limitador do procedimento (1,9%) (FERNANDES, 2019, p. 134-135).

Em que pese a imensa fragilidade dessa prova, suscetível de desvios e manipulações, bem como a ilegalidade dos mecanismos utilizados para seu alcance, é a mais utilizada hoje nos tribunais brasileiros, no âmbito do Processo Penal, para incriminação ou absolvição de um sujeito (LOPES JR., 2022, p. 540).

3.2. A prova testemunhal e o risco das falsas memórias

Lilian Milnitsky Stein e Renato Favarin dos Santos, em *A influência das emoções nas falsas memórias: uma revisão crítica*, examinam a forma como se dá a construção das falsas memórias em situações em que certa emoção se encontra mais ou menos aflorada. Segundo os autores, as reações emocionais a certas situações poderiam ser valoradas a partir de “respostas fisiológicas”, isto é, mecanismos corporais de resposta a vivências fisiológicas ou emocionais, “relatos subjetivos” e “observação de comportamentos” (2008, p. 417).

No tocante à interpretação das memórias, os autores afirmam que essa pode ocorrer através de uma elaboração semântica e de uma elaboração autobiográfica, sendo a primeira o processo de garantir significado à experiência vivenciada, ao passo que a segunda seria o processo de associação de um estímulo a uma vivência humana anteriormente presenciada (Idem, p. 419).

Dessa maneira, narram que alguns estudos realizados dentro do âmbito da saúde mental demonstram que a busca por recuperação de memórias do passado e da infância, aplicadas certas técnicas de terapia, têm levado à construção de falsas lembranças e emoções, inclusive com narrativas de abusos e violência sexual (Ibidem, p. 421).

Elizabeth F. Loftus leciona que o primeiro fator preponderante a impactar a falsa memória é o passar do tempo, isto é, o lapso temporal entre o fato e o momento em que se busca dele lembrar. Segundo a autora, com o desenrolar temporal, a memória do evento se enfraquece, de modo que, em situações extremas, pode-se, inclusive, pensar que o fato sequer ocorreu (2005, p. 361-362). Além disso, a autora afirma que não apenas o tempo, mas a pessoa que vivencia a memória, seu organismo, também afeta a memória. Segundo seu estudo, as falsas memórias tendem a atingir mais incisivamente crianças pequenas que jovens e adultos (Idem). A mais curiosa verificação mencionada pela autora encontra-se no fato de que alguns estudos do final do século XX demonstraram a possibilidade de construção, elaboração de uma falsa memória em seu interim, isto é, o desenvolvimento de todo um enredo que se torna uma falsa memória completa sobre uma vivência que jamais ocorreu no passado.

Para além das falsas memórias, Kagueiama afirma que não se pode confiar na prova testemunhal porque, primeiramente, “não há qualquer segurança de que o homem, podendo mentir, dirá a verdade”. Em que pese assumo o dever de cumprir com a verdade, fatores que vão além da moral, de ordem social, psicológica, econômica e ética podem afetar a percepção do sujeito que testemunha o fato narrado (2021, p. 75). Esses fatores podem influenciar consciente e inconscientemente, voluntária e involuntariamente, na manifestação da testemunha, de modo que a percepção individual de cada fato, seu contexto e suas características, mudará de pessoa para pessoa, a depender de suas pré-concepções humanas (Idem, p. 76).

Desse modo, a fragilidade da prova testemunhal assume facetas ainda mais complexas, especialmente porque se está diante de diferentes nuances: memória, vontade, inconsciente, preconceitos e pré-concepções. O ser humano narrando vivência sob a sua própria perspectiva subjetiva.

4. O testemunho policial como fonte de prova

No âmbito do testemunho policial, uma perspectiva ainda mais tênue será percebida: o limite entre a atividade policial imparcial e o interesse do agente, fazendo valer seu papel social, na condenação do acusado.

Segundo Fernando Capez (2023, p. 165), no tocante ao testemunho policial, existem três posições acerca de seu cabimento. A primeira delas afirma que o policial, em razão de sua função, seria suspeito, já que está envolvido na

investigação, de modo que não poderia ser ouvido como testemunha. A segunda afirma que o mero fato de ser policial não levaria à suspeição, de modo que, ainda, teriam presunção de legitimidade por serem servidores da Administração Pública. Finalmente, a terceira corrente afirma que, em razão de seu interesse funcional na conduta realizada, teria o depoimento valor relativo, podendo ser pugnado.

Feitos os devidos esclarecimentos abaixo, merece prosperar o primeiro entendimento.

Em um primeiro plano, é de profunda importância entender o contexto em que se desenvolve o testemunho policial. Usualmente, são utilizados como única testemunha arrolada pela acusação – quando se tinham, no contexto probatório, outras pessoas passíveis de serem arroladas – para narrativa dos fatos. Usualmente, prestam-se apenas a reiterar as alegações do auto de prisão em flagrante delito (quando este ocorre), de modo que se tem, não raras as vezes, uma condenação pautada tão somente em atos produzidos na fase pré-processual, sem o contraditório garantido (LOPES JR., 2022, p. 543).

Janaína Matilda, em *É preciso superar as injustiças epistêmicas na prova testemunhal*, menciona o termo “injustiça testemunhal”, que, segundo a autora, seria a situação em que se

[...] questiona, de partida e injustificadamente, a capacidade de um falante de conhecer os fatos e, neste sentido, de poder contribuir a uma reconstrução que mereça credibilidade. Na injustiça testemunhal, o questionamento quanto a tal capacidade deve-se ao pertencimento do falante a determinado grupo social ou étnico, operando-se uma infundada falta de credibilidade quanto ao conteúdo. Portanto, o mesmo conteúdo afirmado teria recepção diversa por parte de seu interlocutor se afirmado por alguém de outro grupo social ou étnico⁷.

No âmbito do testemunho policial, ter-se-ia o que se pode chamar de “superjustiça” testemunhal, isto é, a construção de um processo de valoração dessa prova que ultrapassa a validação dada a qualquer outro testemunho produzido em audiência. O policial, na figura mitológica do “super-herói”, tem completa preponderância, assumindo a fé pública e o eterno compromisso de dizer a verdade, o compromisso com a justiça penal. Tal força ganha ainda mais influência naqueles crimes em que não há vítima direta, como os previstos na

⁷ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-22/limite-penal-preciso-superar-injusticas-epistemicas-prova-testemunhal/> Acesso em: 20 jan. 2024.

Lei de Drogas. A apreensão de substância e a palavra do policial responsável pela flagrância são suficientes para se alcançar a condenação do acusado.

Miranda Fricker denomina o fenômeno acima de maneira simples e objetiva: poder, isto é, a capacidade que agentes sociais (indivíduos, grupos ou instituições – agentes de poder) têm de exercer influência sobre outros (2007, p. 10, tradução livre).

Em audiências de instrução e julgamento, pelo risco da falsa memória e o elevado número de operações de que fazem parte os agentes policiais ouvidos como testemunhas, é comum e notória a ocorrência de situações em que o agente informa não se recordar dos fatos, tão somente reiterando as informações constantes no APFD (Auto de Prisão em Flagrante Delito).

Tais informações, no entanto, são produzidas sem o contraditório necessário para se garantir à defesa todos os meios de impugnação à legalidade e veracidade das provas produzidas. Comumente, na atuação como advogada, esta autora vislumbra casos em que o acusado alega não ter franqueado a entrada do policial em sua residência para busca domiciliar; ao passo que o agente, reiterando o constante em APF, afirma que foi, sim, franqueada tal entrada. Em todos os casos, quebra-se o modelo acusatório, outorgando-se à defesa que comprove que, de fato, não houve franqueamento de entrada, quando, em verdade, tal obrigação deveria ser da acusação. Em todos esses casos, não houve reconhecimento de ilegalidade na busca domiciliar, seguindo o processo à recorrente condenação, em que pese seja contrário a essa atuação o entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁸.

⁸ Habeas Corpus. Tráfico de Drogas. Flagrante. Domicílio como expressão do direito à intimidade. Asilo inviolável. Exceções constitucionais. Interpretação restritiva. Ingresso no domicílio. Exigência de justa causa (Fundada Suspeita). Consentimento do morador. Requisitos de validade. Ônus estatal de comprovar a voluntariedade do consentimento. Necessidade de documentação e registro audiovisual da diligência. Nulidade das provas obtidas. Teoria dos frutos da árvore envenenada. Prova nula. Absolvição. Ordem concedida. 1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. [...] 2. O ingresso regular em domicílio alheio, na linha de inúmeros precedentes dos Tribunais Superiores, depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, apenas quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência – cuja urgência em sua cessação demande ação imediata – é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. 2.1. Somente o flagrante delito que traduza verdadeira urgência legítima o ingresso em domicílio alheio, como se infere da própria Lei de Drogas (L. 11.343/2006, art. 53, II) e da Lei 12.850/2013 (art. 8º), que autorizam o retardamento da atuação policial na investigação dos crimes de tráfico de entorpecentes, a denotar que nem sempre o caráter permanente do crime impõe sua interrupção imediata a fim de proteger bem jurídico e evitar danos; é dizer, mesmo diante de situação de flagrância delitiva, a maior segurança e a melhor instrumentalização da investigação – e, no que interessa a este caso, a proteção do direito à inviolabilidade do domicílio – justificam o retardo da cessação da prática delitiva. 2.2. A autorização judicial para a busca domiciliar, mediante mandado, é o caminho mais acertado a tomar, de sorte a se evitarem situações que possam, a depender das circunstâncias, comprometer a licitude da prova

Outro ponto que merece atenção diz respeito à possível imparcialidade, em certos contextos, do testemunho policial, considerando-se seu papel funcional de repressão ao crime. A tendência dos policiais é apresentar uma versão dos fatos de forma a se alcançar uma condenação com a finalidade inconsciente de, até mesmo, justificar sua atuação profissional.

Não é demais afirmar que o agente policial, ao prestar depoimento, não traz consigo a presunção de legalidade ou legitimidade de seus atos, pois isto implicaria em lhe conceder maior carga valorativa, o que não se coaduna com o princípio da presunção de inocência.

A presunção de legalidade/legitimidade dos agentes públicos é destinada ao exercício de suas funções típicas, não se incluindo neste rol o depoimento em processo judicial na qualidade de testemunha. Como testemunha arrolada, naquele instante, o policial está despido da qualidade de agente público, atuando como verdadeira testemunha, sob pena de sequer ser necessário compromissá-lo a dizer a verdade, já que suas palavras gozariam de presunção de veracidade.

Impende destacar que, não raras vezes, as adversidades do ofício levam a conflitos pessoais entre agentes policiais e acusados, o que pode influenciar em seu testemunho, já que despido de impessoalidade e vestido pela roupagem subjetiva de seu interesse, o que o torna suspeito.

