

**EDIÇÃO 19** AGO – SET/2023  
ISSN 2675-9403



**TJPR**

# GRALHA AZUL

PERIÓDICO CIENTÍFICO DA EJUD/PR



**EJUD-PR**

ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ



## **Editor-Chefe**

Luiz Fernando Tomasi Keppen

## **Conselho Editorial**

Desembargador Mário Luiz Ramidoff

Desembargador José Sebastião Fagundes Cunha

Desembargador Luiz Osório Moraes Panza

Desembargador Jorge de Oliveira Vargas

Desembargador Octávio Campos Fischer

Desembargadora Priscilla Placha Sá

Desembargador Ramon de Medeiros Nogueira

Desembargador Roberto Portugal Bacellar

Desembargador Ruy Alves Henriques Filho

Desembargador Substituto Anderson R. Fogaça

Juiz de Direito André Carias de Araujo

## **Coordenação Editorial**

Adriane Garcel

## **Supervisão Editorial**

Karen Paiva Hippertt

## **Revisão**

Gustavo Calixto Guilherme

## **Layout**

Luiz Fernando Patitucci

**Revista Galha Azul: Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná - EJUD/ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR, ed. 19. v.1, Curitiba, ago-set-2023.**

**Bimestral**

**ISSN 2675-9403**

**Disponível em: <https://ejud.tjpr.jus.br/revista-gralha-azul>**

**1. Direito – Periódico. 2. Tribunal de Justiça – Paraná.**

**CDU: 340**

**É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a devida citação.**

**As ideias e opiniões expostas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.**

# EDITORIAL



A 19ª Edição da Revista Gralha Azul chega aos leitores e leitoras com trabalhos que versam sobre temas atuais, a seguir brevemente descritos, vindo assim contribuir com a academia e a atuação jurisdicional.

O trabalho que abre essa edição, intitulado "validade da norma jurídica: entre o direito vivo de Ehrlich e o normativismo jurídico de Kelsen", foi desenvolvido por José Raul Cubas Junior e Demetrius Nichele Macei e descreve os principais contributos de cada autor no plano da validade da norma jurídica e estabelece um diálogo entre eles.

Na sequência, Thomirez Elizabeth Pauliv Badaró de Lima e Luiz Eduardo Gunther (Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região), apresentam o artigo "o assédio moral virtual: teleassédio, cibernética e a necessidade de uma visão ética e humana face ao digital". O debate se reveste de grande importância no mundo em que se evidencia um novo paradigma digital, havendo necessidade de reflexão, análise de suas repercussões e consequências, em face da sua ocorrência na rede e no mundo do trabalho virtual.

"Reconhecimento de efeitos jurídicos às famílias simultâneas: a monogamia como valor ético-social relevante" é o ensaio proposto por Eduardo Augusto Salomão Cambi (Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná), em coautoria com Adriane Garcel. Utilizando-se de casos concretos, os pesquisadores reforçam a ideia de que o Poder Judiciário não pode desprezar o reconhecimento jurídico dos arranjos familiares inerentes à sociedade pluralista, devendo estar atento às peculiaridades das relações de famílias, a fim de proteger os interesses legítimos de seus membros.

# EDITORIAL

Em seguida é apresentado o artigo de Adriano Vottri Bellé, versando sobre "a reserva de jurisdição na apreciação da cadeia de custódia". O trabalho, a partir da compreensão conceitual e procedimental a respeito do instituto da prova, analisa julgados e repercussões empíricas de sua aplicabilidade efetiva no âmbito processual penal brasileiro.

O artigo "Escolarização dos povos originários: ensino híbrido e os desafios da educação dos povos indígenas no Estado Democrático de Direito", da autoria de Juliana Passos Dias, aponta a insuficiência da adoção de políticas públicas para o fomento da educação escolar indígena, em que pese o empenho do legislador constituinte e do arcabouço legislativo infraconstitucional.

Outro tema de relevância é o abordado por Viviane Lazzeres Novatzki. Trata-se do artigo "construção de um poder judiciário eficiente por meio de instrumentos de economia comportamental", que traz à baila a liquidez das relações sociais e a necessidade da utilização de instrumentos psicológicos na nova realidade processual.

Na coluna texto de opinião, no trabalho "a alimentação é um direito humano universal", o autor Lauro Roberto de Oliveira conclama o engajamento dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário para um agir otimizado no combate à fome no Brasil.

Tenham todos uma profícua leitura.

**Luiz Fernando Tomasi Keppen<sup>1</sup>**  
Editor-Chefe

---

<sup>1</sup> Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

# SUMÁRIO

<b>EDITORIAL</b>	<b>6</b>
Luiz Fernando Tomasi Keppen	
<b>VALIDADE DA NORMA JURÍDICA: ENTRE O DIREITO VIVO DE EHRlich E O NORMATIVISMO JURÍDICO DE Kelsen</b>	<b>9</b>
José Raul Cubas Júnior, Demetrius Nichele Macei	
<b>O ASSÉDIO MORAL VIRTUAL: TELEASSÉDIO, CIBERÉTICA E A NECESSIDADE DE UMA VISÃO ÉTICA E HUMANA FACE AO DIGITAL</b>	<b>26</b>
Thomires Elizabeth Pauliv Badaró de Lima, Luiz Eduardo Gunther	
<b>RECONHECIMENTO DE EFEITOS JURÍDICOS ÀS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS – A MONOGAMIA COMO VALOR ÉTICO-SOCIAL RELEVANTE</b>	<b>39</b>
Eduardo Augusto Salomão Cambi, Adriane Garcel	
<b>A RESERVA DE JURISDIÇÃO NA APRECIÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA</b>	<b>60</b>
Adriano Vottri Bellé	
<b>ESCOLARIZAÇÃO DOS POVOS ORIGINÁRIOS – ENSINO HÍBRIDO E OS DESAFIOS DA EDUCAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO</b>	<b>72</b>
Juliana Passos Dias	
<b>CONSTRUÇÃO DE UM PODER JUDICIÁRIO EFICIENTE POR MEIO DE INSTRUMENTOS DE ECONOMIA COMPORTAMENTAL</b>	<b>81</b>
Viviane L. Novatzki	
<b>TEXTO DE OPINIÃO</b>	
<b>A ALIMENTAÇÃO É UM DIREITO HUMANO UNIVERSAL – O “CELEIRO DO MUNDO” VIVE UM PARADOXO</b>	<b>94</b>
Lauro Roberto de Oliveira	

## VALIDADE DA NORMA JURÍDICA: ENTRE O DIREITO VIVO DE EHRlich E O NORMATIVISMO JURÍDICO DE Kelsen



**José Raul Cubas Júnior<sup>1</sup>**

O presente artigo busca investigar a validade da norma jurídica em Eugen Ehrlich e Hans Kelsen, o vitalismo jurídico do Direito Vivo e o normativismo jurídico da Teoria Pura do Direito, respectivamente, com o cotejo analítico de uma norma jurídica – expedida por autoridade judicial – à luz dos elementos colhidos no plano teórico. Para tanto, com o objetivo de descrever os principais contributos de cada autor [no plano da validade da norma jurídica] e estabelecer um diálogo entre eles, ao longo da pesquisa foram utilizados os métodos descritivo, comparativo e dialético. A principal conclusão alcançada revela a possibilidade da autoridade judicial, ao expedir uma norma jurídica válida e entregar a prestação jurisdicional, considerar — ao lado da lei escrita e sem atentar contra o ordenamento jurídico pátrio em sua presente conformação — a observação do agir humano e extrair o direito que, embora não positivado, emana com naturalidade da vida em sociedade.

**Palavras-Chave:** direito; vitalismo; normativismo; Ehrlich; Kelsen

---

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Direito Empresarial pelo UNICURITIBA. Advogado e professor no Curso de Direito do UNIBRASIL. E-mail: cubasjunior@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5782955471150469>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4819-7274>.

## VALIDITY OF THE LEGAL NORM: BETWEEN EHRILICH'S LIVING LAW AND KELSEN'S LEGAL NORMATIVISM



**Demetrius Nichele Macei<sup>2</sup>**

This article seeks to investigate the validity of the legal norm in Eugen Ehrlich and Hans Kelsen, the legal vitalism of the Living Law and the legal normativism of the Pure Theory of Law, respectively, with the analytical comparison of a legal norm - issued by a judicial authority - to the light of the elements collected at the theoretical level. To this end, with the objective of describing the main contributions of each author [in terms of the validity of the legal norm] and establishing a dialogue between them, descriptive, comparative and dialectical methods were used throughout the research. The main conclusion reached reveals the possibility of the judicial authority, when issuing a valid legal norm and delivering the jurisdictional provision, to consider — alongside the written law and without attacking the national legal system in its present conformation — the observation of human action and extract the right that, although not positive, emanates naturally from life in society.

**Keywords:** Law; Vitalism; Normativism; Ehrlich; Kelsen

---

<sup>2</sup> Doutor em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, com Pós-Doutorado na Universidade de São Paulo – USP. Advogado e professor no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do PPGD/UNICURITIBA. E-mail: demetriusmacei@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8913796337992460>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7635-3668>.

## INTRODUÇÃO

Se de um lado, para o Direito Vivo a validade da norma jurídica reclama a adequação do seu comando normativo com aquilo que o homem respeita, não em decorrência da ameaça de coação estatal oficial, assentada na letra da lei ou nas decisões judiciais, mas por imposição do regramento social [e não legal] derivado com naturalidade da vida em sociedade; de outro, para o Normativismo Jurídico a conduta humana só importa na medida em que prescrita, positivada. É nesse contexto de aparente antagonismo [ao menos aparente], em reconhecer ou não a importância da observação do agir humano para a produção do direito e formulação da norma jurídica, que se justifica a presente pesquisa, pois como afirmara Ehrlich, há mais de um século, no Natal de 1912, “também em nossa época, como em todos os tempos, o fundamental no desenvolvimento do direito não está no ato de legislar nem na jurisprudência ou na aplicação do direito, mas na própria sociedade” (EHRlich, 1986, s.n).

O presente artigo, em capítulo propedêutico, busca extrair os pressupostos de validade da norma jurídica em que se assentam a Teoria do Direito Vivo, desenvolvida por Eugen Ehrlich na obra “Fundamentos da Sociologia do Direito”, e o Normativismo Jurídico de Hans Kelsen, exposto na obra “Teoria Pura do Direito”.

Na sequência, com objetivo de superar o plano puramente teórico, a pesquisa confronta os fundamentos de validade da norma jurídica – apurados em Ehrlich e Kelsen – e os coteja à luz de um caso concreto, ilustrativo, qual seja uma sentença expedida por uma autoridade judicial, em busca de responder se é possível, ou não, uma norma jurídica encontrar conformação de validade, simultaneamente, nos pressupostos do Direito Vivo e do Normativismo Jurídico, sem que um eclipse o outro.

A pesquisa segue estruturada em 6 seções, incluindo esta introdução.

Nas duas seções seguintes, mediante uso do método descritivo, com revisão bibliográfica das obras “Fundamentos da Sociologia do Direito”, “Teoria Pura do Direito” e demais livros e artigos científicos, são expostas as credenciais e as teorias desenvolvidas por Ehrlich e Kelsen.

A quarta seção, pelo método comparativo, traz o cotejo comparativo entre os principais conceitos divergentes apurados entre os autores supracitados.

Na quinta seção, que se vale do método dialético, é realizado o cotejo analítico de um caso concreto à luz dos pressupostos de validade da norma

jurídica sustentados por Ehrlich e Kelsen, confrontando-os.

Na última seção são apresentados, resumidamente, os resultados obtidos com a pesquisa e a sua conclusão. A importância de investigar o reconhecimento de validade da norma jurídica – seja pela lente estruturalista do direito ou pela ótica da sua eficácia social – para o adequado tratamento da crescente complexidade das relações sociais que o direito busca regular, faz ver que há muito ainda o que se avançar nessa seara, daí que o presente artigo representa a continuidade de uma pesquisa científica principiada no ano de 2018, com escritos vestibulares submetidos à crítica da comunidade acadêmica e publicados<sup>1</sup> nos anos de 2018 e 2019.

## 1 EUGEN EHRlich

Eugen Ehrlich [1862-1922] nasceu na região denominada Czernowitz [Ducado de Bukowina, uma província do então Império Austro-húngaro], atualmente denominada Chernivtsi, uma cidade situada às margens do rio Prut, no sudoeste da Ucrânia. Estudou direito em Viena, onde também lecionou direito e era advogado. Ao retornar para a sua cidade natal, assumiu como professor e Reitor da Universidade de Czernowitz. Durante a Primeira Guerra Mundial, quando Czernowitz foi ocupada diversas vezes por forças russas, mudou-se para a Suíça. Após o desmembramento do Império Austro-húngaro e a cessão da Bukowina para a Romênia, Ehrlich retornou a Czernowitz e morreu em Viena [Áustria]. Jurista e sociólogo austríaco, Ehrlich se destacou na pesquisa jurídica e foi considerado “pai” da “Sociologia do Direito”, sendo motivado aos estudos pela experiência adquirida no contato que teve com a cultura Bukowina, no período em que as leis austríacas contrastavam com os costumes locais, mas com elas coexistiam, fato que o fez questionar as noções hierárquicas do direito (FEBRAJO; LIMA, 2022. SPAREMBERGER, 2003).

Entre as suas principais obras, destaca-se “Grundlegung der Soziologie des Rechts” [Fundamentos da Sociologia do Direito], publicada originalmente em 1913, na qual sustenta a Sociologia do Direito como a ciência do direito, porque este não é estático e deve considerar as mutações que impactam a sociedade (SPAREMBERGER, 2003, p. 119-120). E essa preocupação de Ehrlich com o olhar para a sociedade já vem expressa no prefácio de sua obra:

“Afirma-se, com frequência, que deve ser possível resumir o sentido de um livro em uma única frase. Caso o presente

<sup>1</sup> Estudos publicados nos anos de 2018 e 2019, na Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica [v. 4, n. 2, p. 59-79, jul./dez.2018] e nos Anais do II Congresso de Filosofia do Direito

para o Mundo Latino [2019, p. 260-274], respectivamente, ao final referenciados.

escrito devesse ser submetido a tal prova, a frase seria mais ou menos esta: também em nossa época, como em todos os tempos, o fundamental no desenvolvimento do direito não está no ato de legislar nem na jurisprudência ou na aplicação do direito, mas na própria sociedade. Talvez se resuma nesta frase o sentido de todo o fundamento de uma sociologia do direito." (EHRlich, 1986, s.n)

Em resumo, Ehrlich inovou "[...] na compreensão do Direito como ciência e como fenômeno social" (SPAREMBERGER, 2003, p. 121).

### 1.1 VITALISMO JURÍDICO: O DIREITO VIVO

Ao considerar as relações que se desenvolvem entre os homens no seio de dada sociedade e os fenômenos sociais que delas derivam [e não apenas as regras prescritas pelo direito posto/positivado], Ehrlich propõe a chamada "Teoria do Direito Vivo" [ou "Vitalismo Jurídico"], uma construção teórica decorrente das respostas que obteve em relação ao autoquestionamento sobre "De onde surgem as regras jurídicas, quem lhes dá vida e eficiência?" (EHRlich, 1986, p. 16).

Para Ehrlich, quaisquer respostas ao questionamento formulado poderiam produzir conclusões opostas, do monismo ao pluralismo jurídico, da análise do abstrato à investigação do concreto, do normativismo positivista ao sociologismo, da dedução à indução.

Segundo Ehrlich, no passado, grande parte do direito não tinha sua origem no Estado e ainda hoje boa parte não é por ele concebida (EHRlich, 1986, p. 16). A lei positivada, produto da tarefa do legislador, não é e nem pode ser tida como origem do direito. Aliás, conceber o direito como mera regra do agir humano demandaria negar ao princípio de que ele compromete/obriga as pessoas, porque não se pode agir de acordo com algo do qual nem sempre se tem conhecimento, mesmo que se admitisse a presunção de que uma vez publicada a lei se reputa conhecida (EHRlich, 1986, p. 16).

Para Ehrlich o agir humano não encontra vinculação direta à ameaça de coação oficial imposta pelos tribunais. Pelo contrário, considera que a todo tempo o homem está submetido à coação psicológica situada fora do campo do direito, decorrente das relações estabelecidas pelo regramento social [e não legal] no qual está inserido:

"A própria intuição lhe ensina que cada pessoa se encontra numa infinidade de relações jurídicas e que, com muito poucas exceções, ela faz aquilo que estas relações lhe determinam. Ela cumpre suas obrigações como pai e filho, como esposo ou esposa, não prejudica seus vizinhos no gozo de sua propriedade, paga suas dívidas, [...]. O jurista naturalmente pode replicar que todos cumprem seus deveres somente porque sabem que podem ser obrigados a cumpri-los através dos tribunais. Mas se ele se desse ao trabalho de observar as pessoas em seu agir no dia a dia, facilmente se convenceria de que estas pessoas nem pensam numa coação que lhes possa ser imposta por tribunais. Via de regra agem como que por instinto e, quando este não é o caso, suas justificativas são bem outras: poderiam ter problemas com seus parentes, perder seu posto, perder sua clientela, ser estigmatizados como encenqueiros, desonestos, irresponsáveis. [...] o que as pessoas nesta situação fazem ou deixam de fazer, mesmo que seja por obrigação jurídica, frequentemente é bem outra coisa, e em geral muito mais do que consegue a coação oficial" (EHRlich, 1986, p. 23).

Ehrlich (1986, p. 16) admite que, na maioria das vezes, o homem se vê compelido ao cumprimento de suas obrigações como curso natural da ordem imposta no seio da sua comunidade, nas relações jurídicas estabelecidas com seus pares, nas associações das quais faz parte, sendo que "a ordem na sociedade humana se apoia no fato de que obrigações jurídicas em geral são cumpridas, não no fato de que podem ser levadas a juízo", porque maior do que a ameaça de coação estatal — prescrita em lei — é o receio dos reflexos negativos [v.g. reprovação social] que uma conduta moralmente abjeta pode resultar (EHRlich, 1986, p. 55):

"Quem depende do respaldo de seu grupo — e quem não necessitaria dele? — faz

bem em observar, ao menos grosso modo, as normas do grupo. Todo recalcitrante deve saber que seu comportamento abalará a coesão com os seus; quem insiste em resistir, rompe os laços que o unem aos seus companheiros e estes começam a evitá-lo, até excluí-lo. É, portanto, das associações sociais que emana a força coativa de todas as normas sociais, sejam elas jurídicas, morais, religiosas ou outras. [...]. Desta maneira, o homem age de acordo como direito, acima de tudo, porque as relações sociais o obrigam a isto. [...] O Estado não é a única associação coativa; há na sociedade, inúmeras associações que são muito mais rígidas que ele. Uma delas é, até hoje, a família."

Comunidade, organização ou associação podem ser a família, a igreja, o clube, o ambiente de trabalho, e tantas outras quanto possíveis, que se caracterizam por formar um conjunto de pessoas que, ao se relacionarem mutuamente, não só reconhecem determinadas regras como decisivas para seu agir em geral, como de fato agem em sua conformidade. Essas regras, das mais variadas formas [regras do direito, da religião, da moral, do costume, da honra, do bom comportamento, entre outras], formam a realidade social e devem ser analisadas no contexto em que são vigentes (EHRlich, 1986, p. 37).

A "sociologia do direito é a doutrina científica do direito" (EHRlich, 1986, p. 23) que, como qualquer ciência social, tem suas bases no conceito de sociedade humana, caracterizada pelo conjunto de organizações de tipos diversificados que estão em constante interação. As relações que se desencadeiam nessas organizações e suas interações são reguladas pelo direito, conquanto este seja entendido não como mero produto de prescrições jurídicas, mas ordem jurídica interna e independente do direito legislado/positivado (EHRlich, 1986, p. 36):

"A ordem interna das associações humanas não só é a primeira forma do direito, mas é, até hoje, a fundamental. A prescrição jurídica não só aparece bem mais tarde, como também continua sendo derivada da

ordem interna das associações. Para explicar as origens, o desenvolvimento e a essência do direito, deve-se pesquisar sobretudo a ordem das associações. [...].

A ordem interna das associações é determinada por normas jurídicas. Normas jurídicas não devem ser confundidas com prescrições jurídicas. A prescrição jurídica é a redação de uma determinação jurídica em uma lei ou um código. Norma jurídica, ao contrário, é a determinação jurídica transformada em ação, [...]."

Assim, para Ehrlich, as prescrições jurídicas criadas em determinada sociedade, quando admitidas por seus membros como ordem jurídica, passarão à condição de normas jurídicas. Já, quando positivadas (legisladas), podem ser consideradas prescrições jurídicas.

A normas jurídicas independem de positivação. São eficazes e existem em maior número que prescrições jurídicas, porque estas derivam daquelas e não o contrário. Seja qual for a sociedade, "[...] há muito mais normas jurídicas que prescrições jurídicas, porque sempre há mais direito para condições específicas que para condições similares e também existe mais direito do que os juristas tomam conhecimento, quando procuram fixá-lo em palavras." (EHRlich, 1986, p. 36)

Ao considerar que, de regra, o homem respeita as ordens emanadas da sociedade [porque tidas como obrigatórias por força da moral, do medo de repressão interna no caso da sua subversão, da coação psicológica no grupo] sem reclamar previsão em lei [prescrições jurídicas], Ehrlich, diferentemente de Kelsen [como será visto em capítulo próprio], entende que a ciência jurídica está adstrita ao conceito de sociedade e a resposta para seu conceito necessariamente repousa na análise da sociedade humana, uma verdadeira reflexão sociológica em contraposição ao normativismo jurídico (MOREIRA, 2013, p. 228):

"A teoria de Ehrlich está atada ao conceito de Sociologia como ciência, dentro do qual se incorporam, entre outras relações sociais, as relações jurídicas. Seu método, portanto, está ligado ao método sociológico, mais precisamente, à concepção metodológica dominante, da qual fazem parte Auguste Comte e Émile Durkheim. É a

sociologia, tal como definida por estes autores, que estrutura e define o direito como ciência social."

Moreira (2013, p. 235) afirma que, para Ehrlich, "[...] o estudo das normas aplicadas pelos juízes não preenchia a totalidade do fenômeno jurídico, pois as pessoas, no dia a dia, não agem levando em conta as regras do direito formal estatal", mas as regras do agir humano, aquilo que estão acostumadas e que admitem como algo que deve ser obedecido, respeitado.

A força que impulsiona o agir do homem, o cumprimento das ordens previstas no direito legislado/positivado — prescrições jurídicas —, em normas jurídicas não escritas ou mesmo aquelas decorrentes da moral, costumes, tradições e tantas outras previstas na sociedade têm, para Ehrlich, substancial importância para a ciência jurídica.

Assim, a ciência jurídica reclama a análise do direito que se desenvolve no seio da sociedade, que advém das relações estabelecidas entre os indivíduos e que estão em constante mutação, pois "o direito estatal, em todos os sentidos significativos, apenas acompanha a evolução social" (EHLICH, 1986, p. 122) e ainda assim o faz de maneira lenta e, por vezes, quando a norma jurídica é positivada [legislada, prescrita] já se encontra desatualizada.

As prescrições jurídicas, o direito posto, vigente, produto e obra do legislador "não reproduz o quadro mais pálido daquilo que realmente acontece na vida" (EHLICH, 1986, p. 377). Assim, a ciência jurídica e a evolução do conhecimento jurídico reclamam a análise daquilo que Ehrlich denominou Direito Vivo, que "oriundo das organizações sociais" (VIEIRA, 2015, p. 110) "trata das regras que efetivamente são reconhecidas e praticadas nas relações sociais em cada localidade, cultura e período histórico" (MOREIRA, 2013, p. 225), que "independente do Direito legislado [...] domina a vida" (SPAREMBERGER, 2003, p. 121).

À vista do Direito Vivo, para que se possa encontrar a norma válida e eficaz em determinada comunidade [quaisquer organizações sociais], deve-se, ao contrário de análises abstratas, do geral para o particular, partir de induções, pois "também a sociologia, incluindo aí a sociologia do direito, deve ser uma ciência da observação" (EHLICH, 1986, p. 362).

A tese de Ehrlich vem assentada na premissa de que a ciência do direito tem o papel de "conhecer e descrever o concreto e não o abstrato, os fatos, não as palavras" (TREVES, 2004, p.120 apud SGARBOSSA, 2016, p. 171), pelo que não deve tomar como objeto "somente o direito 'válido para os tribunais e órgãos de autoridade', mas também, e especialmente, o direito vigente que, 'não formulado em proporções jurídicas', regula toda a vida social" (TREVES, 2004, p.120 apud SGARBOSSA, 2016, p. 171).

O Direito Vivo pode ser encontrado no conteúdo de um documento, mas nele não se limita, por isso "ao jurista não cabe apenas ficar restrito aos códigos, às leis, enfim, à legislação. O material de trabalho do jurista não está nos documentos legais, mas nas relações jurídicas propriamente ditas, nos documentos jurídicos, no Direito como ele é, como ele se dá" (SPAREMBERGER, 2003, p. 121).

Em outras palavras, "a maior parte do direito origina-se imediatamente da sociedade, sendo a regulação jurídica formal posterior, pelo que a norma jurídica seria condicionada pela sociedade, aplicável se e na medida em que observe seus pressupostos sociais" (TREVES, 2004, p. 121 apud SGARBOSSA, 2016, 171).

O Direito Vivo não é aquele posto pelos tribunais ou pelo legislador, mas é vivido, observado pelo homem, decorre do agir humano no dia a dia e é cumprido independentemente de coação estatal (EHLICH, 1986, p. 378):

"Este, portanto, é o direito vivo em contraposição ao apenas vigente diante de tribunais e órgãos estatais. O direito vivo é aquele que, apesar de não fixado em prescrições jurídicas, domina a vida. As fontes para conhecê-lo são sobretudo os documentos modernos, mas também a observação direta do dia a dia do comércio, dos costumes e usos e também das associações, tanto as legalmente constituídas quanto as ignoradas e até ilegais."

A norma jurídica, vigente e eficaz em determinada organização social, quando pelo trabalho do legislador for prescrita em lei se torna prescrição jurídica. A sua origem [fonte], nesse caso, não é o Estado, pois embora ainda não tivesse sido positiva, a norma já era vigente e eficaz independentemente de qualquer coação estatal. Ehrlich se opõe ao monismo jurídico de que a única fonte do direito seria o Estado: "[...] fica delineada a concepção de direito vivo de Ehrlich, de caráter pluralista e que não nega a existência do Estado, mas rejeita a matriz unívoca do monismo jurídico e seu paradigma formalista" (VIEIRA, 2015, p. 109).

Na teoria desenvolvida por Ehrlich, fundado na sociologia, o direito não está aprisionado nos códigos, nem se resume na mera prescrição jurídica ou no chamado direito legislado/posto/positivado. O direito surge do agir humano, cuja eficácia pode ser verificada todos os dias e independe da coerção estatal, pois "Direito Vivo no conteúdo de um documento não é aquilo

que os tribunais no caso de uma disputa jurídica declaram como obrigatório, mas somente aquilo que as partes, na vida real, de fato observam" (EHRlich, 1986, p. 381).

Foi na Teoria do Direito Vivo que Ehrlich encontrou as respostas para as indagações que havia formulado<sup>2</sup>. As normas não se confundem com prescrições jurídicas, não reclamam positividade, previsão expressa em lei, pois elas surgem da sociedade, das relações estabelecidas entre os homens, cujos regramentos são aceitos, observados e cumpridos [eficácia] mais em decorrência de uma coação que situada fora do campo do direito do que da ameaça de uma coação estatal prevista em lei e decorrente da técnica legislativa: "É, portanto, das associações sociais que emana a força coativa de todas as normas sociais, sejam elas jurídicas, morais, religiosas ou outras. [...] o homem age de acordo como direito, acima de tudo, porque as relações sociais o obrigam a isto" (EHRlich, 1986, p. 55). Conforme Alberto Febrajo e Fernando Rister de Souza Lima (2022, p. 917), Ehrlich "possui um olhar para a eficácia social. Preocupa-se com a força social do direito sobre as pessoas."

Ao monismo jurídico se opôs Ehrlich, com sua concepção de Direito Vivo que possui caráter pluralista, em que o Estado seria mais uma das organizações que compõem a sociedade, tal como a família, igreja, clube, entre outros (EHRlich, 1986, p. 286; MALISKA, 2001, p. 45-46 apud VIEIRA, 2015, p. 109).

Em resumo, Ehrlich "escapa à visão estatalista e reducionista do jurídico" (SGARBOSSA, 2016, p. 171). Ele não nega a necessidade do estudo da jurisprudência, do direito posto, das prescrições jurídicas, mas exige que o verdadeiro jurista também tenha os olhos voltados para as ações humanas derivadas com naturalidade da vida em sociedade.

## 2 HANS KELSEN

Hans Kelsen [1881-1973] nasceu na Cidade de Praga, na região da antiga Checoslováquia, atual República Tcheca, então pertencente ao Império Austro-Húngaro. Em 1900 iniciou o curso de graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Viena, concluído em 1906, sendo que no ano de 1911 passou a lecionar na mesma Faculdade e publicou seu primeiro livro, intitulado "Problemas Capitais da Teoria do Direito Estatal". Em 1917 foi convidado a servir como assessor jurídico do Ministério da Guerra. A partir de 1918 colaborou para a elaboração da Constituição da Áustria de 1920, ano em que passou a ser conselheiro permanente da Suprema Corte Constitucional da

Áustria, na qual atuou como juiz entre os anos de 1921 e 1930. Em 1940 emigrou para os Estados Unidos e no ano de 1941 ingressou na Universidade de Harvard. Em 1943 assumiu como professor a cadeira de Ciência Política da Universidade de Berkeley, onde permaneceu até o seu falecimento em 1973. Considerado um dos maiores juristas e filósofos do século XX, com produção bibliográfica extensa, dedicou-se a construção de um método científico para produção do conhecimento jurídico livre de ideologias, ao que ele denominou de "verdadeira ciência do Direito", destacando-se entre as suas principais obras a "Teoria Pura do Direito" e a "Teoria Geral das Normas" (FEBRAJO; LIMA, 2022. SPAREMBERGER, 2003).

### 2.1 NORMATIVISMO JURÍDICO

Ao ingressarmos no estudo da norma jurídica, à luz da obra Teoria Pura do Direito, é de se destacar, inicialmente, que diante da "afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica", de tal maneira que a conduta humana importaria apenas a partir do momento em que estabelecida no conteúdo da norma (KELSEN, 2009, p. 79).

A ciência jurídica, para Kelsen, é uma ciência normativa, porquanto toma a norma como seu objeto. Significa afirmar que estamos no plano do dever-ser, "porque a norma pode ser conceituada como o sentido de um ato por meio do qual uma conduta é prescrita, permitida ou facultada, não se confundindo com o ato de vontade cujo sentido constitui" (SPAREMBERGER, 2003, p. 118).

O normativismo jurídico, sustentado por Kelsen, refere que proposição jurídica não se confunde com norma jurídica, do mesmo modo que ciência jurídica se distingue do Direito.

Proposição jurídica, como produto da ciência jurídica, tem por escopo descrever, enunciar o Direito prescrito nas normas jurídicas. Equivale dizer, a proposição jurídica se distingue da norma jurídica tal como a produção do conhecimento jurídico se distingue da função da autoridade jurídica.

Cabe à ciência jurídica "conhecer – de fora, por assim dizer – o Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento. Os órgãos jurídicos têm – como autoridade jurídica – antes de tudo por missão produzir o Direito para que ele possa então ser conhecido e descrito pela ciência jurídica" (KELSEN, 2009, p. 81).

Nas palavras de Cunha (2008, p. 281):

"A norma jurídica seria um imperativo posto pela

<sup>2</sup> "De onde surgem as regras jurídicas, quem lhes dá vida e eficiência?" (EHRlich, 1986, p. 16)

autoridade competente, um comando por ela estabelecido, uma permissão, ou ainda uma atribuição de competência. Ainda que se tenha em mente que tais imperativos sejam expressos por meio de fórmulas linguísticas, certo é que não se trata de um mero enunciado, uma mera proposição, mas de um comando, de um ato produtor do Direito, seja ele um ato posto pelo legislador, pela Administração Pública, seja pelo juiz [...].

Por sua vez, a proposição jurídica é um enunciado formulado pela Ciência do Direito visando à descrição do seu objeto. Portanto, trata-se de uma distinção qualitativa (prescrição/descrição), em que a norma jurídica é um ato da autoridade que produz o Direito e a proposição jurídica, um juízo hipotético da ciência jurídica que descreve o sistema posto, [...]."

As proposições normativas, formuladas pela ciência jurídica, descrevem o Direito e não atribuem quaisquer direitos ou deveres, de tal forma que podem ser verdadeiras ou inverídicas. O contrário ocorre com as normas jurídicas, que só podem ser consideradas válidas ou inválidas (KELSEN, 2009, p. 82).

Ou seja, as proposições representam juízos enunciativos de determinado objeto posto ao seu conhecimento, tal como faz, por exemplo, um Tratado de Direito Civil ou uma obra que busca abordar qualquer outra área do Direito. Elas não trazem um comando, uma ordem, de modo que a sua confirmação se situa no campo da veracidade.

A ciência jurídica, ao descrever a norma jurídica [seu objeto], formula a proposição jurídica. O cotejo entre a proposição jurídica formulada e a norma jurídica descrita permite ao jurista emitir o juízo de conformação de veracidade daquela em razão desta.

Para Kelsen a norma jurídica, por não representar um enunciado [descrição], mas um comando [que prescreve], apenas pode ser válida ou inválida. Será válida se seguiu o regramento legal de sua elaboração, porquanto de uma norma superior que extrai seu fundamento de validade.

O Direito tido como ciência normativa, um sistema de normas que limita a ciência jurídica ao

conhecimento e descrição de normas jurídicas, difere-se das outras ciências que buscam o conhecimento pela "lei da causalidade, de processos reais". As leis naturais demandam o estabelecimento da relação entre causa e efeito, causalidade. As proposições jurídicas são orientadas por outro princípio, qual seja imputação (KELSEN, 2009, p. 84-87).

Kelsen (2009, p. 87) assim descreve: "Na proposição jurídica não se diz, como na lei natural, que, quando A é, então B é, mas que, quando A é, B então deve-ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja".

Ricardos Almagro Cunha afirma que Kelsen indica, ainda, outro elemento para distinguir causalidade de imputação:

"Uma outra distinção apontada por Kelsen (1999) é que, na relação de causalidade, os elos que unem os eventos se desdobram em uma cadeia infinita, ou seja, a consequência produzida por uma determinada causa é, por sua vez, causa produtora de outro evento e assim sucessivamente. Da mesma forma, se percorrermos esse trajeto em sentido inverso, a causa de um determinado evento é, por sua vez, consequência provocada por uma causa mais remota e assim sucessivamente. Com o princípio da imputação, tal não ocorre, já que a regra de "causação" é fruto da vontade humana, pelo que a série de imputação é limitada, existe um ponto terminal." (CUNHA, 2008, p. 283)

Causalidade revela uma cadeia infinita, relações de causas e efeitos sucessivos. Toda "causa concreta pressupõe, como efeito, uma outra causa, e todo efeito concreto deve ser considerado como causa de um outro efeito, por tal forma que a cadeia de causa e efeito [...] é interminável nos dois sentidos" (KELSEN, 2009, p. 101).

Diferentemente da natureza, orientada pela causalidade, "O número de elos de uma série putativa não é, como o número de elos de uma série causal, ilimitado, mas limitado" (KELSEN, 2009, p. 101). Ocorre que, se a série putativa [diferentemente da causalidade] é finita, como a validade de uma norma seria dada por uma que lhe é superior e assim sucessivamente? A resposta para tal indagação foi assim resumida por Cunha (2008, p. 283):

"[...] a norma posta deve ter o seu fundamento de validade alicerçado em uma outra norma que lhe é, portanto, superior.

Por sua vez, a norma que confere validade a outra pode ter a sua própria validade questionada, reclamando um substrato de validação em outra norma superior a ela e assim sucessivamente. Se, como vimos, o sistema normativo está fundado em um princípio da imputação, que não se sujeita a uma cadeia infinita, certo é que devemos pressupor um limite, sob pena de termos que recorrer a uma noção metafísica para sustentar o nosso sistema, o que, por óbvio, é repudiado pelo mestre de Viena.

Para conferir uma unidade ao ordenamento jurídico, Kelsen (1986) então recorre a uma norma que já não é mais posta, mas pressuposta. Ela é algo abstrato, cujo questionamento de validade não é mais possível e à qual ele denominou norma fundamental."

Embora a norma retire seu fundamento de validade de outra que lhe é superior, não haverá cadeia infinita, pois ao sistema é dada a validade por uma norma superior a todas, qual seja a chamada norma fundamental.

Nas palavras de Baracho (1979, p. 39), a norma fundamental não representa uma norma do direito positivo. Antes, pelo contrário, é pressuposta pela Ciência do Direito, de tal maneira que "a ordem jurídica é um sistema de normas que estão ligadas entre si, pelo fato de a criação de toda e qualquer norma que pertence a este sistema ser determinada por outra norma do mesmo sistema, e, em última etapa, pela norma fundamental."<sup>3</sup>

Como descreve Carlotti (2015, p. 2.290), "A norma fundamental seria a norma hierarquicamente superior a todas as outras normas e, desta forma, seria a garantia de validade do ordenamento jurídico".

A Teoria Pura do Direito se enquadra na categoria de doutrina avaliativa, normativa e legalista,

<sup>3</sup> A norma fundamental é aqui considerada não como uma hipótese, assentada num ato real de vontade emanado de autoridade, mas pressuposta de um ato fictício de vontade que a cria. Trata-se de uma ficção que tem por escopo reconhecer que ela confere

busca "descrever o próprio objeto e não a lhe atribuir um entendimento tido por melhor que outros, propondo-se a fazer ciência e não se apresentando como uma filosofia, um credo, uma ética". Trata-se de uma teoria que considera "como próprio objeto somente o direito positivamente existente, especialmente o direito que assumiu a forma da lei [...]" (LOSANO, 2014, p. 32).

Assim, se fosse necessário resumir a pureza defendida por Kelsen, Carlotti (2015, p. 2.296) afirma que para ele "não é possível discutir nada além do direito existente em determinadas sociedades, ao menos não no âmbito de uma ciência do direito".

Em resumo, considerar o Direito como ciência normativa, ciente de que a norma não representa um juízo enunciativo/descritivo, mas prescritivo, importa reconhecer que a ciência do direito não deve tomar como objeto aquilo que não está previsto nos diplomas normativos. As externalidades [comportamento dos indivíduos, valores morais ou éticos, convicções políticas, entre outras], que podem ser aferidas pela observação do agir humano, não importam para a ciência jurídica: "Hans Kelsen propõe o estudo exclusivamente do dever-ser. Uma ciência do direito que se preocupa exclusivamente com as prescrições de conduta inseridas no direito positivo" (FEBRAJO; LIMA, 2022, p. 918).

A pureza defendida por Kelsen não nega a importância da investigação dos fenômenos sociais, mas tal tarefa deve ficar reservada para outro campo do conhecimento, como a sociologia – que não pode reclamar para si a ciência do direito.

### 3 EHRlich X Kelsen

Ehrlich se opôs ao normativismo jurídico, sustentou que a sociologia do direito é ciência do direito e sofreu severas críticas de Hans Kelsen, "[...] que afirmou ocorrer um sincretismo metodológico, decorrente da confusão estabelecida por Ehrlich entre ser e dever-ser" (SPAREMBERGER, 2003, p. 116).

Embora isso, como ensina Robles, "se Ehrlich reivindica para a Sociologia do Direito o caráter de verdadeira Ciência do Direito, o mesmo faz Kelsen com a Jurisprudência normativa" (ROBLES, 2012, p. 6).

Dedicar-se ao estudo da ciência jurídica e para ela desenvolver uma teoria limpa, despida de quaisquer ideologias, foi o grande objetivo de Kelsen. Como acentua Daniela de Lima (2010), a sua Teoria Pura do Direito não deve representar o nome de uma obra, mas um projeto de Kelsen em busca de elevar o direito à

validade ao primeiro ato do legislador no campo do direito positivado, sendo que, na estrutura escalonada da ordem jurídica, o nível mais elevado em termos de direito positivo é representado pela constituição.

condição de verdadeira ciência jurídica. Tal pode ser a explicação para a acentuada divergência entre Ehrlich e Kelsen ter principiado antes mesmo da publicação da mais conhecida obra deste [Teoria Pura do Direito].