E, para rematar esse ponto, como qualquer outro ser humano, o agente policial está sujeito às falsas memórias, examinadas em item anterior, de modo que, ainda que agindo de forma mais imparcial e voltada à verdade possível, poderá ser atingido pela falsa lembrança de um fato, ou pela confusão entre um caso e outro, dada a cansativa rotina de apreensões feitas em sua carreira.

e, por sua vez, ensejar possível responsabilização administrativa, civil e penal do agente da segurança pública autor da ilegalidade, além, é claro, da anulação – amiúde irreversível – de todo o processo, em prejuízo da sociedade. (...) 6.1. Nos Estados Unidos, por exemplo, a par da necessidade do exame da causa provável para a entrada de policiais em domicílio de suspeitos de crimes, não pode haver dúvidas sobre a voluntariedade da autorização do morador (*in dubio libertas*). O consentimento “deve ser inequívoco, específico e conscientemente dado, não contaminado por qualquer trulência ou coerção (“consent, to be valid, ‘must be unequivocal, specific and intelligently given, uncontaminated by any duress or coercion”). (United States v McCaleb, 552 F2d 717, 721 (6th Cir 1977), citando Simmons v Bomar, 349 F2d 365, 366 (6th Cir 1965). Além disso, ao Estado cabe o ônus de provar que o consentimento foi, de fato, livre e voluntariamente dado, isento de qualquer forma, direta ou indireta, de coação, o que é aferível pelo teste da totalidade das circunstâncias (*totality of circumstances*). [...] 7.2. Por isso, avulta de importância que, além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar. Semelhante providência resultará na diminuição da criminalidade em geral – pela maior eficácia probatória, bem como pela intimidação a abusos, de um lado, e falsas acusações contra policiais, por outro – e permitirá avaliar se houve, efetivamente, justa causa para o ingresso e, quando indicado ter havido consentimento do morador, se foi ele livremente prestado (HC n. 598.051/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 2/3/2021, DJe de 15/3/2021.).

Diante do exposto, merece total rechaço, no âmbito do Processo Penal pautado no acusatório, especialmente embebido no *standard* probatório da prova além de toda dúvida razoável, a decisão condenatória que se pautar tão somente no testemunho policial, especialmente no âmbito dos crimes envoltos à Lei de Drogas. Laudo pericial e testemunho policial, por si só, não atestam traficância, de modo que, pela acusação, outras provas devem ser produzidas, especialmente aquelas documentais, considerando-se a adoção de câmeras operacionais.

De igual modo, nos demais delitos, deve-se ter especial cuidado com a prova em comento, válida tão somente em caso de robustez probatória, com outros meios probatórios juntados aos autos, garantido o contraditório às partes. Tal decisão se faz a mais coerente, sob pena de se responsabilizar criminalmente – e encarcerar, num estado de coisas inconstitucional que é o sistema penitenciário brasileiro – sujeitos que podem, indubitavelmente, não serem autores de um delito, sendo inocentes.

Lembre-se que, no Processo Penal, a decisão não pode já estar tomada antes da produção probatória. A decisão, em verdade, deverá ser tomada tão somente quando, garantido todo o procedimento em concordância com a presunção de inocência e o modelo acusatório de processo, se tiver a superação da dúvida razoável e a comprovação da ocorrência do delito.

5. Conclusão

A presente – e sucinta – análise buscou evidenciar não apenas a falibilidade do testemunho policial como fonte de prova no Processo Penal brasileiro, mas a fragilidade da prova testemunhal como um todo, admitindo-se sua formação e conformação com base em perspectivas subjetivas de um ser humano sobre um fato ocorrido, sua visão sobre tal ocorrência.

Não se quis, aqui, afirmar que a prova testemunhal jamais deverá ser utilizada no Processo Penal, especialmente porque, sabe-se, toda prova admite falhas e dúvidas. Em verdade, o que se buscou com o presente trabalho foi apontar justamente a inviabilidade de aceitação da mencionada fonte de prova como única em um procedimento, inexistentes outros conteúdos probatórios a corroborarem tais alegações. A assunção da responsabilidade processual de condenação de um sujeito com base tão somente no testemunho de um policial responsável por certa apreensão põe em cheque não apenas o *standard* probatório do BARD, como também o esquema acusatório, impondo à defesa a obrigação de

provar que as alegações policiais são inverídicas, e revertendo-se, assim, a ordem acusatória do Processo Penal.

Dessa maneira, torna-se possível calcar novos contornos – inclusive jurisprudenciais – sobre a afirmação do testemunho policial como fonte de prova, sim, desde que acompanhado de outras idônea e legalmente colhidas na fase processual, garantido o contraditório.

6. Referências

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do Processo Penal*. Trad. de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2013.

FERNANDES, Lara Teles. *Standards probatórios e epistemologia jurídica: uma proposta interdisciplinar para a valoração do testemunho no Processo Penal*. 260 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. de Ana P. Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 269.

FRICKER, Miranda. *Epistemic injustice: power and the ethics of knowing*. New York: Oxford University Press, 2007.

KAGUEIAMA, Paula T. *Prova testemunhal no Processo Penal: um estudo sobre falsas memórias e mentiras*. Minha Biblioteca, Grupo Almedina (Portugal), 2021.

LOFTUS, Elizabeth F. Planting misinformation in the human mind: a 30-year investigation of the malleability of memory. *Learning & Memory*, v. 12, n. 4, p. 361-366, 2005. Disponível em: <https://learnmem.cshlp.org/content/12/4/361.full.pdf> Acesso em: 29 jan. 2024.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

MALAN, Diogo *et al.* (org.). *Processo Penal Humanista: escritos em homenagem a Antonio Magalhães Gomes Filho*. São Paulo: D'Plácido, 2020.

MATILDA, Janaína. É preciso superar as injustiças epistêmicas na prova testemunhal. *Coluna Limite Penal*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-22/limite-penal-preciso-superar-injusticas-epistemicas-prova-testemunhal/> Acesso em: 20 jan. 2024.

MORAES, Mauricio Zanoide de. *Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 70, jan./fev. 2008.

STEIN, Lilian Milnitsky; DOS SANTOS, Renato Favarin. A influência das emoções nas falsas memórias: uma revisão crítica. *Revista Psicologia USP*, São Paulo, p. 415-434, jul./set. 2008.

A construção da identidade a partir do controle dos corpos: uma análise da performance e da biopolítica como mecanismos de poder

The construction of identity from the control of bodies: an analysis of performance and biopolitics as mechanisms of power

CARLA VIDAL GONTIJO ALMEIDA

Professora adjunta na Universidade Federal do Amazonas / Faculdade de Direito. Doutora pela PUC Minas. Mestre pela FPL. Especialista em Direito do Trabalho e Processo Civil. Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFAM/PPGDIR. Advogada.

PRISCILA KRYM MORROW COELHO RESENDE

Corregedora na Superintendência da Zona Franca de Manaus. Mestranda em Constitucionalismo e Direito da Amazônia pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Pós-graduada em Administração Pública pela UCAM/Minas. Pós-graduada em Legislação e Tributos pelo Centro universitário de ensino superior do Amazonas (CIESA).

Resumo: O presente artigo tem por escopo investigar as relações complexas entre a construção da identidade, a *performance* e a biopolítica como mecanismos de poder. A construção da identidade é um processo social e subjetivo que envolve aspectos culturais, sociais e individuais; no qual tanto a biopolítica quanto a *performance* estão amplamente conexos quanto à regulação dos corpos e das identidades. Partindo desse pressuposto o objetivo do artigo será analisar como esses mecanismos de poder influenciam a maneira como é construída e vivenciada as identidades corporais. A biopolítica, como conceituada por Michel Foucault, envolve o controle e a gestão dos corpos e da vida em sociedade, a partir do poder disciplinar, governamentalidade, controle da vida e regulação dos corpos. A *performance* de Butler vai além ao explorar a construção do gênero pela sociedade, implicando também no controle dos corpos. Para realização da pesquisa, o trabalho utiliza o método dedutivo, a partir de uma pesquisa bibliográfica e documental. Os marcos teóricos analisados possuem relação com a Filosofia, Sociologia, o Direito Fundamental Social e a Bioética. Assim, por intermédio da temática apresentada será possível realizar uma reflexão profunda sobre a forma como os corpos são controlados, regulados e representados na sociedade contemporânea. O texto buscará explorar essas interações complexas entre a construção da identidade, a *performance* e a biopolítica, analisando como esses mecanismos de poder afetam e moldam as vidas e experiências corporais da sociedade.

Palavras-chave: Corpos marginalizados; *Performance*; Biopolítica; Poder; Identidade.

Abstract: *The scope of this paper is to investigate the complex relationships between identity construction, performance and biopolitics as mechanisms of power. The construction of identity is a social and subjective process that involves cultural, social and individual aspects; in which both biopolitics and performance are widely connected regarding the regulation of bodies and identities. Based on this assumption, the objective of this article will be to analyze how these mechanisms of power influence the way body identities are constructed and experienced. Biopolitics, as conceptualized by Michel Foucault, involves the control and management of bodies and life in society, based on disciplinary power, governmentality, control of life, and regulation of bodies. Butler's performance goes further by exploring the construction of gender by society, also implying the control of bodies. To carry out the research, the study uses the deductive method, based on a bibliographic and documental research. The theoretical frameworks analyzed are related to Philosophy, Sociology, Social Fundamental Law, and Bioethics. Thus, through the theme presented, it will be possible to make a deep reflection on the way bodies are controlled, regulated, and represented in contemporary society. The text will seek to explore these complex interactions between identity construction, performance, and biopolitics, analyzing how these mechanisms of power affect and shape the lives and bodily experiences of society.*

Keywords: *Marginalized Bodies; Performance; Biopolitics; Power; Identity.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Fundamentos da teoria de Judith Butler; 3. Fundamentos da biopolítica de Michel Foucault; 4. A biopolítica e a *performance* como elemento de controle de corpos na atualidade; 4. Considerações finais; 5. Referências.

1. Introdução

A construção da identidade é um fenômeno complexo que envolve uma interação intrincada entre fatores culturais, sociais e individuais. Ao longo da história, várias teorias têm explorado os processos envolvidos na formação da identidade, destacando a influência do ambiente social, das relações de poder e das representações simbólicas.

Partindo deste pressuposto, as relações entre a construção da identidade, a *performance* e a biopolítica emergem como elementos cruciais para estudo de forma a identificar como são criados mecanismos de poder sobre os corpos.

A biopolítica, conceito desenvolvido por Michel Foucault, refere-se ao poder exercido sobre os corpos e a vida das pessoas em sociedade. Ela envolve práticas e estratégias de controle, gestão e regulamentação dos corpos e da vida, abrangendo desde políticas governamentais até normas sociais e dispositivos disciplinares.

Verifica-se que a biopolítica influencia não apenas aspectos biológicos, como saúde e reprodução, mas também a construção e a expressão das identidades individuais e coletivas.

Por outro lado, a *performance* idealizada por Judith Butler desempenha um papel fundamental na manifestação e na representação das identidades. A *performance* pode ser entendida como uma encenação intencional de identidades por meio de gestos, linguagem, vestimenta e outros elementos simbólicos. Ela permite que os indivíduos expressem e negociem suas identidades, bem como desafiem e subvertam as normas estabelecidas.

Sabe-se que desde tempos remotos, as sociedades têm estabelecido normas e expectativas distintas para homens e mulheres, criando estereótipos e estigmas que restringem e limitam a expressão individual. Esses estigmas são resultado de processos de socialização que reforçam ideias pré-concebidas sobre masculinidade e feminilidade, atribuindo características e comportamentos específicos a cada gênero.

Assim, analisar essa divisão binária de gênero é medida que se faz necessária; isto porque, embora construída culturalmente, tem sido perpetuada ao longo das gerações, contribuindo para a marginalização e desigualdade de gênero em diversas sociedades.

Nesta linha, este artigo tem como objetivo explorar as relações entre a construção da identidade, a *performance* e a biopolítica como mecanismos de poder, inclusive na atualidade.