Forte no objetivo de refutar a teoria de Ehrlich, revelada em 1913 na obra "Grundlegung der Soziologie des Rechts" [Fundamentos da Sociologia do Direito], Kelsen escreveu, ainda em 1915, no Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik [Revista Arquivo para Ciências Sociais e Política Social], a crítica Eine Grundlegung der Rechtssoziologie. Contra as incisivas acusações de Kelsen, "[...] Ehrlich respondeu no mesmo periódico com seu Entgegnung (1916), à qual sucedeu a Replik (1916) de Kelsen, a esta a Replik (1916) de Ehrlich e, finalmente, o Schlusswort (1916)" (ROBLES, 2012, p. 2).

Embora o esboço da Teoria Pura do Direito tenha aparecido ainda no ano de 1911, na obra denominada "Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre von Rechtssätzen" [Principais Problemas da Teoria Jurídica do Estado Desenvolvidos com Base na Doutrina da Proposição Jurídica] e a despeito de nela já se encontrar traçada a matriz filosófico-jurídica da Teoria Pura do Direito, foi somente em 1934 que se deu a publicação da primeira edição da "Reine Rechtslehre" [Teoria Pura do Direito], representando uma revisão de um ensaio publicado por Kelsen em 1933, denominado "Methode und Grundbegriff der Reine Rechtslehre" [O método e os conceitos fundamentais da Teoria Pura do Direito]. Em 1960 veio a segunda edição, que incorporou resultados de outras investigações, mas manteve praticamente intacto o núcleo da doutrina (SILVA; DAMASCENO, 2016, p. 330).

Ainda que a divergência entre Ehrlich e Kelsen possa ser retratada a partir da análise do debate estabelecido entre eles nos anos de 1915 e 1916, esta não é a opção adotada no presente artigo<sup>4</sup>. A descrição do normativismo jurídico de Kelsen [partindo da obra "Teoria Pura do Direito"] e do vitalismo jurídico de Ehrlich [do qual resultou a formulação da sua "Teoria do Direito Vivo" na obra "Fundamentos da Sociologia do Direito"] tem por escopo estabelecer os referenciais teóricos e o recorte temporal adotados na presente pesquisa.

### 3.1 DIREITO VIVO X NORMATIVISMO JURÍDICO

Como afirma Castro (2016, p. 53-54), em Kelsen o objeto da ciência do direito é a norma jurídica, sendo que a realidade social/econômica [ou de maneira genérica tudo aquilo que se refiro ao comportamento/conduita dos indivíduos] só podem interessar a ciência do direito quando estiver prescrita, ou seja, não deve se preocupar com a análise realidade,

dos fatos como eles acontecem. Diferentemente, para Ehrlich a ciência do direito deve se valer da observação, das experiências empíricas, da forma como o homem se comporta na sociedade, mesmo porque esses fatos aderem ao reconhecimento de validade das normas jurídicas.

Analisar o comportamento das pessoas em dada sociedade, a maneira como cumprem ou não as normas estabelecidas, fazia Ehrlich se opor ao "direito estatal que parecia criar um mundo alternativo ou um mundo ideal de 'deveres' que não correspondia aos comportamentos regulares observáveis quase que empiricamente" (CARLOTTI, 2015, p. 2.293).

Conforme Castro (2016, p. 54), enquanto em Kelsen "a ciência do direito opera por deduções a partir de um objeto ideal, resultado de uma operação intelectual: a norma jurídica", para Ehrlich "opera por generalizações das experiências empíricas". A ciência do direito, para Ehrlich é descritiva e indutiva; para Kelsen é normativa e dedutiva.

Ao tratar da pureza axiológica proposta e defendida por Kelsen, Larenz (1997, p. 93 apud SPAREMBERGER, 2003, p. 117-118) afirma, resumidamente, que a ciência do direito "não tem a ver com a conduta efetiva do homem, mas com o prescrito juridicamente. Não é, pois, uma ciência de fatos, como a sociologia, mas uma ciência de normas; o seu objeto não é o que é ou o que acontece, mas sim um complexo de normas".

Purificar a ciência do direito foi o objetivo de Kelsen na obra "Teoria Pura do Direito", depurando-a "de qualquer elemento estranho ao seu objeto" (CUNHA, 2008, p. 280), "uma pureza epistemológica (corte que exclui da ciência jurídica qualquer objeto a ela estranho) e também uma pureza valorativa (corte axiológico)" (CUNHA, 2008, p. 282).

Nas palavras de Kelsen (2009, p. 118), a ciência do direito, como ciência, "não se considera obrigada senão a conceber o Direito positivo de acordo com a sua própria essência e a compreendê-lo através de uma análise da sua estrutura", sendo que a Teoria Pura do Direito, por surgir em forte contradição com a ciência jurídica tradicional, revestida de um caráter ideológico, revela-se "como verdadeira ciência do Direito".

Os pressupostos que fundam a Teoria Pura e o Direito Vivo podem ser assim resumidos:

"A pureza proposta por Kelsen é uma delimitação da atividade de descrição do direito, entendido como um sistema de signos que se relacionam. O conceito fundamental para a

<sup>4</sup> Alberto Febrajo e Fernando Rister de Sousa Lima, em artigo publicado sob o título "O Debate Hans Kelsen x Eugen Ehrlich: A formação de duas disciplinas", referenciado ao final deste estudo,

descrevem o confronto argumentativo estabelecido entre os citados autores.

estruturação do direito, segundo ele, é a validade. Ehrlich se propõe a descrever a realidade social tendo objeto de estudo regularidades de comportamento e abstrair, a partir destes comportamentos observados, regras que comporiam o direito "vivo", conceito central de sua teoria, de certa sociedade" (CARLOTTI, 2015, p. 2.288).

Oposto ao que se vê em Ehrlich, sociologia como ciência do direito e necessidade da observação empírica do comportamento humano, em Kelsen o "direito seria um conjunto de regras abstratas que se determinam mutuamente e, portanto, não teria nenhum tipo de correspondência com a realidade empírica, nem com comportamentos regulares observáveis" (CARLOTTI, 2015, p. 2.291).

Se de um lado o Direito Vivo não se limita ao texto legislado, positivado [fruto do trabalho do legislador], mas pode ser encontrado pela observação empírica do comportamento humano, do agir das pessoas independentemente da ameaça de coação estatal e que, por isso, permite reconhecer a existência de normas jurídicas não prescritas, mas observadas/cumpridas; de outro o normativismo jurídico, depurado de quaisquer ideologias, dita uma ciência do direito cujo conhecimento se limita à análise de sua própria estrutura em busca de desvendar seu objeto.

De acordo com as teorias desenvolvidas por cada autor [Ehrlich e Kelsen], acima resumidamente expostas, o desafio que se apresenta conduz à problemática do presente artigo, qual seja a existência de matrizes opostas para a conformação de validade da norma jurídica: Haveria a possibilidade de uma norma jurídica ser válida, simultaneamente, à luz do Direito Vivo [vitalismo jurídico] e do normativismo jurídico, a despeito dos pressupostos destes se fundarem em argumentos aparentemente antagônicos?

#### 4 UM ESTUDO DE CASO

No Direito Vivo a validade da norma depende da observação do agir humano, daquilo que o homem respeita por imposição da comunidade, dos costumes, entre outros, e não em decorrência de prescrições jurídicas [direito positivado]. O homem cumpre a norma não por ameaça de coação estatal, mas porque sua

observância é tida por obrigatória perante a comunidade e dele não se pode exigir conduta diversa.

Para o normativismo jurídico, a conduta humana só importa na medida em que prescrita, positivada, cabendo ao jurista partir do texto normativo para formular a norma jurídica, livre de valores axiológicos, depurado de ideologias. A validade de uma norma jurídica não se mede pela régua da eficácia social, mas deve ser verificada na adequação de sua conformidade com outra que lhe seja superior. Nas palavras de Eber Zoehler Santa Helena e Breno de Andrade Zoehler Santa Helena (p. 54.452), no sistema Kelseniano "a norma é válida porque outra a validou em um silogismo normativo onde uma norma superior constitui a premissa de outra inferior".

E nesse contexto de aparente [ao menos aparente] antagonismo, seria possível a expedição de uma norma jurídica, válida, revestida daquilo que o melhor dos dois mundos pode oferecer? Evidentemente, tratar-se-ia de uma norma jurídica que, sem desprezar o seu destinatário, o ser humano e a eficácia social que dela se espera, respeita o sistema de direito positivo brasileiro em sua presente conformação.

Em outras palavras, a validade de uma mesma norma jurídica poderia ser aferida/confirmada, simultaneamente, pelo Direito Vivo e pelo normativismo jurídico, sem que um eclipse o outro? Para ilustrar o problema proposto e a conclusão alcançada, a presente pesquisa segue para a investigação de um caso concreto, uma norma jurídica expedida por uma autoridade judicial<sup>5</sup>.

Em junho de 2015 o Ministério Público Estadual de Santa Catarina ofertou, perante a Vara Criminal da Comarca de Joaçaba - Estado de Santa Catarina, denúncia<sup>6</sup> contra 3 (três) pessoas pela prática do crime de "porte ilegal de arma de fogo", tipificado no artigo 14 da Lei Federal nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 [popularmente conhecida como "Estatuto do Desarmamento"].

Recebida a denúncia pelo magistrado, os autos tiveram regular curso processual e a prestação jurisdicional se encerrou com a prolação de sentença de absolvição, em janeiro de 2018 [da qual não recorreu o Ministério Público], na qual o magistrado expôs as razões de seu convencimento, ancoradas em fundamentos de fato e de direito que reputou relevantes para a interpretação dos dispositivos legais aplicáveis ao caso.

Para o magistrado, ainda que comprovadas autoria e materialidade, a tipicidade da conduta deve ser analisada sob os aspectos formal e material. O primeiro trata da pura e simples subsunção do fato ao dispositivo legal, mas o segundo reclama a presença de

<sup>5</sup> A norma jurídica referida no caso concreto vem externalizada em sentença judicial proferida por autoridade legalmente constituída

e não se confunde com diploma normativo – texto de direito positivo.

<sup>6</sup> Autos de Ação Penal nº 0001455-21.2015.8.24.0037.

ameaça ou lesão a “bem jurídico de forma inadmissível” (SANTA CATARINA, 2018, p. 345).

Os fundamentos colacionados na sentença, quanto à análise da tipicidade da conduta, revelam que, no caso concreto, a validade da norma [expedida pela autoridade judicial – sentença] pode ser confirmada tanto à luz dos pressupostos dados pela Teoria do Direito Vivo [o vitalismo jurídico de Ehrlich] quanto pela Teoria Pura do Direito [normativismo jurídico de Kelsen]. Mais do que isso, sua confirmação de validade poder ser aferida individualmente, seja qual for a teoria adotada, mas também simultaneamente por ambas, sem que a adoção de uma anule [eclipse] a outra.

#### 4.1 A NORMA JURÍDICA À LUZ DO DIREITO VIVO

A primeira conformação de validade da sentença analisada [norma jurídica], que adere às lições de Ehrlich, encontra-se no seguinte excerto colhido da sentença: “Assim, é possível dizer que somente serão materialmente típicas aquelas condutas que afetarem de maneira substancial valores tidos como essenciais por determinada sociedade” (SANTA CATARINA, 2018, p. 346).

A observação do agir humano [do dia a dia e da forma como os homens se comportam na sociedade e os motivos/razões que impulsionam suas condutas] aparece em vários trechos da norma jurídica expedida pelo magistrado [sentença], como aponta, na sua ótica, alguns dos reflexos produzidos pelo Estatuto do Desarmamento na contemporaneidade:

“[...] percebe-se do dia a dia forense que a política desarmamentista do governo brasileiro, iniciada no ano de 1997, brutalmente fortalecida no ano de 2003 e continuamente difundida, não tem auxiliado na diminuição da violência, que cresce a cada ano, pois parece já bastante óbvio que o necessário é desarmar e prender criminosos perigosos, desarticular cartéis de tráfico de entorpecentes e reprimir com rigor os crimes contra a vida, e não dificultar a posse pacífica de armas de fogo para a defesa da vida, da

<sup>7</sup> Conforme advertiu o Ministro Eros Grau, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em 29/04/2010, “todo texto normativo é obscuro até o momento da interpretação. Hoje temos como assentado o pensamento que distingue texto normativo e norma jurídica, a dimensão textual e a dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a

família e da propriedade, por trabalhadores, homens e mulheres de bem, que é o que, lamentavelmente, tem sido feito na prática” (SANTA CATARINA, 2018, p. 346).

Não bastasse a observação pela autoridade judicial, a norma traz elementos que indicam a observação do agir humano também pelos demais “atores” envolvidos no processo judicial, como afirmou o magistrado ao dizer que a postura por ele adotada é acompanhada, naquela Comarca, pelo Ministério Público Estadual e autoridades policiais, que realizam “verdadeiro exercício de equidade perante o caso concreto” (SANTA CATARINA, 2018, p. 347), invocando ensinamentos de Aristóteles e S. Tomás de Aquino: “se emergir um caso em que a observância da lei seja danosa ao proveito comum, não deve ela ser observada” (apud SANTA CATARINA, 2018, p. 347).

A passagem acima citada revela, na forma sustentada por Ehrlich, a diferença entre prescrição jurídica [lei] e norma jurídica. Da sentença, como produto do trabalho do magistrado, extrai-se a norma jurídica<sup>7</sup>, cuja validade pode ser verificada a partir da sua conformação com o agir humano. Em outras palavras, a norma jurídica expedida encontra sua validade se, a despeito de sua inconformidade com o texto puro/literal da lei, for aceita e cumprida pelo homem, pois não se pode exigir do seu destinatário algo para além daquilo que ele possa cumprir.

Se o Direito Natural, diversamente do Direito Positivo, orienta-se pelo princípio da causalidade [se A, então B], a autoridade não pode expedir norma jurídica que imponha comando contrário à conduta humana minimamente exigida. Nesse sentido a autoridade judicial invocou novamente as lições de S. Tomás de Aquino e consignou na sentença:

“A lei escrita, assim como não dá força ao direito natural, assim não lhe pode diminuir nem tirar a força, pois, não pode a vontade do homem mudar-lhe a natureza. E, portanto, se a lei escrita contiver alguma disposição contrária ao direito natural, será injusta, nem tem força para obrigar. Pois o direito positivo se aplica quanto ao direito natural não importa

partir dos textos e da realidade. [...]. A interpretação do direito tem caráter constitutivo – não meramente declaratório, pois – e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão.”

que se proceda de um ou de outro modo, [...]. E, por isso, tais leis escritas não se chamam leis, mas, antes, corrupções da lei, [...]. E, portanto, não se deve julgar de acordo com elas." (SANTA CATARINA, 2018, p. 347-348).

Ao reconhecer a força motriz dos costumes e a impossibilidade de sobrepujar o Direito Natural pelos textos de Direito Positivo [legislado], a sentença novamente se aproximou do Direito Vivo: "Aliás, o direito natural à legítima defesa substancial, um daqueles mais afetados pelo Estatuto do Desarmamento, também sempre foi reconhecido pelas tradições humanas mais diversas, constituindo parte do Cânone jurídico da humanidade há muito" (SANTA CATARINA, 2018, p. 348).

Como em Ehrlich, para quem o direito não se aprisiona em códigos, a norma jurídica expedida confere substancial importância aos costumes, tradições e demais elementos que impulsionam o agir humano e que só podem ser extraídos a partir da observação do dia a dia, o magistrado considerou os costumes da comunidade local e a realidade social dos réus:

"[...] aqueles que residem ou laboram em locais distantes e desabitados, como em sítios e fazendas, estão, em virtude da política desarmamentista, tão ou mais suscetíveis à criminalidade do que os também desprotegidos habitantes dos centros urbanos, [...]. Ademais, é incontestável que a atuação dos órgãos policiais para garantir a segurança destes indivíduos é dificultada frente a distância que devem percorrer para chegar aos locais, o que deixa, muitas vezes, os moradores rurais à total mercê de bandidos, considerando que o Estado retirou destes cidadãos o direito primordial e inerente ao ser humano de legítima defesa, não suprimindo-lhes esta necessidade (o que seria não apenas impertinente como impossível). Diante disso e para garantir tal direito, diversos moradores rurais optam por possuir armas de fogo em desacordo com as determinações legais, desrespeitando uma

legislação que tolhe seus direitos naturais e em nada lhes assiste." (SANTA CATARINA, 2018, p. 351-352).

Na Teoria do Direito Vivo, para encontrar a norma válida e eficaz em determinada comunidade é preciso partir de induções. A ciência jurídica, para descrever a norma jurídica, precisa "conhecer e descrever o concreto e não o abstrato, os fatos, não as palavras" (TREVES, 2004, p.120 apud SGARBOSSA, 2016, p. 171), pelo que não deve tomar como objeto "somente o direito 'válido para os tribunais e órgãos de autoridade', mas também, e especialmente, o direito vigente que, 'não formulado em proporções jurídicas', regula toda a vida social" (TREVES, 2004, p.120 apud SGARBOSSA, 2016, p. 171). Nesse sentido, destaca-se o cotejo realizado pela autoridade judicial entre o caso concreto e a conduta exigível [no plano do regramento social] na comunidade local onde os fatos ocorreram:

"Atendendo ao requisito de reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, cito como razões adicionais de decidir as recentes moções de repúdio ao Estatuto do Desarmamento aprovadas pelas Câmaras de Vereadores dos municípios de Joaçaba e Água Doce (SC), demonstrando que, em termos regionais, a conduta dos réus possui baixíssimo grau de reprovabilidade, com embasamento na posição local quanto à política desarmamentista. As pessoas da comunidade estão fartas de serem tratadas como ovelhas rumo ao abatedouro, nas mãos de um Estado opressor e mentiroso, que as desarmou injustamente e sob os mais farsantes pretextos. O Poder Judiciário, que, como os demais poderes da República, também emana do povo (CF, Art. 1º, Parágrafo Único) e em seu nome em seu favor deve ser exercido, não pode ser exercido ao clamor popular que, em especial nesta região sob minha jurisdição, tem sido mais que um mero ruído disforme e inconstante, mas, ao contrário, um brado público firme, justo, digno, um

reclame de homens e mulheres corajosos, que querem ser os responsáveis por suas vidas, segurança e destinos" (SANTA CATARINA, 2018, p. 353).

Na produção da norma jurídica a observação do agir humano e a eficácia social do direito assumem vital importância. No exercício da atividade judicante o julgador não deve fechar os olhos para o destinatário da prestação jurisdicional, pois "à medida que se limita ao mundo dos juristas deixa de lado a essência de sua existência, o povo" (CUBAS JÚNIOR; TEIXEIRA, 2017, p. 74).

A argumentação lançada na sentença parece ter evitado que o magistrado, em sua atividade judicante, sucumbisse ao velho problema do juiz tradicional, a "estrita subordinação à figura do legislador, vez que este é uma figura mítica, distante das massas e próximo dos grupos economicamente determinantes" (CUBAS JÚNIOR; TEIXEIRA, 2017, p. 59).

Não significa que, no exercício da atividade judicante, o julgador pode substituir o legislador, mas é preciso que considere, como sustenta Ehrlich, a eficácia social do comando normativo de modo que não despreze a quem ele de fato se dirige, já que "as relações do direito são muito mais amplas do que as postas pelo direito positivo e reduzir tais relações aos códigos é de uma monstruosidade gigante" (FEBRAJO; LIMA, 2022, p. 917).

À luz do Direito Vivo, a validade da norma jurídica que ilustra a presente pesquisa se funda na premissa de que, embora a conduta do porte ilegal de arma de fogo esteja tipificada penalmente [prevista em lei], a absolvição dos réus veio motivada no cotejo entre a ação humana e a realidade social em que vivem, encerrando norma jurídica que não impôs comportamento contrário aquele que se entendeu minimamente exigível na comunidade.

A título ilustrativo, no contexto da observação do agir humano e da eficácia social do direito, é possível citar o entendimento exposto pelo Ministro Luiz Fux, quando do julgamento do Habeas Corpus nº 120.678/PR, de 24 de fevereiro de 2015, pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Naqueles autos se discutiu a manutenção da persecução penal do paciente pela prática dos crimes de porte e posse ilegal de arma de fogo de uso proibido. As informações lançadas no julgado indicam que o paciente havia sido ameaçado de morte pela vítima, chegando a sofrer atentado, o que teria motivado a aquisição da arma de fogo. Em primeiro grau o magistrado considerou que o réu [que no habeas corpus figura como paciente], como medida necessária para fazer cessar a agressão e após já ter recebido um disparo no pescoço, fez um único disparo contra a vítima, ensejando reconhecer a legítima defesa [excludente de ilicitude] e sua absolvição sumária em relação à imputação de homicídio, mas com o

prosseguimento da persecução criminal, em juízo competente, em relação aos crimes de porte e posse ilegal de arma de fogo de uso proibido, ponto que fora objeto de recurso pelo réu. No recurso de apelação o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná considerou, para lhe negar provimento, que o réu poderia ter procurado, como medida de proteção, os agentes de segurança pública. O Ministro Luiz Fux, embora vencido no julgamento do Habeas Corpus nº 120.6748/PR, votou pela concessão da ordem, com o trancamento da ação penal, consignando em seu voto que a ausência de busca da proteção do Estado [agentes de segurança pública] "não afasta, de maneira alguma, o fato de que o paciente vivia sob permanente ameaça e medo de ser alvejado, dentro de sua própria residência" (STF, 2015), arrematando no sentido de que, mesmo acaso tivesse levado ao conhecimento da autoridade policial as ameaças sofridas, "o paciente certamente não poderia contar com uma proteção contínua dos agentes" (STF, 2015). Ou seja, a prescrição jurídica [tipo penal previsto no texto de direito positivo], no ponto, foi interpretada à vista da observação da realidade social.

#### 4.2 A NORMA JURÍDICA À LUZ DO NORMATIVISMO JURÍDICO

A despeito de se ter a conformação de validade pela Teoria do Direito Vivo, a construção do comando normativo que encerra a sentença prolatada nos autos da Ação Penal nº 0001455-21.2015.8.24.0037 também pode ter sua validade aferida no plano do normativismo jurídico.

Para Kelsen o direito é ciência normativa, sendo válida a norma jurídica que, para seu ingresso no mundo jurídico, seguiu os procedimentos legais para a sua expedição, retirando seu fundamento de validade de uma norma que lhe é superior. Ao sistema jurídico é dada a validade e unidade, em última análise, pela chamada norma fundamental, aquela que, embora não escrita, lança luz sobre todo o sistema e orienta principiologicamente todas as demais, sem olvidar que, na estrutura escalonada da ordem jurídica, em termos de direito positivo, o nível mais elevado é representado pela constituição.

Ainda que fossem eliminados da sentença todos os fundamentos adstritos à observação do agir humano, descritos no item anterior, que trazem a conformação de validade da norma jurídica pela teoria do Direito Vivo, sua validade restaria afirmada pelo normativismo jurídico [Teoria Pura do Direito].

No curso da fundamentação lançada na sentença, após consignar elementos que denotam a observação do agir humano, da forma como o homem se comporta na sociedade, os costumes locais, entre outros, que impuseram reconhecer a ausência de tipicidade, a autoridade judicial passou a fundamentar

a norma em dispositivos inseridos no Texto Constitucional:

"Assim, visando salvaguardar direitos maiores e mais relevantes, a tônica que venho adotando ao julgar fatos similares ao em tela tem sido a correção da absurda e iníqua norma que penaliza aquela pessoa decente que pretende, com a arma de fogo, garantir os próprios (e daqueles que o cercam) direitos fundamentais à vida, segurança, propriedade e, porque não dizer, dignidade da pessoa humana (artigos 1º, III, e 5º, caput, da Constituição Federal), frente às barbaridades que o cidadão pode estar sujeito ao ser subjugado por criminosos." (SANTA CATARINA, 2018, p. 348)

Para conferir validade à norma jurídica expedida, a autoridade judicial se valeu de interpretação de acordo com o Texto Constitucional, subsumiu os fatos ao disposto na letra da Lei Federal [Estatuto do Desarmamento], interpretando-a de tal maneira a lhe atribuir um alcance balizado pelos valores encartados na Constituição Federal [o que não se confunde com a admissão de valores axiológicos], harmonizando a legislação infraconstitucional "[...] em especial com os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à segurança e ao bem estar [...]" (SANTA CATARINA, 2018, p. 359).

Ao tomar como pressupostos alguns princípios constitucionais [v.g. direito vida], definiu o alcance da Lei Federal [Estatuto do Desarmamento] aos casos em que não se vislumbra, da sua aplicação, a violação de garantias fundamentais.

Conforme afirma o magistrado, se o Texto Constitucional garante o direito à vida, não pode a lei, que por óbvio é hierarquicamente inferior, proibir que o cidadão defenda a sua vida, pois "[...] ainda é possível interpretarmos as formalidades legais impostas por leis e normas iníquas sob a luz da Constituição e do Direito Natural, universal por definição e inalienável de todo homem, de defender sua vida, sua família e sua propriedade" (SANTA CATARINA, 2018, p. 357).

Neste contexto, a aplicação pura do texto da lei, a depender do caso concreto, como cita o magistrado, seria "[...] incompatível com os princípios que ela própria (a Lei) deveria, em tese, proteger, com violação, inclusive, de preceitos maiores,

constitucionais, e mesmo de direito natural" (SANTA CATARINA, 2018, p. 353-354).

Assim, também pelo normativismo jurídico, a validade da norma expedida restaria confirmada, porquanto do Texto Constitucional é que retira seu fundamento de validade. Na sentença o magistrado consignou, expressamente, que "[...] a todos os Juízes, em seus níveis de atuação, competência e jurisdição, é atribuída a missão de analisar o caso concreto à luz da Constituição Federal [...]" (SANTA CATARINA, 2018, p. 357).

O excerto transcrito acima revela que, para além de entregar a prestação jurisdicional, a autoridade judicial exerceu a função social que dela se espera, atribuindo eficácia social ao direito, pois "é necessário que se incremente a postura hermenêutica do juiz no intuito de aproximá-lo dos ideais constitucionais" (CUBAS JÚNIOR; TEIXEIRA, 2017, p. 65-66).

Ao buscar fundamentos no Texto Constitucional, entre eles as garantias fundamentais encartadas em Cláusulas Pétreas, a autoridade judicial tratou de conformar a norma jurídica [inserta na sentença] com o ordenamento jurídico pátrio, validando-a pela Constituição Federal e aproximando-a "da sociedade, quando em sua essência, alinham-se aos princípios constitucionais a consciência social do julgador" (CUBAS JÚNIOR; TEIXEIRA, 2017, p. 74).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, é preciso destacar que a presente pesquisa não buscou investigar o acerto [ou não] da conclusão alcançada pela autoridade judicial na expedição da norma jurídica [inserta na sentença prolatada nos autos da Ação Penal nº 0001455-21.2015.8.24.0037], mas sim extrair os fundamentos, de fato e de direito, em que ela se assenta.

À luz do Direito Vivo, o direito não se encontra aprisionado em códigos, nos tribunais, nas decisões judiciais, mas emana da sociedade como normas que, embora não positivadas, são observadas independentemente de coerção estatal, pelo que a observância da norma decorre da coação inserta na própria organização da qual o homem participa [v.g. reprovação moral perante o grupo]. Posicionando-se contrário ao monismo jurídico, Ehrlich admite que o direito não tem origem apenas no Estado, mas advém de fontes heterônomas e, por isso, defendia o pluralismo jurídico. A eficácia social do direito impõe a necessidade de observar a realidade social, o concreto, descrever os fatos. O direito não deve ser buscado unicamente na jurisprudência ou na letra da lei, mas também na observação da conduta humana, naquilo que o homem admite, aceita e cumpre como regra que lhe é imposta pela sociedade [e todas as organizações das quais faça parte], o que denominou de Direito Vivo.

Em Kelsen, forte no normativismo jurídico, para o direito a conduta humana só importa na medida em que prescrita, positivada, devendo o jurista partir do texto normativo para formular a norma jurídica, sem questionar valores axiológicos que antecedem sua elaboração e, por isso, a validade está ligada ao processo de sua formação, notadamente se cumpriu as formalidades previstas no ordenamento jurídico, sem perquirir se ela é certa ou errada, se é eficaz ou ineficaz, de modo que, com o empírico, com o agir humano como ele é, a ciência do direito não deve se preocupar.

Descritos os pressupostos de validade da norma à luz de cada teoria exposta [Teoria do Direito Vivo e Teoria Pura do Direito], fora realizado, a título ilustrativo, o cotejo de um caso concreto — uma norma jurídica [sentença] expedida por autoridade judicial — à luz dos referidos pressupostos, limitando o alcance da análise à investigação dos fundamentos utilizados pelo julgador e se estes poderiam [ou não] justificar a conformação de validade da norma pela teoria do Direito Vivo [vitalismo jurídico] e/ou pela Teoria Pura do Direito [normativismo jurídico].

Extraídos alguns dos elementos que fundamentaram a sentença prolatada, entre eles a acentuada descrição da conduta humana exigível na comunidade em que o homem está inserido, os costumes locais e práticas habituais, os valores encartados em princípios e garantias fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988, foi possível concluir, ilustrando no caso tratado, que uma norma jurídica pode encontrar conformação de validade tanto pelo vitalismo jurídico quanto pelo normativismo jurídico, em conjunto ou individualmente. No caso analisado, a autoridade judicial não negou vigência à lei, mas a aplicou nos limites exigíveis da realidade social e, especialmente, com respeito às garantias constitucionais.

Não cabe ao julgador, ainda que tomado pela boa intenção de conferir eficácia social à norma jurídica que encerra a prestação jurisdicional, desprezar o direito positivo e tomar um caminho singular, ao seu prazer, da observação do agir humano. Mas o contrário também parece verdadeiro, já que o magistrado não deve ser mero aplicador da letra pura da lei, desprovido de valores morais, indiferente aos anseios da sociedade e aos direitos fundamentais, pois a atividade judicante, à medida em que se limita ao texto puro da lei escrita, “deixa de lado a essência de sua existência, o povo” (CUBAS JÚNIOR; TEIXEIRA, 2017, p. 74).

## REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Aspectos da Teoria de Kelsen. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Imprensa: Belo Horizonte, v. 27, n. 21, p. 9–50, maio, 1979. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/823/768>. Acesso em: 19 jun. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADFP n. 153/DF, do Tribunal Pleno. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator Ministro Eros Grau, julgado em 29 de abril de 2010. Brasília, DF, Diário da Justiça Eletrônico [DJe] 05 ago. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 120.678/PR, da Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. Redator para acórdão Ministro Marco Aurélio, julgado em 24 de fevereiro de 2015. Brasília, DF, Diário da Justiça Eletrônico [DJe] 05 abr. 2015.

CARLOTTI, Danilo Panzeri. O debate entre Ehrlich e Kelsen: a convergência filosófica entre positivismo jurídico e sociologia do direito no começo do século XX. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, p. 2287–2303, 2015. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/download/20928/15309>. Acesso em: 13 maio 2023.

CASTRO, Jonathas Ramos de. Direito e modernidade: estudo sobre Eugen Ehrlich e Hans Kelsen. *Convenit Internacional (USP)*, v. 22, p. 51–60, set./dez. 2016. Disponível em: <http://www.hottopos.com/convenit22/51-60Jonathas.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2023.

CUBAS JÚNIOR, José Raul. CELLA, José Renato Gaziero. Direito Vivo e Normativismo Jurídico: A ciência do direito e a validade das normas em Eugen Ehrlich e Hans Kelsen. In: *II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino*, 2019, Rio de Janeiro (RJ). *Anais do II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino*. Florianópolis (SC): Conpedi, 2018. v. 1. p. 260–274. Disponível em <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/kshuec3y/p3284hyn/kN1MOE3yfl3Xev55.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2023.

CUBAS JÚNIOR, José Raul; MACEI, Demetrius Nichele. Estatuto do Desarmamento: Um estudo de caso a partir de Eugen Ehrlich e Hans Kelsen. *Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 59–79, 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/article/download/4809/pdf>. Acesso em: 17 jun. 2023.

CUBAS JÚNIOR, José Raul; TEIXEIRA, Iverlei de T. M. Leitura Crítica do Papel do Juiz no Processo Penal. In: COSTA, Margaretete Terezinha de Andrade (Coord). Direito e Sociedade: o paradigma do acesso à justiça. Curitiba: Ponto Vital, 2017, p. 55-77.

CUNHA, Ricarlos Almagro. Hermenêutica Jurídica em Kelsen. Apontamentos Críticos. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 180, p. 279-291, out. / dez. 2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176576>. Acesso em: 29 abr. 2023.

EHRlich, Eugen. Fundamentos da Sociologia do Direito. Tradução de René Ernani Gertz; revisão de Vamireh Chacon. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1986. Disponível em: <https://fiquesursis.files.wordpress.com/2011/09/eugen-ehrllich-fundamentos-da-sociologia-do-direito-1986.pdf>. Acesso em: 12 maio 2023.

FEBBRAJO, Alberto; LIMA, Fernando Rister de Souza. O Debate Hans Kelsen X Eugen Ehrlich: A formação de duas disciplinas. Revista Jurídica, Curitiba, v. 4, n. 71, p. 913-928, dez.2022. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/6171>. Acesso em: 27 maio 2023

HELENA, Eber Zoehler Santa; SANTA HELENA, Breno de Andrade Zoehler Santa. Hans Kelsen e a Teoria Pura do Direito: O jurista do século XX. Brazilian Journal of Development, v. 6, n. 8, p. 54436-54465, 2020. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/14379>. Acesso em: 19 jun. 2023.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LIMA, Daniela de. Hans Kelsen: breve incursão biográfica e literária. Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 82, nov. 2010.

LOSANO, Mario G. O Valor da Justiça na Obra de Kelsen. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 59, n. 2, p. 31-45, ago. 2014. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/37561>. Acesso em: 25 mar. 2023.

MOREIRA, Júlio da Silveira. O Método na Sociologia do Direito: Ehrlich visitado por Pachukanis. Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho, Ciudad de México, n. 35, p. 215-249, jan./jun. 2013. Disponível em:

<http://www.revistas.unam.mx/index.php/rcj/article/view/40806>. Acesso em: 20 maio 2023.

ROBLES, Gregório. A polêmica entre Kelsen e Ehrlich sobre a natureza da ciência jurídica. Revista Panoptica, Vitória, v. 7, n. 1, p. 1-14, jul. 2012. ISSN 1980-7775.SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Vara Criminal da Comarca de Joaçaba. Ação Penal nº 0001455-21.2015.8.24.0037. Porte ilegal de arma de fogo. Autor: Ministério Público de Santa Catarina. Julgador: Juiz de Direito Marcio Humberto Bragaglia. Joaçaba, julgado em 16 de janeiro de 2018. Diário da Justiça Eletrônico [DJe] 17 jan. 2018, n. 2739, p. 458-459. Extrato disponível em <http://busca.tjsc.jus.br/dje-consulta/rest/diario/caderno?edicao=2739&cdCaderno=3>. Acesso em: 26 mar. 2023

SGARBOSSA, L. Reflexões Ontológicas e Epistemológicas sobre o campo jurídico. Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ - Rio de Janeiro, n. 29, p. 158-174, jun. 2016. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/14107>. Acesso em: 27 maio. 2023.

SILVA, Evanuel Ferreira; DAMASCENO, Epifânio Vieira. A classificação das ciências segundo Hans Kelsen: os princípios de causalidade e imputação. Revista de informação legislativa: RIL, Brasília, v. 53, n. 209, p. 329-342, jan./mar. 2016. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril\\_v53\\_n209\\_p329.pdf](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril_v53_n209_p329.pdf). Acesso em: 16 jun. 2023.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. A natureza da ciência jurídica: a polêmica entre o normativismo de Hans Kelsen e o sociologismo (hermenêutica do direito vivo) de Eugen Ehrlich. Revista Direito em Debate, Ijuí: Ed. Unijuí, v. 12, n. 20, p. 115-135, jul./dez. 2003. Disponível em: [https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadir\\_eitoemdebate/article/view/740](https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadir_eitoemdebate/article/view/740). Acesso em: 12 maio 2023.

VIEIRA, Reginaldo de Souza. Pluralismo jurídico clássico: a contribuição de Ehrlich, Santi Romano e Gurvitch. Revista Direito, Estado e Sociedade - PUC-Rio, Rio de Janeiro, v. 47, p. 108-127, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/artigo05n47.pdf>. Acesso em: 12 maio 2023

## O ASSÉDIO MORAL VIRTUAL: TELEASSÉDIO, CIBERÉTICA E A NECESSIDADE DE UMA VISÃO ÉTICA E HUMANA FACE AO DIGITAL



**Thomires Elizabeth Pauliv Badaró de Lima<sup>1</sup>**

O presente artigo tem por objetivo iniciar os estudos sobre o assédio moral virtual e analisar o impacto da nova modalidade de teleassédio através da rede mundial de computadores. O trabalho vem mudando e há necessidade de novas reflexões, diante do mundo virtual que nos impõe em muitos momentos da vida, surgindo desafios, a fim de se adaptar ao novo paradigma da realidade virtual. Com isso o estudo do assédio virtual, em especial o teleassédio, reveste-se de importância no mundo novo em que se evidencia um novo paradigma digital e de ofensas virtuais, havendo necessidade de reflexão, análise de suas repercussões e consequências em face da sua ocorrência na rede e no mundo do trabalho virtual, pregando ao final uma visão ciberética, através dos estudos da ética com uma visão humana face ao digital. O método adotado no presente trabalho é o teórico, através da pesquisa bibliográfica exploratória, que se concretiza na análise de livros, revistas especializadas, leis, artigos científicos que tratam sobre o tema.

**Palavras-chave:** assédio moral virtual; teleassédio; ética; visão humana digital.

---

<sup>1</sup> Doutoranda pelo Programa de Direito Empresarial e Cidadania. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Especialista em Educação a Distância pelo Centro Universitário UniOpet. Graduada em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Advogada e Professora Universitária. E-mail: thomiresbadaro@hotmail.com.

## VIRTUAL MORAL HARASSMENT: TELEHARASSMENT, CYBERETHICS AND THE NEED FOR AN ETHICAL AND HUMAN VIEW IN THE REGARD OF DIGITAL



**Luiz Eduardo Gunther<sup>2</sup>**

This article aims to initiate studies on virtual bullying and analyze the impact of the new type of teleharassment through the world wide web. Work has been changing and there is a need for new reflections, given the virtual world that imposes on us in many moments of life, with challenges arising, in order to adapt to the new paradigm of virtual reality. Therefore, the study of virtual harassment, especially teleharassment, is of importance in the new world in which a new digital paradigm and virtual offenses are evident, with the need for reflection, analysis of its repercussions and consequences in the face of its occurrence. On the network and in the world of virtual work, ultimately preaching a cyberethical vision, through ethics studies with a human vision in the face of digital. The method adopted in the present work is theoretical, through exploratory bibliographical research, which takes the form of the analysis of books, specialized magazines, laws, scientific articles that deal with the topic.

**Keywords:** virtual moral harassment; teleharassment; ethic; digital human vision.

---

<sup>2</sup> Pós-Doutor em Direito pela PUC-PR (2015). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2003). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Graduado em Direito e em História pela Universidade Federal do Paraná (1997). Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Integrante dos Conselhos Editoriais da Editora Juruá, do Instituto Memória e da Editora Clássica. E-mail: luiz.gunther@uol.com.br.

## INTRODUÇÃO

O tema assédio moral é de destaque internacional, tanto que no ano de 2019 foi objeto de discussão em uma convenção internacional de n. 190 da OIT (Organização Internacional do Trabalho), tendo sido objeto de ratificação em 2020 e sua entrada em vigor em 2021.

Os males do assédio moral são destruidores na vida psicológica humana, podendo ser cometido na sociedade de uma forma geral, na família, na escola e no meio ambiente de trabalho.

Dentro da temática polêmica do assédio moral, debatido a nível mundial, surge uma nova discussão jurídica, que pode ser ainda mais vital e viral, e que propõe numa análise e reflexão no presente artigo que é sobre o assédio moral virtual, em especial sobre o teleassédio.