Inicialmente será apresentada a teoria de Judith Butler, colocando a *performance* como mecanismo de poder, influenciando a forma de resistência e subversão em relação às normas impostas pela biopolítica.

Em seguida, será realizada uma investigação de como a biopolítica influencia no modo de vida da sociedade, suas identidades corporais; moldando-as de acordo com as normas e ideais socialmente estabelecidos.

Por intermédio da pesquisa será possível compreender como esses mecanismos de poder interagem e afetam a vida em sociedade. Ao explorar as complexas interações entre a construção da identidade, a *performance* e a biopolítica o estudo pretende adentrar em uma área específica denominada corpos marginalizados, nas quais se concentra uma análise das experiências e vivências de grupos sociais que são sistemática e estruturalmente excluídos, estigmatizados ou discriminados.

2. Fundamentos da teoria de Judith Butler

A teoria de Judith Butler tem íntima relação com a biopolítica de Michel Foucault. Ambos os autores estão preocupados com a forma como o poder é exercido sobre os corpos e como isso afeta a construção da identidade.

Partindo desse pressuposto, observa-se em Butler um argumento no qual o gênero é uma construção social, que é imposta por meio da coerção social. Assim, predispõe que as normas culturais e sociais em torno do gênero são impostas por meio da *performance* de gênero, mas também podem ser subvertidas por meio da *performance*.

Butler argumenta que o gênero não é uma essência biológica ou uma identidade fixa, mas sim uma construção social e cultural que é repetida e reforçada por meio de atos performativos.

Assim, o gênero vai se constituindo nos corpos, nas relações sociais – que tiram seus modelos simbólicos, culturais de uma relação binária. O gênero é performado e reiterado através de gestos, comportamentos, roupas, linguagem e outras expressões simbólicas. Essas *performances* são aprendidas e internalizadas desde a infância por meio de processos de socialização.

Simone de Beauvoir¹ (1973, p. 301) sugere em *O segundo sexo* que “a gente não nasce mulher, torna-se mulher”. Tal afirmação deixa claro que de algum modo o gênero é um atributo volitivo, variável e que isso implica em deduzir que pode ser manipulado por quem tenha interesse.

Nessa linha Butler propaga a *performance* como um mecanismo no qual as pessoas aprendem a se comportar de maneiras específicas para se encaixar na sociedade.

Para ela, as categorias “corpo” e “sexo” são performativa e culturalmente produzidas. O que isso representaria? Ora, quanto à performatividade seria que as palavras produzem realidade; ou seja, todas as teorias e narrativas provocam alguma coisa nos sujeitos concretos. Quanto à produção cultural, nada mais seria do que a pregação do que é comum, do que é natural, e como deve ser encarado de forma naturalizada pela sociedade.

A fim de superar tais sinais marcantes do controle de corpos de Butler, propõe-se a subversão nas discussões sobre identidade, passando a deixar de existir a categoria “identidade”, que também aprisiona o ser humano.

¹BEAUVOIR, Simone de. *The second sex*. Trad. E. M. Parshley. Nova York: Vintage, 1973. Simone de Beauvoir (1908-1986) foi uma escritora francesa, filósofa existencialista, memorialista e feminista. O feminismo de Simone de Beauvoir consiste em negar que existam sexos diferentes.

Além da performatividade, outros pontos fulcrais da obra *O segundo sexo* são a centralidade da categoria gênero, a questão do sujeito, o binarismo cultura versus natureza, a passagem de uma heterossexualidade compulsória para uma heteronormatividade das relações sociais e a constituição linguística do real. Butler também critica os pressupostos do “construcionismo social”, defendendo que a noção de performatividade busca outro registro teórico para as armadilhas do “culturalmente construído”.

Em *Problemas de gênero*, Butler (2018), inclusive, elabora uma contextualização entre os ideais de Foucault e os pregados em sua obra, externando que:

Explicar as categorias fundacionais de sexo, gênero e desejo como efeitos de uma formação específica de poder supõe uma forma de investigação crítica, a qual Foucault, reformulando Nietzsche, chamou de “genealogia”. A crítica genealógica recusa-se a buscar as origens do gênero, a verdade íntima do desejo feminino, uma identidade sexual genuína ou autêntica que a repressão impede de ver; em vez disso, ela investiga as apostas políticas, designando como origem e causa categorias de identidade que, na verdade, são efeitos de instituições, práticas e discursos cujos pontos de origem são múltiplos e difusos. A tarefa dessa investigação é centrar-se – e descentrar-se – nessas instituições definidoras: o falocentrismo e a heterossexualidade compulsória (BUTLER, 2018, p. 9).

Butler ao citar Foucault demonstra como o autor propôs a genealogia como uma forma de análise que desafia a ideia de que existe uma história linear e progressiva, revelando como as relações de poder são construídas, contestadas e transformadas ao longo do tempo. Ele argumentava que a genealogia permite expor as complexidades e contradições das estruturas de poder, mostrando que não há uma essência ou verdade subjacente que as justifique.

Em Foucault (1979), é possível aferir que a tarefa do genealogista é promover a dispersão dos acontecimentos, “manter o que se passou na dispersão que lhe é própria”. Em outras palavras, separar a suposta relação determinista entre a coisa e a palavra que a nomeia.

Ao investigar as práticas sociais, instituições e discursos, a genealogia busca identificar como o poder opera em níveis microscópicos, por meio de técnicas, normas e dispositivos específicos.

Além disso, para Foucault, a gramática substantiva do sexo impõe uma relação binária artificial entre os sexos, bem como uma coerência interna artificial

em cada termo desse sistema binário. A regulação binária da sexualidade suprime a multiplicidade subversiva de uma sexualidade que rompe as hegemonias heterossexual, reprodutiva e médico-jurídicas (BUTLER, 2018).

No falocentrismo, o falo é considerado o símbolo máximo do poder, da autoridade e da virilidade. Ele representa a masculinidade dominante e está associado a características como força, controle, racionalidade e assertividade, enquanto o feminino é frequentemente subordinado e desvalorizado. O falocentrismo sustenta a ideia de que o masculino é o padrão normativo e universal, enquanto o feminino é considerado inferior ou “outro”.

Denota-se dessa perspectiva que a utilização desses discursos impregnados de conceitos vem com intuito de propagar essa forma de controle; a perpetuação do poder masculino sobre o feminino; além disso, perpetuar a visão binária pregada por séculos.

Na verdade, ao problematizar o falocentrismo, os estudos feministas buscam desafiar a hierarquia de gênero, desconstruir os estereótipos de masculinidade e feminilidade, e promover uma maior igualdade e liberdade para todas as identidades de gênero.

Ocorre que essa ideologia falocêntrica permeia várias esferas da vida, desde as estruturas políticas e econômicas até as relações pessoais e a construção de identidades de gênero. Ela influencia as normas sociais, as representações culturais, as práticas institucionais e as relações de poder, perpetuando a desigualdade e a opressão das mulheres.

Butler ao explicitar a ordem compulsória de sexo/gênero/desejo expõe que:

Embora a unidade indiscutida da noção de "mulheres" seja frequentemente invocada para construir uma solidariedade da identidade, uma divisão se introduz no sujeito feminista por meio da distinção entre sexo e gênero. Concebida originalmente para questionar a formulação de que a biologia é o destino, a distinção entre sexo e gênero atende à tese de que, por mais que o sexo pareça intratável em termos biológicos, o gênero é culturalmente construído: consequentemente, não é nem o resultado causal do sexo, nem tampouco tão aparentemente fixo quanto o sexo. Assim, a unidade do sujeito já é potencialmente contestada pela distinção que abre espaço ao gênero como interpretação múltipla do sexo (BUTLER, 2018, p. 24).

Nessa linha, observa-se a importância dos conceitos trazidos por Butler em suas obras, especialmente em *Problemas de gênero*, ao diferenciar o sexo biológico do gênero; em total apoio ao respeito à diversidade e à autodeterminação individual.

3. Fundamentos da biopolítica de Michel Foucault

Fonseca (2002) ao traçar considerações iniciais a respeito de Foucault explica que para o filósofo francês o direito não é tratado da mesma forma em seus trabalhos. Nessa linha, explica que o “direito” utilizado no estudo do surgimento da instituição psiquiátrica em *História da loucura*, não é o mesmo que aparece tematizado nos primeiros Cursos do *College de France*, nem o mesmo que serve de referência para a discussão do poder disciplinar-normalizador em *Vigiar e punir*.

Fonseca (2002) vai além ao tratar dessas vicissitudes detectadas nas obras do autor:

[...] uma pesquisa sobre o direito em Foucault não pode beneficiar-se da precisão e da constância de um objeto que permite um estudo linear. Não se trata de procurar o aparecimento de um tema e acompanhar sua evolução, suas transformações e seu acabamento. Estamos diante de uma fragmentação, portanto, do objeto (FONSECA, 2002, p. 18).

Partindo desse pressuposto, ao invés de se buscar encontrar uma teoria do Direito resultante de um sistema de pensamento, ou talvez atrelado a ideais fixos, dever-se-á acompanhar os diversos movimentos dos objetos pesquisados, a partir de diferentes abordagens.

Assim, analisar as obras de Foucault requer analisar seu estudo quanto aos discursos. Ora, o autor aponta para necessidade de uma análise dos discursos – seu valor, suas transformações sociais, sua apropriação, que variam e se modificam no interior de cada cultura.

Nessa linha, na aula de 14 de janeiro, do Curso de 1976, na obra *Em defesa da sociedade*², Foucault (2005) expõe sua dedicação quanto ao estudo do “como” do poder, procurando entender seus limites, ou seja, de um lado as regras de direito, que o limitam formalmente e de outro, os efeitos da verdade que os mecanismos de poder produzem. Assim, atrela o trinômio poder-direito-verdade, ao questionar:

² FONTES, Martins. *Em defesa da sociedade*. Aula de 17 de março de 1976. Disponível em <https://ppgjs.uff.br/wp-content/uploads/sites/81/2021/06/Em-defesa-da-Sociedade.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2023.

quais são as regras de direito que as relações de poder põem em funcionamento a fim de produzir discursos de verdade?

Para Foucault, com a superação do poder soberano, ou seja, com a superação da invenção de um poder que funciona concentrando-se para submeter seus súditos, é que surge o novo direito. No campo político, a sociedade estatal veio em substituição ao poder de soberania.

Nesse novo direito, agora não mais disciplinar, de fazer ou morrer, a disciplina tenta reger a multiplicidade dos homens na medida em que essa multidisciplinaridade pode e deve redundar em corpos individuais que devem ser vigiados, treinados, utilizados, eventualmente punidos. E, depois, a nova Tecnologia que se instala se dirige à multiplicidade dos homens, não na medida em que ela se forma, ao contrário, uma massa global, afetada por processos de conjuntos que são próprios da vida, que são processos como o nascimento, morte, produção e doença.

Foucault compreende a biopolítica como forma de manifestação de poder por meio da qual os mecanismos da vida biológica dos seres humanos são incluídos na gestão política de um Estado. Foucault (1979) expõe que a biopolítica tem uma propensão em se interessar mais pela vida do que, necessariamente com a morte; no entanto, a biopolítica não possui apenas caráter humano. Há, certamente neste contexto, uma recorrente necessidade de que se mate de outra forma, que esta morte seja, crescente, recorrente e contínua, garantindo desta forma que determinada raça tenha e mantenha sua força e vigor.