Vive-se em uma sociedade do cansaço, ainda mais agravada no momento pandêmico em que o cometimento do assédio moral pode ser até mais grave e ser violado em sua dignidade dentro da sua própria casa ou em qualquer lugar do mundo, através do meio virtual e que está sendo proporcionado pela comunicação de forma eletrônica.

A tecnologia pode ser usada para bem, mas também para o mal, sendo que o excesso, o abuso, a humilhação, a discriminação, o não respeito da personalidade e da dignidade humana pode gerar consequência na vida do trabalhador, no novo meio ambiente laboral virtual, tais como o home office.

Vive-se um momento de crise e de excesso! Esse excesso de exigência tem que ser repensado para adentrar na reflexão do abuso na cobrança que podem atingir o lazer e a dignidade do trabalhador, violando a sua vida privada, acabando com sua vida pessoal, podendo ainda incidir no assédio moral.

O artigo ora proposto tem por objetivo iniciar os estudos sobre o assédio moral virtual, em especial sobre o teleassédio, assim como analisar a consequência dessa nova modalidade de assédio através da rede mundial de computadores, tendo ainda como objetivos específicos refletir sobre os impactos da revolução digital e a mudança no mundo do trabalho, assim como trazer uma visão ética e humana face ao digital, buscando ainda promover o necessário equilíbrio na relação de poder promovida pelo meio digital.

Para buscar responder a problemática ora proposta o caminho da pesquisa e metodologia adotada no presente trabalho será através da pesquisa bibliográfica exploratória, que se concretiza na análise de livros, revistas especializadas, leis, convenção internacional, artigos científicos e demais ensinamentos doutrinários, concretizando a análise com base em obras nacionais e internacionais

relevantes que tratam do assunto, realizando a análise crítica, tomando posições e propondo soluções, à luz dos objetivos apresentados neste artigo.

Assim o trabalho que se propõe irá primeiramente analisar sobre o impacto da revolução da tecnologia da informação no mundo do trabalho; na sequência passará a refletir sobre a temática principal e objetivo geral do trabalho, quer seja, sobre o assédio moral virtual, em especial sobre teleassédio; para ao final analisar e trazer uma reflexão ética e humana face ao digital.

## 1 A REVOLUÇÃO DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E A MUDANÇA NO MUNDO DO TRABALHO

O mundo mudou, o trabalho mudou e essa virada de paradigma deve-se a realidade virtual que nos foi imposta, diante da revolução ocorrida com o uso da tecnologia da informação, trazendo reflexões para a vida pessoal, profissional, acadêmica, dentre outros campos de atuação e aplicação.

Há quem diga que essa mudança de paradigma foi de fato uma revolução, como o autor Manuel Castells, sociólogo de referência mundial sobre a temática sociedade em rede, qualificando essa mudança de fato como uma revolução, comparando inclusive com outro evento histórico da revolução industrial, diante da descontinuidade das bases materiais da economia ao afirmar que:

No mínimo a revolução da tecnologia da informação é um evento histórico da mesma importância da Revolução Industrial do século XVIII, induzindo um padrão de descontinuidade nas bases materiais da economia, sociedade e cultura. Por outro lado, diferentemente de qualquer outra revolução, o cerne da transformação que estamos vivendo na revolução atual refere-se às tecnologias da informação, processamento e comunicação (CASTELLS, 2005, p. 68).

Faz a comparação com a revolução industrial, sendo a revolução tecnológica e digital uma mudança "no final do século XX – novo paradigma tecnológico que se organiza em torno da tecnologia da informação" (CASTELLS, 2005, p. 67), o que vem mudando o mundo,

assim como o ambiente de trabalho, como por exemplo no teletrabalho, que abaixo será comentado o seu aspecto legal e inovação legislativa com o advento da reforma trabalhista, em que há o uso da tecnologia da informação, trazendo consequências positivas e negativas na sua atuação.

Nesse contexto Paulo Antonio Maia e Silva informa que com implemento da tecnologia nas relações humanas o mundo do trabalho igualmente sofreu as suas influências, esclarecendo e exemplificando o autor que no "caso do trabalho humano, as inovações tecnológicas que provocam modificações são as relativas à comunicação e reunião entre prestador e tomador e quanto ao local e forma da prestação dos serviços" (SILVA, 2012, n/p).

Manuel Castells alerta que com essa revolução pela primeira vez na história, a mente humana é uma força direta de produção, informando que computadores, sistemas de informação, decodificação e programação genética são todos amplificadores e extensores da mente humana, exemplificando que o "que pensamos e como pensamos é expresso em bens, serviços, produção material e intelectual, sejam alimentos, moradia, sistemas de transportes e comunicação, mísseis, saúde, educação ou imagens", abrangendo a capacidade de transformar todas as informações em um sistema comum de informação, processando-as em velocidade e capacidade cada vez maiores e com custo cada vez mais reduzido em uma rede de recuperação e distribuição potencialmente ubíqua, com a possibilidade de estar presente em outros lugares, em toda a parte ao mesmo tempo (CASTELLS, 2005, p. 69).

No livro *Sociedade do Cansaço* a autor Byung-Chul Han descreve que a sociedade do século XXI é uma sociedade de desempenho, de poder ilimitado, diante da mudança do paradigma do desempenho ou pelo esquema positivo do poder, havendo um novo mandamento do excesso de positividade e produtividade, mencionado que hoje em dia "nos expomos no facebook, e com isso nos transformamos em mercadoria." (HAN, 2017, p. 125), descrevendo mais adiante que "Sim, hoje nós fazemos importantes nas redes sociais, no facebook. Nós produzimos informações e aceleramos a comunicação, na medida em que nos "produzimos", nos fazemos importantes.", acrescentando ainda que "Nós ganhamos visibilidade, expomo-nos como mercadorias. Nós nos produzimos para a produção, para a circulação acelerada de informação e comunicação" (HAN, 2017, p. 126).

Essa revolução da tecnologia da informação trouxe mudança no direito do trabalho, com o que dentro desse contexto o autor Luiz de Pinho Pedreira Silva faz tal correlação da tecnologia e mudança no mundo do trabalho informando sobre o trabalho a distância e o teletrabalho:

Este fenômeno é decorrência das inovações tecnológicas e da expansão econômica mundial, que provocaram a descentralização do trabalho, a propagação e modernização do trabalho a distância, que deixou de ser apenas o trabalho em domicílio tradicional, a fiscalização do serviço sem a presença física do fiscal, a flexibilização das jornadas, a preponderância da atividade intelectual sobre a manual, a ponto de considerar-se que as sociedades atuais não são mais terciárias (comércio) e sim quaternárias (informações/telecomunicações). O trabalho a distância é o gênero que compreende várias espécies, uma delas o teletrabalho. (SILVA, 2010, p. 583)

Uma das mudanças no mundo do trabalho de impacto recente foi o teletrabalho, eis que o trabalho à distância de uma forma geral já existia anteriormente, como por exemplo o trabalho em domicílio, mas a sua intensificação e mudança na vida da pessoa veio de forma abrupta a partir da pandemia, com o que o estudo do teletrabalho em tempos de pandemia e pós pandêmico revela-se de importância e constante reflexão sobre o alcance de seus limites da vida do trabalhador que estão sendo aos poucos conhecidos e pesquisados.

O art. 75-B da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) enuncia que se considera como teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo (BRASIL, 1943), nos termos da redação incluída com a reforma trabalhista - Lei n. 13.467/2017.

O dispositivo legal vincula os elementos caracterizadores do teletrabalho, como o geográfico em que o teletrabalhador desempenha suas atividades fora do espaço tradicional (físico) do empregador; o tecnológico em que o teletrabalhador desenvolve suas tarefas mediante o emprego de tecnologia da informação e comunicação; e o organizativo em que o empregador deverá estar organizado, em sua estrutura produtiva e de recursos humanos, visualizando o trabalhador remoto como integrante de sua rede de empregados nas ações e estratégias no ambiente laboral, em atenção aos aspectos da medicina do trabalho, capacitações e promoções, etc. (FINCATO, 2018).

Observa-se que com a Medida Provisória n. 927/2020 foi possível a realização do teletrabalho, sem necessidade de aditivo, diante da decretação do estado de calamidade pública, definindo que durante o estado de calamidade pública, o empregador poderá, a seu critério, sem necessidade de mútuo acordo, alterar o regime do trabalho presencial para o teletrabalho, o trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância e determinar o retorno ao regime de trabalho presencial,

independentemente da existência de acordos individuais e coletivos, dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho.

O teletrabalho tem muitas vantagens, mas como toda atividade laboral deve ser realizada com moderação, sendo que o poder diretivo do empregador na condução do teletrabalho muitas vezes é exercido no ambiente da casa do trabalhador (home office), devendo ser realizado com racionalidade e proporcionalidade, pois o excesso pode macular a saúde física e mental do trabalhador.

Atenção que nem todas as atividades em home office se utilizam da tecnologia, que é condição preponderante para caracterização do teletrabalho (LANTYER, 2020). Observa-se ainda que o home office foi adotado por empresas, bem antes da pandemia, como forma de flexibilizar o cumprimento da jornada de trabalho, podendo enquadrar nessa situação o empregado, regido pelas regras da CLT, bem como o autônomo, o profissional liberal e até mesmo o empresário (JOÃO; GAGGINI, 2020).

Importante diferenciar que o teletrabalho é uma modalidade especial de trabalho a distância, com a presença obrigatória da tecnologia da comunicação e informática (TIC), sendo uma prestação de serviços de forma remota, uma espécie de trabalho a distância o teletrabalho.

Com relação a regras da saúde do teletrabalhador o art. 75-E da CLT menciona expressamente que o empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho, com o que com o advento da reforma trabalhista houve a preocupação com a saúde física e mental do teletrabalhador, acrescentando ainda no parágrafo único do mesmo dispositivo legal, que o empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

Com isso questiona-se: em que medida o teletrabalho pode atingir e ter consequências na saúde física e mental do teletrabalhador?

A fim de refletir sobre essa problemática e trazer a dialética necessária em um trabalho acadêmico, passar-se a analisar acerca dos pontos positivos e negativos dessa nova espécie de trabalho a distância advinda com a reforma trabalhista.

Observa-se que com o uso da tecnologia e demais meios de comunicação virtual pode atingir a vida pessoal e profissional do trabalhador, refletindo igualmente esse avanço digital e tecnológico o meio ambiente laboral, que de uma hora para outra foi obrigado a se adequar a essa nova realidade de trabalho remoto.

Assim o teletrabalho imposto ao trabalhador foi uma alternativa jurídica louvável, para continuar a importante e necessária vida profissional, mas que

deve ser executada com moderação, pois o empregado continua tendo direito ao lazer, ao descanso semanal remunerado e de não ser privado da sua vida particular no final de semana.

Mesmo utilizando as TIC (Tecnologia da Informação e da Comunicação), tem o direito à desconexão, o direito de executar a prestação de serviços nas horas pactuadas na contratação, razão pela qual fica o alerta do excesso de reunião, mensagens em WhatsApp e de vídeos chamadas em horário não remunerado, eis que pode haver consequência legal de irregularidade e da retirada do direito ao lazer, igualmente necessário na vida e a saúde mental de qualquer trabalhador.

Diante desse contexto ressalta ainda que “em tempos pós-modernos, de obstinada conexão 24 horas, o direito a se desconectar do mundo do trabalho é visto como um valor a ser tutelado” (DALLEGRAVE NETO, 2014).

Sabe-se das diversas vantagens do teletrabalho na vida laboral do trabalhador, ainda mais em época de crise econômica e de saúde pública, sendo uma oportunidade única na vida do trabalhador poder desenvolver a sua atividade e sua obrigação contratual a distância, mas como já mencionado há pontos positivos e negativos na vida do empregado que tem que ser constantemente objeto de análise e reflexão.

Dentre as vantagens que podem ser exemplificadas são o trânsito (evita-se gastos de transporte, congestionamento, acidentes); maior mobilidade (pode-se trabalhar em casa ou em qualquer outro lugar do mundo, usando a internet); pode-se resolver os assuntos pelo WhatsApp, computador, internet, não precisando comparecer diariamente no local de trabalho; há maior liberdade e autonomia na realização do trabalho; uma maior produtividade; melhora a qualidade de vida, com mais tempo de estudar e aproveitar a família.

Por outro lado pode-se apontar também algumas desvantagens como a questão do isolamento social, diante da falta de convivência com outras pessoas, havendo apenas contato de uma forma geral virtual, mas não presencial, sendo que o teletrabalhador “pode ser tomado por sentimento de isolamento, como se estivesse sozinho no labor e no mundo, sem ninguém para ajudar no cumprimento das tarefas e sem a visão global da empresa” (COSTA, 2020); também como desvantagem aponta-se que o trabalhador pode misturar as atividades domiciliares e profissionais, devendo ter muita disciplina na execução da prestação de serviços e ainda não correr o risco do teletrabalho promover a “autoexploração, situação em que o indivíduo trabalha incessantemente todo o tempo, misturando as atividades domiciliares com as profissionais, mantendo-se alerta 24 horas, em total desrespeito com as necessidades de lazer, convívio familiar e saúde (COSTA, 2020).

Sobre a questão da autoexploração do sujeito do desempenho Byung-Chul Han comenta:

O sujeito de desempenho está livre da instância externa de domínio que o obriga a trabalhar ou que poderia explorá-lo. É senhor e soberano de si mesmo. Assim, não está submisso a ninguém ou está submisso apenas a si mesmo. É nisso que ele se distingue do sujeito da obediência. A queda da instância dominadora não leva à liberdade. Ao contrário, faz com que liberdade e coação coincidam. Assim, o sujeito de desempenho se entrega à liberdade coercitiva ou à livre coerção de maximizar o desempenho. O excesso de trabalho e desempenho agudiza-se numa autoexploração. Essa é mais eficiente que a exploração do outro, pois caminha de mãos dadas com o sentimento de liberdade. O explorador é ao mesmo tempo o explorado. Agressor e vítima não podem mais ser distinguidos. Essa autorreferencialidade gera uma liberdade paradoxal que, em virtude das estruturas coercitivas que lhe são inerentes, se transforma em violência. Os adoecimentos psíquicos da sociedade de desempenho são precisamente as manifestações patológicas dessa liberdade paradoxal (HAN, 2017, p. 29-30).

Fica o alerta que o excesso do teletrabalho do sujeito do desempenho pode atingir a sua vida pessoal, adentrar no campo moral da vida do trabalhador, podendo dar ensejo ao problema da saúde mental e do esgotamento físico que pode ocasionar diante do excesso de atribuições e de não desrespeitar o direito a desconexão.

Importante ainda complementar dentro desse contexto de liberdade na jornada de trabalho o artigo 62, inciso II, da reforma trabalhista Lei n. 13.467/2017, em que descreve de forma expressa a não aplicação aos empregados em regime de teletrabalho da jornada de trabalho, trazendo a questão polêmica da liberdade do horário e que não há incidência do pagamento de horas extras no teletrabalho na letra fria da lei.

Dentro desse contexto reveste necessária mais uma citação de Byung-Chul Han para reflexão da atual sociedade do cansaço em que as "mais recentes evoluções sociais e a mudança de estrutura da atenção aproximam cada vez mais a sociedade humana da vida selvagem", exemplificado na sequência o assédio moral, mencionando que alcança uma desproporção pandêmica. (HAN, 2017, p. 32).

Com isso na sequência passará a refletir sobre o teletrabalho e possível cometimento do assédio moral, o que se chama de teleassédio, razão pela qual se abordará no item abaixo a temática principal e objetivo geral do trabalho sobre o assédio moral virtual.

## 2 O ASSÉDIO MORAL VIRTUAL

O trabalho vem mudando e há necessidade de novas reflexões, diante do mundo virtual que nos impõe em muitos momentos da vida, surgindo desafios, a fim de se adaptar ao novo paradigma da realidade virtual, o que não seria diferente com a temática assédio moral.

A Convenção 190 da OIT (Organização Internacional do Trabalho) acompanhou a evolução dessa temática e enfrentou recentemente esse desafio, sendo que no artigo 1º, letra "a" define a violência e assédio no mundo do trabalho como um conjunto de comportamentos e práticas inaceitáveis, ou de ameaças a tais comportamentos e práticas, seja manifestado uma só vez ou de maneira repetida, que visam, causem ou sejam suscetíveis de causar, um dano físico, psicológico, sexual ou econômico, incluindo a violência e assédio por razão de gênero.

O artigo 2º descreve o âmbito de aplicação da Convenção que é no mundo do trabalho e não apenas na relação de emprego, abrangendo a proteção tanto os empregados e também outros trabalhadores no mundo laboral, aplicando na relação de emprego e de trabalho, em qualquer situação contratual, incluindo os estagiários e aprendizes, os desempregados, os voluntários, as pessoas que buscam um emprego, e os indivíduos que exercem a autoridade, funções e responsabilidade de um empregador, ressaltando ainda que aplicação é em todos os setores, público e privado, tanto da economia formal como informal, nas zonas urbanas e rurais.

E no tocante a aplicação no espaço virtual o artigo 3º da Convenção 190 OIT traz no rol da localidade de forma expressa o espaço virtual, como outros meios de cometimento do assédio.

Antes de adentrar no conceito de assédio moral virtual propriamente dito, é de bom tom colacionar o conceito clássico de assédio moral insculpido pela autora francesa Marie France Hirigoyen, referência mundial da presente temática, em que entende por assédio moral na empresa como toda e qualquer conduta abusiva, que é manifestada por comportamento, palavras, atos, gestos, escritos, que pode trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho (HIRIGOYEN, 2014, p. 65).

Dentro desse contexto conceitual Claiz Gunça e Rodolfo Pamplona Filho definem o assédio moral virtual como um conjunto de ações ou omissões, abusivas e reiteradas que são "praticadas por meios de comunicação escritos, orais e visuais, por intermédio de plataformas eletrônicas, aplicativos de mensagens instantâneas, correio eletrônico ou sistemas informatizados, que violam os direitos fundamentais do trabalhador" (GUNÇA; PAMPLONA FILHO, 2021, n/p).

Observa-se de início que o assédio moral tradicional, assim como o assédio moral virtual, pode ocorrer no mesmo meio ambiente empresarial, eis que a diferenciação principal consiste na sua ocorrência física ou através de meios eletrônicos. Assim o assédio virtual "baseia-se na mesma forma de agressão do assédio presencial, contudo ocorre através das novas ferramentas de trabalho utilizadas cada vez com mais frequência nas empresas" (SARTOR, 2016, n/p).

Ainda atenção para não confundir o gênero assédio moral virtual, com a espécie teleassédio, uma das formas de cometimento do assédio moral de maneira virtual no teletrabalho, eis que nas relações de trabalho pode ser "o causador de uma nova forma de assédio moral, o virtual, ou também do teleassédio – assédio moral em situações de teletrabalho" (SARTOR, 2016, n/p).

Sobre a diferenciação do assédio moral virtual e o teleassédio moral os autores Rodrigo Goldschmidt e Lilian Simone Andreola esclarecem que o assédio moral virtual pode ser observado em dois ambientes distintos de trabalho, sendo um deles o teleassédio moral que: "ocorre, como a própria denominação sugere, no ambiente de teletrabalho, o que significa afirmar, que o teleassédio moral somente poderá se configurar em relações de trabalho em que num dos polos esteja um teletrabalhador" (GOLDSCHMIDT; ANDREOLA, 2015, n/p).

Com isso não há que se falar em assédio moral virtual "se os mecanismos através dos quais a atividade laboral for realizada não forem eletrônicos ou tecnológicos", sendo que essa "parafernália a qual se

tem acesso permite que os trabalhadores e teletrabalhadores mantenham-se informados e tenham participação ativa em todas as atividades, como se estivessem, apesar de remotamente, atuando pessoal e fisicamente no ambiente da empresa", surgindo um novo dicionário virtual nesse cenário laboral, termos como: "fibra ótica, home office, on line, off line, banco de dados, laptop, tablet, smartphone e webconferências, entre tantos outros que poderiam ser aqui mencionados, tornam-se comuns no vocabulário cotidiano dos trabalhadores" (GOLDSCHMIDT; ANDREOLA, 2015, n/p).

Portanto, diante da ascensão do teletrabalho, em especial em virtude da pandemia e da necessidade de se adequar as leis aos fatos concretos, não há dúvidas que o futuro pós Covid-19 reserva grandes debates em torno de direitos e obrigações no trabalho remoto (COSTA, 2020), com o que demonstra com a presente exemplificação a ampliação do conceito e formas de configuração, envolvendo essa nova modalidade virtual de violação da dignidade e da personalidade do trabalhador.

Com isso e conforme já mencionado há duas modalidades distintas de assédio moral virtual, quais sejam, o teleassédio moral e o assédio moral eletrônico, ambos ocorridos em espaço cibernético, podendo-se "tratar o assédio moral virtual como gênero ao qual pertencem as duas espécies, que se distinguem pelo ambiente em que ocorrem, e não pelo modo como são praticadas." Importante ainda registrar que as agressões morais virtuais podem se propagar de diversas maneiras, e por meio de diferentes instrumentos, como redes sociais, e-mails coletivos, dispositivos grupais de mensagens instantâneas, e até mesmo através da realização de vídeo conferências. (GOLDSCHMIDT; ANDREOLA, 2015, n/p)

Segundo Sam Farley o assédio virtual "causa mais estresse mental e diminui a satisfação com o trabalho do que o assédio tradicional. No assédio clássico, a pessoa termina o dia e vai embora. No virtual, o ato vai além do local físico de trabalho, e pode acontecer a qualquer momento" (FARLEY, 2012).

Diante do acesso a ferramentas informatizadas, criadas com o intuito de facilitar e agilizar as atividades laborais, podem-se tornar autor de condutas inadequadas, ou vítimas vulneráveis aos abusos praticados através desses mecanismos de trabalho, sendo exemplo dessas práticas o assédio moral virtual, seja ele o teleassédio moral ou o assédio moral eletrônico, podendo ocorrer de maneira similar em ambos os cenários, pois o que distingue as duas modalidades é o ambiente no qual se concretiza (GOLDSCHMIDT; ANDREOLA, 2015, n/p).

Jobel Amorim das Virgens Filho aponta que o uso nocivo da tecnologia e sistemas como o do caso da "ilha de papel", julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, "impõem a atenção dos operadores do direito

do trabalho para novas formas de assédio moral. O assédio por meios eletrônicos e o teleassédio moral.” (VIRGENS FILHO, 2012).

O caso foi julgado em 2012 pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – Minas Gerais, em Recurso de Revista, tratando de um programa de computador – dispositivo nominado “ilha sem papel”, criado pela empresa de comunicações reclamada, para possibilitar o controle diário da produtividade e cumprimento de metas de cada empregado, por parte do supervisor. No contexto da decisão há a descrição que ao longo do dia, os trabalhadores vão recebendo mensagens na tela de seus computadores, caso as metas estejam sendo cumpridas, recebem elogios; caso contrário, em vez de expressões de louvor, os empregados recebem ofensas, sendo chamados de “perdedores da ilha”, “burros” e “incompetentes”, como aconteceu com a reclamante, por várias vezes, razão pela qual a reclamada foi condenada em decisão unânime pela prática de assédio moral virtual (BRASIL, 2012).

Da fundamentação da decisão consta que a reclamada abusou no exercício do seu poder diretivo, ao cobrar metas de forma vexatória e agressiva, praticando assédio moral, sendo que essa conduta causou sofrimento, humilhação e enfraquecimento da integridade psicológica, não só à reclamante, mas, também, aos demais empregados, eis que o procedimento de cobrança de metas deve ser realizado sempre em harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana e sem ofensa à integridade psicológica do trabalhador, situação bastante diferente da que ficou demonstrada no processo (BRASIL, 2012).

Assim como o caso acima relatado observa-se que o assédio moral, de forma virtual, está relacionado a insultos e difamações feitas através do envio de e-mails, uso da rede de comunicação instantânea e demais formas de comunicação via rede virtual, sendo que essa nova forma de assédio traz riscos à saúde dos trabalhadores, que podem desenvolver doenças laborais oriundas dos abusos psíquicos a que estão expostos (SARTOR, 2016, n/p).

Ainda pode-se arrolar muitas situações “que acontece quando as ofensas se disseminam através das redes sociais, como o facebook ou grupos do whatsapp”, sendo que diferentemente do que ocorre no assédio moral tradicional, que fica restrito ao espaço físico da empresa, “no assédio moral virtual, a vítima continua tendo seu perfil registrado, o que extrapola o horário de trabalho, e sendo visto por dezenas ou centenas de pessoas que sequer fazem parte do seu departamento na empresa, ou mesmo, da organização”, com o que as ofensas e agressões psíquicas podem ficar permanentemente atormentando o trabalhador vítima (GOLDSCHMIDT; ANDREOLA, 2015, n/p).

O assédio moral virtual ocorre “através de e-mail podendo incluir também ameaças, comentários sexuais, rótulos pejorativos, discursos de ódio e inveja,

que tornam a vítima alvo de ridicularização”, cabendo ressaltar que, “assim como acontece no assédio moral tradicional, a prática virtual envolve condutas repetidas e hostis, praticadas deliberadamente por um indivíduo ou grupo com a intenção de prejudicar outro.” (GOLDSCHMIDT; ANDREOLA, 2015, n/p).

Maria Aparecida Alkimin menciona que “o assédio gera grande tensão psicológica, angústia, medo, sentimento de culpa, desarmoniza as emoções e provoca danos à saúde física e mental, constituindo-se em fator de risco à saúde nas empresas” (ALKIMIN, 2007, p. 85).

No tocante ao direito à saúde no meio ambiente laboral, cumpre ressaltar que o artigo 225 da Constituição de 1988 estabelece que todos os brasileiros têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como um bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida saudável, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988), ainda destaca-se que o artigo 200, inciso VIII, arrola a proteção do meio ambiente laboral, ao proclamar que ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei, colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o meio ambiente do trabalho.

Com isso a evolução digital em que o mundo do trabalho está enfrentando, a temática do assédio virtual reveste-se de importância e atualidade, surgindo ainda outras expressões como: cyberbullying, cyberstalking, ficando o alerta sobre o assédio moral que pode ocorrer de forma virtual, ultrapassando as fronteiras nacionais e internacionais, e ainda o espaço físico para macular a vida do trabalhador em qualquer local do mundo.

Importante mencionar o conceito de cyberstalking que pode ser caracterizado com o envio de mensagens eletrônicas, recados, convites insistentes ou ofensas nas redes sociais, podendo em casos extremos, o perseguidor (chamado de stalking) envolver em intimidação explícita da vítima com ameaças e ações violentas, como, por exemplo, ofensa ao patrimônio e até a integridade física (BRANT, 2020, s/p), situações que podem ocorrer em qualquer meio ambiente, inclusive no laboral.

Diante da atualidade da temática cumpre ainda mencionar que em 31 de março de 2021 foi publicada a Lei n. 14.132/2021 que prevê o crime de perseguição, acrescentado o art. 147-A no Código Penal, contendo no novo tipo criminal o seguinte comando legal: Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade. Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa (BRASIL, 2021). Observa-se da transcrição do tipo penal que pode ocorrer por

qualquer meio, podendo assim ser de forma física e também virtual essa perseguição.

Com isso o presente trabalho tem o intuito de analisar a nova modalidade do assédio moral virtual, assim como servir como base de estudo para uma reflexão do uso das ferramentas tecnológicas no mundo do trabalho, razão pela qual irá buscar na sequência pesquisar e resgatar sobre a necessária visão ética e humana face ao digital.

### 3 A REFLEXÃO ÉTICA E HUMANA FACE AO DIGITAL

A problemática do assédio moral, da saúde mental, da violência e do esgotamento físico pode ocasionar no meio ambiente físico e inclusive no ambiente virtual do trabalho, diante do não respeito aos direitos mínimos da dignidade da pessoa humana, sendo possível destruir mentalmente a vida de uma pessoa com palavras presenciais e atos virtuais, denegrindo o lado moral do trabalhador, conforme fora acima analisado.

O assédio moral virtual, tanto na modalidade de teleassédio moral quanto na de assédio moral eletrônico, é uma prática que não se pode negar no cenário contemporâneo, e, por essa razão, representa um desafio para profissionais de áreas distintas, dentre os quais, os operadores do Direito, sendo um fenômeno recente, revestido de uma nova roupagem, a tecnológica, ladeada por ferramentas digitais, eletrônica e de comunicação" (GOLDSCHMIDT; ANDREOLA, 2015, n/p).

Assim a questão jurídica ainda padece de melhora legislativa no ordenamento jurídico brasileiro, não tendo a lei conseguido acompanhar de forma efetiva e satisfatória a modernização do mundo empresarial, não existindo no Brasil legislação específica sobre o tema assédio moral, razão pela qual há muito a fazer para preservar os empregados e trabalhadores e garantir-lhes um ambiente digno e igualitário, sendo que essa luta não é somente de empresas, governos e justiça, mas de todos os envolvidos que devem fazer a sua parte no dia a dia, procurando resgatar essa questão ética sendo "bons colegas de trabalho, bons chefes e bons uns com os outros. Somente assim, conseguiremos garantir um mundo mais justo socialmente, com menos problemas e doenças ocasionadas por atos agressivos e humilhantes" (SARTOR, 2016, n/p).

A descoberta tecnológica surgiu em agrupamentos, em uma visão coletiva e de partilha, interagindo entre si num processo de retornos cada vez maiores, com o que "sejam quais forem as condições que determinam esses agrupamentos, a primeira lição que permanece é que a inovação tecnológica não é uma ocorrência isolada" (CASTELLS, 2005, p. 73) e sim coletiva, de solidariedade e partilha de informações.

Assim o início foi grupal e com partilha de dados, não havendo a exploração econômica e no ambiente de trabalho, e sim a solidariedade na ferramenta tecnológica, não sendo utilizado num primeiro momento como mercancia.

Mas o contexto social e a dinâmica da transformação tecnológica, diante da "ligação de computadores em rede expandiu-se com o uso de programas que viabilizaram numa teia mundial voltada para o usuário. E assim por diante" (CASTELLS, 2005, p. 97-98), como o surgimento da sociedade em rede não pode ser entendido sem a interação entre estas duas tendências relativamente autônomas: "o desenvolvimento de novas tecnologias da informação e a tentativa de antiga sociedade de reaparelhar-se com o uso do poder da tecnologia para servir a tecnologia do poder" (CASTELLS, 2005, p. 98).

Com o avançar do tempo e com o surgimento da sociedade em rede mudou-se o contexto do poder para obtenção de capital econômico com a inovação do capitalismo de vigilância, com o que se observa que se inverteu a lógica da solidariedade e está se utilizando esse meio para expropriar ainda mais o ser humano, inclusive no meio ambiente do trabalho.

Surge o Capitalismo de Vigilância, que é o modelo do capitalismo de informação na web – economia de vigilância, em que desaparece a velha reciprocidade entre empresas e usuários, com o que os excedentes comportamentais são objeto de venda de publicidade, em que os dados dos usuários consistem na matéria extraída e expropriada e em seguida injetada nas usinas de inteligência artificial (ZUBOFF, 2019).

Zuboff entende que o paradoxo está no coração do capitalismo de vigilância, descrevendo como um novo tipo de economia que reinventa pelo prisma de seu próprio poder e de seus meios de mudança comportamental, com o que vem a indagar: "Qual é esse novo poder e como ele está transformando a natureza humana em nome de suas certezas lucrativas?". (ZUBOFF, 2019).

Harari no livro 21 lições para o século 21 aponta algumas reflexões convocando as pessoas "a participar do debate sobre o futuro de nossa espécie." (HARARI, 2018, p. 11), descrevendo na introdução da sua obra que os algoritmos de Big Data poderiam "criar ditaduras digitais nas quais todo o poder se concentra nas mãos de uma minúscula elite enquanto a maior parte das pessoas sofre não em virtude de exploração, mas de algo pior: irrelevância" (HARARI, 2018, p. 15).

Na primeira parte do seu livro Harari aponta sobre o desafio tecnológico, descrevendo sobre a dificuldade para lidar com as mudanças em curso, sobretudo no tocante a nova era da tecnologia e da informação: "A sensação de desorientação e catástrofe

iminente é exacerbada pelo ritmo acelerado da disrupção tecnológica” (HARARI, 2018, p. 24).

O mundo mudou, o capitalismo se reinventou, havendo o impacto no mundo do trabalho. E essa virada de paradigma deve-se a realidade virtual que nos foi imposta, diante da revolução ocorrida com o uso da tecnologia da informação, trazendo reflexões para a vida pessoal, profissional, acadêmica, dentre outros campos de atuação e aplicação.

Observa-se que no “caos entre necessidades econômicas e existenciais, o homem contemporâneo se vê dividido entre as obrigações impostas por suas atividades laborais e o desejo de libertar-se dessas tarefas e, assim, poder usufruir um tempo para si”, mas em que pese todo o avanço tecnológico, como “telefones celulares [...], a internet, entre outros [...] mecanismos que marcam essa busca incessante por mais tempo, [...] paradoxalmente, o homem termina por preencher esse tempo disponível com mais atividades e afazeres” (AQUINO; MARTINS, 2007).

Dentro desse contexto ressalta-se que o direito ao lazer é essencial na vida do trabalhador, ficar conectado o tempo todo pode desencadear doenças físicas e mentais, gerando a fadiga de tela, com o que há a necessidade de um tempo livre e de não trabalho, o “tempo livre surge da liberação de parcelas de tempo do trabalho, quando poderiam ser desenvolvidas atividades relacionadas à sobrevivência física e social do indivíduo” (AQUINO; MARTINS, 2007).

Interpretando o direito social ao lazer conforme os valores mais altos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pode-se perceber que a maneira mais adequada de o efetivar é promovendo o acesso a um lazer que atenda às preocupações constitucionais (LOPES, 2017, p. 81).

Entre os principais objetivos expressos na Constituição de 1988 estão: a construção de uma sociedade justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. E ainda o fim da ordem econômica é assegurar a todos uma existência digna conforme os ditames da justiça social” (LOPES, 2017, p. 80).

As atividades de lazer devem buscar atender interesses físicos, artísticos, manuais, intelectuais, sociais e turísticos, com o que isso significa também a promoção do igual acesso ao lazer, numa igualdade não apenas formal, mas material, buscando corrigir os desequilíbrios, as assimetrias na prática do lazer causadas por fatores econômicos, sociais e raciais” (LOPES, 2017, p. 81).

Nasce a importância de pensar a articulação entre os conceitos de ócio, tempo livre e lazer no contexto atual, devendo principalmente, ao fato de o trabalho – que ocupou o lugar de atividade central na inserção social e constituir fator fundamental da

produção subjetiva ao longo da sociedade moderna – ser questionado como atividade dominante. (AQUINO; MARTINS, 2007, p. 480).

O mundo do trabalho está se transformando, mas em que pese essa mudança real ou virtual, que impactam no futuro do trabalho, há necessidade contínua de respeito à dignidade da pessoa do trabalhador e do uso das ferramentas tecnológicas de forma ética.

Diante desse novo contexto mundial o primeiro item “I”, letra “a”, da Declaração do Centenário da OIT há a seguinte descrição:

La OIT conmemora su centenario en un momento en que el mundo del trabajo se está transformando radicalmente impulsado por las innovaciones tecnológicas, los cambios demográficos, el cambio medioambiental y climático y la globalización, así como en un momento de desigualdades persistentes, que tienen profundas repercusiones en la naturaleza y el futuro del trabajo y en el lugar y la dignidad de las personas que se encuentran en dicho contexto (OIT, 2019).

Fica o alerta final dos desafios ainda que surgirão nessa Era da Revolução da Informação, que tanto mudou a vida do trabalhador e ainda perpassará por diversas transformações em toda a sociedade global, sendo uma verdadeira revolução nos costumes e na forma de socialização, situação a qual a humanidade está se adaptando, conhecendo e surpreendendo a cada dia que passa.

Com o que a análise jurídica se reveste igualmente do desafio e constante reflexão, tanto que no tocante a evolução tecnológica e os desafios da proteção de dados do atual momento em que está passando a sociedade global o autor Yuval Noah Harari, na sua obra 21 lições para o século 21, deixa um desafio para os juristas na seguinte passagem:

“Assim faríamos melhor em invocar juristas, políticos, filósofos e mesmo poetas para que voltem sua atenção para essa charada: como

regular a propriedade de dados? Essa talvez seja a questão política mais importante de nossa era. Se não formos capazes de responder a essa pergunta logo, nosso sistema sociopolítico pode entrar em colapso. As pessoas já estão sentindo a chegada do cataclismo. Talvez seja por isso que cidadãos do mundo inteiro estão perdendo a fé na narrativa liberal, que apenas uma década atrás parecia irresistível. Como, então, avançar a partir daqui, e com lidar com os imensos desafios das revoluções da biotecnologia e da tecnologia da informação? Talvez os mesmos cientistas e empresários responsáveis pelas disrupções do mundo contemporâneo consigam montar alguma solução tecnológica?" (HARARI, 2018, p. 110-111).

O mundo do trabalho está se transformando diante dos avanços tecnológicos, mas em que pese essa mudança virtual através do teletrabalho, por exemplo, que impacta o futuro do trabalho, há necessidade contínua de respeito à dignidade da pessoa humana, seja no trabalho, seja nos diversos contextos profissionais, e não seria diferente no mundo virtual.

Como descrito no início do presente artigo vive-se em um mundo de excesso e não de equilíbrio, razão pela qual esse excesso tem que ser repensado para adentrar na reflexão do abuso de exigências e de cobrança que podem atingir a dignidade do trabalhador, violando a sua vida privada, acabando com sua vida pessoal, diante do excesso que pode ser gerado.

Nunca o equilíbrio foi exigido tanto em momento de pandemia e de excesso de conexão virtual, com o que vem a pregar os ensinamentos de Aristóteles e da Teoria das virtudes éticas como "justo meio entre os extremos", pois assim como muitos são os impulsos e tendências que a razão deve moderar, também são muitas as "virtudes éticas", mas todas têm uma característica essencial que é comum: os impulsos, as paixões e os sentimentos tendem ao excesso ou à falta (ao muito ou ao muito pouco); intervindo, a razão deve impor a "justa medida", que é o "meio caminho" ou "mediana" entre os dois excessos. (REALE; ANTISERI, 1990, p. 204-205).

Com isso o estudo da ética e as reflexões da humanidade face ao digital reveste-se de importância no mundo novo em que se evidencia um novo eu digital, havendo necessidade de reflexão, análise de suas repercussões e consequências em face da sua ocorrência na rede e no mundo do trabalho virtual, pregando assim a necessária visão ciberética, através da aplicação da ética com uma visão humana face ao digital.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A descoberta tecnológica surgiu na visão coletiva e partilha, mas com a evolução do tempo está se utilizando esse meio para expropriar ainda mais o ser humano, inclusive no meio ambiente laboral.

O trabalho vem mudando e há necessidade de novas reflexões, diante do mundo virtual que nos impõe em muitos momentos da vida, surgindo desafios, a fim de se adaptar ao novo paradigma da realidade virtual.

Como resultados da pesquisa realizada até o presente momento observa-se que com o uso da tecnologia e demais meios de comunicação virtual pode atingir a vida pessoal e profissional do trabalhador, que de uma hora para outra foi obrigado a se adequar a essa nova realidade de trabalho remoto, mas fica o alerta que deve ser executada com moderação, pois mesmo utilizando as TIC (Tecnologia da Informação e da Comunicação), o trabalhador tem o direito à desconexão, havendo o direito social constitucional ao trabalho mas também ao lazer, em especial de executar a prestação de serviços nas horas pactuadas na contratação e não ficar à disposição e conectado 24 horas por dia.

Fica o alerta que o excesso do teletrabalho pode atingir a sua vida pessoal, adentrar no campo moral da vida do empregado, podendo dar ensejo ao problema da saúde mental e do esgotamento físico que pode ocasionar diante do excesso de atribuições e de não respeitar o direito a desconexão.

O trabalho ainda trouxe algumas reflexões sobre o teletrabalho e a sua forma de atuação na vida profissional, apontando os pontos positivos e negativos, assim como as eventuais consequências, tais como o assédio moral virtual, na roupagem específica do teleassédio.

O mundo do trabalho está se transformando diante dos avanços tecnológicos, mas em que pese essa mudança virtual através do exemplo abordado do teletrabalho, que impacta o futuro do trabalho, há

necessidade contínua de respeito à dignidade da pessoa humana, seja no ambiente laboral, seja nos diversos contextos profissionais, e não seria diferente no mundo virtual, para que não seja ceifado o seu direito constitucional ao lazer, sobretudo a questão do direito à desconexão, com o uso das ferramentas tecnológicas de forma ética, com a virtude do equilíbrio em todos os momentos da vida pessoal e profissional, seja no formato presencial e virtual.