Em *Vigiar e punir*, Foucault (1987) aborda a respeito da mudança nas formas de se punir, de se vigiar, excluindo-se a punição física, o castigo encenado da dor, para se utilizar outros instrumentos de corpos:

O sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena. O castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos. Se a justiça ainda tiver que manipular e tocar o corpo dos justicáveis, tal se fará à distância, propriamente, segundo regras rígidas e visando a um objetivo bem mais “elevado”. Por efeito dessa nova retenção, um exército inteiro de técnicos veio substituir o carrasco, anatomista imediato do sofrimento: os guardas, os médicos, os capelães, os psiquiatras, os psicólogos, os educadores; por sua simples presença ao lado do condenado, eles cantam à justiça o louvor de que ela precisa: eles lhe garantem que o corpo e a dor não são os objetos últimos de sua ação punitiva (FOUCAULT, 1987, p. 16).

Ao tratar do controle de corpos pela instituição Estado, Foucault (2005) predispõe a respeito do conjunto de mecanismos de poder:

Por outro lado, esses dois conjuntos de mecanismos, um disciplinar, o outro regulamentador, não estão no mesmo nível. Isso lhes permite, precisamente, não se excluírem e poderem articular-se um com o outro. Pode-se mesmo dizer que, na maioria dos casos, os mecanismos disciplinares de poder e os mecanismos regulamentadores de poder, os mecanismos disciplinares do corpo e os mecanismos regulamentadores da população, são articulados um com o outro. Um ou dois exemplos: examinem, se quiserem, o problema da cidade, ou, mais precisamente, essa disposição espacial pensada, concebida, que é a cidade-modelo, a cidade artificial, a cidade de realidade utópica, tal como não só a sonharam, mas a constituíram efetivamente no século XIX. Examinem algo como a cidade operária. A cidade operária, tal como existe no século XIX, o que é? Vê-se muito bem como ela articula, de certo modo perpendicularmente, mecanismos disciplinares de controle sobre o corpo, sobre os corpos, por sua quadrícula, pelo recorte mesmo da cidade, pela localização das famílias (cada urna numa casa) e dos indivíduos (cada um num cômodo). Recorte, per indivíduos em visibilidade, normalização dos comportamentos, espécie de controle policial espontâneo que se exerce assim pela própria disposição espacial da cidade: toda uma série de mecanismos disciplinares que é fácil encontrar na cidade operária (FOUCAULT, 2005, p. 299).

Diante dos papéis possíveis que a sociedade pode apresentar, Foucault apresenta duas tecnologias de poder, divididas em duas séries: a) série corpo – organismo/disciplina/instituições, que são os mecanismos disciplinares; e, ainda, b) série população – processos biológicos (que são os mecanismos regulamentares) /Estado.

Em *Microfísica do poder* (1979), Foucault coloca a governamentalidade como objeto de estudo em relação às formas de governar. Assim, levanta as questões do problema da população e a questão de governo, em que faz referência à relação de segurança, população e governo.

A abordagem de Foucault sobre a relação entre segurança, população e governo fornece uma perspectiva crítica e esclarecedora sobre os mecanismos de poder na sociedade contemporânea. Ele convida os leitores a questionarem as estratégias de controle e vigilância – mecanismos de controle dos corpos.

Ele argumentou que a governamentalidade é uma forma de racionalidade específica, na qual o governo busca governar não apenas por meio da repressão, mas também por meio do aprimoramento e da gestão da população. A segurança desempenha um papel crucial nessa lógica de governo, como uma preocupação constante para garantir a ordem social.

Nessa perspectiva observa-se que Foucault, em que pese não tratar de forma linear dos temas em suas obras, faz uma abordagem que propõe reflexões, principalmente quanto ao controle de corpos existentes na sociedade, que, muitas das vezes, encontram-se velados por instrumentos tidos como corriqueiros do cotidiano das pessoas.

4. A biopolítica e a performance como elemento de controle de corpos na atualidade

A teoria da *performance* de Judith Butler e a teoria da biopolítica de Michel Foucault podem ser relacionadas através de uma análise crítica do poder, do corpo e da subjetividade.

Embora sejam abordagens distintas, elas podem se complementar ao examinar como as normas sociais e os discursos de poder moldam nossas identidades e corpos; além disso, podem ser utilizadas como parâmetro para identificação do controle de corpos na atualidade.

Como já tratado anteriormente, a teoria da *performance* de Judith Butler enfoca a forma como os gêneros são construídos e mantidos através de práticas repetidas de *performances* de gênero. Butler argumenta que o gênero não é uma característica inata ou biológica, mas uma construção social e performativa. Ela destaca que a *performance* de gênero é uma repetição de normas e comportamentos que são considerados adequados para cada sexo, e que essa repetição constante cria a ilusão de uma identidade de gênero estável e coerente.

Por outro lado, a teoria da biopolítica de Foucault investiga o poder em relação aos corpos e à vida. Foucault argumenta que, nas sociedades modernas, o poder não se concentra apenas em restringir e punir os indivíduos, mas também em regular e controlar os corpos e as populações em geral. A biopolítica refere-se ao uso do poder para gerenciar e governar a vida humana, com ênfase nas políticas relacionadas à saúde, natalidade, mortalidade, sexualidade e reprodução.

Ao relacionar essas duas teorias, podemos examinar como as normas de gênero se enquadram no contexto mais amplo do poder biopolítico.

Por exemplo, as normas de gênero não são apenas ideias abstratas, mas são internalizadas e materializadas nos corpos individuais. Através das práticas repetidas de *performances* de gênero, as normas de gênero são reforçadas e mantidas, contribuindo para a reprodução da matriz heteronormativa de poder. Isso implica que as identidades de gênero não são apenas escolhas individuais, mas também estão sujeitas a pressões sociais e políticas que buscam regular e controlar os corpos e as populações.

Além disso, a teoria da *performance* de Butler também desafia as noções essencialistas de identidade de gênero ao destacar a performatividade do gênero.

Azevedo e Koehler (2021) expõem inclusive a respeito da Eugenia na política nazista, onde foram desenvolvidos muitos métodos de esterilização, métodos de extermínio individual de pessoas consideradas fracas, insuficientes ou que não se enquadravam nos padrões nazistas. Estimativas dão conta de que foram esterilizadas compulsoriamente entre 260 a 360 mil pessoas e 70 mil pessoas foram “eutanasiadas” pelo programa.

O Parágrafo 175 do Código Penal alemão considerava crime o homossexualismo – a perseguição ia desde a dissolução de organizações homossexuais até o aprisionamento dos que tinham aquela orientação sexual em campos de concentração. Os nazistas viam os homossexuais masculinos como fracos e efeminados, incapazes de lutar pela nação alemã. Eles percebiam os homossexuais como improváveis geradores de filhos, incapazes de aumentar a taxa de natalidade alemã. Para os nazistas quem não se enquadrava nos padrões predeterminados deveria ser extirpado – tal prática poderia ser enquadrada tanto como instrumento performático quanto biopolítico.

Da análise do parâmetro utilizado, observa-se que a eugenia pregada na cultura nazista poderia facilmente servir como exemplo tanto de normas de gênero e práticas de poder reiteradas quanto no que tange ao entrelaçamento da regulação dos corpos e na formação das identidades.

Na atualidade o controle de corpos e a perpetuidade da cultura da identidade ainda se mantêm firme em determinados setores da sociedade. Um exemplo ainda marcante é o controle de vestimentas. A repressão cultural e religiosa por meio da exigência de vestimentas foi palco no ano de 2022, com o caso da morte da iraniana Mahsa Amini, de 22 anos, que desapareceu após ser detida pela polícia da moralidade em Teerã, capital do Irã, por violar as regras do país, que exigem que as mulheres cubram os cabelos com um *hijab*, ou um lenço de cabeça.

A Biopolítica de Foucault muito bem explana a respeito dessa abordagem; abrange as políticas governamentais até normas sociais e dispositivos disciplinares, onde a biopolítica influencia não apenas aspectos biológicos, como saúde e reprodução, mas também a construção e a expressão das identidades individuais e coletivas.

A política de vestimenta é um conjunto de diretrizes ou regras estabelecidas por uma organização, empresa, instituição ou evento para regular a aparência e o modo como as pessoas devem se vestir em determinados contextos. Ela pode ter diferentes objetivos, como promover a imagem da empresa, garantir a segurança no local de trabalho, criar um ambiente profissional, evitar ofensas culturais ou religiosas, ou fornecer orientações claras aos funcionários e participantes sobre as expectativas de vestimenta. No entanto, é importante que as políticas de vestimenta sejam justas, razoáveis e não discriminatórias.

No Brasil, a única vez que o Código Civil menciona a expressão “roupas” é quando trata dos codicilos: “escrito particular seu, datado e assinado” através do qual o indivíduo faz “disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar”, assim como através do qual pode “legar móveis, roupas ou joias, de pouco valor, de seu uso pessoal” (artigo 1.882).

A Constituição Federal garante que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (artigo 5º, IV) e assegura a liberdade de expressão de forma ampla, incluindo ações e formas de expressão simbólicas, como a escolha de roupas.

Além disso, a Lei n. 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), no art. 15. II, também estabelece diretrizes sobre o tratamento de dados pessoais, incluindo informações sensíveis, como orientação sexual, religião, origem étnica, entre outras. Essa lei visa proteger a privacidade e a liberdade individual, impedindo que informações pessoais sejam utilizadas de forma inadequada ou discriminatória.

Com objetivo de coibir tais práticas, o governo federal elaborou um manual denominado *Dicas para atender bem os turistas LGBTQIA+*³ (BRASIL, 2023). Nele, são trazidos vários conceitos, dentre os quais:

³ *Dicas para atender bem os turistas LGBTQIA+* é um manual criado pelo Governo Federal que busca atender ao disposto na lei Geral do Turismo (Lei 11.771, 2008), democratizando e propiciando o acesso ao turismo no país a todos os segmentos populacionais. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/lgbt/publicacoes/dicasparaatenderbemturistaslgbtqi.pdf> Acesso em: 8 jul. 2023.

Identidade de gênero – diz respeito a vivência interna e individual sobre como a pessoa se reconhece em relação ao gênero, podendo ser no padrão binário (masculino e feminino), não binário ou de gênero fluido. As expressões de gênero são construções sociais e se manifestam de diferentes formas de acordo com cada cultura. Elas envolvem padrões de vestimenta, acessórios, papéis socioeconômicos, dentre outros aspectos.

Banheiros sociais – Os banheiros sociais devem respeitar a identidade de gênero das pessoas. Caso algum cliente heterossexual LGBTQIAfóbico reclame, explique que não existe legislação que proíba o uso de banheiro no Brasil. Por outro lado, a Constituição Federal veda a discriminação.

Vestimentas das mulheres trans – Infelizmente, ainda é comum a existência de pessoas LGBTQIAfóbicas que se incomodam com a vestimenta, principalmente das mulheres trans. Se isso ocorrer, é importante lembrar que a Constituição Federal garante a liberdade de expressão, mas veda a discriminação. Respeite também o uso dos uniformes de acordo com a identidade de gênero, quando ocorrer (BRASIL, 2023, p. 9, 37, 38, grifo do autor).

Tais conceitos e explanações vêm exatamente com intuito de não se permitir a perpetuidade da construção da identidade a partir de instrumentos de controle.

Os códigos de vestimentas podem ser utilizados como exemplo de instrumentos que sempre foram criados para diferenciar basicamente as classes sociais das pessoas, assim como seus trabalhos ou sua identidade.

O regime patriarcal e a sociedade machista da época imprimiram por muito tempo padrões de vestimenta impostos às mulheres que são baseados em estereótipos de gênero e perpetuam desigualdades.

No entanto, tal realidade ainda persiste no seio social na atualidade. Em que pese à abolição da escravatura já tenha sido decretada há pouco mais de 40 anos, é comum encontrar códigos que obrigam e desobrigam certas vestimentas para as diversas expressões de gêneros.

Segundo dados extraídos da Agência de Notícias do Superior Tribunal Militar (2021) é possível encontrar ato normativo que regulamenta os trajes que devem ser usados no Superior Tribunal Militar e nas Auditorias. O ato Normativo 368 dispõe:

Art. 1º O presente Ato Normativo regulamenta o traje de visitantes e servidores nas dependências dos Órgãos da Justiça Militar da União.

[...]

Art. 3º Os servidores do sexo masculino ocupantes de cargo em comissão usarão traje passeio completo – calça, paletó ou blazer, camisa social (mangas compridas ou curtas) e gravata – sendo permitido, no recinto de suas unidades de lotação, que trabalhem sem o paletó.

§ 1º Os demais servidores do sexo masculino usarão traje composto de calça, camisa social (mangas compridas ou curtas) e gravata, podendo usar a vestimenta prevista no “caput”, caso julgue conveniente.

§ 2º Fica facultado, durante o período de 7 de janeiro a 21 de março, o uso do terno e gravata no exercício profissional, nas dependências dos Órgãos da Justiça Militar da União.

§ 3º A faculdade de que trata o parágrafo anterior não abrange a participação em audiências perante a primeira e a segunda instâncias, ocasiões em que o uso de terno e gravata se mostra indispensável.

Art. 4º Para as mulheres, o traje deverá ser vestido, saia e blusa ou calça e blusa, adequados e compatíveis com o decoro judicial.

Art. 5º Não será admitida a entrada nos Órgãos da Justiça Militar da União de pessoas:

I – do sexo feminino trajando peças sumárias, tais como shorts, bermuda curta, calça de ginástica, miniblusa, minissaia e trajes de banho;

II – do sexo masculino trajando shorts, bermuda, camiseta sem manga ou trajes de banho e de ginástica (BRASIL, 2019).

Verifica-se que o ato normativo vai de encontro ao previsto na Constituição Federal que no art. 5o, IV e IX, que prevê o direito a liberdade de expressão, aí incluída a expressão individual por meio da escolha de roupas e aparência pessoal. Embora a Constituição Federal brasileira não mencione explicitamente o direito de se vestir como uma forma de expressão, a liberdade de expressão é protegida como um direito fundamental em seu artigo quinto.

É importante observar que, em alguns casos específicos, como determinados ambientes de trabalho, pode haver restrições razoáveis ao código de vestimenta com base em requisitos de segurança, saúde ou uniformidade profissional. Essas restrições, no entanto, não podem ser aplicadas de forma discriminatória ou desrespeitando os direitos fundamentais das pessoas.

A defesa do direito de vestir-se como desejado é uma parte importante da luta pela igualdade de gênero e pelo respeito à diversidade e à autodeterminação individual. É fundamental combater normas machistas e principalmente instrumento de controle de corpos, como os debatidos por Butler e Foucault –

que impõem expectativas de vestimenta baseadas em estereótipos de gênero, promovendo e propagando culturas retrógradas de superioridade, poder, corpo e subjetividade.

5. Considerações finais

A partir de uma abordagem histórica é possível verificar que o controle sobre os corpos das pessoas tem sido uma característica marcante de várias sociedades. Desde as práticas de escravidão e colonização até as políticas de controle e disciplina social, o poder tem sido exercido por meio da imposição de normas e restrições físicas sobre os corpos das pessoas. Essas práticas visam regular e moldar a aparência, o comportamento e as identidades individuais, estabelecendo padrões de aceitação social e reforçando hierarquias de poder.

Diversas instituições e regimes ao longo da história têm buscado controlar os corpos das pessoas para manter a ordem social e exercer seu poder sobre os indivíduos. Desde regimes totalitários, autoritários até práticas de punição, vigilância, censura para restringir a liberdade individual e garantir a obediência às suas ideologias.

Além disso, questões como a regulação dos corpos das mulheres, a medicalização da sexualidade e a imposição de padrões estéticos são exemplos de como o controle sobre os corpos é exercido em diferentes sociedades ao longo do tempo.

A criação de estigmas de gênero é intrinsecamente ligada à narrativa histórica de poder e controle. Ao longo dos séculos, as estruturas patriarcais e os sistemas de opressão de gênero se estabeleceram e se fortaleceram, atribuindo privilégios aos homens e subordinando as mulheres. Esses estigmas têm sido utilizados como ferramentas para justificar e perpetuar as desigualdades, marginalizando aqueles que não se encaixam nos moldes rígidos de masculinidade e feminilidade estabelecidos pela sociedade.

Assim, através da história, vemos como esses estigmas têm limitado as oportunidades, liberdades e expressões individuais, restringindo o pleno desenvolvimento e a igualdade de direitos para homens e mulheres.

Foi partindo dessa perspectiva que a pesquisa apresentou uma interseção entre a teoria de Judith Butler e a biopolítica de Michel Foucault e seus reflexos no campo jurídico; por meio de uma análise das diferentes visões dos autores, para fins de identificar como o controle de corpos pode se dar na sociedade.

Em Butler, foi explanado como o gênero vai se constituindo nos corpos, nas relações sociais – que tiram seus modelos simbólicos, culturais de uma relação binária. Nesta linha, foi enfatizado que o gênero é performado e reiterado através de gestos, comportamentos, roupas, linguagem e outras expressões simbólicas. Essas *performances* são aprendidas e internalizadas desde a infância por meio de processos de socialização e criam padrões a serem seguidos, controlando os corpos dos integrantes de uma sociedade.

Já em Foucault, por intermédio da análise de diferentes obras, foi possível observar como há relação entre os mecanismos de poder e a política, em uma verdadeira trilogia poder-direito-verdade. Assim, Foucault compreende a biopolítica como forma de manifestação de poder por meio da qual os mecanismos da vida biológica dos seres humanos são incluídos na gestão política de um Estado.

Nestes termos, a partir da temática apresentada foi possível inferir que essas práticas de controle revelam a relação complexa entre poder, história e corpos, e como suas consequências impactam profundamente a autonomia e a liberdade das pessoas.

6. Referências

BEAUVOIR, Simone de. *The second sex*. Trad. E. M. Parshley. Nova York: Vintage, 1973.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. Disponível em: https://cursosextensao.usp.br/pluginfile.php/869762/mod_resource/content/0/Judith%20Butler-Problemas%20de-g%C3%AAnero.Feminismo%20e%20subvers%C3%A3o-da%20identidade-Civiliza%C3%A7%C3%A3o%20Brasileira-%202018.pdf Acesso em: 4 jul. 2023.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 8 jul. 2023.

BRASIL. *Dicas para atender bem os turistas LGBTQIA*. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/lgbt/publicacoes/dicasparaatenderbemturistaslgbtqia.pdf> Acesso em: 8 jul. 2023.

BRASIL. *Lei n. 13.709/2018: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm Acesso em: 8 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Ato Normativo 368*. Dispõe sobre o traje de visitantes e servidores nas dependências dos Órgãos da Justiça Militar da União. 2021. Disponível em: <https://www.stm.jus.br/images/trajes.pdf> Acesso em: 8 jul. 2023.

DE AZEVEDO, A. P.; KOEHLER, C. B. G. Eugenia na Alemanha nazista: o racismo como política de Estado. *Revista Scientiarum Historia*, v. 1, p. 8, 16 jun. 2021.

FONSECA, Marcio Alves da. *Michel Foucault e o Direito*. 1. ed. São Paulo: Max Lemonade, 2022.

FONTES, Martins. *Em defesa da sociedade*. Aula de 17 de março de 1976. Trad. Maria Ermantina. São Paulo, 2005. Disponível em: <https://ppgjs.uff.br/wp-content/uploads/sites/81/2021/06/Em-defesa-da-Sociedade.pdf> Acesso em: 3 jul. 2023.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987. Disponível em: https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/centrocultural/foucault_vigiar_punir.pdf Acesso em: 4 jul. 2023.

ARTIGO XI

Bloqueio judicial de ativo financeiro depositado em conta bancária do executado: questões processuais importantes

Judicial blocking of financial asset deposited in the debtor's bank account: important procedural questions

CIRILO AUGUSTO VARGAS

Defensor público em Minas Gerais. Especialista e mestre em Direito Processual Civil.

RESUMO: A busca atemporal pela “efetividade do Processo Civil” provocou, nas últimas décadas, uma série de alterações legislativas inerentes à execução, ponto nevrálgico da atividade estatal destinada à satisfação do crédito. E os tribunais, paulatinamente, definiram novas interpretações e instrumentos para potencializar o alcance da norma. Uma das ferramentas mais utilizadas pelo Estado para proteger o direito do credor é o bloqueio judicial de ativos financeiros depositados em conta bancária do executado. O objetivo deste artigo é suscitar questões importantes decorrentes do uso do bloqueio *online* e propor soluções, sempre considerando que o rendimento processual está umbilicalmente ligado à observância das garantias fundamentais de proteção da dignidade humana.

Palavras-chave: Processo civil; Execução; Bloqueio *online*; Mínimo existencial; Dignidade humana.

ABSTRACT: The timeless search for the “effectiveness of the Civil Procedure” has provoked, in recent decades, a series of legislative changes inherent to execution, a crucial point of state activity aimed at satisfying credit. And the Courts, gradually, defined new interpretations and instruments to enhance the scope of the norm. One of the tools most used by the State to protect the creditor's rights is the judicial blocking of financial assets deposited in the debtor's bank account. The objective of this article is to raise important questions arising from the use of *online* blocking and to propose solutions, always considering that procedural performance is umbilically linked to the observance of fundamental guarantees for the protection of human dignity.

Keywords: Civil procedure; Execution; Online blocking; Existential minimum; Human dignity.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Bens impenhoráveis e prova da impenhorabilidade; 3. A (ir) relevância do montante bloqueado para fins de desbloqueio; 4. Oitiva do exequente antes da decisão sobre o pedido de desbloqueio; 5. A instrução do pedido de desbloqueio de recursos; 6. Conclusão; 7. Referências.

1. Introdução

No final da década de 1990, ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, a jurisprudência era firme no sentido de admitir a penhora sobre aplicações financeiras da parte devedora como “medida de caráter excepcional”. Isso porque condicionada à demonstração, pelo credor, do exaurimento de diligências prévias voltadas à constrição de outros bens do executado¹. Naquela altura, apesar da previsão legal do dinheiro como o primeiro da lista de bens sobre os quais poderia recair a penhora (CPC/73, art. 655), prevalecia o fundamento de que “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor” (CPC/73, art. 620 – princípio da menor onerosidade da execução).

Em dezembro de 2006, o CPC foi alterado pela Lei n. 11.382/2006. Na busca incessante pela “efetividade do processo”, modificou-se a redação do art. 655, I, para incluir os depósitos e aplicações em instituições financeiras como bens preferenciais na ordem da penhora, como se fossem dinheiro em espécie e incluiu-se o art. 655-A, admitindo-se a realização *preferencial* da constrição por *meio eletrônico*. A atualização jurisprudencial não tardou. No ano de 2010, o STJ definiu que, após o advento da Lei n. 11.382/2006, “o Juiz, ao decidir acerca da realização da penhora *online*, não pode mais exigir a prova, por parte do credor, de exaurimento de vias extrajudiciais na busca de bens a serem penhorados”².