Nunca o equilíbrio foi exigido tanto em momento de pandemia e pós-pandêmico, razão pela qual o estudo do desdobramento do assédio moral virtual que eventualmente pode incidir no meio ambiente digital, se faz necessário um novo olhar, uma nova reflexão, sem abusos, sem exigências desumanas, humilhantes e discriminatórias, para não incidir na nova figura do assédio moral virtual e do teleassédio, conforme fora apontado no item 2 do presente artigo.

O presente trabalho teve o intuito de servir como um pontapé inicial para uma reflexão do uso das ferramentas tecnológicas no mundo laboral de forma ética, a virtude do equilíbrio deve estar presente em todos os momentos da vida pessoal e profissional, seja no formato presencial e virtual, temática que foi abordada no item 3 do artigo, razão pela qual clama desde já por um mundo livre de violência e de assédio, nos termos da Convenção 190 da OIT.

Assim o artigo ora proposto teve como objetivo iniciar os estudos sobre o assédio moral virtual, em especial sobre o teleassédio, assim como analisar essa nova modalidade de assédio através da rede mundial de computadores, adentrando na problemática das consequências na saúde física e mental do trabalhador, não se olvidando de refletir sobre os impactos da revolução digital e a mudança no mundo do trabalho, assim como trazer ao final uma visão ética e humana face ao digital, buscando ainda promover o necessário equilíbrio na relação de poder promovida pelo meio virtual.

Com isso o estudo do assédio moral virtual reveste-se de importância no mundo novo em que se evidencia um novo eu digital e de ofensas virtuais, havendo necessidade de constante reflexão, análise de suas repercussões e consequências em face da sua ocorrência na rede e no mundo do trabalho virtual, sempre buscando uma visão ciberética, através da utilização da ética nos meios virtuais com uma visão humana face ao digital.

## REFERÊNCIAS

ALKIMIN, Maria Aparecida. Assédio moral na relação de emprego. Curitiba: Juruá, 2007.

AQUINO, Cássio Adriano Braz; MARTINS, José Clerton de Oliveira. Ócio, lazer e tempo livre na sociedade do

consumo e do trabalho. Revista Mal-Estar e Subjetividade. Fortaleza. v. VII, n.º 2, 2007, pp. 479-500.

BRANT, Marcos Henrique Caldeira. Stalking – Perseguição obsessiva. Jus Brasil. Disponível em: <https://amagis.jusbrasil.com.br/noticias/100536991/stalking-perseguido-obsessiva>. Acesso em: 07 Maio 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del5452.htm). Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 927. Brasília, 22 de março de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm). Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. Lei n. 14.132. Brasília, 31 de março de 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14132.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14132.htm). Acesso em: 14 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho – 3ª Região. AIRR 0001260-82.2011.5.03.0143. Disponível em: [http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1\\_0.htm?jsessionid=CABAA0E77E202147F8AEA24B74DACA4A.vm-jb5-prd-b?conversationId=1412446](http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?jsessionid=CABAA0E77E202147F8AEA24B74DACA4A.vm-jb5-prd-b?conversationId=1412446). Decisão publicada em 2012. Acesso em: 15 mar. 2015.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede; tradução Roneide Venancio Majer com colaboração de Klaus Brandini Gerhardt. (A era da informação: economia, sociedade e cultura; v. 1). 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

COSTA, Renata Lázaro Alves da. Aspectos relevante sobre o teletrabalho e sua ascensão. Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho – TRT – PR – 9ª região. Curitiba. Ano IX, n. 90. p. 89-96, julho. 2020. Mensal.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. O teletrabalho: importância, conceito e implicações jurídicas. Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho – TRT – PR – 9ª região. Curitiba, v. 3, n. 33, p. 08-20, set. 2014. Mensal.

FARLEY, Sam. Virtual Cyberbullying. Escola de Negócios da Universidade de Sheffield. Reino Unido: Sheffield, 2012.

FINCATO, Denise. Teletrabalho na Reforma Trabalhista Brasileira. Revista Magister de Direito do Trabalho. Ano XIV - N. 82. Jan-Fev/2018.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo; ANDREOLA, Lilian Simone. O Assédio Moral Virtual no Meio Ambiente de Trabalho: Assédio Moral Eletrônico e Teleassédio. Revista do Tribunal Regional do Trabalho - TRT - 12ª região. Ano 2015. Disponível em: [https://professor-rodrigogold.net/wp-content/uploads/2019/07/artigo\\_Rodrigo\\_Lilian\\_Teleassedio\\_2015\\_revista\\_trt12.pdf](https://professor-rodrigogold.net/wp-content/uploads/2019/07/artigo_Rodrigo_Lilian_Teleassedio_2015_revista_trt12.pdf). Acesso em: 12 dez. 2021.

GUNÇA, Claiz; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Teletrabalho e Assédio Moral Organizacional Virtual. Revista Direito UNIFACS - Debate Virtual. Capa n. 248, 2021.

HAN, Byung-Chul. Sociedade do cansaço. Tradução de Enio Paulo Giachini. 2. ed. ampliada. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

HARARI, Yuval Noah. 21 lições para o século 21. Tradução Paulo Geiger. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

HIRIGOYEN, Marie France. Assédio moral: a violência perversa no cotidiano. Tradução: Maria Helena Kühner, 15. ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.

JOÃO, Paulo Sergio; GAGGINI, Natália Biondi. Home office e teletrabalho: a importância da adequação terminológica. Consultor Jurídico. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jul-10/joao-gaggini-sobrehome-office-teletrabalho>. Acesso em 04 Set. 2020.

LANTYER, Victor Habib. Teletrabalho e home office no contexto do coronavírus (covid-19). Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6155, 8 maio 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/81903>. Acesso em: 26 set. 2020.

LOPES, Ana Carolina Mattoso. O direito social ao lazer em perspectiva crítica: desigualdades e democratização do acesso / Ana Carolina Mattoso Lopes ; orientadora: Thula Rafaela de Oliveira Pires. - 2017. Dissertação (mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2017, 197p.

OIT. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo. 1919-2019 adoptados por 108ª Conferencia Internacional del trabajo. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2019.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. História da Filosofia: Antiguidade e Idade Média. V. I. 5. ed. São Paulo: Paulus, 1990. (Coleção filosofia)

SARTOR, Pollyana Freddo. Assédio moral virtual: um ensaio sobre o posicionamento da legislação brasileira trabalhista diante da evolução das relações de trabalho / Pollyana Freddo Sartor; Orientadora: Dra. Silvia Generali da Costa. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2016.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira. O Teletrabalho, Revista LTr, ano 2010. v. 64, n. 5, p. 583.

SILVA, Paulo Antonio Maia e. O teletrabalho no direito do trabalho brasileiro. Cognitio Juris, João Pessoa, Ano II, Número 6, dezembro 2012. Disponível em: <http://www.cognitiojuris.com/artigos/06/08.html>. Acesso em: 12 dez. 2021.

VIRGENS FILHO, Jobel Amorim das. O Assédio por meios eletrônicos e o tele assédio moral: um novo desafio para os operadores do direito do trabalho. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n.º 3456, 17 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23225>. Acesso em: 13 ago. 2015.

ZUBOFF, Shoshana. Tua Escova de Dentes te Espiona: Um capitalismo de vigilância. Le Monde diplomatique Brasil, n.º 138, 2019. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/um-capitalismo-de-vigilancia/>. Acesso em: 20 out. 2020.

**RECONHECIMENTO DE EFEITOS JURÍDICOS ÀS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS<sup>1</sup>**  
**- A MONOGAMIA COMO VALOR ÉTICO-SOCIAL RELEVANTE -**



**Eduardo Augusto Salomão Cambi<sup>2</sup>**

O trabalho tem como propósito a análise dos efeitos jurídicos devidos às famílias simultâneas. Identificou-se, pelo estado da arte, que não há uma tutela adequada para garantir os direitos das famílias simultâneas. Não existe legislação e há apenas uma corrente jurisprudencial minoritária sobre o assunto. A maioria das decisões judiciais denega direitos a este agrupamento familiar, por meio da aplicação da Tese de Repercussão Geral nº 529, consolidada pelo o Supremo Tribunal Federal no RE 1.045.273/SE, pela qual a preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período temporal, até mesmo para fins previdenciários. A problemática está em averiguar, se a monogamia, na ordem jurídica brasileira, deve ser entendida como um

---

<sup>1</sup> Artigo publicado na REVISTA IBDFAM: FAMÍLIAS E SUCESSÕES n. 57 (mai./jun.) Belo Horizonte, 2023. ISSN 2358-1670 do Instituto Brasileiro de Direitos de Família, e Revista Jurídica UNICURITIBA n. 73 (jan./mar.) Curitiba, 2023.

<sup>2</sup> Pós-Doutor pela Università degli Studi di Pavia. Doutorado e Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná, da Faculdade de Direito do Centro Universitário Assis Gurgacz (FAG) e da Faculdade Pan-Americana (FAPAD). Presidente do Instituto Paranaense de Direito Processual e Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas - Curitiba - Paraná - Brasil. E-mail: eduardo.cambi@tjpr.jus.br Orcid: 0000-0003-4944-1256

valor ético-social relevante, ou como um princípio jurídico estruturante dos Direitos das Famílias. Metodologia: Para tanto, a metodologia aplicada será a dedutiva, lastreada na pesquisa bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial. Utilizar-se-á da exegese de dois casos concretos, julgados pelo Tribunal de Justiça do Paraná, em que se reconheceu efeitos jurídicos para famílias simultâneas. Resultados: Como resultados alcançados, conclui-se que a consagração da proteção indireta de direitos fundamentais sociais mediante a tutela de direitos civis é possível pela adoção do método de interpretação evolutiva do direito instituída pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que pode ser considerado para conferir efeitos jurídicos às famílias simultâneas e, portanto, para permitir a evolução do Direito das Famílias. Contribuições: dentre as contribuições do trabalho, está a necessidade de se conferir reconhecimento jurídico às famílias simultâneas. Trata-se de tarefa hermenêutica que desafia a interpretação da legislação vigente e da jurisprudência majoritária. Outra contribuição são os fundamentos para se compreender a monogamia como um valor social relevante (não como um princípio estruturante do Direito das Famílias). Para tanto, são investigados casos concretos investigados, em que a teoria se encontra com a prática seja para conferir proteção à realidade social por meio do Direito das Famílias, seja para atribuir efeitos patrimoniais à sociedade de fato, com a aplicação do Direito das Obrigações.

**Palavras-chave:** famílias simultâneas; monogamia; direitos humanos; direitos das famílias.

**RECOGNITION OF LEGAL EFFECTS TO SIMULTANEOUS FAMILIES  
MONOGAMY AS A RELEVANT ETHICAL-SOCIAL VALUE –**



**Adriane Garcel<sup>3</sup>**

The purpose of this work is to analyze the legal effects due to simultaneous families. It was identified, by the state of the art, that there is no adequate protection to guarantee the rights of simultaneous families. There is no legislation and there is only a minority jurisprudential current on the subject. Most judicial decisions deny rights to these family grouping, through the application of General Repercussion Thesis nº 529, consolidated by the Federal Supreme Court in RE 1.045.273/SE, by which the pre-existence of marriage or stable union of one of the living together prevents the recognition of a new bond referring to the same time period, even for social security purposes. The problem is to find out if monogamy, in the Brazilian legal order, should be understood as an ethical-social value, or as a legal principle that structures the Rights of Families. Methodology: For this purpose, the methodology used will be deductive, based on bibliographical, doctrinal and jurisprudential research. It will use the exegesis of two concrete cases, judged by the Court of Justice of Paraná, in which legal effects for simultaneous families were recognized. Results: As results achieved, it is concluded that the consecration of indirect protection of the fundamental social

---

<sup>3</sup>Doutoranda em Direito Empresarial e Cidadania no PPGD Unicuritiba. Professora no Curso de Direito do Centro Universitário UNIENSINO. Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

rights through the protection of civil rights is possible by adopting the method of evolutionary interpretation of law established by the Inter-American Court of Human Rights that can be considered to confer legal effects to the simultaneous families and, therefore, to allow the evolution of Family Law. Contributions: Among the contributions of the work is the need to grant legal recognition to simultaneous families. It is a hermeneutic task that challenges the interpretation of current legislation and majority jurisprudence. Another contribution is the fundamentals for understanding monogamy as a relevant social value (not as a structuring principle of Family Law). To this end, concrete cases are investigated, in which theory meets practice, either to provide protection to social reality through Family Law, or to attribute property effects to society in fact, with the application of the Law of Obligations.

**Keywords:** simultaneous families; monogamy; human rights; familie's rights.

## INTRODUÇÃO

Na sociedade pós-moderna, a complexidade das relações familiares vem assentada em um tema desafiador para o Direito das Famílias, isto é, a necessidade de se conferir efeitos jurídicos às famílias simultâneas. Este arranjo familiar, que desafia a interpretação da legislação vigente, não pode ser ignorado e merece reconhecimento jurídico.

Percebe-se que há uma grande resistência da jurisprudência pátria em aplicar o Direitos das Famílias, em situações fáticas que fogem ao padrão social institucionalizado, hierarquizado e matrimonializado. Tradicionalmente, a família nuclear – composta pelos pais e seus filhos, e concebida pelo casamento entre um homem e uma mulher – foi a única entidade familiar considerada juridicamente possível, válida e eficaz.

A introdução tardia do divórcio no Brasil, em 1977, por meio da Emenda Constitucional nº 9, e, mais recentemente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma significativa evolução da concepção de família no Brasil.

A interpretação do texto constitucional foi ampliada pela jurisprudência pátria. Foi admitida a existência de outros modelos familiares, como a união estável, ainda que entre duas pessoas do mesmo sexo, apesar disto não estar positivado de forma explícita na Constituição da República nem na legislação infraconstitucional, desde que se sobressaiam, como elementos constitutivos, a afetividade, estabilidade, ostensibilidade e a vontade de se constituir família.

Os novos arranjos familiares demandam uma interpretação adequada, coerente e evolutiva do direito das famílias, apta a compreender as particularidades que os casos concretos possam demonstrar. Não se está a negar a existência de modelos familiares tradicionais, mas também não se pode escolher o padrão monogâmico como único merecedor da tutela estatal, estando os demais arranjos familiares deixados à margem da lei.

Tratando de famílias simultâneas, se constatadas as condições de afeto, estabilidade e responsabilidade, está-se diante de verdadeira formação social digna de reconhecimento, e, por conseguinte de proteção do Estado.

A partir destes pressupostos, o trabalho propõe a investigar os efeitos jurídicos das famílias simultâneas e, para tanto, adota a metodologia dedutiva, lastreada na pesquisa bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial.

Como hipóteses investigadas, averiguar-se-á, se a monogamia, na ordem jurídica brasileira, deve ser entendida como um valor ético-social relevante ou como um princípio jurídico estruturante dos Direitos das Famílias. Dependendo da resposta, há a possibilidade de se restringir ou ampliar o campo de aplicação do Direito das Famílias. Para tanto, a metodologia utilizada será a

dedutiva, baseada na pesquisa bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial.

O trabalho divide-se em quatro partes, sendo que, em um primeiro momento, averiguar-se-á os efeitos jurídicos das famílias simultâneas, tomando por base dois casos concretos julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Na segunda parte, traz-se a discussão se a monogamia deve ser um princípio jurídico, a orientação dos Tribunais Superiores, bem como o posicionamento crítico e divergente da doutrina e a proposição do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

Na terceira seção, cuida-se da dimensão humanista da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a necessidade de distinção (*distinguishing*) da Tese da Repercussão Geral nº 529 do STF, para os casos concretos de famílias simultâneas versados neste trabalho e que servirão de sucedâneo para a construção de novos precedentes judiciais.

Apresentar-se-á, na quarta (e última) parte, a monogamia como um valor ético-social relevante (não como um princípio estruturante do Direito das Famílias). Além disso, serão examinados os contornos fáticos dos casos concretos investigados nesta pesquisa – comprovação da existência de famílias simultâneas e, como solução alternativa, o reconhecimento da sociedade de fato, como forma de atribuir efeitos jurídicos pelo Direito das Obrigações.

Por fim, como resultados alcançados na pesquisa, apresenta-se a consagração da proteção indireta de direitos fundamentais sociais mediante a proteção de direitos civis (eficácia indireta da Constituição nas relações privadas), inclusive com fundamento no método de interpretação evolutiva do Direito das Famílias, em aproximação com a orientação da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## 1 DOS EFEITOS JURÍDICOS DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS (CIRCUNSTÂNCIAS DE CASOS CONCRETOS) E A HERMENÊUTICA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Neste tópico, além de apresentar dois eventos típicos e caracterizantes de famílias simultâneas, que permearão o desenvolvimento de todo o trabalho, destacar-se-ão alguns fundamentos doutrinários e jurisprudenciais que mostram a necessidade de se reconhecer a existência, a validade e os efeitos jurídicos devidos às famílias simultâneas.

No caso 1<sup>o</sup> – A demandante ajuizou ação de reconhecimento de união estável c/c partilha de bens em face do Espólio de seu convivente. Alegou, em síntese, convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família, em verdadeira

união estável, com o de cujus, durante aproximadamente 07 (sete) anos. Afirmou que o relacionamento teve início em fevereiro de 2008, e que logo após passaram a residir juntos, em imóvel dele, até a data de seu falecimento, em abril de 2015. Informou que foi ela quem providenciou a cerimônia de funeral, e que, posteriormente, pleiteou a conversão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço dele, em pensão por morte, argumentando a existência de provas de que mantinham união estável. Aduziu, ainda, que mora no mesmo imóvel que residiu com o falecido, desde fevereiro de 2008, até a data de seu falecimento. Ocorre que, conforme ficou demonstrado nos autos, o de cujus conviveu com a demandante até meados de 2003, quando se separaram de fato, sem que deixasse de prestar auxílio financeiro a ela. Alguns anos, após a separação de fato, o de cujus iniciou nova união estável, até a data de seu óbito, em abril de 2015. Porém, a demandante, durante esta segunda convivência, casou-se legalmente com ele, em julho de 2013. Em audiência de instrução e julgamento, a autora esclareceu que ela e o de cujus se casaram em 2013; porém, não conviveram maritalmente, pois já se encontravam separados de fato há aproximadamente 15 (quinze) anos. Informou que se casaram apenas para que ela possuísse alguma segurança financeira e pudesse manter a residência, uma vez que não morava mais com ele. Relatou, também, que conhecia a nova companheira do de cujus, e que eles conviveram em união estável a partir de 2009, até a data do óbito dele. Afirmou que, quando o de cujus iniciou relacionamento com a segunda companheira, ela e o falecido já se encontravam separados de fato; contudo, ele nunca deixou de prestar-lhe auxílio financeiro.

No caso 2<sup>o</sup> – A pretensão foi baseada na busca da apelante pelo reconhecimento da união estável havida desde dezembro de 1972 ou, em caráter subsidiário, da existência da sociedade de fato e seus consequentes efeitos patrimoniais, com a finalidade de assegurar que lhe seja direcionado e/ou partilhado os bens adquiridos no período da convivência. Embora a sentença recorrida tenha admitido a existência da união estável da apelante, com início em novembro de 1972, relação afetiva que perdurou até os dias atuais, a circunstância dele ter casado em julho de 1974 com outra mulher, de quem se separou de fato em fevereiro de 1996, impedia o reconhecimento simultâneo da união estável. Restou incontroverso nos autos que, entre julho de 1974 e fevereiro de 1996, o homem manteve relações afetivas simultâneas – de união estável e de casamento – com ambas as mulheres, das quais sobrevieram, além de filhos, deveres e direitos patrimoniais.

Em relação ao caso 1, verificou-se dos autos que o de cujus viveu em união estável por 34 anos com a primeira convivente, com quem teve 3 filhos e de quem se separou em 2004. Em 2009, após já estar vivendo com outra pessoa, casou-se civilmente com a companheira

anterior, embora tenha continuado a residir e a manter relacionamento afetivo com aquela mulher até a data do seu óbito. Os relacionamentos simultâneos eram conhecidos e consentidos tanto pela companheira quanto pela esposa, pois o de cujus sempre manteve financeiramente a primeira mulher, embora continuasse a conviver com a segunda. Importante notar que o falecido promoveu o casamento civil com a primeira companheira, e não como a segunda com quem morava de fato, demonstrando sua intenção em regularizar a relação com a primeira mulher, com quem teve filhos e construiu patrimônio.

Em síntese, ambos os casos dizem respeito a ação de reconhecimento e dissolução de união estável, versam sobre direito à partilha e à moradia, e sobressaem-se em características de simultaneidade familiar, onde a questão central diz respeito ao tratamento que o Direito dá para a monogamia.

Há famílias simultâneas quando se constata a presença de mais de um vínculo marcado com o objetivo de constituição familiar, o que abrangeria, a rigor, uniões estáveis e casamentos ao mesmo tempo (HIRONAKA e TARTUCE, 2005, p. 42).

Nota-se, nas famílias simultâneas, o que se tem são dois ou mais núcleos distintos de conjugalidade (com apenas um integrante comum entre eles), sendo “há muito são conhecidos da realidade brasileira, entretanto, contam com um lastro histórico de invisibilidade jurídica (ou seja, uma negativa peremptória de reconhecimento)”(CALDERON, 2017, p. 342).

Podem ser visualizadas duas hipóteses de famílias simultâneas: i) aquela em que os membros aceitam, tácita ou expressamente, a situação de não exclusividade dos seus relacionamentos, caracterizada por elementos exteriores como a notoriedade, a publicidade, a coabitação intercalada e a existência de filhos com cada uma das partes envolvidas; ii) a situação em que há o desconhecimento sobre a existência da outra entidade familiar: o cônjuge ou o companheiro(a) enganado(a) não sabia nem, tampouco, tinha condições de supor a existência da não exclusividade da constituição de família (hipótese que abrange a união estável ou o casamento putativo).

Por outro lado, o reconhecimento jurídico das famílias simultâneas esbarra no concubinato, que, pelo artigo 1.727 do Código Civil, abrange as “relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar”. Isso porque o artigo 1.521, inc. VI, afirma que não podem casar as pessoas casadas, e o artigo 1.723, § 1º, do Código Civil estabelece que a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do artigo 1.521, salvo se a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

Excluída a possibilidade de enquadrar a simultaneidade de famílias, a solução para a partilha de bens pode ser a aplicação do Direito das Obrigações, por força da Súmula nº 380, aprovada pelo Supremo Tribunal Federal na Sessão Plenária de 03/04/1964 (publicada em 08/05/1964), com a seguinte redação: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum".

Não obstante, Marcos Alves da Silva adverte que, "mesmo com a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, o concubinato enquanto tal não foi reconhecido pela jurisprudência. Um dos julgados apontados entre os precedentes a embasar a Súmula 380 nega reconhecer efeito jurídico ao concubinato. Sustenta que gera efeitos a sociedade de fato e não propriamente a família de fato" (SILVA, 2014, p. 160). A propósito, no Recurso Extraordinário 49.064 MG, assim pronunciou o Ministro Relator, Victor Nunes: "Como bem pondera a recorrida, o Tribunal local, apreciando a prova, concluiu pela existência de uma sociedade de fato. 'Está completamente provada — disse o Ilustre Des. Melo Júnior — a colaboração da concubina na formação do patrimônio' (f. 236). Não é, pois, do concubinato, mas do esforço dos dois companheiros para a formação do patrimônio comum que resulta o direito da recorrida" (STF - Recurso Extraordinário 49.064 MG, Rel. Min, Victor Nunes, DJ. 18/1/1962).

A análise da construção do discurso jurídico sobre o concubinato e seus efeitos jurídicos evidencia o propósito de ocultamento de uma família de fato. Este tema ganha importância à medida que a monogamia tem, também, o potencial de condenar à invisibilidade jurídica famílias que, na realidade, são presentes e reconhecidas no meio social (SILVA, 2014, p. 161).

O fenômeno das famílias simultâneas reclama, pois, uma atenção especial do Poder Judiciário, com um viés mais sensível à dinâmica da sociedade pós-moderna, já que a compreensão das famílias evolui com a complexidade dos fatos sociais, que também possuem força criadora (normativa) de direitos, como emerge da máxima *ex factis jus oritur*.

Caso contrário, o Direito não se comunicaria com a realidade social, porque as injustiças somente podem ser percebidas no domínio da experiência ordinária da vida, que, além de impregnada de consensos, condiciona o agir social e jurídico.

O mundo da vida e a experiência social devem ser percebidos e acolhidos pelo Direito, notadamente pela jurisprudência, que, por ser também fonte de produção jurídica, permite que os fatos relevantes retroalimentem a constante evolução na interpretação e na aplicação do Direito. Com isso, pode-se construir uma hermenêutica jurídica crítica, que consagre o princípio da primazia da realidade, a promoção dos valores éticos e a máxima proteção dos direitos humanos-fundamentais.

Nesse sentido, Eduardo Carlos Bianca Bittar, a partir da leitura de Jürgen Habermas, explica:

A percepção dos sofrimentos, das injustiças, da opressão, da privação, da dor e do compartilhamento destas, por processos de comunicação quotidianos, se dá no domínio da experiência ordinária da vida, ou seja, no mundo da vida (*Lebenswelt*). É dentro dele, portanto, que se deve perceber e acolher a definição de Direito. O mundo da vida resume a complexidade de fatores que condicionam o agir social. O mundo da vida está impregnado de consensos da experiência de vida. O mundo da vida cria as condições para o diálogo e o consenso, para o encontro das vontades e para a deliberação político-jurídica na dimensão da esfera pública. Isto porque os indivíduos "... compartilham do chamado mundo da vida, onde possuem uma tradição cultural comum e crescem internalizando valores, expectativas e identidades em comum" (2013).

Nessa linha argumentativa, o Ministro Luiz Edson Fachin, ao tratar do aniversário de 20 anos do Código Civil, dá ênfase à heterogeneidade social, à força criativa dos fatos e ao pluralismo jurídico, para uma valorização dos princípios constitucionais, método interpretativo que denomina de "Virada de Copérnico":

O Código de 1916 é produto do século XIX, ainda que tenha entrado em vigor na segunda década do século XX. Já o Código de 2002, embora sancionado nos primeiros anos do século XXI, reflete o pensamento jurídico cristalizado na década de 1973.

Rememoramos o mestre Orlando Gomes, que sublinhou que a primeira etapa da travessia se cumpriu na incorporação de ideias de aspirações da camada mais ilustrada da população, em verdadeiro descompasso

entre o Direito escrito e a realidade social.

Nada mais justo, portanto, que intentar, para a segunda travessia, que o percurso seja mais democrático, fulcrado nos princípios constitucionais, com especial ênfase para a dignidade da pessoa humana.

A abertura semântica vivenciada no meio jurídico brasileiro, a partir da década de 1970, deu ênfase à heterogeneidade social, à força criativa dos fatos e ao pluralismo jurídico, cuja síntese normativa somente se tornou possível por meio da reestruturação dos princípios.

Emerge da crescente valorização dos princípios constitucionais o farol que guia a hermenêutica do direito privado, nesta reviravolta que pôde ser alcunhada de *Virada de Copérnico*.

Esta Virada tem sido objeto de constantes debates no Supremo Tribunal Federal. Apenas para lembrar os desafios que essa mudança de percepção trouxe à jurisdição constitucional: ADPF 132 e ADI 4.277, que assentaram o reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar; a ADI 4.275, que reconhece a identidade de gênero como livre expressão da personalidade e a possibilidade de alteração do registro civil independentemente de realização de cirurgia de transgenitalização; a ADPF 828-MC, que determinou a suspensão das ordens de despejo durante a pandemia; o RE 1.010.606, que declarou a inexistência no direito brasileiro do chamado direito ao esquecimento, ainda que, em abstrato, a discussão não tenha se encerrado; o RE

898060, que fixou tese no sentido de que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios; o RE 878694, que reconheceu a inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002; o RE 1038507, que declarou a impenhorabilidade da pequena propriedade rural familiar constituída de mais de um terreno, desde que contínuos e com área total inferior a quatro módulos fiscais. (...).

Os dias correntes, como sabemos, se põem numa plataforma complexa, volátil, incerta e ambígua, e, por isso, mesmo registrar e celebrar as duas décadas do novo Código é evento que relembra memorabilia e descortina compromissos com o futuro.

Nas décadas vindouras, o Código Civil, iluminado pelos princípios constitucionais, continuará a singrar desafios, na viagem do redescobrimto, em jornada que é permanente e se volta para o horizonte teórico e dele parte, para ampliação de confins (2022).

Com efeito, no contexto do Direito Civil Constitucional, os princípios e as regras do Código Civil de 2002 devem ser interpretados e aplicados em conformidade com os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil.

A família, como realidade sociológica, precisa ser compreendida pelo Direito a partir da abertura semântica do artigo 226 da Constituição Federal, para que seja superado o modelo patriarcal, hierarquizado, matrimonializado, tradicional e transpessoal, e, desta forma, possibilitar a aplicação dos novos valores que inspiram a sociedade contemporânea, fundada no afeto, na ética, na equidade, na democracia, no pluralismo, na confiança e na solidariedade recíproca entre os seus membros, na busca permanente da felicidade, na autorrealização individual e na proteção da dignidade de todos e de cada um dos integrantes das famílias (FARIAS, BRAGA NETO, ROSENVALD, 2023, p. 1181-1182).

Dessa forma, a hermenêutica jurídica, baseada na teoria crítica do direito, por meio da jurisdição constitucional, possibilita que as regras contidas nos artigos 1.521, inc. VI, e 1.724 do Código Civil sejam interpretadas em conformidade com os valores e normas da Constituição da República Federativa do Brasil. Isso porque a família é, antes que uma formulação jurídica, uma manifestação sociológica e cultural.

A família, enquanto expressão social e cultural, é captada e regulamentada pelo Direito, sem prejuízo de outras ciências, como a sociologia, a antropologia e a psicologia, que também auxiliam na definição epistêmica dos agrupamentos familiares. Aliás, como explica o Ministro Eros Roberto Grau, a "leitura jurídica retrata apenas um recorte específico desta realidade de Direito, em dado momento e local, para procurar atender à sua finalidade" (2009, 147-148).

## **2 MONOGAMIA COMO PRINCÍPIO JURÍDICO – ORIENTAÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E O POSICIONAMENTO CRÍTICO E DIVERGENTE DA DOUTRINA E DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA – IBDFAM**

O que leva o Superior Tribunal de Justiça Federal e o Supremo Tribunal Federal a impedir o reconhecimento da entidade familiar simultânea é o fato de o ordenamento jurídico brasileiro não admitir, formalmente, as famílias simultâneas. Isso se deve à aplicação da monogamia, como um princípio jurídico, que se traduz em um requisito explícito do casamento (artigo 1.521, inc. VI, do Código Civil) e implícito da união estável, que decorre do dever de lealdade (artigo 1.724 do Código Civil).

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça equipara a lealdade à monogamia pela ideia da fidelidade:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO

CONCOMITANTE. DEVER DE FIDELIDADE. INTENÇÃO DE

CONSTITUIR FAMÍLIA. AUSÊNCIA. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1º e 2º da Lei 9.278/96.

1. Ação de reconhecimento de união estável, ajuizada em 20.03.2009.

Recurso especial concluso ao Gabinete em 25.04.2012.

2. Discussão relativa ao reconhecimento de união estável quando não observado o dever de fidelidade pelo de cujus, que mantinha outro relacionamento estável com terceira.

3. Embora não seja expressamente referida na legislação pertinente, como requisito para configuração da união estável, a fidelidade está ínsita ao próprio dever de respeito e lealdade entre os companheiros.

4. A análise dos requisitos para configuração da união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a affectio societatis familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, e também a fidelidade.

5. Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade - que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo - para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade.

6. Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem

assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade.

7. Na hipótese, a recorrente não logrou êxito em demonstrar, nos termos da legislação vigente, a existência da união estável com o recorrido, podendo, no entanto, pleitear, em processo próprio, o reconhecimento de uma eventual uma sociedade de fato entre eles. (REsp n. 1.348.458/MG, relatora Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 8/5/2014, DJe de 25/6/2014) – Grifei.

Em abono a essa tese, é possível mencionar, ainda, os artigos 1.723, § 1º, e 1.727 do Código Civil, in verbis:

Art. 1.723, §1º. A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 1.045.273/SE, fixou a Tese de Repercussão Geral 529, interpretando a constitucionalidade do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, nos seguintes termos:

A pré-existência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do § 1º do artigo 1723, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Em que pese, as interpretações acima delineadas, vem crescendo um posicionamento doutrinário que procura salvaguardar os efeitos jurídicos gerados a partir da constituição das famílias simultâneas.

Tal entendimento foi encampado do Enunciado Doutrinário nº 04 do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), com a seguinte redação: "A

constituição de entidade familiar paralela pode gerar efeito jurídico".

Nesse contexto, é preciso melhor esclarecer os conceitos e trazer a interpretação evolutiva do direito estabelecida pela Convenção Americana de Direitos Humanos e recomendada pelo Supremo Tribunal Federal.

Famílias simultâneas dizem respeito à circunstância de uma pessoa que, ao mesmo tempo, se coloca como membro de duas ou mais entidades familiares entre si. Trata-se de um núcleo de coexistencialidade fundada na estabilidade, ostensibilidade, continuidade e publicidade. Isso significa que não é toda e qualquer situação fática que se enquadra no conceito de famílias simultâneas. Logo, relacionamentos clandestinos não devem ser considerados como família simultânea. Também não caracteriza a simultaneidade familiar as relações casuais, livres, descomprometidas, sem comunhão de vida, atentatórias à dignidade, caracterizantes da bigamia e desonestas, desprovidas de boa-fé.

A partir de tais distinções, é possível perceber a relevância jurídica que a afetividade deve assumir para a consideração dessas novas entidades familiares.

Na sociedade pós-moderna, a afetividade passou a ser considerada, para a caracterização da família, em detrimento de outros critérios econômicos e religiosos. "O critério afetivo que figurava como coadjuvante no período da família clássica foi alçado à protagonista na família contemporânea, tanto para as suas relações de conjugalidade, como para as suas relações de parentalidade" (CALDERON, 2017, p. 159).

É incontroverso que há agrupamentos familiares que não se amoldam rigidamente às estruturas formais legisladas, como o casamento e a união estável. Ainda assim, tais situações jurídicas são merecedoras de alguma proteção jurídica, mesmo que de forma pontual, mediante a análise das peculiaridades do caso concreto.

A propósito, não se está a cancelar qualquer tipo de relacionamento privado de boa-fé. O que está em discussão são os direitos personalíssimos que devem ser aplicados a todos os indivíduos indistintamente.

A evolução jurídica do conceito de família passa pela superação do modelo tradicional, fundado no patriarcado, institucionalizado, matrimonializado, hierarquizado, em que a legitimidade dos filhos era associada ao matrimônio, e o homem visto como provedor econômico (e, pois, como "cabeça do casal"), não tendo como primazia à satisfação dos interesses coexistenciais de cada um de seus membros.

Aliás, Luiz Edson Fachin já observava, na virada do século XXI ser:

(...) inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais (1999, p. 11).

Sob a vigência do Código Civil de 1916 tão-somente admitia-se a formação de família pelo casamento, constituindo o Direito de Família, de acordo com o Clóvis Bevilacqua um sistema de "normas e princípios que regulavam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela, curatela e da ausência". Sendo a família conceituada como "conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segunda as várias legislações. Outras vezes, porém designam-se por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie (BEVILAQUA, 1976, p. 17).

A partir da Constituição Federal de 1988, o conceito de família ganhou um caráter plural, centrado na afetividade e na solidariedade, "sendo o locus para a realização pessoal dos sujeitos". Supriu-se o pátrio poder pelo poder familiar, a ideia do homem como "cabeça do casal" para a isonomia entre os cônjuges/companheiros, e da parentalidade responsável, permitindo uma divisão mais colaborativa e solidária do trabalho doméstico, bem como da promoção da ética do cuidado compartilhado com os filhos, notadamente após o término da conjugalidade. (MIGUEZ, 2023).

Com o reconhecimento jurídico do afeto, como componente da família moderna, conferiu-se maior liberdade, igualdade e autonomia, para admitir a heterogeneidade social, o pluralismo jurídico e a força normativa dos fatos. Esta Virada de Copérnico possibilitou a construção do Direito Civil Constitucional e, nessa linha de argumentação, o reconhecimento jurídico de novos arranjos familiares – compostos pela união estável, por casais homossexuais, ou apenas por um dos pais e filhos – tutelando de tal modo às pessoas que compõe as famílias com o propósito de satisfazer as suas necessidades individuais (família eudemonista).

O afeto passou a ser reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro como um elemento essencial para a formação da entidade familiar.

Recebeu a posição de valor jurídico e, conseqüentemente, foi elevado à categoria de princípio.

Conforme Sergio Resende de Barros, o afeto é a demonstração mais humana que existe em cada família, e não um simples laço de sangue que envolve os seus membros (2017, p. 48).

Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a família é um "conjunto de normas-princípios e normas-regras jurídicas que regulam as relações decorrentes do vínculo afetivo, mesmo sem casamento, tendentes à personalidade humana, através de efeitos pessoais, patrimoniais e assistenciais (FARIAS, ROSENVALD, 2017).

Dessa forma, o Direito das Famílias regulamenta efeitos pessoais (como os vínculos por afinidade), patrimoniais (como regime de bens) e sociais múltiplos (como os assistenciais).

O Direito Civil não se encerra com a produção legislativa, pois, devido a sua vagueza semântica, é indispensável que tanto a jurisprudência quanto a literatura são importantes para a constante atribuição de significados que compõem os significantes.

Nesse sentido, nas palavras do Ministro Luiz Edson Fachin, "deve abandonar o conforto da armadura jurídica, atravessar o jardim dos conceitos e alcançar a praça da vida material, que publiciza dramas e interrogações, abalroando a cronologia ideológica do sistema" (FACHIN, 2015), dando uma solução que, conquanto ainda não escrita, é a mais adequada à axiologia constitucional: reconhecer as duas ou mais famílias como tais, ainda que constituídas simultaneamente.

Não se olvida que a tutela jurídica deve ser extraída da tensão produtiva entre o mundo empírico (do ser) e o normativo (do dever ser). Há, pois, diversos potenciais emancipatórios que devem ser reconhecidos juridicamente, por meio da aplicação da hermenêutica jurídica crítica.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, fez uma interpretação extensiva – ou não-reducionista – do conceito de união estável, para reconhecer como entidade familiar as uniões homoafetivas, apesar do texto literal da Constituição tratar tais entidades familiares como uniões "entre o homem e a mulher". Conclui, destarte, haver um *numerus abertus* de entidades familiares, no julgamento da ADI 4277:

(...) A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída

entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural (ADI 4277, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219-01 PP-00212).

Dessa forma, a partir da aplicação do princípio da afetividade, o conceito de família torna-se uma realidade plural e vai além do rol taxativo do artigo 226 da Constituição.

Consequentemente, o modelo democrático e funcionalizado de família pressupõe a existência de uma diversidade de estruturas familiares. Dessa forma, a releitura das relações jurídicas existenciais é impulsionada pelos novos contornos dados ao Direito Civil que passa a ser interpretado sistematicamente com a Constituição Federal.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 rompeu com o modelo institucionalizado da família nuclear, tendo adotado a concepção funcional, pluralista, democrática e eudemonista, caracterizada pelo afeto recíproco, a consideração e o respeito mútuo, estando voltada à plena realização de seus membros.

Tal conclusão pode ser extraída tanto do Preâmbulo da Constituição da República Federativa do

Brasil quanto do artigo 226, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal.

A noção de sociedade pluralista está expressa no Preâmbulo da Constituição, in verbis:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

A existência das famílias simultâneas, na sociedade pluralista da contemporaneidade, é perceptível, por meio do reconhecimento da monogamia como valor social relevante e norma de conduta, não como princípio jurídico estruturante do Direito das Famílias. Afirmar a natureza da monogamia, como sendo de valor sócio-cultural, possibilita a interpretação extensiva e agregadora aos arranjos familiares complexos que observam o princípio da boa-fé em sentido objetivo.

### **3 DIMENSÃO HUMANISTA DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A NECESSIDADE DE DISTINÇÃO (DISTINGUISHING) DA TESE DA REPERCUSSÃO GERAL Nº 529 PARA CASOS CONCRETOS DE SIMULTANEIDADE FAMILIAR.**

De acordo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), que precisa ser levada em consideração – aliás, não apenas como um argumento retórico, mas efetivamente como mecanismo de persuasão – pelos juízes latino-americanos, a dinâmica da vida não pode ser compreendida restritivamente.

O direito humano à vida abrange uma dimensão positiva que atribui aos Estados medidas adequadas para tutelar o direito à vida digna.

É dever jurídico dos Estados-Partes da Organização dos Estados Americanos conferir aplicação progressiva aos direitos sociais, conforme se

depreende do artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, in verbis:

#### Artigo 26. Desenvolvimento progressivo

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

É devida a proteção indireta de direitos sociais mediante a tutela de direitos civis, pela adoção do método de interpretação evolutiva do direito à vida digna.

A propósito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Associação Nacional de Desempregados e Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB-SUNAT) vs. Peru. (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 21-11-2019), considera que os direitos à seguridade social e a uma vida digna estão interligados, situação que se acentua no caso dos idosos.

A Corte IDH indicou que a ausência de recursos econômicos, causada pelo não pagamento das pensões de aposentadoria, gera diretamente no idoso um comprometimento de sua dignidade. Isto porque, nesta fase da vida, a pensão constitui a principal fonte de recursos econômicos que os idosos recebem para suprirem suas necessidades primárias e elementares como ser humano.

Desse modo, a afetação do direito à seguridade social pela falta de pagamento dos referidos reembolsos causa angústia, insegurança e incerteza quanto ao futuro de um idoso devido à eventual falta de recursos econômicos para a sua subsistência, uma vez que a privação de uma renda acarreta, intrinsecamente, restrições ao avanço e desenvolvimento da qualidade de vida e da integridade pessoal.

A Corte IDH concluiu que o direito à vida digna é fundamental na Convenção Americana, pois sua salvaguarda depende da realização de outros direitos

humanos. Afinal, quando não se protege adequadamente o direito humano à vida digna, todos os outros direitos desaparecem.

Não obstante a Tese de Repercussão geral nº 529, produto de julgamento de recursos extraordinários repetitivos, tenha caráter vinculante (art. 927, inc. III, do Código de Processo Civil), é possível que, excepcionalmente, o juiz ou o tribunal afaste o precedente obrigatório mediante a técnica conhecida como distinção ou *distinguishing*.

A não aplicação de precedentes vinculantes gera para os órgãos judiciais o ônus argumentativo de explicitarem, de maneira clara e precisa, a situação material relevante e diversa da fixada pelos Tribunais Superiores, com potencial para afastar a tese jurídica (*ratio decidendi*). Nesse sentido, prevê o artigo 14, caput, da Recomendação nº 134/2022 do Conselho Nacional de Justiça, in verbis:

Poderá o juiz ou tribunal, excepcionalmente, identificada distinção material relevante e indiscutível, afastar precedente de natureza obrigatória ou somente persuasiva, mediante técnica conhecida como distinção ou *distinguishing*.

A contrário sensu, também estabelece a regra do artigo 489, § 1º, inc. VI, do Código de Processo Civil que não se considera fundamentada a decisão que deixa de aplicar precedente sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento.

Conforme asseverado, a interpretação restritiva do artigo 226 da Constituição Federal não representa os anseios da democracia plena e da cidadania inclusiva, já que famílias coexistentes são entidades familiares voltadas à realização existencial de seus membros e, quando baseada na boa-fé objetiva, ingressam no cenário jurídico por meio da porosidade principiológica do sistema, produzem efeitos no mundo exterior e merecem a proteção do Estado.

O Poder Judiciário não pode desprezar o reconhecimento jurídico dos arranjos familiares inerentes à sociedade pluralista, devendo estar atento às peculiaridades das relações de famílias a fim de proteger os interesses legítimos de seus membros.

Nos casos utilizados para estabelecer o *distinguishing* com a Tese de Repercussão Geral nº 529, percebe-se a existência de famílias simultâneas. Veja-se, por exemplo, no caso nº 2 (supra descrito), que a relação, embora não monogâmica - considerando que o de cujus vivia com duas mulheres e suas respectivas famílias - era harmônica entre todos os seus componentes, que consentiam tacitamente com o papel social de cada um. Apesar disso, ao menos na sentença que foi objeto de apelação, impediu-se o

reconhecimento da união estável entre os de cujus e suas duas mulheres, uma vez que o artigo 1.723 do Código Civil e a jurisprudência majoritária não admite a união estável paralela ao casamento.

A Tese de Repercussão Geral nº 529, fixada pelo Superior Tribunal Federal, repita-se, estabelece o seguinte: "A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, parágrafo 1º do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro"

Ocorre que o caso que serviu de sucedâneo para a fixação da tese da repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal, cuidou de duas uniões concomitantes, em que as famílias não tinham conhecimento uma da outra. A situação fática, contemplada na Tese nº 529, versava, de um lado, sobre o companheiro do de cujus com o qual manteve a relação homoafetiva por doze anos e, de outro lado, a mulher que tinha com o falecido outro filho. Porém, não havia conhecimento destas realidades paralelas pela parte enganada.

Ao contrário, nos casos 1 e 2 (acima mencionados), julgados pelo Tribunal de Justiça do Paraná, as hipóteses jurídicas são diferentes, pois as relações familiares simultâneas foram públicas, consentidas, combinadas e vivenciadas pelos seus membros.

Nota-se que o artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos afirma que os Estados-partes se comprometem a adotar, tanto no âmbito interno quanto no internacional, as providências necessárias para conseguir o desenvolvimento progressivo e a plena efetividade dos direitos constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, inclusive para prevenir a violação do direito à vida, em uma visão positiva e ampliada, o direito à vida digna.

A Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece a proteção efetiva dos direitos humanos, não se podendo restringir a aplicação do artigo 26 da CADH, tão somente, aos direitos sociais.

Nesse sentido, Flávia Piovesan afirma que "à luz de uma interpretação dinâmica e evolutiva, compreendendo a Convenção Americana como um living instrument", explica que, no caso Vil Villagran Morales contra a Guatemala, a Corte firmou entendimento de que o direito à vida não pode ser concebido restritivamente, introduzindo a visão de que o direito à vida compreende não apenas uma dimensão negativa – o direito a não ser privado da vida arbitrariamente –, mas também positiva, que demanda dos Estados medidas positivas apropriadas para proteger o direito à vida digna – o "direito a criar e desenvolver um projeto de vida" (PIOVESAN, p. 147). Esta interpretação lançou um importante horizonte para

proteção dos direitos sociais, mas também de outros direitos humanos.

Em relação ao direito à vida digna, no mencionado Caso Associação Nacional de Desempregados e Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB-SUNAT) vs. Peru. (Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 21-11-2019), sobre a ausência de pagamentos de pensões que afetou a qualidade de vida dos idosos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu:

185. A Corte considera que neste caso os direitos à seguridade social e a uma vida digna estão interligados, situação que se acentua no caso dos idosos. A Corte indicou que a ausência de recursos econômicos causada pelo não pagamento das pensões de aposentadoria gera diretamente no idoso um comprometimento de sua dignidade, porque nesta fase de sua vida a pensão constitui a principal fonte de recursos econômicos para resolver suas necessidades primárias e elementares como ser humano. Deste modo, a afetação do direito à seguridade social pela falta de pagamento dos referidos reembolsos implica angústia, insegurança e incerteza quanto ao futuro de um idoso devido à eventual falta de recursos econômicos para a sua subsistência, uma vez que a privação de uma renda acarreta intrinsecamente privações no avanço e desenvolvimento de sua qualidade de vida e de sua integridade pessoal. 186 A Corte lembra que o direito à vida é fundamental na Convenção Americana, pois sua salvaguarda depende da realização dos demais direitos. Ao não respeitar este direito, todos os outros direitos desaparecem, uma vez que o seu titular está extinto – Grifei.

Ressalta-se que o artigo 1º, inc. II, Recomendação nº 123/2022 do Conselho Nacional de Justiça aconselha, aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro, a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, na ADPF 635-MC/RJ, conforme consta do voto do Min. Edson Fachin, asseverou o caráter vinculante e obrigatório das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

(...) a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujas decisões são vinculantes para o Estado brasileiro, nos termos do artigo 68.1 do Pacto de São José da Costa Rica, ratificado em 25.09.1992 e promulgado pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992 (...).

Aliás, os artigos 62.1 e 68.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos preveem:

#### Artigo 62

1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. (...).

#### Artigo 68

1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes. (...).

Portanto, na interpretação extensiva e não-reducionista da concepção sócio-cultural de família na Constituição Federal, reforçada pela leitura dinâmica ("living instrument") inerente à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que deve ser ampliada à proteção de todos os direitos e garantias fundamentais - inclusive com fundamento na jurisprudência tanto do Supremo Tribunal Federal

quanto da Corte Interamericana de Direitos Humanos - não se pode deixar de concluir pela existência de um potencial hermenêutico emancipatório no reconhecimento jurídico, pelo Estado brasileiro, da coexistência de famílias simultâneas. Tal reconhecimento jurídico é devido, quando demonstrado que as relações afetivas integram o projeto de vida digno não monogâmico de três ou mais pessoas que, dentro de padrões éticos por eles estabelecidos, permitem a convivência harmônica entre mais de um núcleo familiar.

Tal conclusão também pode ser partilhada, no âmbito doutrinário, com a percepção de Maria Berenice Dias, ao afirmar que, considerando o caráter afetivo das relações familiares, não se pode negligenciar efeitos jurídicos a uma realidade fática afetiva, envolvendo pessoas humanas (DIAS, 2005, p. 66).

#### **4 MONOGAMIA COMO UM VALOR ÉTICO-SOCIAL RELEVANTE (NÃO COMO UM PRINCÍPIO JURÍDICO ESTRUTURANTE DO DIREITO DAS FAMÍLIAS)**

Em ambos os casos mencionados neste trabalho, que exemplificam arranjos de famílias simultâneas, a questão central a ser enfrentada é se a monogamia na ordem jurídica brasileira deve ser um princípio estruturante do Direito das Famílias, imposto pelo regramento constitucional e civil, ou se é um valor ético e social relevante, embora sem caráter jurídico vinculante.

Em outras palavras, caso se entenda ser a monogamia um princípio estrutural do Direito das Famílias, ela possuiria uma normativa condicional, de dever-ser, e se situaria no plano deontológico. Por outro lado, se a monogamia for compreendida como um valor ético/social, ela não imporá um dever-ser, colocando-se no plano axiológico. Como um valor ético/social relevante, a monogamia tem-se a possibilidade de ser relativizada a partir das circunstâncias fáticas do caso concreto.

Para Rodrigo da Cunha Pereira, ao se referir a família simultânea, quanto ao alcance da monogamia:

(...) embora funcione também como um ponto-chave das conexões morais das relações amorosas e conjugais, não pode ser visto como uma norma moral ou moralizante. Sua existência, nos ordenamentos jurídicos que o adotam, tem a função de um princípio jurídico organizador. Quando falamos em monogamia estamos nos referindo a um modo de organização da família

conjugal. O seu negativo, ou o avesso desse princípio, não significa necessariamente o horror de toda organização social, ou seja, a promiscuidade. Traição e infidelidade não significam necessariamente a quebra do sistema monogâmico. A caracterização do rompimento do princípio da monogamia não está nas relações extraconjugais, mas na relação extraconjugual em que se estabelece uma família simultânea àquela já existente, seja em relação ao casamento, união estável ou a qualquer outro tipo de família conjugal (2022, p. 1333).

A atribuição de efeitos jurídicos às famílias simultâneas deve, pois, partir da natureza jurídica da monogamia.

De qualquer forma, na dimensão da interpretação evolutiva e não-reducionista do conceito jurídico de família, aliada a máxima proteção dos direitos humanos, a monogamia deve ser encarada pelo Direito como um valor ético/social, não um princípio estruturante do Direito das Famílias.

Portanto, é necessário valer-se desta hermenêutica crítica, para a solução de casos concretos em que a existência das famílias simultâneas está demonstrada, até para a tutela indireta de direitos sociais pela aplicação do Direito Civil Constitucional.

Por todo o exposto, há duas possibilidades: de um lado, entender que a monogamia não é um princípio jurídico; de outro lado, que a monogamia é apenas um valor ético/social que se aplica às relações familiares.

Nesta última hipótese, é preciso discordar do posicionamento dos Tribunais Superiores e fazer o distinguishing da Tese de Repercussão Geral nº 529. Isto porque, como afirmado, a situação fática julgada pelo STF diverge dos casos exemplificados no curso deste artigo, que foram objeto de julgamento pelo Tribunal de Justiça do Paraná.

Afinal, na hipótese de famílias paralelas examinada pelo STF, na referida Repercussão Geral, seus integrantes desconheciam a existência uns dos outros, diferentemente dos casos aqui mencionados em que a convivência era simultânea, pública e compartilhada, bem como consentida tacitamente por ambas as mulheres.

## 5 OS CONTORNOS FÁTICOS DE CASOS CONCRETOS – COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS E UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO ALTERNATIVA: RECONHECIMENTO DA SOCIEDADE DE FATO

Nos casos concretos, analisados no item 1 (supra), as provas constantes dos autos não deixam dúvidas sobre a existência de pluralidade familiar.

No caso 1, tanto por documentos, quanto por depoimentos, a primeira companheira do de cujus manteve união estável com ele, desde o início de 1970, até meados de 2004, quando se separaram de fato, sem, contudo, deixar o falecido de prestar auxílio financeiro a ela até o último dia da sua vida.

Foram atendidos os requisitos para o reconhecimento jurídico da entidade familiar, já que presentes o objetivo de constituição de família; a durabilidade; a publicidade e a continuidade das relações afetivas simultâneas de união estável e casamento.

Do mesmo modo, no caso 2, a primeira convivente foi mantida o tempo pelo companheiro por décadas. Lavava, passava, cozinhava, cuidava dos filhos e, inclusive os da mulher casada, bem como trabalhava, regularmente, em uma das empresas do companheiro, onde era reconhecida, pelos funcionários, não apenas como “gerente” do negócio, mas também como sua legítima proprietária.

Não obstante estarem presentes os elementos configuradores de entidades familiares simultâneas, ad argumentandum tantum, não prevalecendo a tese da aplicação do Direito das Famílias, pela configuração da monogamia como um valor ético/social, não como um princípio estruturante, há de se buscar uma solução alternativa, para evitar a consagração de injustiças.

Afinal, note-se, especialmente no caso 2, que o não reconhecimento da partilha dos bens construídos com o esforço comum (direto) da companheira, implicaria na consagração de enriquecimento sem causa, com manifesta violação da regra contida no artigo 884 do Código Civil. Isso porque a primeira convivente, no julgamento do caso pelo Tribunal de Justiça, tinha 75 anos, demonstrou ter trabalhado na empresa no período em que houve a compra dos imóveis que pedia que fossem partilhados e dedicado por mais de 40 anos à família, tendo oficializado o casamento após a formalização do divórcio com a outra mulher.

Dessa forma, para além da relação afetiva e da efetiva existência de duas famílias simultâneas, formou-se um acervo patrimonial, com a participação e contribuição da primeira convivente de forma direta (econômica), mas também indireta (participação moral, afetiva e de outras formas).

Além disso, neste caso 2, não se pode ignorar que o imóvel em que primeira convivente mora foi constituído a mais de 30 anos. Negar tal realidade é não só admitir o enriquecimento sem causa, mas também

violar o direito fundamental à moradia, o que representaria uma afronta ao mínimo existencial à vida digna.

Logo, o caso concreto exige um exame diferenciado, seja por uma visão de entidade familiar como um fenômeno plural e sociológico - e que precisa de reconhecimento jurídico -, seja pelo aspecto patrimonial para não consagração do enriquecimento sem causa, o que pode ocorrer por meio do reconhecimento da existência da sociedade de fato, com a aplicação da Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal.

Em caso envolvendo famílias simultâneas, o Superior Tribunal de Justiça também admitiu a aplicação da Súmula nº 380 do STF:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM PARTILHA. OMISSÃO E ERRO DE FATO. INOCORRÊNCIA. ERRO DE FATO QUE, AINDA QUE EXISTENTE, NÃO FOI DECISIVO AO RESULTADO DO JULGAMENTO. ACÓRDÃO SUSTENTADO EM OUTROS FATOS E PROVAS. ALEGADA UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO. PARTILHA NO FORMATO DE TRIAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL QUE PRESSUPÕE AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO AO CASAMENTO OU SEPARAÇÃO DE FATO. PARTICULARIDADE DA HIPÓTESE. RELAÇÃO INICIADA ANTES DO CASAMENTO DO PRETENSO CONVIVENTE COM TERCEIRA PESSOA E QUE PROSSÉGUIU NA CONSTÂNCIA DO MATRIMÔNIO. PERÍODO ANTERIOR AO CASAMENTO. UNIÃO ESTÁVEL RECONHECIDA. PARTILHA NOS MOLDES DA SÚMULA 380/STF, EXIGINDO-SE ESPORTE COMUM. PERÍODO POSTERIOR AO CASAMENTO. TRANSMUDAÇÃO JURÍDICA EM CONCUBINATO IMPURO. SOCIEDADE DE FATO CONFIGURADA. REPERCUSSÃO PATRIMONIAL RESOLVIDA SOB A ÓTICA DO DIREITO OBRIGACIONAL. PARTILHA NOS MOLDES DA SÚMULA 380/STF, TAMBÉM

EXIGIDA A PROVA DO ESFORÇO COMUM. CIRCUNSTÂNCIAS NÃO APURADAS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REMESSA DAS PARTES À FASE DE LIQUIDAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1- Ação proposta em 16/05/2016. Recurso especial interposto em 03/02/2020 e atribuído à Relatora em 03/02/2021.

2- Os propósitos do recurso especial consistem em definir se: (i) houve erro de fato ou omissão relevante no acórdão recorrido; (ii) se, na hipótese de união estável em que um dos conviventes é casado com terceiro (união estável concomitante ao casamento), é admissível a partilha no formato de triação.

3- Conquanto o acórdão recorrido realmente não tenha examinado o alegado erro de fato, não há que se falar em omissão na hipótese em que o erro de fato, ainda que reconhecido como existente, não é decisivo para o resultado do julgamento, uma vez que o acórdão recorrido está assentado também em outros fatos e provas e o fato erroneamente considerado não foi determinante para a conclusão obtida. Precedentes.

4- É inadmissível o reconhecimento de união estável concomitante ao casamento, na medida em que àquela pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento ou, ao menos, a existência de separação de fato, de modo que à simultaneidade de relações, nessa hipótese, dá-se o nome de concubinato. Precedentes.

5- Na hipótese em exame, há a particularidade de que a relação que se pretende seja reconhecida como união estável teve início anteriormente ao casamento do pretenso convivente com terceira

pessoa e prosseguiu por 25 anos, já na constância desse matrimônio.

6- No período compreendido entre o início da relação e a celebração do matrimônio entre o convivente e terceira pessoa, não há óbice para que seja reconhecida a existência da união estável, cuja partilha, por se tratar de união iniciada e dissolvida antes da Lei nº 9.278/96, deverá observar a existência de prova do esforço direto e indireto na aquisição do patrimônio amealhado, nos termos da Súmula 380/STF e de precedente desta Corte.

7- No que se refere ao período posterior à celebração do matrimônio, aquela união estável se transmutou juridicamente em um concubinato impuro, mantido entre as partes por 25 anos, na constância da qual adveio prole e que era de ciência inequívoca de todos os envolvidos, de modo que há a equiparação à sociedade de fato e a repercussão patrimonial dessa sociedade deve ser solvida pelo direito obrigacional, de modo que também nesse período haverá a possibilidade de partilha desde que haja a prova do esforço comum na construção patrimonial, nos termos da Súmula 380/STF.

8- Ausente menção, pelas instâncias ordinárias, acerca da existência de provas da participação direta ou indireta da recorrente na construção do patrimônio, sobre quais bens existiriam provas da participação e sobre quais bens comporão a meação da recorrida, impõe-se a remessa das partes à fase de liquidação, ocasião em que essas questões de fato poderão ser adequadamente apuradas.

9- Recurso especial conhecido e parcialmente provido, a fim de julgar parcialmente procedente o pedido para: (i) reconhecer a

existência de união estável entre 1986 e 26/05/1989; (ii) reconhecer a existência de relação concubinária impura e sociedade de fato entre 26/05/1989 e 2014, devendo a partilha, em ambos os períodos e a ser realizada em liquidação de sentença, observar a necessidade de prova do esforço comum para a aquisição do patrimônio e respeitar a meação da recorrida, invertendo-se a sucumbência. (REsp n. 1.916.031/MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 3/5/2022, DJe de 5/5/2022) – Grifei.

Do mesmo modo, Rolf Madaleno sustenta:

(...) relações concomitantes são catalogadas como sociedades de fato e, conforme já prescrevia a Súmula nº 380 do STF, os que se veem prejudicados pelo ilícito enriquecimento e pelo acréscimo patrimonial do parceiro se socorrem do equilíbrio econômico proveniente do campo do Direito das Obrigações (MADALENO, 2022).

Embora a aplicação do Direito das Obrigações deva ser criticada por força da hermenêutica constitucional do Direito Civil Constitucional, pois acaba por colocar a tutela do patrimônio acima da proteção pessoal dos seres humanos integrantes da família, tal solução, ao menos, evita a injustiça causada pelo enriquecimento sem causa.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da jurisprudência dos Tribunais Superiores estar sedimentada na noção de que a monogamia é um princípio estruturante do Direito das Famílias, as circunstâncias peculiares trazidas nos dois casos examinados pelo Tribunal de Justiça do Paraná, e que poderiam alcançar outras situações fáticas análogas, provocam um posicionamento crítico em relação ao reconhecimento dos efeitos jurídicos às famílias simultâneas. Isso é possível quando a monogamia é considerada um valor ético/social relevante e por meio da realização do devido *distinguishing*, em relação ao precedente vinculante do Supremo Tribunal Federal (Tese da Repercussão Geral nº 529)

Nesse contexto, as famílias simultâneas não podem se apartar dos efeitos jurídicos reconhecidos ao casamento e à união estável, emoldurando-se em espécie de conjugalidade legítima e acolhendo a partilha de bens *inter vivos* e *causa mortis*, com a possibilidade de triação do patrimônio construído com o efetivo esforço comum.

A justiça das decisões passa pelo reconhecimento dos arranjos familiares, na dimensão do Direito Civil Constitucional, caracterizado pela Virada de Copérnico, marcada pela heterogeneidade social, o pluralismo jurídico e a força criativa dos fatos sociais.

Na sociedade pós-moderna, o Direito das Famílias deve se pautar por um tratamento humanista e democrático, consubstanciado em alicerces que buscam o fortalecimento e a eficácia irradiante dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Por conseguinte, é necessário valer-se da interpretação evolutiva do direito, para a solução de casos concretos, em que há a consagração da proteção indireta de direitos sociais mediante a proteção de direitos civis, encontra respaldo no alcance da regra contida no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que afirma que os Estados-partes se comprometem a adotar, tanto no âmbito interno quanto no internacional, as providências necessárias para conseguir o desenvolvimento progressivo e a plena efetividade dos direitos constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos.

Porém, alternativamente, para não se consagrar o enriquecimento sem causa – ainda que tal solução não seja ideal (porque despreza a noção plural, democrática e eudemonista de família, consagrada no artigo 226 da Constituição Federal) – há de se admitir a existência de sociedade de fato, pela aplicação do Direito das Obrigações, quando há a efetiva demonstração da participação na construção do patrimônio comum, com amparo na Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal. Nesta hipótese, embora não

se confira à máxima proteção a direitos humanos-fundamentais, é possível reconhecer, por vias transversas, o direito à partilha do patrimônio comum.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Sergio Resende de. IN: CALDERÓN. Ricardo. O princípio da afetividade no direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BRASILEIRO, Luciana. As famílias simultâneas e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2019, Resenha de, OLIVEIRA. Maria Rita de Holanda Silva; DANTAS, Carlos Henrique Félix. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v, 27.

BRASILEIRO, Luciana. As famílias simultâneas e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

BEVILAQUA, Clovis. Direito de Família. 7. ed. Rio de Janeiro, Editora Rio, 1976

BITTAR, Eduardo Carlos. Democracia, justiça e emancipação: reflexões jusfilosóficas a partir do pensamento de Jürgen Habermas. São Paulo: QuartierLatin, 2013.

CALDERON. Ricardo. O princípio a afetividade no Direito de Família. Rio de Janeiro, Forense. 2017.

CUNHA, Rodrigo da. Princípios fundamentais e norteadores para a organizações jurídica da família. 2004, 157 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2004. P. 76-77. Disponível em: [https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese\\_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf](https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf). Acesso em: 19 jun. 2023.

DIAS. Maria Berenice. Manual de direito das famílias. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos de direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. Sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro. Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. Código Civil, vinte anos depois, regras e princípios atestam resiliência, <https://www.conjur.com.br/2022-jan-10/luiz-edson-fachin-codigo-civil-vinte-anos-depois> Acesso em 27.04.2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETO, Fekipe; ROSENVALD, Nelson. Manual de Direito Civil. Volume Único. São Paulo: JusPodivum, 2023.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 5. Ed. ver, e ampl. São Paulo, Malheiros, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Revista IBDFAM. Famílias e Sucessões. In Famílias paralelas. Belo Horizonte, IBDFAM, v, 01 (jan./fev.), 2014.

IANNOTTI, Carolina de Castro. Revista IBDFAM, Famílias e Sucessões, In Divisão patrimonial nas famílias simultâneas e uniões estáveis poliafetivas, Belo Horizonte, IBDFAM, v, 17 (set./out.), 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Revista Brasileira de Direito de Família. A repersonalização das famílias, Porto Alegre, Síntese, v. 06, n. 24, 2007.

MADALENO, Rolf. Direito de Família. 12. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2022.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Novas entidades familiares e seus efeitos jurídico. In: Família e solidariedade. Org. Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: IBDFAM – Lumen Juris, 2008.

MIGUEZ, Brunella Poltronieri. "A família e o tempo", as mudanças no modelo de família e o papel do Estado, Data da publicação, 07/02/2023, Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, Disponível em: <https://ibdfam.org.br/>, Acesso em: 01 mar, 2023

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Dicionário de direito de família e sucessões ilustrado, São Paulo, Saraiva, 2015.  
PIANOSVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios [3] da reforma,. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), v, 6(2).

ROSENVALD, Nelson e DE FARIAS. Cristiano Chaves, **Curso de Direito Civil – Famílias**, 2017, Editora Juspodivm.

SILVA, Marco Alves da. Do pátrio poder à autoridade parental, repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

SILVA, Marcos Alves da. Da monogamia, a sua superação como princípio estruturante do direito de família. Curitiba, Juruá, 2013.

<sup>i</sup> DIREITO DAS FAMÍLIAS. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITOS HUMANOS. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PARTILHA DE BENS. JULGAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. APELOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS.

APELAÇÃO 1 (DEMANDANTE). APELO PELA MANUTENÇÃO DA CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA. BENEFÍCIO JÁ CONCEDIDO. APLICABILIDADE EM GRAU RECURSAL. APELO PELA ANULAÇÃO DE CASAMENTO DA DEMANDADA CELEBRADO A POSTERIORI À UNIÃO ESTÁVEL. NULIDADE INEXISTENTE. EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA. MONOGAMIA NA ORDEM JURÍDICA COMPREENDIDA COMO VALOR SÓCIO-CULTURAL RELEVANTE, NÃO COMO PRINCÍPIO JURÍDICO ESTRUTURANTE DO DIREITO DAS FAMÍLIAS. ENUNCIADO DOUTRINÁRIO 04 DE 2022-2023 DO IBDFAM. EFEITOS JURÍDICOS APLICADOS À REALIDADE FÁTICA-AFETIVA. CONFORMIDADE COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. ORIENTAÇÃO 123/2022 DO CNJ. APLICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. DOCUMENTOS HÁBEIS E DEPOIMENTOS UNÍSSIMOS ATESTANDO A CONCOMITÂNCIA E MANUTENÇÃO FINANCEIRA DAS FAMÍLIAS. BOA-FÉ OBJETIVA. FAMÍLIAS PARALELAS OU SIMULTÂNEAS. COEXISTIBILIDADE, ESTABILIDADE, OSTENTABILIDADE E PUBLICIDADE DEMONSTRADAS. QUIESCÊNCIA DOS COMPONENTES DAS RELAÇÕES FAMILIARES SOBRE A CONDIÇÃO DE CADA UM. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA.

APELAÇÃO 2 (DEMANDANTE) APELO PARA AFASTAR O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO CONCEDIDO À AUTORA. IMPOSSIBILIDADE. CONVIVENTE SUPÉRSTITE SEM DIREITO A MEAÇÃO OU HERANÇA NÃO OBSTA SEU DIREITO CONSTITUCIONAL À MORADIA. PUGNAÇÃO PARA MANIFESTAÇÃO QUANTO DEMAIS BENS DA SUCESSÃO. IMPOSSIBILIDADE. BEM DISCUTIDO EM PROCESSO SUSPENSO. PLEITO PARA REVOGAÇÃO DA JUSTIÇA GRATUITA CONCEDIDO À RECORRENTE. POSSIBILIDADE DE REVISÃO DA JUSTIÇA GRATUITA A QUALQUER TEMPO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO SOBRE A MODIFICAÇÃO DA CAPACIDADE ECONÔMICA DA BENEFICIÁRIA. ÔNUS QUE INCUMBE À IMPUGNANTE. MANUTENÇÃO DO BENEFÍCIO. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA.

1. A Constituição Federal de 1988 rompeu com o modelo institucionalizado da família nuclear, matrimonializada, hierarquizada e patriarcal, tendo adotado a concepção sócio-cultural, funcional, pluralista, democrática e eudemonista, caracterizada pelo afeto recíproco, a consideração e o respeito mútuo, estando voltada à plena realização e felicidade de seus membros. Interpretação do Preâmbulo ("sociedade pluralista") e

não-reducionista do artigo 226 da Constituição Federal. Precedente do Supremo Tribunal Federal (ADI 4.277/DF).

2. No contexto da interpretação extensiva e não-reducionista do rol (meramente exemplificativo) do artigo 226 da Constituição Federal, e baseado no princípio da boa-fé objetiva, devem ser reconhecidos efeitos jurídicos aos arranjos familiares não-monogâmicos presentes em famílias paralelas ou simultâneas, a partir da compreensão da monogamia como um valor sócio-cultural relevante, e não como um princípio jurídico estruturante do Direito das Famílias. Exegese dos artigos 226 da Constituição Federal, 1.723, § 1º, e 1.727 do Código Civil. Literatura jurídica. Aplicação do Enunciado Doutrinário nº 4 do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) – 2022/2023, pelo qual a "constituição de entidade familiar paralela pode gerar efeito jurídico".

3. O Supremo Tribunal Federal, no RE 1.045.273/SE, consolidou a Tese de Repercussão Geral nº 529, pela qual a "preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro".

4. Entretanto, de acordo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), que precisa ser levada em consideração pelos juízes latino-americanos (cf. arts. 4º, par. ún., da Constituição Federal e 1º, inc. II, da Resolução nº 123/2022 do Conselho Nacional de Justiça, bem como pela jurisprudência do STF – v.g., ADPF 635-MC/RJ), a dinâmica da vida não pode ser compreendida restritivamente. A visão do direito à vida abrange uma dimensão positiva que atribui aos Estados, integrantes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a necessidade de adotar medidas adequadas para conferir a máxima proteção ao direito à vida digna. Também é dever jurídico dos Estados-partes conferir aplicação progressiva aos direitos sociais. Exegese do artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Consagração da proteção indireta de direitos sociais mediante a proteção de direitos civis. Interpretação evolutiva do direito.

5. A Corte IDH considera que os direitos à seguridade social e a uma vida digna estão interligados, situação que se acentua no caso dos idosos. A Corte IDH indicou que a ausência de recursos econômicos, causada pelo não pagamento das pensões de aposentadoria, gera diretamente no idoso um comprometimento de sua dignidade, porque nesta fase de sua vida a pensão constitui a principal fonte de recursos econômicos para resolver suas necessidades primárias e elementares como ser humano. Deste modo, a afetação do direito à

seguridade social pela falta de pagamento dos referidos reembolsos implica angústia, insegurança e incerteza quanto ao futuro de um idoso devido à eventual falta de recursos econômicos para a sua subsistência, uma vez que a privação de uma renda acarreta intrinsecamente restrições no avanço e desenvolvimento de sua qualidade de vida e de sua integridade pessoal. A Corte IDH afirma, ainda, que o direito à vida digna é fundamental na Convenção Americana, pois sua salvaguarda depende da realização dos demais direitos. Ao não respeitar este direito, todos os outros direitos desaparecem. [Corte IDH. Caso Associação Nacional de Desempregados e Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB-SUNAT) vs. Peru. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 21-11-2019].

6. Não obstante os acórdãos em julgamento de recursos extraordinários repetitivos tenham caráter vinculante (art. 927, inc. III, do Código de Processo Civil), é possível que, excepcionalmente, o juiz ou o tribunal afaste o precedente obrigatório mediante a técnica conhecida como distinção ou distinguishing, ao explicitar, de maneira clara e precisa, a situação material relevante e diversa capaz de afastar a tese jurídica (*ratio decidendi*). Aplicação do artigo 14 da Recomendação nº 134/2022 do Conselho Nacional de Justiça.

7. Famílias simultâneas ou paralelas se caracterizam pela circunstância de uma pessoa que, ao mesmo tempo, se coloca como membro de duas ou mais entidades familiares. Todavia, o reconhecimento jurídico destas famílias – resultantes da coexistencialidade e desde que fundadas na estabilidade, ostensibilidade, continuidade e publicidade – não se confundem com a situação dos relacionamentos clandestinos, nem com as relações afetivas casuais, livres, descomprometidas, sem comunhão de vida, atentatórias da dignidade, desonestas ou desprovidas de boa-fé em sentido objetivo.

8. In casu, devem ser observadas as suas peculiaridades, em que não se observa vício de vontade (coação) do de cujus que, embora tenha estabelecido união estável com M.L.S. de dezembro de 2009 até 23 de abril de 2015 (data do falecimento do convivente), celebrou casamento com L.G.L., com quem já havia convivido por décadas (1970-2004), constituído família e tendo três filhos, para lhe assegurar benefícios patrimoniais. Aliás, restou demonstrado que o de cujus manteve a cônjuge L.G.L. no imóvel em que tinham convivido, tendo esta realizado até a sua morte as manutenções necessárias e o pagamento de tributos, bem como lhe assegurado tanto o direito de moradia e a partilha deste bem. O falecido sempre manteve financeiramente L.G.L., mesmo estando em união estável com M.L., que tinha pleno conhecimento do

casamento do de cujus com L.G.L., cujo objetivo declarado era de lhe garantir o sustento, inclusive pelo recebimento do auxílio previdenciário, sendo que, apesar de não morarem na mesma residência com Luiza, o falecido não deixou de suprir todas as suas necessidades, tendo-a mantido como beneficiária do plano de saúde, do plano prever e do seguro de vida. Circunstâncias que se amoldam com a máxima proteção do direito humano à vida digna, em conformidade com precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos [Caso Associação Nacional de Desempregados e Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB-SUNAT) vs. Peru.] de caráter obrigatório e vinculante para o Estado Brasileiro, conforme julgado do STF (ADPF nº 635-MC/RJ). Exegese dos artigos 62.1 e 68.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (ratificada em 29/09/1992 e promulgada pelo Decreto nº 678/1992 e pelo Decreto nº 4463, de 08/11/2002).

9. O Código Civil de 2002, apesar de não fazer expressa referência ao direito real de habitação na união estável, não revogou a Lei nº 9.278/96. Tal direito decorre, pois, de imposição legal, tem natureza vitalícia e personalíssima, e deve ser assegurado ainda que o companheiro supérstite não tenha qualquer direito sucessório sobre o imóvel, pois o que se garante é o direito constitucional à moradia, até o momento do seu falecimento ou da constituição de novo casamento/união estável. Exegese dos artigos 6º e 226, § 3º, da Constituição Federal, 1.790 e 1.831 do Código Civil, e 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/1996. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal de Justiça.

10. A concessão da justiça gratuita acarreta efeitos jurídicos de presunção de hipossuficiência do beneficiário, a qual somente pode ser desconstituída mediante comprovação, pela parte impugnante, da alteração da situação econômico-financeiro da beneficiária. Como tal presunção é relativa (*juris tantum*), a revogação do benefício da justiça gratuita depende de elementos probatórios, diretos ou indiretos, suficientes para evidenciar a capacidade financeira da parte arcar com as despesas e custos processuais. Inteligência do artigo 99, § 3º, do Código de Processo Civil.

11. No caso em exame, o juízo singular não exigiu documentos comprobatórios para deferir a gratuidade da justiça, fazendo com que a outra parte, ao recorrer e/ou impugnar, tenha que produzir provas; logo, não é suficiente para a revogação do benefício a apresentação de meras narrativas processuais.

12. Apelações conhecidas e não providas, com a manutenção da sentença recorrida. (TJPR - 12ª Câmara Cível - 0001361-85.2022.8.16.0058 - Campo Mourão - Rel.: EDUARDO AUGUSTO SALOMAO CAMBI - J. 17.04.2023).

ii DIREITO DAS FAMÍLIAS. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS. RECONHECIMENTO JURÍDICO. APELAÇÃO CÍVEL. "AÇÃO DE RECONHECIMENTO [DE] SOCIEDADE CONJUGAL DE FATO (UNIÃO ESTÁVEL) C/C NULIDADE DE PARTILHA REALIZADA COM NOVA PARTILHA DE BENS E PEDIDO DE REGISTRO DA DISCUSSÃO NAS MATRÍCULAS IMOBILIÁRIAS". SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA.

[...]

(3) HERMENÊUTICA JURÍDICA. FORÇA CRIATIVA (NORMATIVA) DOS FATOS SOCIAIS (EX FACTIS JUS ORIUTUR). PLURALISMO JURÍDICO. HETEROGENEIDADE SOCIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. VIRADA DE COPÉRNICO. JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DINÂMICA DO DIREITO. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE. PROMOÇÃO DOS VALORES ÉTICOS. MÁXIMA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS-FUNDAMENTAIS.

(4) ENTIDADES FAMILIARES SIMULTÂNEAS. EVOLUÇÃO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS. MONOGAMIA NA ORDEM JURÍDICA COMPREENDIDA COMO VALOR SÓCIO-CULTURAL RELEVANTE, NÃO COMO PRINCÍPIO JURÍDICO ESTRUTURANTE DO DIREITO DAS FAMÍLIAS. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO DOUTRINÁRIO Nº 04 DE 2022-2023 DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). EFEITOS JURÍDICOS ADEQUADOS À REALIDADE FÁTICA-AFETIVA. CONFORMIDADE COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. ORIENTAÇÃO Nº 123/2022 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). APLICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. DOCUMENTOS HÁBEIS E DEPOIMENTOS UNÍSSONOS ATESTANDO A CONCOMITÂNCIA E MANUTENÇÃO FINANCEIRA DAS FAMÍLIAS. BOA-FÉ OBJETIVA. FAMÍLIAS PARALELAS OU SIMULTÂNEAS. COEXISTIBILIDADE, ESTABILIDADE, OSTENTABILIDADE E PUBLICIDADE DEMONSTRADAS. AQUIESCÊNCIA DOS COMPONENTES DAS RELAÇÕES FAMILIARES SOBRE A CONDIÇÃO DE CADA UMA DAS MULHERES (CÔNJUGE E COMPANHEIRA). CONVÍVIO FAMILIAR HARMÔNICO ENTRE AS FAMÍLIAS DURANTE DÉCADAS. ARRANJO FAMILIAR CONSENTIDO PELAS PARTES DAS MÚLTIPLAS RELAÇÕES AFETIVAS. DECISÃO JUDICIAL, NO PONTO, MODIFICADA.

(5) PARTILHA DOS BENS AMEALHADOS NA COEXISTÊNCIA DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS. ESFORÇO DIRETO DA APELANTE COMPROVADO. EXERCÍCIO REGULAR DE TRABALHO NA EMPRESA DO COMPANHEIRO ENTRE OS ANOS DE 1981 A 2008. FATO INCONTROVERSO. DEPOIMENTOS DE TESTEMUNHAS. TRIAÇÃO DO PATRIMÔNIO. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA.