O CPC de 2015, fiel ao propósito de “dar maior rendimento a cada processo” (BRASIL, 2010, p. 34), tomou como base a antiga redação do art. 655-A e foi além: viabilizou a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, após requerimento do credor, mediante *comando direto do juiz às instituições financeiras* (não há mais a requisição de informações prévias à autoridade supervisora do sistema bancário), para indisponibilizar ativos existentes em nome do devedor. Isso *sem dar ciência prévia do ato ao executado*, para coibir o redirecionamento de recursos (CPC, art. 854).

¹ STJ, EDcl no REsp 159.705/SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. 15.6.1999.

² STJ, REsp 1.112.943/MA, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, j. 15.9.2010.

Dentre as múltiplas ferramentas disponíveis para rastrear bens do devedor, a mais utilizada pelo Estado ainda é o *Sistema de busca de ativos do Poder Judiciário*. Desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça, o *Sisbajud* foi implementado em setembro de 2020 para substituir o antigo Bacenjud, de 2001, e “agilizar a requisição de informações e o envio de ordens judiciais ao Sistema Financeiro Nacional, via internet” (BRASIL, 2023, p. 4). O mecanismo permite ao magistrado proceder tanto à quebra do sigilo bancário do devedor, quanto ao bloqueio de ativos financeiros depositados em seu nome.

Do ponto de vista operacional, é possível definir o valor individualizado da ordem de bloqueio e, também, se ela 1) incidirá sobre conta-salário³; 2) será sigilosa; 3) a data de envio da ordem à instituição financeira; 4) a quantidade de vezes que a mesma ordem de bloqueio deverá ser reiterada no Sisbajud, no período de até 30 (trinta) dias (“Teimosinha”); 5) o caráter individual ou solidário do bloqueio. Tais ajustes não impedem, contudo, a indisponibilidade de recursos vitais para a sobrevivência do devedor, como o auxílio-acidente pago pelo INSS ou o vencimento do trabalhador autônomo. O rolo compressor da efetividade, celeridade e rendimento processual *generaliza o ativo depositado* e desloca para executado o duplo ônus de acessar a jurisdição e provar que as quantias tornadas indisponíveis são impenhoráveis.

Partindo do pressuposto otimista que a pessoa interessada logre êxito em dirigir seu pleito ao Judiciário, algumas questões práticas se descortinam, dentre elas: quais quantias são impenhoráveis? Como provar que a quantia é impenhorável? O valor da quantia bloqueada importa, por si só, para a manutenção do bloqueio? Apresentado pedido de desbloqueio, deve o juiz cientificar o exequente antes de decidir? O juiz possui prazo para julgar o pedido de cancelamento do bloqueio? Havendo penhora de quantia destinada ao sustento do devedor, como deve agir o juiz? Como deve ser distribuído o ônus da prova? De que maneira incide o contraditório na solução de algumas das indagações colocadas?

O escopo deste trabalho é expor importantes questões processuais referentes ao bloqueio de ativos financeiros existentes em nome do executado e propor soluções, sem pretensão de exaurimento do tema, objeto de constante debate e transformação.

³ A modulação judicial acerca da incidência ou não do bloqueio sobre conta-salário, na prática, é inócua. Isso porque não são todas as instituições financeiras que adotam este modelo de conta bancária. Ademais, é grande o número de pessoas que depositam e gerenciam os valores recebidos a título de remuneração em contas correntes tradicionais.

2. Bens impenhoráveis e prova da impenhorabilidade

Diante do bloqueio judicial eletrônico, surge para o executado o encargo de provar que “as quantias tornadas indisponíveis são impenhoráveis” (CPC, art. 854, §3º, I) Se assim não o fizer, no prazo de cinco dias, “converter-se-á a indisponibilidade em penhora, sem necessidade de lavratura de termo” (CPC, art. 854, §5º). Logo, o primeiro ponto que se apresenta é a definição de “quantia impenhorável”. A colocação pode parecer trivial – diante da regra do art. 833 do CPC – mas não é. O art. 833, IV, por exemplo, define como impenhorável o salário do devedor. Em contrapartida, a Corte Especial do STJ estabeleceu em abril de 2023 (EResp 1.874.222/DF) que é possível relativizar a regra da impenhorabilidade das verbas de natureza salarial para pagamento de dívida não alimentar, *independentemente do montante recebido pelo devedor*⁴.

Algumas conclusões podem ser extraídas do acórdão mencionado. A primeira é a seguinte: o STJ deu outro passo adiante na proteção do direito do credor, especificamente no que concerne à penhora do salário do devedor. Há muito a Corte já havia decidido que “ainda que percebidos a título salarial, *se não consumidos integralmente para o suprimento de necessidades básicas, referidos valores perdem a natureza alimentar, tornando-se penhoráveis*”⁵. O Tribunal da Cidadania permite agora a constrição do salário, *independentemente da sua desnaturação*. O entendimento anterior exigia do juiz um contorno interpretativo do que é (ou deixou de ser) verba alimentar, antes de decidir sobre a penhorabilidade. Hoje o ataque à renda do executado é feito francamente, sem rodeios.

Ademais, se o salário, verba alimentar por excelência, é penhorável, conclui-se que *não há bem jurídico elencado no art. 833 do CPC imune a bloqueio*. O dispositivo legal constitui, então, mero indicador de bens que, “excepcionalmente”, podem sofrer constrição. Na ponderação dos princípios da menor onerosidade para o devedor e da efetividade da execução para o credor, o legislador de 2015 reforçou a defesa do interesse do credor, independentemente do potencial impacto sobre a dignidade da pessoa humana. Por isso, suprimiu o advérbio “absolutamente”, outrora contido no *caput* do art. 649 do CPC/73. O processo, como ensinava o

⁴ STJ, EResp 1874222/DF, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, j. 19.4.2023. De forma menos gravosa, *fixando o teto de bloqueio em 30% sobre a verba remuneratória líquida* e preservando o valor que assegure a subsistência do devedor, decidiu o TJMG, no julgamento do IRDR - CV n. 1.0182.16.001439-1/001, Relatora Desembargadora Juliana Campos Horta, 2ª Seção Cível, j. 26.6.2023.

⁵ STJ, RMS 25.397/DF, Relatora Ministra Nancy Andrihgi, 3ª Turma, j. 14.10.2008.

saudoso professor Calmon de Passos, “está carregado de intenções políticas e tem múltiplas implicações econômicas e mil disfarces ideológicos” (2000, p. 66).

Outra conclusão diz respeito ao ônus probatório da parte executada, ao formular pedido de desbloqueio. Apesar dos critérios de julgamento variarem drasticamente dentro da mesma comarca, não basta hoje ao devedor demonstrar, por exemplo, que o dinheiro bloqueado é fruto de acerto trabalhista, benefício previdenciário ou está depositado em caderneta de poupança. *A natureza do bem não influencia mais na apreciação judicial do que é ou não penhorável*. Por isso o juiz tem a opção de informar às instituições financeiras, através do Sisbajud, que o bloqueio de valores incidirá sobre saldo em conta-salário.

O que está em jogo atualmente é a *demonstração concreta do impacto da constrição na subsistência digna do devedor e de seus familiares*. Tal prova define, ao fim e ao cabo, o que é uma “quantia impenhorável” (e não a quantia em si mesma considerada). Esta construção fornece um sentido mais realista para a norma contida no art. 833. Dizer que um bem é impenhorável, mas que na prática ele pode sofrer (e provavelmente sofrerá) constrição, não contribui para a boa aplicação da lei.

Imagine-se, então, que no caso concreto bloqueou-se o salário do executado. A petição com pedido de desbloqueio é apresentada, devidamente instruída com extrato bancário atualizado⁶. Nele consta 1) tipo de conta bancária (“conta-salário”); 2) data do depósito da verba trabalhista; 3) data do seu bloqueio decorrente de ordem judicial; 4) número do processo que originou o bloqueio (informação fundamental, quando o espelho Sisbajud ainda não foi juntado aos autos do processo). Havendo prova inequívoca de que o bloqueio recaiu sobre verba alimentar, destinada ao sustento do devedor e de sua família, cabe ao juiz que segue a lei (CPC, art. 833, IV e art. 854, §3º, I) acolher o pedido e determinar o cancelamento imediato da indisponibilidade.

Todavia, a partir da nova orientação jurisprudencial do STJ, deve o juiz, antes de decidir o incidente, franquear ao executado a oportunidade de demonstrar que o bloqueio de parte da verba salarial compromete sua subsistência digna e a subsistência de sua família. Dizendo de outro modo, o réu deve ter a oportunidade de provar que não possui meios de sobreviver com menos da totalidade do salário

⁶ O consumidor possui o direito de receber informação completa sobre suas movimentações bancárias (CDC, art. 52 e Súmula 297 do STJ) e a instituição financeira não pode recusar o fornecimento de extrato com número do processo e nem o condicionar ao pagamento prévio pelo correntista (Cf. STJ, REsp 330.261/SC, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 6.12.2001). A recusa do fornecimento do extrato enseja o ajuizamento de ação autônoma de exibição de documento (CPC, art. 396).

bloqueado. Trata-se de prova essencial, porém, difícil: além de se ver compelido a juntar ao processo todos os comprovantes de despesa regular, sempre ficará o executado sujeito à apreciação puramente subjetiva do magistrado quanto à essencialidade das despesas apresentadas⁷.

A obrigatoriedade de intimação do executado para que ele possa complementar sua manifestação inicial e fazer *prova da indispensabilidade da verba alimentar*, decorre da regra prevista no art. 10 do CPC, que proíbe o juiz de decidir, em qualquer grau de jurisdição, “com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. A chamada “decisão-surpresa” ou “decisão da terceira via” é aquela baseada em fundamento fático ou de direito que não tenha sido previamente considerado pelas partes. O provimento é fruto de *inovação jurisdicional, destoante da tese e da antítese processual*. Há, neste caso, nulidade decorrente da violação do contraditório (JAYME; MAIA; VARGAS, 2019, p. 14-15).

3. A (ir)relevância do montante bloqueado para fins de desbloqueio

O art. 836 do CPC determina que “Não se levará a efeito a penhora quando ficar evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução”. Trata-se do princípio da utilidade da execução, outrora previsto no CPC de 73 (art. 659, §2º), em consequência do qual “é intolerável o uso do processo executivo apenas para causar prejuízo ao devedor, sem qualquer vantagem para o credor” (THEODORO JR., 2015, p. 262).

A partir da conjugação dos princípios da utilidade e da economia da execução (CPC, art. 805), a jurisprudência passou a admitir o desbloqueio de valores depositados em conta do devedor, desde que considerados irrisórios. Havendo aqui considerável margem de abertura semântica, não se sabe ao certo o que vem a ser “quantia irrisória”, apta a ensejar o cancelamento da constrição judicial.

⁷ É tênue a linha que separa o gasto supérfluo da despesa essencial, indispensável para a sobrevivência. A mensalidade da academia de ginástica, por exemplo, será considerada despesa supérflua ou essencial, a depender da razão do dispêndio: finalidade estética ou decorrente de recomendação médica. O mesmo raciocínio se aplica a gastos diversos, como refeições fora de casa, serviços de *delivery* ou de diaristas.