(6) RECURSO CONHECIDO E, PARCIALMENTE, PROVIDO.

1. Havendo elementos suficientes no sentido de que a Autora não preenche os pressupostos legais, é inviável o restabelecimento, a ela, do benefício de justiça gratuita, devidamente revogado na sentença recorrida.

2. O Código de Processo Civil de 2015, ao contrário do

CPC de 1973 (art. 132), não contemplou o princípio da identidade física do juiz; com efeito, não há de se cogitar de nulidade processual, em razão de ter sido o

feito redistribuído a outra Vara (supervenientemente criada e competente), cujo Magistrado titular, sem participar ativamente na instrução probatória, proferiu adequadamente a sentença.

3. A realidade das famílias simultâneas reclama uma atenção especial do Poder Judiciário, com um viés mais sensível à dinâmica da sociedade, já que compreensão da pluralidade e da heterogeneidade das famílias se modifica com a complexidade dos fatos sociais, que também possuem força criadora (normativa) de direitos, como emerge da máxima *ex factis jus oriutur*. Caso contrário, o Direito não se comunicaria com a realidade social, pois as injustiças somente podem ser percebidas no domínio da experiência ordinária da vida, que, além de impregnada de consensos, condiciona o agir social e jurídico. O mundo da vida e a experiência social devem ser percebidos e acolhidos pelo Direito, notadamente pela jurisprudência, que, por ser também fonte jurídica, permite que os fatos relevantes retroalimentem a constante evolução na interpretação e na aplicação do Direito, voltada à construção de uma hermenêutica que consagre o princípio da primazia da realidade, a promoção dos valores éticos e a máxima proteção dos direitos humanos-fundamentais (Virada de Copérnico). Literatura jurídica.

4. A Constituição Federal de 1988 rompeu com o modelo institucionalizado da família nuclear, matrimonializada, hierarquizada e patriarcal, tendo adotado a concepção sócio-cultural, funcional, pluralista, democrática e eudemonista, caracterizada pelo afeto recíproco, a consideração e o respeito mútuo, estando voltada à plena realização e felicidade de seus membros. Interpretação do Preâmbulo ("sociedade pluralista") e não-reducionista do artigo 226 da Constituição Federal. Precedente do Supremo Tribunal Federal (ADI 4.277/DF).

5. No contexto da interpretação extensiva e não-reducionista do rol (meramente exemplificativo) do artigo 226 da Constituição Federal, e baseado no princípio da boa-fé objetiva, devem ser reconhecidos efeitos jurídicos aos arranjos familiares não-monogâmicos presentes em famílias paralelas ou simultâneas, a partir da compreensão da monogamia como um valor sócio-cultural relevante, e não como um princípio jurídico estruturante do Direito das Famílias. Exegese dos artigos 226 da Constituição Federal, 1.723, § 1º, e 1.727 do Código Civil. Literatura jurídica. Aplicação do Enunciado Doutrinário nº 4 do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) – 2022/2023, pelo qual a "constituição de entidade familiar paralela pode gerar efeito jurídico". Precedente deste Tribunal de Justiça.

6. O Supremo Tribunal Federal, no RE 1.045.273/SE, consolidou a Tese de Repercussão Geral nº 529, pela qual a "preexistência de casamento ou de união estável

de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro".

7. Entretanto, de acordo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), que precisa ser levada em consideração pelos juízes latino-americanos (cf. arts. 4º, par. ún., e 5º, § 2º, da Constituição Federal e 1º, inc. II, da Resolução nº 123/2022 do Conselho Nacional de Justiça, bem como pela jurisprudência do STF – v.g., ADPF 635-MC/RJ), a dinâmica da vida não pode ser compreendida restritivamente. A visão do direito à vida abrange uma dimensão positiva que atribui aos Estados, integrantes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a necessidade de adotar medidas adequadas para conferir a máxima proteção ao direito fundamental à vida digna. Também é dever jurídico dos Estados-partes conferir aplicação progressiva aos direitos humanos sociais. Exegese do artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Consagração da proteção indireta de direitos sociais mediante a proteção de direitos civis. Interpretação evolutiva do direito.

8. A Corte IDH considera que os direitos à seguridade social e a uma vida digna estão interligados, situação que se acentua no caso dos idosos. A Corte IDH indicou que a ausência de recursos econômicos, causada pelo não pagamento das pensões de aposentadoria, gera diretamente no idoso um comprometimento de sua dignidade, porque nesta fase de sua vida a pensão constitui a principal fonte de recursos econômicos para resolver suas necessidades primárias e elementares como ser humano. Deste modo, a afetação do direito à seguridade social pela falta de pagamento dos referidos reembolsos implica angústia, insegurança e incerteza quanto ao futuro de um idoso devido à eventual falta de recursos econômicos para a sua subsistência, uma vez que a privação de uma renda acarreta intrinsecamente restrições no avanço e desenvolvimento de sua qualidade de vida e de sua integridade pessoal. A Corte IDH afirma, ainda, que o direito à vida digna é fundamental na Convenção Americana, pois sua salvaguarda depende da realização dos demais direitos. Ao não respeitar este direito, todos os outros direitos desaparecem. Precedente da Corte IDH. Caso Associação Nacional de Desempregados e Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB-SUNAT) vs. Peru. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 21-11-2019.

9. Não obstante os acórdãos em julgamento de recursos extraordinários repetitivos tenham caráter vinculante (art. 927, inc. III, do Código de Processo Civil), é possível que, excepcionalmente, o juiz ou o tribunal afaste o precedente obrigatório mediante a técnica conhecida

como distinção ou distinguishing, ao explicitar, de maneira clara e precisa, a situação material relevante e diversa capaz de afastar a tese jurídica (*ratio decidendi*). Aplicação dos artigos 489, § 1º, inc. VI, do Código de Processo Civil (a contrário sensu) e 14 da Recomendação nº 134/2022 do CNJ.

10. Famílias simultâneas ou paralelas se caracterizam pela circunstância de uma pessoa que, ao mesmo tempo, se coloca como membro de duas ou mais entidades familiares. Todavia, o reconhecimento jurídico destas famílias – resultantes da coexistencialidade e desde que fundadas na estabilidade, ostensibilidade, continuidade e publicidade – não se confundem com a situação dos relacionamentos clandestinos, nem com as relações afetivas casuais, livres, descomprometidas, sem comunhão de vida, atentatórias da dignidade, desonestas ou desprovidas de boa-fé em sentido objetivo.

11. No caso concreto, devem ser observadas as suas peculiaridades, em que não há vício de vontade (coação) de Francisco, que, embora tenha estabelecido união estável com Janete desde 1972, celebrou casamento com Lorena em 1974, vindo a se separar, de fato, desta no ano de 1996. Aliás, restou demonstrado que ele teve filhos com ambas as mulheres, as quais não apenas tiveram conhecimento da existência uma da outra, mas também viveram, por décadas, um arranjo familiar público, contínuo, duradouro, tendo inclusive criado seus filhos juntos e em harmonia com a pluralidade das relações afetivas estabelecidas pelas famílias. Circunstâncias que se amoldam com a máxima proteção do direito humano à vida digna, em conformidade com precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos [Caso Associação Nacional de Desempregados e Aposentados da Superintendência Nacional de Administração Tributária (ANCEJUB-SUNAT) vs. Peru.] de caráter obrigatório e vinculante para o Estado Brasileiro, conforme julgado do STF (ADPF nº 635-MC/RJ). Exegese dos artigos 62.1 e 68.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (ratificada em 29/09/1992 e promulgada pelo Decreto nº 678/1992 e pelo Decreto nº 4463, de 08/11/2002).

12. O patrimônio, construído na constância da coexistencialidade das famílias simultâneas, deve ser partilhado com a apelante, que demonstrou ter trabalhado, por mais de duas décadas, em uma das empresas do companheiro, sendo reconhecida pelos funcionários como "gerente" e "proprietária", fato, aliás, não controvertido ela apelada. O não reconhecimento do esforço – direto e indireto – comum da companheira (ora recorrente) daria ensejo ao enriquecimento sem causa, razão pela qual, mesmo que afastada a configuração de entidades familiares simultâneas, ad argumentandum tantum, ensejaria a justa partilha dos bens amealhados com seu trabalho (tanto na empresa quanto doméstico), por força da irrefutável

---

caracterização da sociedade de fato. Exegese do artigo 884 do Código Civil. Incidência da Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal. Precedente do Superior Tribunal de Justiça.

13. Recurso conhecido e, parcialmente, provido, a fim de reconhecer a união estável havida entre a Autora (Janete) e Francisco teve início em novembro de 1972 (e

não somente no dia 16 de fevereiro de 1996), passando ela, então, a ter direito à partilha igualitária do patrimônio constituído neste ínterim, a ser devidamente realizada na fase de liquidação de sentença. (TJPR - 12ª Câmara Cível - 0003076-13.2017.8.16.0035 - São José dos Pinhais - Rel.: EDUARDO AUGUSTO SALOMAO CAMBI - J. 26.04.2023).

## A RESERVA DE JURISDIÇÃO NA APRECIÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA



**Adriano Vottri Bellé<sup>1</sup>**

A prova no sistema processual penal é dotada de papel central na busca por uma apuração adequada dos fatos, com repercussão na salvaguarda dos direitos fundamentais dos acusados e na própria legitimidade da atuação jurisdicional. Além de confirmar ou refutar alegações, a prova materializa a garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como preserva a integridade da persecução e a ordem jurídica, fortalecendo o Estado Democrático de Direito. A cadeia de custódia, intrínseca à técnica probatória, assume importância patente, equiparando-se à relevância da prova propriamente dita. Ela busca assegurar a inalterabilidade e a integridade do material probatório desde sua apreensão até sua apresentação em juízo, conferindo-lhe a necessária credibilidade. Por isso, esta pesquisa busca fixar a compreensão conceitual e procedimental a respeito do instituto, bem como estudar, a partir de alguns casos julgados, as repercussões empíricas de sua aplicabilidade efetiva no âmbito processual penal brasileiro.

**Palavras-chave:** cadeia de custódia; processo penal; provas; legitimidade.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE. Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional UNINTER, em Direito Público pela Faculdade de Estudos Administrativos de Minas Gerais, FEAD e em Metodologias Ativas de Aprendizagem pela UNYLEYA, Brasil. Mestre em Direito das Relações Internacionais e Integração da América Latina na Universidad de La Empresa, UDE – Montevideu, Uruguai, devidamente revalidado do Brasil pela Universidade Estácio de Sá – UNESA –, do Rio de Janeiro/RJ. Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, e Professor do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Paranaense – UNIPAR –, Campus de Francisco Beltrão/PR. Autor do livro “Enfrentamento à Corrupção no Mercosul, da Editora Dialética. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5045435164371914>. E-mail: [adrianobelle@gmail.com](mailto:adrianobelle@gmail.com). Número ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8699-8032>.

## THE RESERVATION OF JURISDICTION IN THE ASSESSMENT OF THE CHAIN OF CUSTODY

The evidence in criminal proceedings plays a central role in the pursuit of a proper investigation of the facts, with implications for safeguarding the fundamental rights of the accused and the legitimacy of judicial actions. Apart from confirming or refuting allegations, evidence materializes the guarantee of due process, adversarial proceedings, and the right to a fair defense, while also preserving the integrity of the legal process and the legal order, thereby reinforcing the Democratic Rule of Law. The chain of custody, intrinsic to the evidentiary process, assumes evident importance, being on par with the relevance of the evidence itself. Its purpose is to ensure the immutability and integrity of the evidentiary material from its seizure to its presentation in court, providing it with the necessary credibility. Therefore, this research seeks to establish the conceptual and procedural understanding of this institute, as well as to study, based on some decided cases, the empirical repercussions of its effective applicability in the Brazilian criminal procedural context.

**Keywords.** chain of custody; criminal procedure; evidence; legitimacy.

## INTRODUÇÃO

Parece importante tratar desde logo a concepção de que a prova no âmbito do processo penal encontra-se atrelada à legitimidade do desfecho da persecução penal em si, pois inegavelmente o substrato probatório assume papel central na busca esmerada averiguação das situações fáticas postas em juízo, além da necessária tutela dos direitos fundamentais das partes, notadamente dos acusados.

Nota-se, pois, que a prova não se limita meramente à confirmação ou refutação de alegações, convertendo-se, sim, em um instrumento suscetível de materializar a garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, além de salvaguardar a integridade processual, preservando a ordem jurídica, e, por que não, o próprio Estado Democrático de Direito.

Sendo a prova um elemento central do cenário processual – aqui, particularmente, voltado ao espectro penal –, e levando-se em conta que a vigente codificação data da década de 1940, é natural e até desejável que haja reformas relativamente frequentes também em relação a este tema. E independentemente do grau de alteração que produzam, as reformas têm seu período natural de adaptação na prática forense, nem sempre coincidindo com sua vacatio ou com sua vigência propriamente dita, senão um período no qual os operadores compreendem e passam a atuar profissionalmente considerando o novo modelo.

É com estas perspectivas em mente que a presente pesquisa se propõe a prestar uma contribuição ao debate – ainda incipiente – acerca da alteração legislativa promovida no apagar das luzes do ano de 2019 que, entre outras sensíveis modificações, positivou no âmbito processual penal o tratamento dos meios de prova através do instituto da cadeia de custódia. Como se demonstrará, referidos procedimentos não chegam a ganhar o status de ‘inovadores’ porque já se exigia – antes da mencionada reforma – uma espécie de conjunto de boas práticas no tratamento dos materiais que podiam ser fontes de provas; porém, é inegável que o estabelecimento assertivo e minucioso de procedimentos, cuidados e responsabilidades altera este aspecto probatório de patamar.

A cadeia de custódia, inerente ao procedimento probatório, reveste-se então de patente importância, equiparando-se, por que não, à relevância da própria prova em si. Com efeito, a referida cadeia, em sua essência, visa assegurar a inalterabilidade e a integridade do material probatório desde o momento de sua apreensão até sua produção em juízo, conferindo-lhe a necessária credibilidade e validade jurídica.

Nesse diapasão, a observância estrita e diligente dos procedimentos e protocolos relacionados à cadeia de custódia é imperativa, a fim de evitar

quaisquer suspeitas ou questionamentos quanto à manipulação, adulteração ou extravio do elemento probatório, comprometendo-se potencialmente, a própria confiabilidade e a legitimidade do julgamento. De fato, o objetivo geral deste trabalho é entender a cadeia de custódia em suas nuances, desde sua inserção na legislação processual penal brasileira, e, com suporte nesta compreensão, verificar eventuais consequências de sua aplicação prática, além dos mecanismos existentes para essa aferição.

Uma vez justificada a relevância dos debates propostos, passa-se a apresentar a presente pesquisa levando-se em conta a sua configuração didática. Especificamente, o primeiro capítulo traz uma apresentação geral do tema, desde o histórico legislativo, a conceituação do instituto em estudo, até a apresentação das definições de alguns marcos que já têm sido estabelecidos na aplicação prática da cadeia de custódia.

Fixada a compreensão conceitual, reputa-se importante trabalhar a essência da cadeia de custódia com base na observação de suas etapas no trato dos meios de prova, exatamente fundado no que dispõe o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). Não obstante se esteja diante de detalhes que aparentemente dizem respeito tão somente a profissionais de áreas técnicas, o operador do Direito precisa deter o mínimo de compreensão para poder deduzir suas alegações com fundamento nos acontecimentos e nos documentos, por mais específicos que possam parecer. Daí a importância da abordagem intermediária.

Já o capítulo derradeiro, mais vasto, abre espaço para constatações a respeito do instituto em estudo e, com a necessária vinculação, apresenta estudos breves de casos submetidos à apreciação jurisprudencial nos quais as discussões acerca da cadeia de custódia revestiram-se de tal importância que influenciaram decisivamente os julgamentos. Dessa forma, o objetivo é analisar as consequências práticas que se encontram no limiar das discussões, além de potencialmente servir de base para pesquisas adicionais a esse respeito.

As hipóteses de pesquisa centram-se na discussão a respeito da relevância da existência de disposições meticulosas a este respeito no âmbito do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) e, sobretudo, averiguar a existência ou não de previsão expressa a respeito das consequências por eventual quebra da cadeia de custódia, bem como a respeito de momento processual adequado e de previsão de juízo competente para esta análise. Ou se, por outro lado, tais matérias de ordem processual ficariam reservadas à interpretação jurisprudencial e análise casuística.

De seu turno, para empreender esta pesquisa empregou-se a metodologia da documentação indireta, com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, casuística, para embasar e conduzir as linhas de

argumentação ora propostas (LAKATOS; MARCONI, 2003). Ademais, o tipo de pesquisa exposto traz uma mescla de aspectos empíricos – práticos – e, necessariamente, apontamentos teóricos, buscando-se perenemente o necessário rigor científico no trato das fontes consultadas e na sua utilização no trabalho.

Isso posto, nunca é demais ressaltar que o objetivo jamais será de esgotar os debates, senão contribuir para o entendimento e para uma visão geral da aplicabilidade prática. Esta, inclusive, é a razão por que se estudam julgados dos últimos cinco anos, até mesmo datados de antes da publicação da legislação que promoveu a alteração ora em estudo, pois podem servir para verificar a evolução dos entendimentos e fixar a concepção de que se está diante de um instituto recente e ainda aberto a aprimoramentos.

## 2 CADEIA DE CUSTÓDIA: VISÃO GERAL

A Lei nº 13.964 (BRASIL, 2019) introduziu importantes alterações no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), incluindo a previsão de dispositivos que abordam a definição e a regulamentação da cadeia de custódia, que se mostra um preceito essencial no contexto da investigação criminal, consistindo, essencialmente, na documentação e na manutenção adequada da integridade e do controle das evidências desde o momento em que são coletadas até o seu uso em juízo. Deveras, é o próprio caput do Art. 158-A do mencionado diploma que preceitua ser a “[...] cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte” (BRASIL, 1941).

Assim é que as alterações legislativas regulamentam em seis artigos a cadeia de custódia que, em outras palavras, pode ser compreendida como um conjunto de procedimentos que visam garantir a autenticidade, a integridade e a rastreabilidade das evidências, com a finalidade de preservar a sua credibilidade e confiabilidade no decorrer do processo penal, devendo-se assegurar que as evidências sejam devidamente identificadas, acondicionadas, lacradas, transportadas, armazenadas e preservadas de maneira adequada, por meio de registros precisos e detalhados, a fim de evitar qualquer tipo de contaminação, adulteração ou destruição das provas.

Parece oportuno anotar que antes da vigência da Lei nº 13.964 (BRASIL, 2019), o tratamento das provas na sistemática processual penal brasileiro carecia de uma regulamentação específica e uniforme em relação à cadeia de custódia, haja vista que as disposições legais então existentes eram esparsas e fragmentadas, do que resultavam práticas não padronizadas no

manuseio dos elementos de informação e das provas obtidas (GOMES FILHO; TORON; BADARÓ, 2021). Todavia, esta pesquisa socorre-se de recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2023) para verificar que

Embora o específico regramento dos arts. 158-A a 158-F do CPP (introduzidos pela Lei 13.964/2019) não retroaja, a necessidade de preservar a cadeia de custódia não surgiu com eles. Afinal, a ideia de cadeia de custódia é logicamente indissociável do próprio conceito de corpo de delito, constante no CPP desde a redação original de seu art. 158. Por isso, mesmo para fatos anteriores a 2019, é necessário avaliar a preservação da cadeia de custódia.

Nesse contexto, embora a ausência de diretrizes claras para a cadeia de custódia pudesse afetar a validade e a credibilidade das provas apresentadas no processo penal, pode-se constatar que o próprio arcabouço legal que orbita a regulamentação do corpo de delito – desde longa data – permite a interpretação de que o conjunto probatório dispunha de tutela bastante para assegurar a sua integridade/correção procedimental. Oportuno anotar que “o corpo de delito é, em regra, o objeto material do crime, ou seja, o objeto sobre o qual recaiu uma ou alguma das ações delituosas” (OLIVEIRA; FISCHER, 2011, p. 374, grifos no original), sendo que o exame respectivo, seja ele direto ou indireto, presta-se a apurar os elementos ligados ao contexto da empreitada criminosa.

Retomando o raciocínio, observa-se que denominada ‘Lei Anticrime’ (BRASIL, 2019) preenche o que se pode nominar como ‘lacuna normativa’ ao incorporar estes dispositivos específicos que regulamentam a cadeia de custódia, contribuindo para a consolidação de um sistema mais seguro, confiável e transparente no tratamento das provas no âmbito da persecução penal. Anote-se, aqui, que “a principal finalidade da cadeia de custódia é garantir que os vestígios deixados no mundo material por uma infração penal correspondem exatamente àqueles arrecadados pela polícia, examinados e apresentados em juiz” (BRASIL, 2023).

Este conjunto de elementos apresentado acima permite afixar a interpretação de que a cadeia de custódia se traduz em inovação legislativa do ponto de vista formal, porque é fruto de uma construção técnica e positivada que inexistia até então no ordenamento

jurídico brasileiro – ao menos no âmbito geral do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). Levando-se em conta o preceito do Art. 2º do mencionado diploma legal, a interpretação é de que as normas – cuja vigência data do ano de 2020 – não têm o condão de retroagir a fatos anteriores (GOMES FILHO; TORON; BADARÓ, 2021) para, por exemplo, acarretar na anulabilidade de provas que teriam sido produzidas/tratadas em desconformidade com as novas disposições processuais.

No entanto, o entendimento mais correto parece, de fato, indicar que a falta dessa regulamentação pretérita e expressa voltada aos procedimentos para o tratamento dos elementos de informação e das provas não permitia a adoção de práticas estranhas à correção técnica/procedimental porque justamente encontrava-se albergada por normas gerais e preceitos orientadores. É o caso, a título de exemplos, do exame de corpo de delito e da própria preocupação geral com a licitude formal e material das provas, e de sua inadmissão em caso de vícios – a dita prova ilícita.

Com efeito, já encaminhando o termo deste primeiro momento desta pesquisa, convém ressaltar a importância das alterações específicas que ora são objeto de estudo, cujos objetivos – muito claramente fixados – consistem, essencialmente em assegurar a autenticidade – garantir que as provas produzidas sejam genuínas, livres de alterações/manipulações –, a integridade – preservar a sua completude e protegê-las contra qualquer tipo de dano, contaminação ou perda – e a rastreabilidade das provas – com procedimentos claros para o registro e o controle de todas as etapas da cadeia de custódia, desde a coleta inicial até a sua apresentação em juízo (GOMES FILHO; TORON; BADARÓ, 2021).

Ademais destas constatações incipientes, uma indagação crucial é necessária a essa abordagem: quando se considera quebrada a cadeia de custódia? Ou, em outras palavras, apesar das previsões insculpidas no processo penal pátrio sobre os procedimentos a se adotar, houve a definição e a previsão de consequências para eventual inobservância dessas normas? A resposta é negativa, como observado com resoluta clareza pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que, sob a relatoria do Excelentíssimo. Min. Rogério Schietti Cruz, constatou que

[...] se é certo que, por um lado, o legislador trouxe, nos arts. 158-A a 158-F do CPP, determinações extremamente detalhadas de como se deve preservar a cadeia de custódia da prova, também é certo que, por outro, quedou-se silente em relação aos critérios

objetivos para definir quando ocorre a quebra da cadeia de custódia e quais as consequências jurídicas, para o processo penal, dessa quebra ou do descumprimento de um desses dispositivos legais. No âmbito da doutrina, as soluções apresentadas são as mais diversas. [...] Mostra-se mais adequada a posição que sustenta que as irregularidades constantes da cadeia de custódia devem ser sopesadas pelo magistrado com todos os elementos produzidos na instrução, a fim de aferir se a prova é confiável. Assim, à míngua de outras provas capazes de dar sustentação à acusação, deve a pretensão ser julgada improcedente, por insuficiência probatória, e o réu ser absolvido (BRASIL, 2021b).

Logo, não obstante a inovação legislativa mostre-se suficientemente bem elaborada e sensivelmente abrangente para albergar e orientar praticamente todo o decurso da produção probatória, propositalmente ou não a verificação da irregularidade procedimental e a respectiva definição das consequências processuais dela decorrentes acabou sendo conferida ao magistrado, na análise do caso concreto, a quem incumbira a valoração do grau de violação do material (GOMES FILHO; TORON; BADARÓ, 2021). A propósito, este foi o procedimento adotado no julgado acima analisado, com fulcro nos elementos presentes nos Autos e definindo, segundo as atribuições conferidas ao órgão julgador, a significação da sorte das provas e dos elementos de informação e, em última análise, até mesmo da regularidade processual.

Vale mencionar que este tema, cuja análise é eminentemente em jurisprudencial, será retomado por ocasião do derradeiro capítulo deste artigo, mostrando-se igualmente oportuno registrar que o objetivo da cadeia de custódia não é senão “[...] garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita. O instituto abrange todo o caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado [...]” (BRASIL, 2019). Portanto, todo o ‘percurso’ da prova, desde sua colheita até sua apreciação pelo órgão jurisdicional, passa a compor a sua essência e pode,

sim, interferir na sua capacidade probante, a depender de como foi tratada neste íterim.

Encerrados estes estudos precursores, cabe observar que o instituto em estudo ainda se mostra relativamente novo para o desenrolar da investigação e da ação penal, por ser uma inovação legislativa recente – como já anotado. Destarte, para além de compreender o contexto interpretativo e prático em que se situa, parece bastante didático e sobremaneira oportuno examinar – ainda que sumariamente – a composição das etapas incorporadas ao ordenamento jurídico voltadas a constituir a dita cadeia de custódia. Este é o conteúdo do capítulo seguinte.

### **3 ASPECTOS PROCEDIMENTAIS: OS CUIDADOS COM A PRESERVAÇÃO DA PROVA**

Sendo o cuidado procedimental a tônica da cadeia de custódia, parece oportuno trabalhar o conteúdo estruturante destes momentos, até para que se possa – ao final – compartilhar de uma visão pontual deste contexto probante, sobretudo levando-se em conta o Art. 158-B, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Pela ordem legislativa, a primeira etapa é o reconhecimento – inciso I –, que consiste na identificação, por meio de técnicas específicas da perícia criminal, de elementos que possuem potencial interesse para a produção da prova pericial, com a identificação de vestígios, objetos ou locais que possam conter elementos probatórios relevantes para a investigação criminal. Registre-se que o objetivo primordial do reconhecimento é selecionar e preservar corretamente os elementos que devem ser coletados e submetidos à análise pericial, garantindo a sua integridade e autenticidade para fins probatórios.

Já o isolamento – inciso II – refere-se ao ato de evitar que o estado das coisas se altere, por meio do isolamento e preservação do ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e ao local de crime, sobretudo voltado a impedir qualquer interferência ou contaminação que possa comprometer a veracidade dos elementos probatórios. O isolamento adequado envolve a delimitação da área do crime, estabelecendo-se um perímetro de segurança, a fim de evitar o acesso de pessoas não autorizadas e a preservação de vestígios e pistas relevantes, bem como impedir a manipulação ou a movimentação indevida de objetos e materiais presentes no local, a fim de resguardar a sua condição original.

Adiante, a etapa da fixação – inciso III – consiste na necessidade descrição detalhada do vestígio, conforme encontrado no local de crime ou no corpo de delito, juntamente com a sua posição na área de exames, visando a confecção de um laudo pericial completo e preciso, com a elaboração de um registro minucioso, que possa descrever de forma detalhada e

objetiva as características do vestígio, tais como sua localização, tamanho, forma, cor e outras peculiaridades relevantes, podendo ser acompanhada por fotografias, filmagens ou croquis que auxiliam na compreensão e ilustração dos elementos examinados.

Previstas nos incisos IV, V, VI e VII do Art. 158-B do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), respectivamente, as etapas da coleta, acondicionamento, transporte e recebimento do vestígio da infração penal – por estarem interligadas no contexto procedimental – serão estudadas de maneira conjunta neste trabalho.

Enquanto a coleta se refere à obtenção do vestígio no local da infração penal, com vistas a preservar suas características originais e evitar contaminação ou alteração indevida, observando-se as normas técnicas de cada área do conhecimento, a etapa do acondicionamento – em que o vestígio é devidamente embalado, protegido e lacrado em recipientes apropriados – busca minimizar a possibilidade de dano, contaminação ou perda que possa comprometer a sua autenticidade e integridade.

Posteriormente ao acondicionamento, o vestígio é transportado para o local designado, que pode ser um laboratório forense ou outro local de exame pericial, sendo fundamental a adoção de práticas de segurança, como a escolta adequada e o controle do acesso, também com vistas evitar a perda, contaminação ou manipulação indevida durante o transporte. De seu turno, finalizado o transporte ocorre o recebimento do vestígio no local de exame pericial, etapa esta que envolve a verificação da integridade do acondicionamento, a conferência dos registros e a documentação de todas as informações relevantes, como a data e o horário do recebimento, o responsável pelo transporte e outras informações pertinentes.

Outrossim, etapa do processamento (inciso VIII) refere-se ao exame pericial propriamente dito, momento em que, visando obter o resultado desejado para a produção de provas, ocorre a manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas. O perito responsável, conseqüentemente, procede às análises e testes específicos, seguindo os procedimentos científicos e técnicos estabelecidos, a fim de elucidar questões relevantes para o processo penal, e o resultado do processamento é formalizado em um laudo pericial, cujo conteúdo encontra previsão na legislação processual penal brasileira – Art. 160.

Aqui cabe um adendo oportuno que realça o contexto geral trazido pela cadeia de custódia, haja vista que antes de seu advento a consideração geral trazida pela legislação processual no tocante à prova técnica versava diretamente ao laudo pericial propriamente dito, seu conteúdo e suas conclusões. Não havia uma clareza quanto aos momentos que antecederam a concretização empírica do estudo

técnico, embora atualmente mostre-se bastante evidente o grau de importância destas etapas. Com efeito, o laudo, por mais bem elaborado que seja, não parece ser suficientemente confiável se a cadeia de tratamento dos materiais não tenha o grau de cuidado e de acompanhamento que hoje é pretendido e estabelecido pelo legislador.

Após a realização da perícia, restam dois momentos para que se considerem completas as etapas da cadeia de custódia: o armazenamento (inciso IX) e o descarte (inciso X). A etapa do armazenamento refere-se ao procedimento de guarda adequada do material a ser processado, levando-se em conta o acondicionamento em condições que garantam sua estabilidade e evitem qualquer forma de deterioração, contaminação, perda, extravio ou acesso indevido, sobretudo para assegurar a realização de eventual contraperícia, ou seja, a possibilidade de reexame por peritos indicados pelas partes envolvidas no processo.

Por fim, a etapa do descarte consiste no procedimento de liberação do vestígio, de acordo com a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial e envolve o ato de se desfazer do material que não mais se faz necessário para a investigação ou ação penal. Esse descarte deve ser realizado de acordo com as normas e regulamentações aplicáveis, garantindo a conformidade legal, a segurança ambiental e visando o uso indevido dos materiais.

Esta apresentação geral compõe o trabalho porque a compreensão da cadeia de custódia passa pelo entendimento dos procedimentos que a compõem, embora valha a ressalva de que há vozes na doutrina que criticam a inserção destes vários detalhes técnicos no corpo da legislação processual, pois seriam minúcias administrativas (GOMES FILHO; TORON; BADARÓ, 2021).

Em todo caso, ao trazer expressamente as disposições sobre o tratamento do material obtido e, nos parágrafos do artigo 158-A, previsões acerca dos agentes públicos responsáveis pelo seu tratamento, as normas acerca da cadeia de custódia estabelecem nome, ordem e um verdadeiro manual de boas práticas em uma seara de bastidores do processualística penal. Longe dos holofotes e em ambientes restritos, o manuseio/tratamento dos vestígios pode, inclusive acidentalmente, sofrer influências externas que potencialmente tendem a alterar todo o destino de uma ação penal, o que só ressalta o grau de acuidade das disposições relativas à rastreabilidade e à verificação externa das etapas.

E aqui não se está ventilando mérito ou demérito dos órgãos investigativos. Pelo contrário: a regulamentação deste momento probante pode gerar um efeito positivo no tratamento das evidências das infrações penais, como, por exemplo, a estruturação de órgãos, setores e sistemas internos nas polícias

judiciárias especificamente voltados a assegurar a higidez de tratamento e de acompanhamento destas diversas etapas acima especificadas, a fim de garantir segurança jurídica também àqueles profissionais que, no mais das vezes sem a estrutura operacional adequada, perfazem a crucial tarefa investigativa.

#### **4 A MODULAÇÕES JURISPRUDENCIAIS NA ANÁLISE DA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA E A RESERVA DE JURISDIÇÃO**

Dos debates explorados até aqui, resta claro que a cadeia de custódia enquanto traço procedimental de um processo penal em busca da modernização envolve uma gama de profissionais, desde peritos criminais, investigadores, delegados de polícia, policiais militares, servidores públicos, advogados, defensores públicos, além de membros do Ministério Público e da Magistratura.

Registre-se a constatação de que tão importante quanto disciplinar os meios de prova, estabelecer as funções, os papéis de cada um dos personagens que acima foram citados, e no contexto da alteração legislativa que implantou a cadeia de custódia também houve outras alterações aptas a consolidar o sistema acusatório no processo penal brasileiro (GOMES FILHO; TORON; BADARÓ, 2021). Ora, a coerência das mudanças aqui se perfaz de maneira também interligada, porque uma das vertentes interpretativas admitidas atualmente correlaciona a existência desta nova concatenação de atos probatórios como uma das facetas da garantia do devido processo legal, como bem defende Ramos (2022).

Conforme a autora, "a cadeia de custódia da prova está intimamente ligada ao sistema acusatório, pois somente com base no que este sistema defende é que a prova ganhará a 'mesmidade' e confiabilidade de que necessita para ser utilizada no processo (RAMOS, 2022, p. 168, grifos no original). Ademais, a literatura segue inserindo o instituto em estudo no universo da persecução penal, e, para além de fixá-lo dentro do mencionado sistema acusatório e de vinculá-lo com o devido processo legal, já trazia desde antes da alteração legislativa menções a outros princípios, como a paridade de armas, a ampla defesa e o contraditório como conteúdos estruturantes da concretização procedimental em estudo (DE MENEZES; BORRI; SOARES, 2018).

Adiante no raciocínio proposto e reiterada a concepção da importância da cadeia de custódia para a modernização da sistemática processual penal, impende tratar dos efeitos práticos desta nova regulamentação, e, sobretudo, de sua inobservância. Em linhas gerais, esta pesquisa já trouxe a concepção praticamente assente de que a falta de deliberação

legislativa específica acerca das consequências da inobservância das regras estabelecidas entrega a análise ao órgão julgador, cuja atuação decisória pauta-se pelo livre convencimento motivado (OLIVEIRA; FISCHER, 2011).

Por isso, ao tratar do mérito da ação penal, a apreciação essencial acaba por ser empreitada conferida ao órgão julgador – independentemente da instância, desde que cabível a revisão do mérito, factual – a apreciação da produção probatória e, obviamente, acerca da observância ou não das regras atinentes à cadeia de custódia, cabendo-lhe ponderar se houve alguma falha e, por conseguinte, qual seu grau de comprometimento à apuração dos fatos em julgamento.

A propósito, toma-se por empréstimo o exemplo trazido por Gomes Filho, Toron e Badaró (2021), denominado pelos autores por 'extremo', em hipótese de troca de amostras de sangue para perícia em exame de DNA, no qual o resultado equivocado tem grande relevância sobre o destino do processo. Neste caso, seguindo-se esta linha de raciocínio, deve o magistrado observar o prejuízo decorrente desta falha e considerá-lo por ocasião de sua decisão, se for o caso até mesmo invalidando a prova produzida.

Assim, sendo a quebra da cadeia de custódia matéria reservada à apreciação jurisdicional, parece relevante anotar e discorrer – brevemente – sobre alguns entendimentos jurisprudenciais exarados em recentes julgamentos do Superior Tribunal de Justiça, órgão de análise de matérias infraconstitucionais por excelência. Entende-se, pois, que tais estudos podem auxiliar a ilustrar os momentos interpretativos e as possíveis decorrências em contextos envolvendo, direta ou indiretamente, o debate sobre componentes essenciais da cadeia de custódia.

A primeira abordagem traz o entendimento de que a quebra da cadeia de custódia, por si só, não invalida a condenação se houver evidências suficientes da materialidade do crime, especialmente porque “[...] a jurisprudência desta Corte Superior se firmou no sentido de que, no campo da nulidade no processo penal, vigora o princípio *pas de nulité sans grief*, previsto no art. 563, do CPP, segundo o qual, o reconhecimento de nulidade exige a comprovação de efetivo prejuízo” (BRASIL, 2021a, grifos no original).

No caso em questão, um homem foi acusado de armazenar uma grande quantidade de cigarros estrangeiros sem documentação regular de entrada no país, de modo que apesar de haver uma divergência na quantidade de cigarros apreendidos – e uma alegada quebra na cadeia de custódia –, o relator do recurso, ministro Reynaldo Soares da Fonseca, destacou haver provas suficientes nos autos para a condenação, comprovando que o acusado mantinha pelo menos 1.050 maços de cigarros no depósito, sem a devida

documentação. Destarte, a contradição sobre a quantidade de cigarros não afetou a comprovação da materialidade do crime, e a defesa – no entendimento do órgão julgador, não demonstrou prejuízo decorrente do suposto vício (BRASIL, 2021a).

Nesta mesma linha de raciocínio, apresenta-se outra demanda julgada pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a quebra da cadeia de custódia não resulta automaticamente na nulidade da prova obtida, haja vista que potenciais anomalias no itinerário probante devem ser examinadas pelo juiz juntamente com contexto de provas existente no processo, de modo a definir se a prova impugnada ainda é segura. Logo, apenas após esse juízo de valor é que o magistrado pode anular ou determinar a exclusão da prova do processo (BRASIL, 2021b).

Esse entendimento, já mencionado nesta pesquisa, foi estabelecido pela Sexta Turma em um caso de tráfico de drogas, no qual a substância apreendida pela polícia foi entregue à perícia em uma embalagem inadequada e sem lacre, não sendo possível aferir com precisão se o material objeto da análise era o mesmo que fora apreendido em poder do acusado, o que implicou na absolvição da acusação da prática do crime de tráfico de entorpecentes por ausência de provas suficientes a embasar a referida condenação (BRASIL, 2021b).

Outra matéria submetida à apreciação jurisdicional trata da concisão em exame de DNA, e se isso se reflete ou não na violação de normas procedimentais atinentes à cadeia de custódia. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que a simples concisão de um ofício sobre um exame de DNA, mesmo sem indicação do número do pacote, não se mostra apta a comprovar a quebra da cadeia de custódia do material genético enviado para análise, não obstante as alegações da defesa no sentido de que a condenação por homicídio era baseada em prova ilícita devido à referida falta de identificação do pacote que continha o DNA da vítima – não estaria comprovada a materialidade do delito (BRASIL, 2020).

Na ocasião, o relator do Habeas Corpus, Ministro Nefi Cordeiro, destacou que o ofício demonstrava que o material genético foi solicitado e enviado devidamente identificado, mesmo que sem o número do pacote. Após avaliar a perícia e outras provas, o tribunal considerou comprovada a materialidade do crime, concluindo que não era possível alterar o entendimento com base nas alegações sobre a custódia das provas e verificando a legalidade dos referidos elementos probatórios (BRASIL, 2020).

Adiante nesta breve incursão sobre alguns entendimentos relacionados à cadeia de custódia, merece estudo o julgamento no qual se reitera que a deliberação sobre a observância ou não das normas relativas à regularidade procedimental implica, de fato,

apreciação da prova propriamente dita. Também aqui significa uma retomada de um conceito já exposto acima na presente pesquisa.

Isto, pois partindo-se da concepção de que no julgamento de Habeas Corpus não se mostra possível a realização de dilação probatória, embora reste cabível a análise de provas pré-constituídas, ou seja, já existentes e documentadas no processo (OLIVEIRA; FISCHER, 2011). Diante dessa premissa, compreende-se por que “a Sexta Turma, no julgamento do RHC 104.176, de relatoria do ministro Rogério Schietti Cruz, decidiu que eventual quebra da cadeia de custódia que demande análise fático-probatória não pode ser reconhecida em ação de habeas corpus” (STJ, 2023, p. 7).

Também com esse condão de estabelecer marcos temporais e processuais para verificação das irregularidades da cadeia de custódia é que se observa o último caso prático submetido à apreciação jurisdicional abordado nestes breves estudos, ocasião em que também a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu (BRASIL, 2022) que a irregularidade na guarda de provas em um processo do tribunal do júri deve ser apontada antes da pronúncia. O tribunal considerou que a nulidade supostamente ocorrida durante a etapa do júri não pode ser questionada posteriormente, conforme previsto no artigo 571, inciso I, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

O caso ora estudado envolvia réus condenados em primeira instância por deter e matar um homem por suspeita de roubo a um posto de gasolina. Após a anulação da decisão pelo Tribunal de Justiça de origem, o Ministro Sebastião Reis Júnior, relator do Recurso Especial, assinalou que houve o desaparecimento da arma do crime e de alguns projéteis, tal como a mistura de evidências com outro caso de homicídio investigado. Entretanto, o Ministro relator esclareceu que a defesa não solicitou a declaração de nulidade no momento adequado, resultando na preclusão desse direito, estabelecendo, portanto, o marco processual da pronúncia como limite para aventar tais questões processuais (BRASIL, 2022).

Logo, ao passo que atrai para si a competência para deliberar sobre o mérito do procedimento probatório central da cadeia de custódia, o Poder Judiciário – por meio da jurisprudência de tribunais superiores – também se ocupa de fixar marcos temporais e processuais nos quais passa a ser ou não cabível esta análise. Não parece restar, pois, dúvidas de que o instituto em estudo se consagra com clareza como dotado de todos os elementos para se considerar também a cadeia de custódia como verdadeiro meio de prova – ou seja, o itinerário probante é tão importante quanto a prova em si. Há uma inerente correlação, interdependência, sujeição entre a prova e as etapas de sua obtenção/produção.

Tal como ocorre, a título de exemplo, com o estudo pertinente à licitude das provas – e tudo o que permeia as discussões sobre a teoria dos frutos da árvore envenenada e, mesmo, a descoberta a partir de fontes independentes –, não parece haver na cadeia de custódia um sistema predefinido e tarifado de aferição de nulidade de elementos de prova, senão a reserva de jurisdição para julgamento deste particular. Inclusive, pôde-se perceber que o próprio contexto probatório é objeto de análise para, eventualmente, suprir certa irregularidade em determinado procedimento de obtenção de provas.

E isso não soa, a princípio, como uma autorização irrestrita do Poder Judiciário para que os órgãos investigativos possam desconsiderar a cadeia de custódia em nome de algum outro valor (como a existência de farto contexto probatório adicional): nem faria sentido. O que, salvo melhor juízo, transparece nos julgados consultados para elaboração desta pesquisa não é senão a consolidação da cadeia de custódia como evolução natural do processo penal e de sua adequação a um contexto social cada vez mais tecnológico e complexo, inclusive e principalmente na investigação de infrações penais.

Por outro lado, é razoável se garanta ao órgão julgador a tradicional e basilar reserva de jurisdição, a fim de que sua atividade judicante lhe permita uma análise macro do que lhe é instado a proferir julgamento. Em um sistema processual em que sequer a confissão tem supremacia ou valor absoluto diante de outras provas (GOMES FILHO; TORON; BADARÓ, 2021), realmente não parece razoável concluir que a cadeia de custódia o teria.

Portanto, a constatação de que a cadeia de custódia devidamente positivada na legislação – e agora integrante do processo penal propriamente dito – é mais uma evolução do que um preciosismo do legislador, não sendo exagerado prospectar sua presença na nova codificação processual penal, projeto este que ainda se encontra em discussão no Congresso Nacional (DI CUNTO; TRUFFI; RIBEIRO; LIMA, 2022).

A implementação prática da cadeia de custódia e os seus efeitos processuais nas análises ainda serão objeto do crivo judicial em vários aspectos, muitos dos quais não abordados nesta pesquisa. Aqui foram ventilados debates sobre o âmbito temporal de aplicabilidade, o momento processual adequado, o grau de interferência de eventual vício e, sobretudo, a já reiterada reserva de jurisdição em sua apreciação. Poder-se-ia aventar possíveis debates futuros sobre o ao alcance da cadeia de custódia em relação a quais espécies de elementos de informação – a todos? –; sobre eventual conflito ou atualização de normas técnicas no tratamento de materiais coletados, bem assim o surgimento de novos meios de obtenção de dados e as possíveis novas descobertas, entre outros debates.

Por isso, o objetivo deste breve artigo é propriamente observar de maneira mais detida determinados elementos comuns do instituto, além de sua conceituação e de seus detalhes práticos: nunca de esgotar ou de sentenciar, algo que, obviamente, não se lhe permite. A produção probatória é – e deve ser – tão dinâmica quanto a evolução social e suas tecnologias, e não poderia ser diferente com a cadeia de custódia. Aliás, não é demais afirmar que o instituto em estudo simultaneamente representa a preocupação com a evolução tecnológica e dos meios de obtenção de prova e, sobretudo, a preocupação em conferir ao julgador a possibilidade de proferir julgamento cada vez mais adequado diante do que lhe é posto no caso concreto, assegurando, em última análise, a própria consolidação da legitimidade da atuação do Poder Judiciário.

## CONCLUSÃO

Tecidas essas considerações, parece oportuno encaminhar o encerramento momentâneo desse estudo, visto que, salvo melhor juízo, cumpriram-se os objetivos inicialmente delineados para que se pudesse trilhar um caminho seguro através do qual fosse possível compreender conceitualmente a cadeia de custódia, averiguar suas etapas de manifestação e discutir suas decorrências práticas para o deslinde da persecução penal enquanto parte integrante do sistema atual, incorporando-se efetivamente ao rol das garantias processuais.

Incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro juntamente com outras relevantes – e até polêmicas, como é o caso do juiz de garantias – alterações, a cadeia de custódia traz à tona elementos de boas práticas e disciplina cuidadosamente tudo aquilo que se deseja do delicado e decisivo procedimento de manuseio de materiais probantes. Evidentemente, o objetivo da norma em questão é garantir às partes e ao órgão julgador a segurança jurídica necessária para tratar as provas com a importância que lhe é legalmente conferida, apta a fundamentar a decisão jurisdicional.

Em se tratando da persecução penal, em que bens jurídicos absolutamente relevantes encontram-se em jogo, a expressão da preocupação com a correção procedimental e com a higidez das provas incorporadas à lide apenas consolida a busca pelo processo penal alinhado aos ditames constitucionais. Ora, é possível conceber a concretização empírica do devido processo legal – garantia constitucionalmente assegurada – sem que haja confiança nas provas produzidas? Certamente não.

Isso posto, convém registrar que a pesquisa que agora se finda buscou delimitar a compreensão da conceituação e do verdadeiro encaixe da cadeia de custódia na atual codificação do processo penal brasileiro. A par disso, com apoio mais na legislação do

que em qualquer outro material, o capítulo intermediário traz a averiguação do itinerário tido ideal para tratamento da prova e de seus meios, soando sensivelmente importante ter em mente estes detalhes para uma visão ainda mais aproximada daquilo que se concebe como cenário desejável.

Já a parte final da pesquisa trouxe alguns resultados de julgamentos nos quais a cadeia de custódia foi objeto de análise e a deliberação interferiu decisivamente para a decisão adotada. Este elemento prático jurisprudencial, notadamente empírico, auxiliou na tarefa de confirmar a hipótese de que eventual quebra da cadeia de custódia é matéria reservada à apreciação jurisprudencial. E mais: há momentos processuais adequados – não se admitiria sua alegação a qualquer tempo –, bem como por si só alguma inobservância procedimental não é apta a gerar a ilegalidade e a exclusão da prova produzida: o contexto probatório disponível deve ser analisado de modo a fundamentar a análise do magistrado em sua atividade judicante.

Evidentemente é preciso registrar o momento de confecção/publicação desta pesquisa e a já mencionada evolução dos entendimentos inerentes àquelas alterações legislativas que ainda se mostram recentes. Portanto, nada impede que novas decisões alterem os posicionamentos ora trabalhados e as conclusões acima aventadas e esse é justamente o grande mérito do processo: a aptidão das interpretações aos contextos jurídico-sociais que se mostrarem mais adequados.

A par destes aspectos conclusivos é igualmente importante mencionar os princípios e as garantias que norteiam as referidas decisões, como o devido processo legal, a ampla defesa e, particularmente importante, a reserva de jurisdição a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. É da fundamentação que se pode – e poderá – extrair a essência e a trajetória argumentativa e interpretativa do que produziu de provas no processo, a fim de verificar a quebra ou não da cadeia de custódia, com a invalidação ou a manutenção do resultado obtido.

Portanto, inegavelmente a cadeia de custódia acrescenta um novo elemento na persecução penal brasileira porque justamente direciona o foco para os procedimentos e para o seguro e correto tratamento dos materiais obtidos. Sem prejuízo da verificação de sua importância, já longamente defendida ao longo destas breves páginas, parece oportuno constatar que a cadeia de custódia não é um fim em si mesma e, uma vez respeitada, parece contribuir sobremaneira para assegurar e fortalecer a legitimidade da persecução penal perante os jurisdicionados e, em consequência – por que não? – a consolidação da própria atuação jurisdicional.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 77836 – Pará. Processo penal. Recurso em habeas corpus. [...] Quebra da cadeia de custódia. Relatório circunstanciado. Prescindibilidade. Revolvimento da prova. Impossibilidade na via eleita. Recurso não provido. Brasília, DF. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 12 de fevereiro de 2019. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=202203821345](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202203821345). Acesso em: 17 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm). Acesso em: 11 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 574103 – Minas Gerais. Habeas corpus. Homicídio qualificado (Art. 121, § 2º, I, CP). Nulidades. Alegação de autoria reconhecida com base em interceptação telefônica ilegal. Nulidade afastada. Indicação de outros indícios de autoria e preclusão da matéria. Ilegalidade do laudo pericial. Exame realizado em corpo que não seria da vítima. Quebra da cadeia de custódia. Divergências na cor da pele e tempo de morte. Necessidade de revolvimento fático-probatório. Ordem denegada. Brasília, DF. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 4 de agosto de 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=202000896165>. Acesso em: 2 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1847296 – Paraná. Penal. Processo penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Contrabando. Art. 334-A, § 1º, inciso IV, do CP. Cigarros. Materialidade comprovada. Quebra da cadeia de custódia da prova não demonstrada. Nulidade. Ausência de prejuízo. Agravo regimental não provido. Brasília, DF. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 28 de junho de 2021 [2021a]. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=202100493816>. Acesso em: 13 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 653515 – Rio de Janeiro. Habeas corpus. Tráfico de

drogas e associação para o narcotráfico. Quebra da cadeia de custódia da prova. Ausência de lacre. Fragilidade do material probatório residual. [...] Ordem concedida. Brasília, DF. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 23 de novembro de 2021 [2021b]. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202100831087&dt\\_publicacao=01/02/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100831087&dt_publicacao=01/02/2022). Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1825022 – Minas Gerais. Recurso Especial. Penal e Processual Penal. Júri. Veredicto condenatório. Anulação em sede de julgamento do apelo defensivo, calcada na quebra de cadeia de custódia da prova que subsidiou a elaboração da perícia oficial [...]. Tese suscitada extemporaneamente. Preclusão. Art. 571, I, do CPP. Precedentes desta corte e do STF. FUNDAMENTO SUBSIDIÁRIO. Inexistência de elemento concreto que indique que as irregularidades no trato da prova repercutiram de forma concreta nas conclusões da perícia técnica [...]. Brasília, DF: Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 22 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=201901971629>. Acesso em: 14 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 143169 – Rio de Janeiro. Penal e processual penal. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus. [...] Cadeia de custódia. Inobservância dos procedimentos técnicos necessários a garantir a integridade das fontes de prova arrecadadas pela polícia. Falta de documentação dos atos realizados no tratamento da prova. Confiabilidade comprometida. Provas inadmissíveis, em consequência. Agravo regimental parcialmente provido para prover também em parte o Recurso Ordinário. Brasília, DF: Relator: Min. Messod Azulay Neto, 7 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=202100573956>. Acesso em: 10 jul. 2023.

DI CUNTO, Raphael. TRUFFI, Renan. RIBEIRO, Marcelo. LIMA, Vandson. Câmara deve votar novo Código de Processo Penal. Valor Econômico. Brasília/DF, 3 nov. 2022. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2022/11/03/camara-deve-votar-novo-codigo-de-processo-penal.ghtml>. Acesso em: 14 jul. 2023.

DE MENEZES, Isabela Aparecida; BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. Revista brasileira de direito processual penal, v. 4, n. 1, p. 277-300, 2018. Disponível em

: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.128>. Acesso em: 11 jul. 2023.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gusvato Henrique (coord). Código de processo penal comentado [livro eletrônico] / -- 4. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. Fundamentos de metodologia científica. 5. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. Comentários ao código de processo penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RAMOS, Rafaela. A cadeia de custódia da prova no processo penal pela perspectiva da Lei 13.964/2019 como mecanismo garantidor do devido processo legal em um estado democrático de direito. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 2, n. 29, p. 150-172, 2022. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/405>. Acesso em: 11 jul. 2023.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. A cadeia de custódia no processo penal: do Pacote Anticrime à jurisprudência do STJ. 23 abr. 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/23042023-A-cadeia-de-custodia-no-processo-penal-do-Pacote-Anticrime-a-jurisprudencia-do-STJ.aspx>. Acesso em: 30 jun. 2023.

Este artigo foi escrito entre junho e agosto de 2023 por Adriano Vottri Bellé.

## - ESCOLARIZAÇÃO DOS POVOS ORIGINÁRIOS -

### Ensino Híbrido e os desafios da educação dos povos indígenas no Estado Democrático de Direito



**Juliana Passos Dias<sup>1</sup>**

O presente artigo tem por objetivo geral perquirir o processo de concretização do direito à educação escolar pelos povos originários brasileiros, consagrados na Constituição Federal de 1988 e legislação infraconstitucional, assim como analisar os consequentes processos de modernização tecnológica para transmissão de conhecimento e os desafios para implantação do modelo de ensino híbrido às comunidades indígenas brasileiras. Utiliza-se o método dedutivo, mediante abordagens bibliográfica e documental, por meio de revisão doutrinária e da legislação alusiva ao tema. Apesar do empenho do legislador constituinte e do arcabouço legislativo infraconstitucional, a adoção de políticas públicas para o fomento da educação escolar indígena tem sido insuficiente. Por outro lado, o ensino híbrido surge como alternativa para formação de novos docentes que, a longo prazo, podem contribuir na melhoria do ensino da população indígena.

**Palavras-chave:** educação; povos originários; educação indígena; educação indígena brasileira; ensino híbrido; hibridação; culturas híbridas.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu do Centro Universitário Unicuritiba; Pós-Graduada em Direito Contemporâneo pela Faculdade de Estudos Sociais do Paraná-FESP; Advogada. E-mail: juliana\_passos@hotmail.com. Orcid ID: 0009-0001-5955-0168.

## SCHOOLING OF ORIGINAL PEOPLE

### Blended Learning and the challenges of educating indigenous peoples in the Democratic State of Law

The general objective of the present article is to investigate the process of concretization of the right to school education for Brazilian native peoples, as enshrined in the 1988 Federal Constitution and in infra-constitutional legislation, as well as to analyze the consequent processes of technological modernization for the transmission of knowledge and the challenges for the implantation of the hybrid teaching model in Brazilian indigenous communities. The deductive method is used, by means of bibliographical and documental approaches, through a review of doctrine and legislation alluding to the theme. Despite the efforts of the constituent legislator and the infra-constitutional legislative framework, the adoption of public policies for the promotion of indigenous school education has been insufficient. On the other hand, hybrid education emerges as an alternative to the training of new teachers who, in the long run, can contribute to the improvement of education for the indigenous population.

**Keywords:** education; native peoples; indigenous education; Brazilian indigenous education; hybrid teaching; hybridization; hybrid cultures.

## INTRODUÇÃO

O processo de escolarização indígena no Brasil se iniciou durante o período de colonização europeia, com a participação ativa de missionários jesuítas que buscaram introduzir uma educação catequética pautada no modelo europeu a fim de homogeneizar os costumes do povo colonizado, desconsiderando por completo a cultura tradicional dos povos originários.

Somente a partir do final da década de 1980 – quase quatrocentos anos após a colonização – os povos originários brasileiros finalmente passaram a ser considerados em sua essência, sendo-lhes resguardado não só o usufruto da terra que ocupam, mas principalmente o exercício da própria cultura.

Contudo, apesar do grande avanço no reconhecimento dos direitos dos povos originários pelo Estado brasileiro, é notório que essas prerrogativas não têm sido experimentadas na prática. Seja por falta de vontade política, seja por ausência de repasse dos recursos financeiros pelo Estado, fato é que as necessidades básicas como infraestrutura, saneamento básico, energia, alimentação adequada e educação sequer têm sido atendidas.

As realidades sociais, políticas, econômicas e culturais atravessam profundas transformações. Certamente nem o povo originário indígena, nem a sociedade envolvente atual são os mesmos desde a ocupação do território brasileiro pelos europeus.

Contudo, em que pese as transformações culturais e a boa vontade do legislador em promover a constitucionalização dos direitos dos povos originários, assim como da comunidade internacional ao elevar a garantia e proteção da dignidade humana dos povos indígenas por meio de tratados internacionais, percebe-se que essas comunidades permanecem invisíveis aos olhos do Estado, especialmente quanto a educação escolar.

Por isso é necessário avaliar, de modo específico, teses e hipóteses que habitualmente são apresentadas acerca da escolarização dos povos originários e realizar uma reflexão sociojurídica, preocupada com a política de inclusão social face à degradação atual do ensino indígena; analisar a normativa e a efetivação dos dispositivos constitucionais e normas infraconstitucionais do direito à educação; definir e estudar o fenômeno do ensino híbrido e seus reflexos na efetivação do direito à educação escolar indígena.

## 2 EDUCAÇÃO ESCOLAR DOS POVOS ORIGINÁRIOS DO BRASIL E A TUTELA JURÍDICA-LEGISLATIVA

Desde a colonização do território brasileiro pela dominação dos conquistadores europeus, as comunidades indígenas reproduzem uma classe de

abandonados e desclassificados sem qualquer chance de participação na competição social em qualquer esfera da vida.

Pelo abandono social e político, os povos originários ainda hoje são vítimas de preconceito e ignorância da sociedade envolvente, cada vez mais comprimidos em bases territoriais marginalizadas, cuja educação indígena permaneceu inexistente até meados do século XX.

O ensino, até então, era utilizado como método de coerção das comunidades indígenas a fim de produzir a assimilação forçada de princípios e valores alheios aos seus e da negação da sua própria identidade cultural.

Essa perspectiva de assimilação cultural descrita pelo antropólogo e sociólogo Darcy Ribeiro indica que mesmo nos dias atuais:

Estamos diante do resultado de um processo civilizatório que, interrompendo a linha evolutiva prévia das populações indígenas brasileiras, depois de subjuga-las, recruta seus remanescentes como mão de obra servil de uma nova sociedade, que já nascia integrada numa etapa mais elevada da evolução sociocultural. No caso, esse passo se dá por incorporação ou atualização histórica – que supõe a perda da autonomia étnica dos núcleos engajados, sua dominação e transfiguração-, estabelecendo as bases sobre as quais se edificaria daí em diante a sociedade brasileira (RIBEIRO, 2006, p. 67).

Este paradigma passou por forte contraponto a partir da Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho, que recomendou a mudança dos parâmetros para uma nova educação indígena garantindo, entre tantos direitos, a universalização da educação formal dos povos originários e, principalmente, a consideração das realidades sociais e culturais, do combate ao preconceito e do reconhecimento oficial das línguas indígenas como instrumento de comunicação com essas minorias.

Pela primeira vez na história brasileira o cenário da educação indígena passou a ser considerado com mais clareza, com a conseqüente criação de entidades de apoio e suas importantes contribuições para afirmação desses direitos. A partir da década de 1970, com adoção das diretrizes propostas pela

Convenção nº 169 da OIT, da qual o Brasil é signatário, um novo panorama foi emoldurado com propostas educacionais voltadas para valorização das identidades culturais e étnicas da população indígena.

No plano internacional, o debate acerca dos direitos humanos foi ampliado após a Segunda Grande Guerra e os povos originários, após séculos de marginalização, passaram a ser pauta da agenda de discussão global acerca da proteção de seus interesses, sobretudo a identidade étnica, cultural, econômica e social.

A Convenção Internacional Sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial adotada pela Organização das Nações Unidas defende que qualquer "doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, inexistindo justificativa para a discriminação racial, em teoria ou prática, em lugar algum."<sup>1</sup> (ONU 1965) O objetivo da adoção desse princípio é a erradicação de qualquer forma de discriminação, inclusive de ordem étnica, incluindo – nesta categoria – a população indígena.

Os erros históricos cometidos contra os povos originários, provocaram o senso de responsabilidade mundial que resultou em pedidos de desculpas públicas de diversas nações, com a adoção de medidas práticas como pagamento de indenizações, perdidos de perdão oficial, e medidas para amenizar desvantagens sociais e econômicas causadas pelas injustiças históricas.

Nas palavras do professor e filósofo norte americano Michael J. Sandel:

As principais justificativas para que se façam pedidos públicos de desculpas são honrar a memória dos que sofreram injustiças pelas mãos (ou em nome) da comunidade política, reconhecer os efeitos em longo prazo da injustiça com as vítimas e seus descendentes e reparar os erros cometidos por aqueles que infligiram a injustiça ou nada fizeram para evitá-la. Como gestos públicos, os pedidos de desculpas podem ajudar a cicatrizar as feridas do passado e criar uma base

No plano nacional, ao ratificar esta convenção, o Estado brasileiro se comprometeu a adotar medidas para o combate à discriminação étnica fomentando a prática de políticas compensatórias que acelerem o processo de igualdade, denominadas 'ações afirmativas', que percorrem o plano educacional das comunidades indígenas.

O grande triunfo constitucional se deu a partir da promulgação da Constituição de 1988, quando os povos indígenas alcançaram reconhecimento de suas formas de organização social, crenças e tradições, garantindo o uso da língua materna na formulação dos processos de aprendizagem da educação escolar, que na lição de Flávia Piovesan "...propicia a reinvenção do marco jurídico dos direitos humanos, fomentando extraordinários avanços nos âmbitos da normatividade interna e internacional."<sup>3</sup> (PIOVESAN, 2013)

A partir da proteção constitucional desse valioso direito, a educação diferenciada passou a ser objeto de desenvolvimento legislativo específico não apenas para a proteção da sobrevivência étnica, mas também como meio de garantir o resgate de uma cultura submetida há séculos de violência e subserviência.

Assim, merece a destaque não apenas a inclusão do ensino sobre a história e cultura indígena no currículo oficial da educação nacional por meio da Lei de Diretrizes e Bases (Lei 11.645/2008), mas também o esforço de cada ente federado para regulamentar a educação escolar das populações indígenas pela secretaria de educação de cada estado.

O Estado do Paraná, por exemplo, cuja população indígena até o ano de 2010 era de aproximadamente vinte e seis mil pessoas distribuídas em diversas etnias como os Guarani, Kaingang, Xetá e Xoklend, dedicou inúmeros pareceres e resoluções para assegurar a alteração da matriz curricular das escolas indígenas já credenciadas a fim de incluir a língua materna de cada etnia na educação formal de crianças e adolescentes.

A solicitação da Secretaria de Estado da Educação do Paraná, por meio do Parecer nº 28/2018, apreciado pelo Conselho Estadual de Educação naquele mesmo ano, pretendia "assegurar os direitos aos

<sup>1</sup> BRASIL. Decreto 65.810 de 8 de dezembro de 1969. Dispõe sobre a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D65810.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html). Acesso em 23 fev. 2023

<sup>2</sup> SANDEL, Michael J. Justiça: o que é fazer a coisa certa. Trad. 20ª ed. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2016. p. 261.

<sup>3</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 33.

estudantes indígenas matriculados em instituições de ensino estaduais ou municipais não indígenas e que não possuem em suas matrizes curriculares as disciplinas de Língua Guarani, Kaingang e Xetá<sup>4</sup> não apenas como direito à preservação da identidade cultural, mas também garantir o direito constitucional ao ensino bilíngue.

Diferente foi a realidade enfrentada pela comunidade indígena Ofayé Xavante localizada no Estado do Mato Grosso do Sul, cujo idioma estava prestes a ser extinto pela ausência de manutenção das tradições que deveriam ser preservadas e difundidas por via da escolarização indígena.

Naquela ocasião, foi necessária a propositura de uma Ação Civil Pública (Autos nº 0000652-21.2006.4.03.6003) para assegurar a adequação da grade curricular e, assim, atender as necessidades especiais da comunidade indígena sob pena de ser extinta a sua língua materna. O acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região<sup>5</sup> frisou, ainda, que o comando constitucional "é um dever intransponível do Estado", que tem a obrigação de garantir o ensino bilíngue para manutenção da cultura nativa.

Por muito tempo o pano de fundo da educação indígena foi a homogeneização da cultura, buscando a "adequação" do ensino indígena ao método de ensino desenvolvido pela sociedade envolvente, sem considerar as especificidades étnicas e o próprio idioma local.

Diante dessas premissas, é relevante ponderar que a oralidade é o método de transmissão do saber indígena por excelência, que o conhecimento empírico por meio de observação da natureza e apreço pelas coisas sagradas, são conceitos caros à essas comunidades. Essas construções não podem ser substituídas por longos diálogos e extensos materiais didáticos que não atenderiam o propósito de educação escolar voltado aos povos originários. (SILVEIRA, 2012b)

Diante da inércia do Estado na promoção dos elementos básicos para o acesso à educação, algumas entidades buscam amparo do Poder Judiciário para garantia de educação, como é o caso da comunidade Ofayé Xavante do Estado do Mato Grosso do Sul. O ativismo judicial, criticado pela comunidade jurídica e civil, acaba sendo o último recurso para assegurar os direitos fundamentais à educação dos povos originários. A interferência judicial para fazer cumprir o direito à educação escolar indígena demonstra, mais uma vez, a necessidade de posicionamento não apenas

das esferas de poder, mas da própria comunidade indígena.

No sentido universal, a educação é um instrumento de liberdade. E o ensino bilíngue garantido constitucionalmente, se bem explorado, pode ser um instrumento de afirmação da identidade dos povos originários. Porém, a perpetuação dos dialetos locais é enfraquecida pela baixa formação de professores que transmitem o saber. O multilinguismo é, ao mesmo tempo, uma valiosa ferramenta de ensino e um grande desafio para formação de novos docentes.

Além da dificuldade na formação de docentes multilíngues, não há dados nacionais precisos sobre a implantação de novas escolas indígenas, quantidade de alunos e professores, metodologia pedagógica, formação docente em variadas línguas maternas, entre outros aspectos que permeiam a educação escolar indígena.

A última pesquisa realizada pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (INEP) e pelo Ministério da Educação (MEC) voltada para população indígena foi divulgada no ano de 2010, ou seja, há mais de uma década. É evidente que a defasagem no levantamento de dados impede um mapeamento que possibilita a implementação de melhores condições de ensino nessas comunidades.

Diante da peculiaridade do levantamento de dados oficiais dos povos originários, ante a localização geográfica e a complexidade de cada grupo étnico, o censo escolar não obedece aos mesmos prazos e critérios utilizados para pesquisa aplicada à sociedade envolvente. Porém, não se pode evitar esforços para obtenção de dados para implementação de melhorias e investigação das necessidades nessas comunidades.

Além da problemática da oferta de educação bilíngue e da ausência de dados estatísticos, há também desafios periféricos como a formação dos professores indígenas e o regime de contratação desses docentes, além de questões que envolvem todo o processo de educação como transporte, materiais didáticos, acesso à internet e a merenda escolar adequada à tradição indígena.

Quanto ao último, inconformados com a merenda escolar oferecida pela Secretaria do Estado da Educação de Roraima, os professores Yanomami

<sup>4</sup> CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ. Pedido de análise do Projeto de Línguas Kaingang, Guarani e Xetá para os alunos indígenas das instituições de ensino, estaduais ou municipais, que não possuem em seus currículos a língua materna. Parecer n.º 28/2018. 22 de fevereiro de 2018. Relatora Sandra Teresinha da Silva. Disponível em: [https://www.cee.pr.gov.br/sites/cee/arquivos\\_restritos/files/migrados/File/pdf/Pareceres\\_2018/Bicameral/pa\\_bicameral\\_28\\_18.pdf](https://www.cee.pr.gov.br/sites/cee/arquivos_restritos/files/migrados/File/pdf/Pareceres_2018/Bicameral/pa_bicameral_28_18.pdf). Acesso em 23 fev. 2023.

<sup>5</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Jurisprudência. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumentosProcesso?numerosProcesso=200660030006522&data=2018-04-04>. Acesso em: 23 fev. 2023.

<sup>6</sup> SILVEIRA, Edson Damas da, SILVEIRA, Stela Aparecida Damas da. Direito Fundamental à Educação Indígena. Curitiba. Juruá, 2012. p. 45.

apresentaram uma proposta durante a I Conferência Estadual de Educação Indígena<sup>7</sup> a fim de que os sucos em caixinha, bolachas e guloseimas ultra processadas fossem substituídas por alimentos que pertencem à própria identidade Yanomami, como frutos de cultivo, caça e pesca (SILVEIRA, 2012).

Passados quase meio século desde a primeira Convenção Internacional que se discutia a preservação cultural dos povos originários, e mais de trinta anos desde a promulgação da Constituição da República de 1988, o que se percebe que é tais direitos ao acesso à educação escolar indígena foram pouco desenvolvidos e poucos investimentos foram realizados pelo Estado.

### 3 ENSINO HÍBRIDO E O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INDÍGENA

A realidade do ensino tradicional tem passado por severas transformações globais. O modelo industrial de educação, constituído em sala de aula e sistema escolar de três níveis (fundamental, médio e superior), com alunos distribuídos por faixas etárias, turnos cronometrados e padronização da forma de ensinar, está passando por severas mudanças.

Instituído no início do século XX, este modelo permitiu que milhares de estudantes entrassem para o mercado de trabalho, oportunizando àqueles que tivessem acesso à educação formal a perspectiva de progredir socialmente. Em apenas uma sala de aula com apenas um professor, dezenas de estudantes eram alfabetizados e preparados para a economia da época.

A partir da década de 1970, porém, o modelo de ensino uniforme passou a ser questionado por educadores. Isso porque as mudanças sociais, econômicas e culturais pelas quais passaram todo o globo nas últimas décadas tornaram evidente que o mundo mudou, os objetivos da aprendizagem mudaram, mas o modelo de educação escolar não.

Esse processo decorre não apenas do movimento tecnológico ascendente, mas principalmente dos objetivos da preparação escolar centrada no potencial do aluno, considerando que cada indivíduo é único e possui um ritmo de aprendizado diferente.

Esse desejo de personalização focada no estudante se revela desafiador. Isso porque a individualização, embora permita explorar o potencial máximo de cada aluno de acordo com sua competência e capacidade de abstração de conhecimento impõe, do outro lado, a participação de tutores e professores que se dediquem particularizadamente às necessidades de cada estudante. O processo de ensino não é mais apenas trabalhoso, mas também financeiramente

custoso. Soma-se a isso a dificuldade de acesso às salas de aula por problemas estruturais, geográficos e socioeconômicos.

Dentro do contexto educacional brasileiro a falta de infraestrutura das salas de aula nos centros urbanos e mesmo a ausência de escolas em áreas rurais, ribeirinhas ou comunidades indígenas, são outros obstáculos à individualização. Muitos são os estudantes que precisam se deslocar quilômetros de distância, enfrentando todos os tipos de intempéries para frequentar as salas de aula.

O ensino híbrido surge, então, como alternativa para a mudança no conceito de aprendizagem escolar do mundo contemporâneo. Com o auxílio de uma boa conexão de internet e disposição para uma experiência de aula virtual, o estudante passa a ter acesso a um relacionamento pessoal com seu professor além do acesso ao conteúdo mundialmente disponível.

Embora tenha raízes no modelo de ensino on-line, o ensino híbrido não significa uma aula virtual, apenas. Segundo o autor e pesquisador Michael B. Horn, ensino híbrido é "qualquer programa educacional formal no qual um estudante aprende, pelo menos em parte, por meio de ensino on-line, com algum elemento de controle do estudante sobre o tempo, o lugar, o caminho e/ou ritmo."<sup>8</sup> A autonomia do aluno na escolha do ambiente escolar, presencial ou virtual, é um dos importantes elementos que representam guinada do modelo de ensino tradicional para modelo híbrido.

Assim, o ensino híbrido não está meramente vinculado a recursos tecnológicos e ambientes virtuais inovadores. Trata-se, também, de um desenvolvimento social e um fenômeno cultural contemporâneo. O ensino tradicional não uniformiza apenas o conteúdo, mas também homogeneiza a identidade entre os colegas de classe que vivenciam a mesma realidade cultural local. Já a experiência proposta pelas salas de aulas virtuais proporciona a troca de experiência multicultural que também constitui importante característica social da hibridização do ensino. Esse fenômeno recente contribui para a interculturalidade, fomenta a criatividade coletiva e democratiza o acesso ao conhecimento.

Nessa perspectiva, a hibridação do ensino não passa apenas pelo processo de implementação tecnológica na metodologia de ensino. É uma inovação disruptiva que implica a necessária conceituação dentro das ciências sociais. O sociólogo e antropólogo argentino Néstor García Canclini, estudioso da cultura latino-americana, entende "por hibridação processos socioculturais nos quais estruturas ou práticas discretas, que existiam de forma separada, se

<sup>7</sup> SILVEIRA, Edson Damas da, SILVEIRA, Stela Aparecida Damas da. Direito Fundamental à Educação Indígena. Curitiba. Juruá, 2012. p. 89.

<sup>8</sup> HORN, Michael B., STAKER, Heather. Blended: usando a inovação disruptiva para aprimorar a educação. Trad. Maria Cristina Gularte Monteiro. Porto Alegre. Penso, 2015. p.34.

combinam para gerar novas estruturas, objetos e práticas.<sup>9</sup>

A reconversão cultural proposta pelo processo de hibridação, deságua no contexto educacional da população indígena. Seja por preconceito, seja por falta de políticas públicas, não parece crível à sociedade envolvente que a tecnologia possa ser utilizada como ferramenta para o exercício das suas atividades silvícolas.

A Constituição da República assegura aos povos originários o pleno exercício da sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. A hibridação é, nesse ponto, um marco no amparo de suas demandas étnicas já que o apoio do rádio, televisão e internet funcionam como porta-vozes de sua cultura para o mundo.

No Brasil, entre os grandes desafios enfrentados pelas comunidades indígenas para o exercício do direito à educação escolar prevista na Constituição de 1988 - além da carência de estrutura física - está a própria formação dos professores indígenas que vão desde a precariedade de locomoção e alojamento, até ao curso de licenciatura na área das ciências indígenas.

Neste ponto, a hibridização do ensino já demonstra ser uma alternativa efetiva para formação de novos docentes, como é o caso da Universidade do Estado do Amazonas que oferta o curso de Licenciatura Intercultural Indígena por meio de aulas síncronas que são previamente programadas e distribuídas a mais de cinquenta e dois municípios do estado.

O ensino híbrido já faz parte do processo de inovação e é uma importante ferramenta para aprimorar a educação. Estudos sobre a hibridização do ensino são desenvolvidos há mais de vinte anos, mas sua implementação foi acelerada pelo processo desencadeado pela pandemia mundial causada pelo novo coronavírus.

Essa crise sanitária compeliu tanto as escolas voltadas ao ensino da sociedade envolvente quanto às escolas indígenas a se adaptarem à nova realidade que impunha o distanciamento social como método de contenção do avanço da doença respiratória.

Nesse contexto, as escolas indígenas que já eram desassistidas em várias esferas públicas, durante o período pandêmico tiveram que se submeter a atividades impressas e distribuídas nas casas dos alunos pelos professores, já que o acesso à internet nas comunidades - quando existem - são centralizadas nas dependências da escola, via rádio.

É perceptível o abismo que há entre o atendimento dos alunos da sociedade envolvente e o

das comunidades indígenas no que se refere ao ensino híbrido.

Se os tratados internacionais e os princípios constitucionais asseveram a proteção dos direitos humanos dos povos originários e determinam esforços coletivos para redução da discriminação entre esses povos, a atenção à educação escolar nas comunidades indígenas pelo Estado é urgente.

A igualdade formal perante a lei em um Estado Democrático de Direito deveria garantir igualdade no processo de formação escolar indígena. Contudo, o que se percebe é a ausência de vontade política - e, quem sabe, preguiça interpretativa - no sentido de promover as mudanças necessárias para garantia do direito fundamental à educação escolar indígena.

A recente e inédita criação do Ministério dos Povos Indígenas pelo poder executivo, anuncia uma significativa mudança dessa participação na política indigenista no Brasil. Entre as pautas da atuação ministerial estão a demarcação das terras indígenas e preservação da cultura dos povos originários por meio da educação.

Sendo assim, o potencial das comunidades indígenas não apenas passa a ser pauta de governo, mas é também um fator decisivo nas relações com o Estado e, dessa forma, condiciona também a efetiva aplicabilidade dos direitos fundamentais, dentre eles, a educação.

A desigualdade é característica marcante do povo brasileiro. Porém, é ainda maior quando se trata da educação escolar entre a sociedade envolvente e da população indígena. Mesmo com tantos direitos conquistados, sua efetivação ainda é um sonho distante.

A conclusão é extraída das lições do filósofo italiano Norberto Bobbio, que tão bem descreveu:

O Brasil é a terra da desigualdade. Aqui o grau de disparidade entre ricos e pobres, brancos e não-brancos, homem e mulher, moradores do campo e da cidade, indivíduos de alta e baixa escolaridade é provavelmente maior que em qualquer outro lugar<sup>10</sup>.

Portanto, os reflexos da ausência de políticas públicas prejudicam diretamente o exercício dos direitos sociais, já que além da dissolução da cultura e da língua materna, a população indígena segue no processo de marginalização e desigualdade.

<sup>9</sup> CANCLINI, Néstor García. Culturas Híbridas: estratégias para entrar e sair da modernidade. Trad. Heloísa Pezza Cintrão, Ana Regina Lessa. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2019.p.XIX

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 1992, p. 37

O arcabouço jurídico já está consolidado e a temática da educação escolar indígena está em pauta. Lideranças indígenas estão sendo qualificadas e novas formas de educação, como o hibridismo escolar, já estão sendo experimentados. Espera-se que investimentos na área da tecnologia sejam realizados para a verdadeira efetivação dos direitos que há décadas estão escritos, mas não exercidos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após séculos de injustiça histórica contra os povos originários brasileiros é notável a ação indigenista na conquista de direitos étnicos sagrados como a preservação dos costumes e garantia do exercício das crenças e tradições, assim como a garantia do ensino bilíngue em todas as esferas da educação escolar indígena.

Porém, grandes são os desafios para manutenção das tradições de cada comunidade diante do descaso do Estado brasileiro pela falta de implementação de políticas públicas para resguardar direitos humanos básicos.

Apesar do aparato legislativo, portarias e resoluções expedidos pela secretaria estadual de educação de diversos entes federativos, comunidades indígenas inteiras correm o risco de ser extintas por ausência de instituições de ensino que repassem o saber indígena para as futuras gerações.

A ausência de dados estatísticos quanto ao número de escolas indígenas, quanto a parcela de professores bilíngue e a quantidade de alunos matriculados nos níveis de educação básica, impedem o mapeamento das áreas da educação escolar que carecem de melhorias.

Considerando que a língua materna de cada comunidade indígena é o meio de preservação da cultura e transmissão das tradições para as futuras gerações, a formação de novos docentes é necessária e urgente.

Contudo, a ausência de entidades voltadas para a formação de novos professores que precisam se deslocar até comunidades remotas para aprender o idioma indígena local, além da precariedade de locomoção e os longos períodos distante da família para se dedicar à formação docente, desestimula a formação desses profissionais.

O ensino híbrido surge como uma alternativa a esses problemas. Ao oportunizar a formação docente por meio de aulas síncronas, na qual o professor em formação tem a opção de participar das aulas de qualquer ponto do Brasil e, tão logo adquira a instrução necessária, poderá transmitir o saber e garantir a preservação da identidade cultural indígena.