O STJ chegou a decidir que honorários advocatícios arbitrados em percentual inferior a 1% do valor da causa devem ser considerados irrisórios⁸.

Ocorre que a irrisoriedade do valor bloqueado, baseada no montante exequendo, está longe de ser um fator isolado e determinante para o desbloqueio. É consolidado o posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que “não é válido o desbloqueio do valor penhorado pelo Sistema BacenJud, em razão da só inexpressividade frente ao total da dívida”⁹, eis que *tal parâmetro não caracteriza hipótese legal de impenhorabilidade*. No ano de 2010, em caso envolvendo execução fiscal, o Ministro Luiz Fux chegou a ponderar que “se o devedor somente possui pequeno numerário que não se enquadra nas hipóteses de impenhorabilidade previstas no art. 659-A do CPC, deve ser penhorado”¹⁰.

Se o caráter inexpressivo do montante bloqueado não induz, isoladamente, ao desbloqueio, não é possível afirmar, todavia, que o *quantum* retido por ordem judicial pode ser desconsiderado pelo julgador. A lei prescreve que a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de quarenta salários-mínimos, está albergada pela cláusula da *impenhorabilidade relativa* do art. 833. Trata-se de regra prevista no CPC/73 (art. 649, X), sendo o valor de quarenta salários mínimos escolhido pelo legislador como “apto a assegurar um padrão mínimo de vida digna ao devedor e sua família, assegurando-lhes bens indispensáveis à preservação do *mínimo existencial*”¹¹.

O voto vencedor do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, proferido no julgamento do REsp 1.191.195/RS (2013) é particularmente importante porque, ao divergir da Relatora, Ministra Nancy Andrigli, o magistrado conferiu *interpretação extensiva* ao antigo art. 649, X (atual art. 833, X, do CPC). Considerando-se que as pessoas físicas, inclusive de baixa renda, não se limitam a guardar os valores poupados em “cadernetas de poupança” – ante a popularização dos mais diversos fundos de investimento – “perde relevância o tipo de investimento eleito pelo devedor para o fim preconizado pela norma [...], se caderneta de poupança, conta poupança integrada, conta poupança vinculada, poupança fácil, pouplex etc.”.

Com isso, o entendimento jurisprudencial que se manteve relevante até pouco tempo é o de que a quantia poupada pelo executado, que não ultrapassa

⁸ STJ, AgInt no REsp 1.475.220/PR, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, j. 9.6.2020.

⁹ STJ, AgRg no REsp 1.487.540/PR, Relator Ministro Og Fernandes, 2ª Turma, j. 4.12.2014.

¹⁰ STJ, REsp 1.187.161/MG, Relator Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, j. 5.8.2010.

¹¹ STJ, REsp 1.191.195/RS, Relatora Ministra Nancy Andrigli, 3ª Turma (voto do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva), j. 12.3.2013.

quarenta salários-mínimos, possui natureza de “verba alimentar” (sendo, consequentemente, impenhorável), porque se presume destinada a fazer frente aos imprevistos da vida ligados à subsistência e à preservação da dignidade. Salvo se houver comprovação pelo credor de abuso, má-fé ou fraude por parte do devedor¹².

Em 2024, entretanto, tal posicionamento não socorre o pequeno poupador: a verba alimentar (leia-se: quantia depositada inferior a quarenta salários-mínimos, independentemente da origem e do tipo de investimento) pode ser bloqueada por ordem judicial, restando ao executado demonstrar que a constrição obsta sua subsistência digna e de seus familiares (por força do mais recente paradigma decisório de proteção ao credor, definido no EREsp 1.874.222/DF).

4. Oitiva do exequente antes da decisão sobre o pedido de desbloqueio

Questão fundamental diz respeito à possibilidade de desbloqueio *inaudita altera* parte de verba impenhorável, diante da regra de ouro do art. 10 do CPC. A salutar percepção do contraditório como *poder de influência* das partes sobre o conteúdo do provimento jurisdicional pode ensejar a abertura de vista à parte exequente, como condição para o posterior pronunciamento do juiz acerca do pedido de desbloqueio de ativos depositados em nome do devedor.

A despeito do seu valor inestimável, a vedação à decisão-surpresa não é absoluta. Aliás, como bem observou o Ministro Celso de Mello, “não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto”¹³. Sustentar o exercício prévio do contraditório como exigência intransponível para o ato decisório implica afirmar a inconstitucionalidade de toda e qualquer medida cautelar proferida *inaudita altera* parte. Raciocínio tecnicamente incorreto e que pode implicar a violação da dignidade humana.

Requisitos específicos (e excepcionais) justificam a inversão da ordem natural do processo e a concessão da tutela antes da instauração do contraditório. É o que se percebe, por exemplo, nas ações destinadas à proteção do direito à saúde e da integridade física da mulher vítima de violência *doméstica* e familiar.

¹² STJ, RMS 52.238/SP, Relatora Ministra Nancy Andrigli, 3ª Turma, j. 15.12.2016.

¹³ STF, MS 23.452, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 16.9.1999. “Os princípios constitucionais que garantem o livre acesso ao Poder Judiciário, o contraditório e a ampla defesa, não são absolutos e hão de ser exercidos, pelos jurisdicionados, por meio das normas processuais que regem a matéria [...]” (STF, AI 152.676 AgR, Relator Ministro Maurício Corrêa, 1ª Turma, j. 15.9.1995).

Nestas demandas, a postergação do contraditório se legitima em razão da *urgência do pleito* e a pessoa que postula em juízo não pode arcar com o ônus derivado do tempo normal de tramitação do feito. Como ensina o Professor Humberto Theodoro Júnior em memorável trabalho intitulado *Direito fundamental à duração razoável do processo*,

É a tutela de urgência que, como mecanismo especial de obviar os malefícios do tempo sobre o processo judicial, se presta a instituir procedimentos diferenciados que acrescentam ao processo medidas extraordinárias tanto conservativas como antecipatórias [...]. O que se obtém por via da tutela emergencial são apenas providências de afastamento do perigo de dano iminente (*periculum in mora*). Sem elas, a tutela jurisdicional seria inútil, quando, após a duração normal do processo, se chegasse ao provimento correspondente à definitiva solução do litígio (2009, p. 84-86).

Há que se ter em mente que o bloqueio total do benefício previdenciário de uma pessoa pobre, não obstante satisfaça o interesse do credor, impede a sobrevivência do devedor e da sua família. Os bens jurídicos em jogo são a vida e a dignidade humana. E o dano potencial, além da desproporção da medida constritiva, se revelam ainda mais evidentes diante da presença, no polo ativo da ação executiva, de um litigante habitual, pleno em sua capacidade financeira. Tais entidades (alude-se aqui ao próprio Estado – administração pública federal, estadual e municipal – e às instituições financeiras) não sofrem o impacto negativo derivado do tempo processual. Aliás, tornou-se corriqueira a postergação do feito em decorrência da ação deliberada de um *repeat player*. Como ensinou Barbosa Moreira há duas décadas, é “ingênua” a ideia de que todos os jurisdicionados clamam, em quaisquer circunstâncias, pela solução rápida dos litígios (2004, p. 10).

O *periculum in mora* é insito ao pedido de desbloqueio de verba alimentar. O óbvio precisa ser dito: quem tem fome, tem pressa. E a oitiva prévia do credor, antes de decidir o incidente (medida que, na prática, pode adiar em semanas ou meses o pronunciamento judicial, dependendo do congestionamento do juízo), é uma violência contra a vida do devedor, justamente por lança-lo em uma espécie de “limbo judiciário”, sem perspectiva de obter a tutela jurisdicional pretendida.

O CPC definiu prazo para julgamento do pedido de desbloqueio. O comando está previsto no art. 226, II: “O juiz proferirá as decisões interlocutórias no prazo

de 10 (dez) dias”. O que acontece, todavia, é o reconhecimento da regra como mera “diretriz” pelos tribunais e a sua violação não como negligência no exercício da atividade judicial, desídia de serventuários ou denegação de justiça, mas como “característica” ou “condição” do Poder Judiciário brasileiro (SILVA; MAIA, 2020, p. 276).

E mais: o Processo Judicial eletrônico (PJe) não eliminou as chamadas “etapas mortas” do procedimento, tempo em que os autos “dormem”, aguardando manifestação das secretarias e gabinetes (THEODORO JR., 2009, p. 99). E, para piorar a vida de quem sofre a ilegalidade, há situações em que o juiz determina o desbloqueio da verba alimentar, mas condiciona a eficácia da decisão interlocutória (devolução do valor retido) ao seu trânsito em julgado, criando outro fator de prolongamento da ilegalidade. Frisa-se, por oportuno, que tal estado de ilicitude prolongado pode redundar na superação do período mensal esperado de recebimento do salário ou provento (hipótese de penúria absoluta).

Nesse cenário, surge outra pergunta: o Estado pode ser responsabilizado pelo dano causado ao executado, decorrente da demora excessiva no julgamento do pedido de desbloqueio de verba alimentar? A Constituição Federal, em seu art. 37, §6º, afasta qualquer dúvida: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. A norma recebe complemento infraconstitucional pelo art. 143, II, do CPC, segundo o qual “O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte”.

O Supremo Tribunal já assentou que, salvo os casos expressamente previstos em lei, a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos de juízes¹⁴. Caberá à pessoa prejudicada pela desconstituição tardia do bloqueio, caso almeje a reparação civil, demonstrar: descumprimento injustificado do prazo legal pelo juiz (aferido a partir da complexidade do caso concreto), dano decorrente da morosidade excessiva e dolo ou negligência grave do magistrado no exercício da atividade jurisdicional.

Voltando ao ponto central deste tópico, a prova de que a vedação à decisão-surpresa não é uma regra absoluta pode ser encontrada no próprio

¹⁴ STF, RE 553.637 ED, Relatora Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma, j. 4.8.2009.

caput do art. 854 do CPC. A regra possibilita ao juiz realizar o bloqueio *online* de dinheiro depositado pelo executado, sem dar ao réu ciência prévia do ato. Irresignado, caberá ao devedor apresentar pedido fundamentado de liberação do numerário. O mesmo raciocínio do *contraditório diferido* se aplica ao exequente: caso constate o desacerto da decisão que liberou a quantia outrora retida, ele pode interpor agravo de instrumento, independentemente da restituição ou não do ativo financeiro ao devedor.

5. A instrução do pedido de desbloqueio de recursos

O incidente de desbloqueio de ativos financeiros não se confunde com a objeção de executividade, admissível na execução relativamente às matérias conhecíveis de ofício e que *não demandem dilação probatória* (Súmula 393 do STJ)¹⁵. Ambos veiculam matérias de ordem pública, porém, no primeiro há três pontos passíveis de demonstração pelo devedor, mediante documentos: 1) impenhorabilidade do ativo bloqueado (art. 854 do CPC), cuja constatação passa pela prova concreta do 2) impacto negativo da constrição na subsistência digna do devedor e de seus familiares¹⁶. Na hipótese de o valor tornado indisponível ser penhorável e sua retenção não obstar a dignidade do executado, eventualmente ainda caberá a prova de 3) onerosidade excessiva (o bloqueio supera o valor da dívida executada)¹⁷.

É fato que a irrisoriedade flagrante da quantia retida pode ensejar seu desbloqueio de ofício pela autoridade judicial, com base no art. 836 do CPC. De todo modo, o magistrado não está vinculado a este parâmetro e *a instrução probatória é a regra*. Então, sob a ótica do juiz, apresentado pedido fundamentado de liberação de recursos, é possível que:

- 1) ele não se convença sequer da ocorrência do bloqueio (quando, por exemplo, não há espelho Sisbajud juntado pela Secretaria e o réu não anexou extrato bancário em que conste o número do processo);
- 2) o julgador constate que houve o bloqueio da forma alegada e que a retenção incidiu sobre quantia *relativamente impenhorável* (salário, por exemplo),

¹⁵ Em 2021 a 3ª Turma do STJ entendeu que é possível ao juízo, em sede de exceção de pré-executividade, determinar a *complementação das provas*, desde que elas sejam pré-existentis à objeção. No entender do colegiado, complementação de documento não se equipara a instrução probatória (REsp n. 1912277/AC, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 18.5.2021).

¹⁶ STJ, REsp 1.185.373/RJ, Relator Ministro Benedito Gonçalves, 1ª Turma, DJe 20.5.2010.

¹⁷ STJ, AgRg no REsp 1.124.848/RJ, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, 1ª Turma, DJe 25.5.2010.

mas não se convença de que o bloqueio impacta a subsistência digna do devedor e de seus familiares (carência de prova da indispensabilidade do recurso);

- 3) ele verifique a ocorrência do bloqueio, porém entenda que a retenção é legal (a saída é a interposição de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal).

As duas primeiras hipóteses induzem a outra questão importante: o juiz, naquelas situações, pode indeferir a complementação da prova pelo executado, sob o argumento de preclusão temporal (baseado no prazo de impugnação de cinco dias, previsto no art. 854, §3º, do CPC)?

A resposta é negativa. Em primeiro lugar, a lei não determina que o executado produza prova pré-constituída da ilegalidade da retenção, como condição para o seu cancelamento. Há amplo espaço para complementação da prova inicialmente produzida (inclusive em segunda instância, no bojo do agravo de instrumento). Isso, desde que o devedor sinalize sua intenção de impugnar o bloqueio, dentro do prazo legal.

Não se deve esquecer a possibilidade de obtenção da prova mediante auxílio prestado pelo próprio Juízo. Ante a recusa da instituição financeira em fornecer informação sobre movimentações bancárias, o réu pode – com amparo no princípio da cooperação (CPC, art. 6º) – solicitar ao magistrado que *requisite* à entidade – via Sisbajud ou Simba¹⁸ – a apresentação do documento almejado¹⁹. Segundo o Manual do Sisbajud, “o módulo de afastamento do sigilo bancário permite requisitar informações detalhadas sobre extratos em conta-corrente” e, através dele,

[...] os(as) juízes(as) poderão emitir ordens que requeiram das instituições financeiras informações dos devedores, tais como: extratos simplificados, cópia dos contratos de abertura de conta-corrente e de conta de investimento, fatura do cartão de crédito, contratos de câmbio, cópias de cheques, além de extratos

¹⁸ Sistema de Investigação de Movimentações Bancárias (Simba). Esse sistema, desenvolvido e gerido pela Procuradoria Geral da República (PGR/MPF), atua de forma complementar e em cooperação com o sistema de afastamento do sigilo bancário do Sisbajud e deve ser utilizado preferencialmente para as investigações criminais (BRASIL, 2023, p. 37).

¹⁹ O auxílio do juiz na obtenção da prova, mediante requerimento, em nada abala a sua imparcialidade: o art. 370 do CPC permite expressamente a produção oficiosa de prova pelo magistrado, sendo ele diretamente interessado na apuração dos fatos e na preservação da lisura processual.

do PIS e do FGTS. [...] O prazo para as instituições financeiras apresentarem as informações é fixado pelo(a) magistrado(a) (BRASIL, 2023, p. 5-37)²⁰.

Em segundo lugar, não se há falar em preclusão para juntada de prova documental porque o art. 435, parágrafo único, do CPC, admite a juntada de documentos que se “tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis” após a fase postulatória, “cabendo à parte que os produzir comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente”.

A lei não franqueia, evidentemente, a produção maliciosa da prova, destinada à eternização do procedimento cognitivo (na hipótese, o interesse primordial na rápida constatação da ilegalidade do bloqueio é da própria parte que instrui o incidente). A complementação que se alude diz respeito, por exemplo, a um extrato bancário negado ou um comprovante de despesa médica, até então indisponível. De todo modo, a jurisprudência tem abrandado o formalismo referente à matéria e o STJ decidiu que as provas documentais podem ser juntadas no curso da lide, mesmo em sede recursal, desde que não haja má-fé e o contraditório seja respeitado²¹.

6. Conclusão

Da análise antecedente podem ser extraídas as seguintes conclusões:

- 1) O movimento legislativo (e jurisprudencial) ininterrupto de concretização da chamada “efetividade do processo civil” revela o *recrudescimento de instrumentos executivos voltados à salvaguarda do interesse do credor*. Sua legitimidade depende de uma contrapartida: o incremento equivalente de técnicas processuais de proteção da dignidade da pessoa executada;
- 2) A utilização indiscriminada de ferramentas digitais para quebra do sigilo bancário e retenção de recursos financeiros depositados em nome do devedor tem se mostrado *ineficiente e onerosa para o próprio Estado*: o bloqueio eletrônico “cego”, incapaz de distinguir quantias penhoráveis de verbas alimentares, ocasiona a tomada de medidas ilegais em série, com consequente retorno das demandas saneadoras para o Judiciário (ao custo de tempo e verba pública);

²⁰ À Defensoria Pública é facultado lançar mão de iniciativa semelhante, especialmente quando atua no exercício da curadoria especial de réu ausente e precisa de informações bancárias da parte curatelada.

²¹ STJ, AgRg no AREsp 249.726/PB, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, j. 15.4.2019.

- 3) O custo humano decorrente da visão processual de “alto rendimento” é também elevado. Em um país marcado pela violência estatal e pela desigualdade de oportunidades, soa como escárnio deslocar para o executado – privado de recurso essencial – o ônus de acessar a jurisdição e provar que a medida judicial executiva é ilegal. *Cabe ao Poder Judiciário velar pela legalidade dos seus próprios atos* (CR/88, art. 37) e o art. 854, §3º, I, do CPC é o reconhecimento legislativo da sua incapacidade de fazê-lo;
- 4) O art. 833 do CPC elenca, na realidade, um rol de bens relativamente impenhoráveis, cada vez mais sujeitos a constrição. *A natureza do bem (“salário”, “vencimento” ou “subsídio”, por exemplo) não determina sua impenhorabilidade. A partir do recente posicionamento jurisprudencial do STJ (EREsp 1.874.222/DF), somente a prova da indispensabilidade do bem (no caso, da quantia bloqueada) é capaz de torna-lo imune ao bloqueio judicial. O ônus probatório é sempre da parte executada;*
- 5) Caso verifique que o bloqueio recaiu sobre quantia de natureza salarial e entenda pertinente o seu bloqueio parcial, o juiz tem o dever legal de intimar o executado para *oportunizar a produção da prova da indispensabilidade da verba alimentar*, sob pena de violar o art. 10 do CPC e prolatar decisão-surpresa;
- 6) Não há consenso quanto ao significado do termo “quantia irrisória”, para fins de avaliação da utilidade da execução. O que se tem ao certo é que *a irrisoriedade do valor bloqueado não é (e nem nunca foi) fator determinante, por si só, para o cancelamento da retenção;*
- 7) A decisão judicial de desbloqueio de verba alimentar, tomada em caráter *inaudita altera parte*, é perfeitamente legítima. *A urgência intrínseca do pedido de liberação do recurso essencial torna inviável a oitiva prévia da parte exequente. Viola a dignidade humana lançar o executado em um estado de incerteza temporal (“limbo judiciário”), justamente quando reduzido à condição de penúria. A técnica do contraditório diferido (via agravo de instrumento) é antiga e não se confunde com a supressão da garantia constitucional;*
- 8) O art. 226, II, do CPC determina um prazo certo para que o juiz decida sobre o pedido de desbloqueio apresentado pelo executado (dez dias). Não paira dúvida de que *o Estado pode ser responsabilizado pelo dano causado,*

decorrente da demora excessiva e injustificada no seu julgamento (CR/88, art. 37, §6º);

- 9) O incidente de cancelamento do bloqueio *online* demanda instrução probatória, a cargo do executado. A lei não exige prova pré-constituída da impenhorabilidade/indispensabilidade do recurso retido, mas, apenas, a manifestação expressa de irresignação, protocolizada no prazo legal. Logo, *a complementação probatória, exigível para o caso concreto, não pode ser obstada, ante o fundamento da preclusão temporal ou consumativa (CPC, art. 435, parágrafo único);*
- 10) As ferramentas digitais de afastamento do sigilo bancário podem ser utilizadas em benefício do executado. Havendo óbice ilegal (criado pela instituição financeira) ao fornecimento da prova apta a demonstrar a ilegalidade do bloqueio, *o juiz pode requisitar, mediante requerimento, a documentação necessária, com amparo no princípio da cooperação processual (CPC, art. 6º). Não se há falar em quebra da imparcialidade, mas em preservação da isonomia e da lisura da execução.*

7. Referências

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça: alguns mitos*. Temas de direito processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. *Código de Processo Civil e normas correlatas*. 7. ed. 313 p. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

BRASIL. *Sistema de busca de ativos do Poder Judiciário (Sisbajud)*. 2. ed. 51 p. Brasília: Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 2023.

JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira; VARGAS, Cirilo Augusto. Da decisão-surpresa no Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa (RIL)*, Brasília, v. 56, n. 221, p. 13-36, jan./mar. 2019.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, Artenira da Silva; MAIA, Maicy Milhomem Mocoso. Razoável duração do processo como direito fundamental e a responsabilização do estado pela duração excessiva do processo. *Revista Direito e Paz*, v. 1, p. 268-289, 2020.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 3.

THEODORO JR., Humberto. Direito fundamental à duração razoável do processo. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 29, p. 83, mar./abr. 2009.

Este livro foi editado eletronicamente em fontes Vera Humana 95 Regular e Bold, no título principal, cabeçalho e rodapé de numeração das páginas; e Crimson Text e suas variações Italic e Bold nos textos.

Produção gráfica: Lumen Produções Audiovisuais | Carla Mello
na revisão, diagramação e editoração eletrônica.

SETEMBRO 2024

A Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais é um veículo de divulgação do conhecimento científico jurídico, de responsabilidade da Defensoria Pública-Geral, voltado para disseminar pesquisas relacionadas com os objetivos e funções institucionais da Defensoria Pública.

Sua missão consiste em fomentar e divulgar a produção em Direito no Brasil, contribuindo para a construção de uma esfera acadêmica de excelência, plural e democrática.

O foco temático da publicação é marcado pela análise crítica de questões de repercussão no meio social, político, econômico e jurídico e pela exposição de diferentes pontos de vista sobre temas que possam contribuir para atenuar a vulnerabilidade de grupos sociais.

A Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais é uma publicação semestral, agora veiculada somente em versão *online* (PDF) por meio do site da Instituição: www.defensoria.mg.def.br/

www.defensoria.mg.def.br

Facebook • Instagram • TikTok • YouTube • LinkedIn:
@defensoriamineira

X: defensoriamg





DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IGUALDADE E CIDADANIA PARA TODOS