Os recursos tecnológicos já estão à disposição para estender o ensino híbrido não apenas à formação

docente, mas também à implantação em escolas indígenas como ferramenta de aprendizagem. Porém, a realidade demonstra que a ausência de políticas públicas voltadas para a educação indígena ainda é um objetivo longe de ser alcançado.

Sob a ótica da comunidade internacional em cotejo com a evolução legislativa brasileira é notável a iniciativa indigenista na tutela de direitos étnicos consagrados pela Constituição da República. Na realidade, contudo, o que observa ainda é o descaso das autoridades públicas e o abandono da educação escolar indígena pelo Estado brasileiro.

## REFERÊNCIAS

BACICH, Lilian, NETO, Adolfo Tanzi, TREVISANI, Fernando de Mello. Ensino Híbrido: personalização e tecnologia na educação. Porto Alegre. Penso, 2015.

BEZERRA, André Augusto Salvador. A Necessidade da Judicialização das Políticas Públicas Revelada na Pandemia: o caso de Roraima. *Revista Jurídica*, [S.L.], v. 3, n. 65, p. 187 - 206, abr. 2021. ISSN 2316-753X. <http://dx.doi.org/10.26668/revistajur.2316-753X.v3i65.5008>.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOMBASSARO, Luiz Carlos. As fronteiras da epistemologia: como se produz o conhecimento. Petrópolis: Vozes, 1992.

BOURASSA, Carrie, BILLAN, Jennifer, STARBLANKET, Danette, ANDERSON, Sadie, LEGARE, Marlin, HAGEL, Mikayla, OAKES, Nathan, JARDINE, Makenzie, BOEHME, Gail, DUBOIS, Ethel, SPENCER, Orval, HOTOMANI, Millie, MCNENNA, Betty. 2020. Ethical Research Engagement with Indigenous Communities. Published in *Journal of Rehabilitation and Assistive Technologies Engineering*. v. 7. June 22, 2020. <https://doi.org/10.1177%2F2055668320922706>

BRASIL. Decreto 65.810 de 8 de dezembro de 1969. Dispõe sobre a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D65810.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html). Acesso em: 23 fev. 2023.

CANCLINI, Néstor García. Culturas Híbridas: estratégias para entrar e sair da modernidade. Trad. Heloísa Pezza

Cintrão, Ana Regina Lessa. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2019.

CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DO PARANÁ. Pedido de análise do Projeto de Línguas Kaingang, Guarani e Xetá para os alunos indígenas das instituições de ensino, estaduais ou municipais, que não possuem em seus currículos a língua materna. Parecer n.º 28/2018. 22 de fevereiro de 2018. Relatora Sandra Teresinha da Silva. Disponível em: [https://www.cee.pr.gov.br/sites/cee/arquivos\\_restritos/files/migrados/File/pdf/Pareceres\\_2018/Bicameral/pa\\_bicameral\\_28\\_18.pdf](https://www.cee.pr.gov.br/sites/cee/arquivos_restritos/files/migrados/File/pdf/Pareceres_2018/Bicameral/pa_bicameral_28_18.pdf). Acesso em 23 fev. 2023.

CHALMERS, Alan Francis. O que é ciência afinal? Trad. de Raul Fiker. São Paulo, Brasiliense, 1993.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HORN, Michael B., STAKER, Heather. Blended: usando a inovação disruptiva para aprimorar a educação. Trad. Maria Cristina Guarte Monteiro. Porto Alegre. Penso, 2015.

MAIA, Luciano Mariz; BORGES, Maria Creusa de Araújo; COSTA FILHO, Antonio Eudes Nunes da. O Princípio do Pluralismo de Ideias e de Concepções Pedagógicas e o Direito à Educação Intercultural Indígena no Brasil. Revista Jurídica, [S.l.], v. 2, n. 55, p. 372 - 389, abr. 2019. ISSN 2316-753X. doi:<http://dx.doi.org/10.26668/revistajur.2316-753X.v2i55.3400>.

MELO, Milena Petters; BURCKHART, Thiago. The Rights of Indigenous Peoples in Brazilian Amazon During Covid-19: National and Internacional Legal Measures. Revista Jurídica, [S.l.], v. 2, n. 64, p. 235 - 260, ago. 2021. ISSN 2316-753X. doi:<http://dx.doi.org/10.26668/revistajur.2316-753X.v2i64.5156>

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIBEIRO, Darcy. O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

RODRIGUES, Geisa de Assis; DUARTE, Clarice Seixas; MODERNELL, Bárbara Lago. Indigenous Teachers and The Challenges of Intercultural Education in Brazil: the case of Roraima. Revista Jurídica, [S.l.], v. 3, n. 70, p. 296 - 315, set. 2022. ISSN 2316-753X.

doi:<http://dx.doi.org/10.26668/revistajur.2316-753X.v3i70.4462>.

ROLLA, Giovanni. Epistemologia: uma introdução elementar. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

SANDEL, Michael J. Justiça: o que é fazer a coisa certa. Trad. 20. ed. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2016.

SILVEIRA, Edson Damas da, SILVEIRA, Stela Aparecida Damas da. Direito Fundamental à Educação Indígena. Curitiba. Juruá, 2012.

STARBLANKET, Danette, O'CONNELL, Megan, GOULD, Benjamin, JARDINE, Mackenzie, FERGUSON, Myles, BOURASSA, Carrie. 2019. Defining Technology User Needs of Indigenous Older Adults Requiring Dementia Care. Published in Gerontechnology, 18(3), 122-135. <http://journal.gerontechnology.org/>

STARBLANKET, Danette, LEFEBVRE, Sebastien, LEGARE, Marlin, BILLAN, Jen, AKAN, Nicole, GOODPIPE, Erin, BOURASSA, Carrie. 2019. Natawihowin Acimowina Kika-Mosahkinkehj Papiskici-Itascikewin Astocikowina (Medicine/Healing Stories Picked, Sorted, Stored): Adapting the Collective Consensual Data Analytic Procedure (CCDAP) as an Indigenous Research Method. Published in International Journal of Qualitative Methods. v. 18. p. 1-10. Sage Publishers. <https://doi.org/10.1177%2F1609406919896140>

WEBER, Rosa. Trinta anos da Constituição coragem: caminho de afirmação dos direitos fundamentais do cidadão trabalhador. In: 30 anos da Constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições. TOFFOLI, José Antonio Dias (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 527- 546.

## CONSTRUÇÃO DE UM PODER JUDICIÁRIO EFICIENTE POR MEIO DE INSTRUMENTOS DE ECONOMIA COMPORTAMENTAL



**Viviane L. Novatzki<sup>1</sup>**

A necessidade de o poder judiciário atingir a eficiência é premente. No entanto, as expectativas e a estrutura das relações sociais alteram e se tornaram líquidas, o que estabelece exigências diferentes que a atual estrutura administrativa e processual é incapaz de atingir. O processo de escolha e seus elementos determinantes devem orientar os novos instrumentos a serem adotados para fim de criar uma verdadeira mudança no caminho da eficiência do judiciário na solução de conflitos e proteção dos direitos. Os instrumentos psicológicos devem ser considerados e utilizados neste processo de reutilização.

**Palavras-chave:** poder judiciário; relações líquidas; eficiência; economia comportamental; instrumentos psicológicos.

---

<sup>1</sup> Advogada, professora, mestranda pela Universidade Curitiba em Direito Empresarial e Cidadania e Mestre em Cultura Jurídica: Segurança, Justiça e Direito com dupla certificação pela Universidade de Girona da Espanha e Universidade de Génova Itália; pós-graduada em Estado Democrático de Direito pela FEMPPAR e em Direito e Processo Tributário Empresarial pela PUC/PR; rua Francisco Maravalhas, 61 – Jardim das Américas – Curitiba/PR CEP 81540-360, E-mail: viviane.novatzki@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2355061236548637>

## CONSTRUCTION OF AN EFFICIENT JUDICIAL POWER THROUGH BEHAVIORAL ECONOMICS INSTRUMENTS

The need for the judiciary to achieve efficiency is pressing. However, expectations and the structure of social relations change and become liquid, which establishes different requirements that the current administrative and procedural structure is unable to meet. The choice process and its determining elements should guide the new instruments to be adopted in order to create a real change in the path of efficiency of the judiciary in the resolution of conflicts and protection of rights. Psychological instruments must be considered and used in this reuse process.

**Keywords:** judiciary power; net relations; efficiency; behavioral economics; psychological instruments.

## INTRODUÇÃO

As relações e as conexões modernas alteraram-se substancialmente deixando de ser estáticas e permanentes. A globalização, juntamente com o desenvolvimento tecnológico, fez com que os interesses fluídos e instáveis, no sentido de estar onde há a maior vantagem, assim as pessoas se tornaram acima de tudo consumidores. Zygmunt Bauman<sup>1</sup>, em seu livro *Modernidade Líquida*, descreve bem essa flexibilidade universal, na qual a continuidade não é sinônimo de perfeição porque a vida é uma sequência de acontecimentos que podem mudar a qualquer momento.

No atual contexto, o determinante são os efeitos imediatos uma vez que os planos futuros também são transitórios. A burocracia e os sistemas complexos de solução de conflitos não atendem as perspectivas sociais, vez que os interesses fluídos para serem atendidos padecem de mecanismos adequados às alterações das necessidades.

O poder judiciário, como órgão com a função de solução de conflitos, mesmo com constantes tentativas na implementação de melhorias nos atendimentos não tem obtido o êxito esperado. A partir dessa realidade faz-se preponderante verificar se os instrumentos e mecanismos escolhidos são adequados às novas estruturas sociais. Um estudo sobre o que de fato influencia no processo decisório, nesta etapa, é essencial na medida que encontra instrumentos que podem alterar definitivamente a atual realidade caótica e possibilitar um sistema de justiça eficiente.

Inicialmente, será realizado uma verificação da estrutura de liquidez das relações e suas consequências na percepção e expectativa de eficiência para o judiciário. As exigências sociais mudaram e não foram devidamente acompanhadas por este órgão, que continua vinculado a um procedimento estático, extremamente moroso e burocrático. Ocasionalmente, dessa forma, a percepção negativa e desconfiança quanto aos serviços prestados.

Continuamente nota-se que mecanismos de economia comportamental, utilizando-se a arquitetura da escolha, são potencialmente mais adequados à nova realidade da fluidez das conexões e exigências de celeridade processual. Por fim, citou-se exemplos de escolha de mecanismos psicológicos que podem alterar a realidade processual.

### 1 CONSTRUÇÃO DE UM PODER JUDICIÁRIO EFICIENTE POR MEIO DE INSTRUMENTOS DE ECONOMIA COMPORTAMENTAL

O poder judiciário há muitos anos se encontra em uma grande crise de eficiência em oferecer serviços jurisdicionais e resolver conflitos, sua função basilar. O imperativo de câmbios profundos é preeminente para possibilitar a atenção as novas exigências sociais, bem como a análise e utilização adequada de todos os instrumentos capazes de gerar efetivas melhorias qualitativas e quantitativas.

- a) A liquidez das relações pós-modernas e sua consequência para eficiência o poder judiciário.

A sociedade juntamente com economia passou por mudanças profundas. A evolução científica e tecnológica possibilitou também a alteração de como são vistos diversos elementos das áreas sociais e da estrutura da sociedade. A possibilidade de coleta e análise de dados (inclusive utilizando-se de algoritmos) não somente alterou o direcionamento econômico como a própria visão da estrutura basilar da sociedade. Assim, alterando a forma desta se movimentar e pensar enquanto coletividade; modificando as suas expectativas e percepções.

Bauman, em sua obra, desenvolveu o conceito de modernidade líquida com o fito de compreender essa nova maneira organizacional que gera alterações em conceitos estruturais fundamentais. O surgimento dela ocorreu posteriormente à Segunda Guerra Mundial, as três décadas de crescimento surgiu uma segurança econômica. Dessa maneira, a grande massa "sentiu-se" livre, no sentido de não possuir grandes impedimentos em seu poder de ação<sup>2</sup>.

A partir da liberdade na capacidade da ação da população as estruturas de poder social passaram por profundas modificações. Nesta perspectiva, o poder real é aquele de modificar as ações das pessoas de forma instantânea. Conjuntamente com o desenvolvimento de sensores inteligentes capazes de captar e analisar, em tempo real, as decisões individuais. Ainda, a tecnologia também criou instrumentos aptos para influenciar, e até mesmo determinar, o processo decisório<sup>3</sup>.

A reflexão posta anteriormente encontra consequências que podem ser observadas claramente em nossa sociedade. A título de exemplo, pode-se citar o próprio crescimento e desenvolvimento das redes sociais. Inicialmente, elas serviam basicamente para contato social e manter a conexão entre amigos e parentes. Todavia, foi por meio delas que se possibilitou a coleta de informações sobre o que os usuários demonstram interesse. A partir de tais informações tornou-se possível a realização de direcionamento de

<sup>1</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Editora: ZAHAR, 2000.

<sup>2</sup> BAUMAN, ZYGMUNT. *Modernidade Líquida*. Editora: ZAHAR, 2000, p. 21-22.

<sup>3</sup> ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder*. 1. ed, Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021. p. 353.

informações e publicidade. Inclusive, as programações capazes de direcionar o conteúdo exibido, o algoritmo, começou a cada vez conquistar o seu atual papel de destaque. A autora Shosana, em uma análise simplificada, denominou essa nova forma como capitalismo de vigilância tendo em vista que estamos a todo momento sendo analisados e controlados por meio da "internet das coisas" e das redes sociais<sup>4</sup>. O procedimento de buscar constantemente das informações é importantíssimo em nossa sociedade, pois por meio dele que se poder exercer de fato o poder de ação e direcionamento nas decisões das pessoas.

A partir desse desenvolvimento nota-se a ruptura com poderes estáticos visto que o verdadeiro poder é o de influenciar pessoas e as maneiras de modificação do comportamento são os instrumentos necessários aos meios de produção<sup>5</sup>. Nesta medida, o poder não mais é fixo e flui conforme o interesse do capitalismo. O autor de Modernidade Líquida explica a abrangência dessa fluidez e flexibilidade da seguinte forma:

"Vivemos num mundo de flexibilidade universal, sob condições de Unsicherheit aguda e sem perspectivas, que penetra todos os aspectos da vida individual – tanto fontes de sobrevivência quanto as parcerias do amor e do interesse comum, os parâmetros da identidade profissional e da cultura, os modos de apresentação do eu em público e os padrões de saúde e aptidão, valores a serem perseguidos e o modo de persegui-los."<sup>6</sup>

A nova perspectiva social modifica diversos campo da vida em sociedade e seria ingenuidade pensar que o poder judiciário está imune a tais mudanças. As alterações dos paradigmas sociais geradas pela constatação da liquidez das relações, dentro das perspectivas de um capitalismo de vigilância, no qual as relações econômicas e o consumo são protagonistas, é retratada da seguinte forma:

<sup>4</sup> ZUBOFF, Shoshana. A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder. 1ª Edição, Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021. p. 353.

<sup>5</sup> ZUBOFF, Shoshana. A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder. 1ª Edição, Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021. p. 353.

<sup>6</sup> BAUMAN, ZYGMUNT. Modernidade Líquida. Editora: ZAHAR, 2000, p. 131.

<sup>7</sup> HAURANI, Daniele, SOUZA NETO, José Laurindo e FOGAÇA, Andersom Ricardo. Os Meios Consensuais de Resolução de

"Outrossim, a modernidade líquida ficou bastante perceptível com o advento da Revolução Industrial que deu lugar ao capitalismo e fez com que as relações econômicas tivessem protagonismo se comparadas às sociais e humanas. Com o capitalismo, houve o incentivo ao consumismo que fez com que valores como moral e ética ficassem em segundo plano. O mais importante tornou-se o que se pode ter, ou comprar, ficando de lado o que se realmente é.

Tal fenômeno deu ensejo à uma modernidade composta por uma sociedade de relações frágeis, breves e superficiais aliada ao capitalismo, moda e pensamento da época."<sup>7</sup>

Conjuntamente com todas estas características desenvolveu-se o mundo de flexibilidade universal, incluindo a maleabilidade dos objetivos, planos e pretensões dos indivíduos. A nova base da sociedade também estabelece a necessidade de atingir um bem-estar imediato, mesmo de forma temporária. Dessa maneira, a própria política se tornou uma guerra de velocidade com que o capital consegue mover os poderes e instituições locais<sup>8</sup>, normalmente burocráticas e lentas.

O poder judiciário, nessa medida, para conseguir atingir as pretensões de justiça da população precisa realizar um grande câmbio não somente estrutural-administrativo, mas no seu posicionamento institucional. Assim, modificando suas condutas padrões e bases fundacionais para que atendam com melhor eficiência os anseios de pacificação e justiça.

Conflito e a Liquidez das Relações do Mundo Pós Moderno como Concretizadores do Direito Fraternal Frente a Cultura Adversarial. In: GARCEL, Adriane; SOUZA NETTO, Eleonora Laurindo; ZIMIANI, Laís Silva e PINHEIRO GOTO, Lilian Cristina (Coord.). Mediação & Conciliação: métodos adequados de solução de conflitos. Curitiba: Editora Clássica, 2021. p. 217.

<sup>8</sup> BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Editora: ZAHAR, 2000. p. 218.

A atuação do poder judiciário não atinge às expectativas dos jurisdicionados tendo em vista que 65,1% das pessoas entendem que o processo teve tempo maior que o esperado<sup>9</sup> e somente 40% da população confia nesta instituição<sup>10</sup>. Apesar deste indicador ser o melhor da série histórica, ainda é um percentual baixo considerando a função primordial exercida por este órgão.

Os esforços realizados pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça) e pelos Poderes Judiciários dos Estados quase não alterou a percepção da opinião pública, demonstrando que ainda não é considerada eficaz o suficiente para solução dos conflitos.

As eventuais falhas estruturais e administrativas não são os únicos fatores que colaboram para essa alta insatisfação. A hiperjudicialização, conjuntamente com a cultura adversarial e inequação de alguns instrumentos adotados colaboram para não atingir as expectativas dos jurisdicionados. Assim, tais elementos também exercem influência determinante no índice. Os direitos pugnados na Constituição Federal, promulgada em 1988, permanecem inatingidos<sup>11</sup>, por isso a importância dos desafios postos na Resolução 325/2020 do CNJ.

Os desafios propostos pelo Conselho pretendem a composição de uma rede de governança colaborativa a fim de assegurar os direitos fundamentais, atingindo agilidade e produtividade da prestação jurisdicional<sup>12</sup>. A análise da produtividade é um item que não faz parte do objeto da atual pesquisa, no entanto, a celeridade é parte essencial dentro da nova estrutura social por causa das relações e interesses líquidos.

A sociedade é complexa com alto fluxo de geração de informações, o qual não foi devidamente acompanhada pela produção acadêmica e científica<sup>13</sup>. Por fim, o direito junto com o poder judiciário também necessita atingir a possíveis novos interesses e

entendimentos gerados e alterados constantemente, o que torna sua forma atual incompatível com as necessidades sociais no cumprimento de sua principal função: a pacificação social.

“A cultura brasileira utiliza-se da resolução de conflitos por meio da decisão judicial, o que deu origem a uma “cultura de sentenças” (GOMES, 2012, p 133) que acabou por não alcançar o que deveria ser a maior missão da justiça brasileira: a pacificação. Destarte, não faz muito tempo desde a vigência do paradigma do legalismo processual, com apego aos ritos e regras, deixado de lado o que verdadeiramente deveria importar, a resolução efetiva dos conflitos.”<sup>14</sup>

A partir do exposto verifica-se que a necessidade de celeridade para proferir decisões e solucionar conflitos é um verdadeiro contrassenso com a forma de atuação do judiciário brasileiro. As expectativas sociais impõem a premente obrigação de desafogamento<sup>15</sup>, tronando a eficiência com atendimento imediato uma realidade obrigatória, dentro de um tempo considerado razoável pelo jurisdicionado.

A prestação jurisdicional pode ser descrita como caótica, afinal os números de processos acumulados e novos demonstra essa situação, bem

<sup>9</sup> Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Pesquisa sobre percepção e avaliação do Poder Judiciário brasileiro / Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. – Brasília: CNJ, 20, p. 50

<sup>10</sup> RAMOS, Luciane de Oliveira; CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana Luci de e SAMPAIO, Joelson de Oliveira. Relatório ICJBrasil, 2021. São Paulo: FGV Direito SP. p. 11.

<sup>11</sup> BACELLAR, Roberto Portugal; LAISMANN, Mariele Zanco e GARCEL, Adriane. Da Sociedade Hiperjudicializada às Soluções Autocompositivas. In: GARCEL, Adriane; SOUZA NETTO, Eleonora Laurindo; ZIMIANI, Laís Silva e PINHEIRO GOTO, Lilian Cristina (Coord.). Mediação & Conciliação: métodos adequados de solução de conflitos. Curitiba: Editora Clássica, 2021. p.166/168.

<sup>12</sup> BACELLAR, Roberto Portugal; LAISMANN, Mariele Zanco e GARCEL, Adriane. Da Sociedade Hiperjudicializada às Soluções Autocompositivas. In: GARCEL, Adriane; SOUZA NETTO, Eleonora Laurindo; ZIMIANI, Laís Silva e PINHEIRO GOTO, Lilian Cristina (Coord.). Mediação & Conciliação:

métodos adequados de solução de conflitos. Curitiba: Editora Clássica, 2021. p.166/168

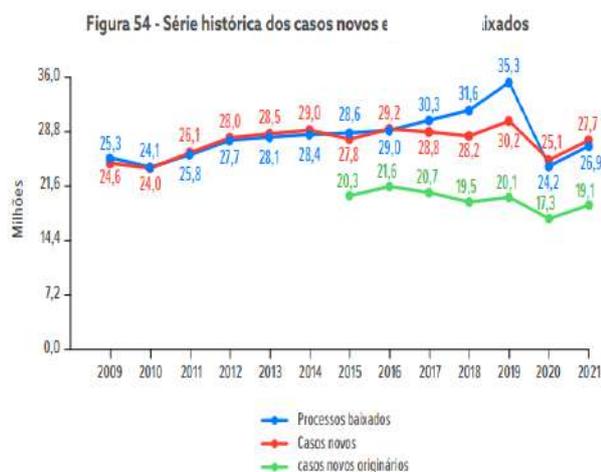
<sup>13</sup> BACELLAR, Roberto Portugal; LAISMANN, Mariele Zanco e GARCEL, Adriane. Da Sociedade Hiperjudicializada às Soluções Autocompositivas. In: GARCEL, Adriane; SOUZA NETTO, Eleonora Laurindo; ZIMIANI, Laís Silva e PINHEIRO GOTO, Lilian Cristina (Coord.). Mediação & Conciliação: métodos adequados de solução de conflitos. Curitiba: Editora Clássica, 2021. p. 166.

<sup>14</sup> BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Editora: ZAHAR, 2000. p. 218.

<sup>15</sup> BACELLAR, Roberto Portugal; LAISMANN, Mariele Zanco e GARCEL, Adriane. Da Sociedade Hiperjudicializada às Soluções Autocompositivas. In: GARCEL, Adriane; SOUZA NETTO, Eleonora Laurindo; ZIMIANI, Laís Silva e PINHEIRO GOTO, Lilian Cristina (Coord.). Mediação & Conciliação: métodos adequados de solução de conflitos. Curitiba: Editora Clássica, 2021. p.165.

como incapacidade de julgamento de forma rápida são características extremamente prejudiciais à atuação. Em 2019, havia 63,3 milhões de processos pendentes líquidos, já em 2021 este número manteve-se em 62 milhões, o que demonstra o pequeno impacto das medidas adotadas para diminuição da litigiosidade<sup>16</sup>. Afinal, ao analisar os casos originários (distribuídos no ano de referência) entre 2019 e 2021 houve uma pequena queda de 1% e entre 2009 e 2021 houve aumento de 1,8%, o que representa uma tendência de crescimento ou manutenção nos valores historicamente constatados.

FIGURA 1



A análise dos casos novos é utilizada para constatar a litigiosidade, o que claramente não vem sendo reduzida. Todavia, a verificação isolada deste índice não é capaz de determinar a eficiência do poder judiciário, pois a atuação deste somente ocorre após a distribuição das demandas. O cumprimento das funções jurisdicionais efetivamente tem que ser analisado por meio de outros dados como a taxa de congestionamento e tempo necessário para solução dos conflitos.

A taxa de congestionamento é outro indicativo de importante observação para constatação de eventuais melhorias ou não na eficiência do judiciário ao atingir as pretensões populacionais.

FIGURA 2

Figura 75 - Série histórica da taxa de congestionamento e índice de atendimento à demanda



A partir do exame do gráfico anterior, nota-se que entre 2016 e 2018 vinha constantemente reduzindo o índice e, por causa da pandemia de COVID-19, sofreu um aumento registrando o maior índice da pesquisa, com uma queda sendo constada novamente no ano seguinte. A redução dos valores demonstra que os esforços para melhoria estão produzindo resultados, no entanto, o alto índice ainda prevalece, por exemplo de 74,2% em 2021. Alguns resultados atingidos já é um começo, mas é evidente que os instrumentos adotados ainda não são capazes de gerar a diminuição necessária para atingir a eficiência desejada nos andamentos processuais. A expectativa de solução rápida da sociedade normalmente não é obtida, o que justifica a baixa confiabilidade da população. A sociedade funciona na velocidade das redes com geração de informações e decisões quase de maneira instantânea, por exemplo, publicações em apenas uns segundos podem circular de maneira inimaginável há aproximadamente 30 (trinta) anos atrás<sup>17</sup>.

Além disso, é importante observar o tempo médio de duração de um processo, aproximadamente 8 anos 18 contando com a fase de conhecimento e execução, visto que esta mora influencia diretamente na eficiência do judiciário. Na época de constante fornecimento de informações imediatas a duração processual é incapaz de resolver os conflitos à contento da sociedade.

Os dados apresentados retratam o judiciário com altas taxas de congestionamento e duração processual incompatível com a velocidade em que se dão as relações fluídas ou flexíveis. A inadequação da atuação judicial acaba gerando alta desconfiança e ineficiência deste poder. Assim, faz-se preponderante a busca de mecanismos capazes de gerarem grandes

<sup>16</sup> Justiça em Números 2023. p.107

<sup>17</sup> A informação levou em consideração o surgimento da rede social Classmates em 1995.

<sup>18</sup> A duração processual foi obtida da soma da duração do procedimento de conhecimento em primeiro grau (2 anos e

3 meses) e em segundo grau (10 meses), por último, com a fase de execução (3 anos e 11 meses).

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Pesquisa sobre percepção e avaliação do Poder Judiciário brasileiro; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. – Brasília: CNJ, 2023, p. 215-216;

mudanças concretas e mais adequadas à nova estrutura social, como, por exemplo, a economia comportamental e os vieses psicológicos.

b) Instrumentos comportamentais no processo decisório

A nova perspectiva na qual sensores são instalados não somente para coleta de dados sobre as preferências das pessoas como também objetivam moldar o comportamento e as decisões adotados<sup>19</sup>. As intervenções direcionadas pelas empresas e grandes corporações direcionam as escolhas da coletividade e sob qualquer aspecto desejado, bastando a utilização dos instrumentos adequados. Os dados possibilitam a descoberta dos fatores que realmente influenciam nas escolhas.

Os mecanismos psicológicos, nessa medida, se contrapõem à visão de que as decisões são tomadas pelo mero exercício racional, pautado apenas no melhor custo-benefício e sempre procura maximizar os ganhos obtidos<sup>20</sup>, como pregava a teoria da escolha racional. A alteração da base de análise das tomadas de decisões por todos os indivíduos altera substancialmente como o processo e as decisões dos tribunais devem ser pensadas, pois, devemos superar o pensamento de que as pessoas sempre decidem da melhor forma pretendendo a maximização da utilidade<sup>21</sup>.

O processo decisório, não somente sob a perspectiva econômica como também de uma forma geral, deixou de ser considerado uma análise e ponderação de vantagens e prejuízos com a escolha sempre do mais vantajoso. A perspectiva apresentada não levava em consideração aspectos como emoção, simpatia, altruísmo, moralidade ou cultura<sup>22</sup>.

"No século XX, a Teoria da Utilidade enfrentava considerável crise epistemológica. Não era possível matematizar as motivações de crise de cunho psicológico dos agentes. Os modelos racionais baseados na estabilidade e previsibilidade das escolhas

humanas não explicavam os desvios nos padrões de escolhas esperadas. Enquanto a Economia se mantinha com suas suposições de racionalidade e escolhas consciente, a Psicologia, Sociologia e outras Ciências Sociais caminhavam para conclusões de seus experimentos que muitas vezes mostravam que as escolhas dos agentes econômicos podem se dar desprovido de lógica racional."<sup>23</sup>

A pesquisa desenvolvida por Amos Tversky e Daniel Kahneman (ganhadores do prêmio Nobel de Economia em 2002) constou que as decisões nem sempre são ótimas ou ideais tendo em vista a influência das motivações emocionais<sup>24</sup>.

"A superação do paradigma da racionalidade absoluta do agente econômico, ocorreu somente no início da década de 70, com o conjunto de estudos atribuídos a Amos Tversky e Daniel Kahneman, pesquisadores que ganharam notoriedade no meio acadêmico por suas pesquisas no âmbito da economia e psicologia comportamental. A Teoria da Perspecção fundou um novo ramo da economia, então nomeado behavioral economics. A Economia Comportamental ganhou notoriedade por contestar um dos mais preciosos fundamentos do mainstream acadêmico: racionalidade do *homo economicus*. Segundo Taversky e Kahneman, as motivações racionais e as motivações emocionais têm

<sup>19</sup> ZUBOFF, Shoshana. A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder. 1ª Edição, Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021. p. 354.

<sup>20</sup> FERREIRA FILHO, PAULO SERGIO. Análise econômico-comportamental do direito versus análise comportamental do direito: a necessidade do pensamento jurídico sob a teoria geral do comportamento. Revista Quaestio Iuris, vol. 12, ° 01. Rio de Janeiro, 2019. p. 172

<sup>21</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 8, n° 2, 2018. p. 458.

<sup>22</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 8, n° 2, 2018. p. 461.

<sup>23</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 8, n° 2, 2018. p. 461.

<sup>24</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 8, n° 2, 2018. p. 462.

papel preponderante no processo de escolhas econômicas, e atuariam de forma a moldar a percepção dos incentivos econômicos, tanto positivamente quanto negativamente.”<sup>25</sup>A partir dessa leitura verificamos que a economia comportamental a grosso modo significa a incorporação na economia e suas previsões de elementos que não somente matemáticos e estáticos, e sim subjetivos como questões psicológicas e eventos descobertos pela neurociência.

A mudança paradigmática se apresentou na aplicação da teoria da perspectiva ao notar que a racionalidade é limitada<sup>26</sup> vez que sofre influência de mecanismos psicológicos diversos. Dessa maneira, as decisões também dependem do histórico de reforços e punições sofridos ao longo da história de cada um, das características genéticas, ambiente presente no momento da ação, estado motivacional<sup>27</sup> e aspectos antropológicos, sociais e culturais.

As escolhas efetivamente dependem de como as questões são apresentadas (framing), a disposição de cada um em assumir riscos (risk aversion), a disposição de manter o status quo (inertia), ao sentimento de posse e apego (endowment effect), possibilidade de erros no julgamento (hyperbolic discount)<sup>28</sup>, ancoragem, percepção da disponibilidade, necessidade confirmatória (confirmatory bias) de justiça (fairness bias) e entre outros inúmeros atalhos psicológicos de julgamento<sup>29</sup>, sendo denominados de vieses. Neste momento, é importante pontuar que por vezes, diante de problemas complexos nossa mente utiliza atalhos, os vieses, ao simplificar e automatizar o

processo de escolha conduzem a decisões adequadas, ou não, sendo a última conhecida como heurística<sup>30</sup>. A possibilidade de direcionar o processo de escolha ou julgamento por meio destes mecanismos é denominado arquitetura da escolha<sup>31</sup>. Os mecanismos utilizados para estimular ou não determinada conduta desejada por meio da utilização destes atalhos é denominado de nudge (empurrão).

O poder de direcionar a decisão das pessoas é algo que deve ser ponderado cuidadosamente, pois se utilizado de modo exagerado o Estado limita a livre autodeterminação do indivíduo. Todavia, a não utilização destes instrumentos por conta de medo de eventuais excessos pode ser considerada verdadeira ingenuidade do poder estatal. Afinal, tais mecanismos, na atual realidade, são amplamente utilizados pelas empresas privadas influenciando definitivamente de diversas formas nas escolhas. A expressão mais clara te tais usos são os próprios algoritmos das redes sociais, os quais direcionam as publicações para manter as pessoas cada vez mais conectadas e também para orientar as propagandas para o público potencialmente interessado nos produtos.

Obviamente a utilização dos vieses deve merecer uma atenção especial do poder legislativo para sua regulamentação e limitação não somente para esfera privada, mas como também para esfera pública. A necessidade anteriormente posta não afasta a essencialidade de utilizá-los para evitar as armadilhas das heurísticas e aproveitar dos instrumentos mais adequados à nova realidade social.

“A arquitetura de incentivos, utilizada como componente do sistema de regras jurídicas, se revelou uma alternativa indispensável para adequar as propostas políticas no campo social. Por via dessa nova proposta metodológica de engenharia social, concede-se ao

<sup>25</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 8, n° 2, 2018. p. 462

<sup>26</sup> Ao contrário do que se pensa na análise econômica que considerava a racionalidade ilimitada no processo de tomada de decisão.

<sup>27</sup> FERREIRA FILHO, PAULO SERGIO. Análise econômico-comportamental do direito versus análise comportamental do direito: a necessidade do pensamento jurídico sob a teoria geral do comportamento. Revista Quaestio Iuris, vol. 12, ° 01. Rio de Janeiro, 2019. p.184.

<sup>28</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 8, n° 2, 2018. p. 462

<sup>29</sup> FERREIRA FILHO, PAULO SERGIO. Análise econômico-comportamental do direito versus análise comportamental do direito: a necessidade do pensamento jurídico sob a teoria geral do comportamento. Revista Quaestio Iuris, vol. 12, ° 01. Rio de Janeiro, 2019. p. 175.

<sup>30</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 8, n° 2, 2018. p. 462

<sup>31</sup> FERREIRA FILHO, PAULO SERGIO. Análise econômico-comportamental do direito versus análise comportamental do direito: a necessidade do pensamento jurídico sob a teoria geral do comportamento. Revista Quaestio Iuris, vol. 12, ° 01. Rio de Janeiro, 2019. p. 184.

indivíduo maior capacidade de escolha. O indivíduo poderá decidir mais claramente entre as possibilidades que se lhe apresentam, sobretudo quando identificadas as limitações cognitivas às quais está submetido."<sup>32</sup>

Os instrumentos desenvolvidos pelas teorias da percepção e da arquitetura da escolha auxiliam as pessoas a tomarem decisões mais conscientes e, até em certa medida, mais próximas daquela considerada ótimas, pois evitam as armadilhas dos atalhos psicológicos.

" (...) o Direito deve ser um condutor de um processo de desviesamento, no qual, nas questões mais importantes sob o ponto de vista da sociedade, os operadores do direito e formuladores de políticas públicas devem considerar os vieses existentes, atuando de forma que estes sejam enfrentados pela legislação, dado maior possibilidade para as pessoas realizarem as escolhas que gerarão maior bem-estar individual e social ."<sup>33</sup>

O estudo do processo de tomada de decisões e a forma de agir das pessoas é muito importante não somente para economia como também para o direito, em especial no âmbito do poder judiciário. Afinal, a função primordial deste órgão é a solução de conflitos e envolve diversas escolhas de agentes diferentes, como o magistrado, o representante do ministério público, autor, réu, defensor público e entre outros.

Uma pessoa no momento em que decide ingressar com uma demanda judicial utiliza de elementos para tal, sendo importante o entendimento desse processo para talvez conseguir compreender quais as verdadeiras pretensões da população com relação ao judiciário, bem como não estimular a alta litigiosidade. Além disso, utilizando-se dos vieses e afastando as heurísticas é possível pensar em um processo mais coerente com as expectativas sociais, podendo, inclusive, reestruturar o poder judiciário para efetivamente solucionar os conflitos.

A importância da análise econômica (não somente sob o enfoque da racionalidade ilimitada como também a comportamental) dentro do poder judiciário afeta a atividade principal deste órgão: a tomada de decisão não só dos magistrados e, inclusive, dos

jurisdicionados. O objeto de estudo destas teorias econômicas é de extrema importância, pois encontrar padrões nas escolhas feitas e entende como são feitas pode alterar substancialmente a atividade jurisdicional.

Ao compreender o porquê e como todas as decisões por todos os agentes atuantes neste meio pode gerar um grande salto qualitativo e quantitativo no atendimento e efetivamente atingindo aos anseios sociais, o que por si só geraria um aumento na confiança no poder judiciário. A confiança nesta atividade não consiste somente no aumento de sentenças prolatadas, pois estas devem possuir relação com as pretensões de solução do litígio. Uma decisão desconexa com a realidade das partes, por vezes, ao invés de resolver o conflito acaba por o potencializando.

Somando-se a estes aspectos é importante conhecer o processo de tomada de decisão para que estas possam ser cada vez mais justas e mais próximas da imparcialidade. Afinal, reconhecidamente sabemos que um juiz não consegue ser na sua totalidade imparcial, pois como a própria economia comportamental prega há influências subjetivas e a racionalidade de todos é limitada. O magistrado ao proferir suas decisões não consegue se afastar da sua moralidade, formação, crenças fundamentais, cultura, expectativas, visão de mundo e entre outros fatores.

Nessa medida, o conhecimento e a utilização da psicologia comportamental e da neurociência como instrumento pode evitar os erros de julgamento ao se deparar com essas armadilhas psicológicas, evitando as heurísticas. Os instrumentos podem proporcionar decisões mais justas e uma maior eficiência do judiciário não somente sob a perspectiva dos especialistas como também de toda a população, atingindo, assim, um dos objetivos do direito que é a efetividade solução dos conflitos e proteção das pessoas.

## 2) Instrumentos comportamentais no processo e o aumento da efetividade

A possibilidade de utilização dos nudges dentro do processo e do poder judiciário são imensas e podem auxiliar a aumentar a efetividade, bem como melhorar a percepção da população quanto a eficiência do poder judiciário na solução de conflitos. O estudo exaustivo de todas as possibilidades é incapaz de ser feito por meio deste texto, assim serão citadas algumas sugestões realizadas.

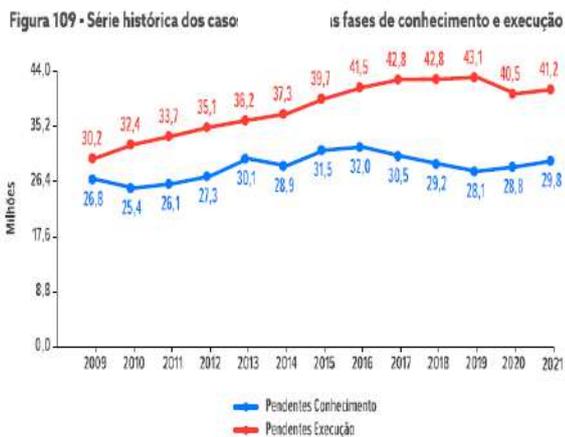
O primeiro momento em que vamos nos concentrar é a execução judicial, a qual concentra um

<sup>32</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 8, n° 2, 2018. p. 464/465.

<sup>33</sup> FERREIRA FILHO, PAULO SERGIO. Análise econômico-comportamental do direito versus análise comportamental do direito: a necessidade do pensamento jurídico sob a teoria geral do comportamento. Revista Quaestio Iuris, vol. 12, ° 01. Rio de Janeiro, 2019. P. 177.

maior número de processos pendentes e um grande desafio para implementação de melhorias. O Brasil desde longa data reconhece uma crise no sistema executivo, sendo incapaz de garantir a efetividade do direito de crédito<sup>34</sup>.

FIGURA 3



A partir desta realidade verifica-se a urgente necessidade de encontrar instrumentos efetivamente capazes de estimular o pagamento por parte dos devedores. A economia comportamental por meio da identificação dos vieses, evitação das heurísticas e utilização dos nudges como incentivos às atitudes desejadas configura importante aliado neste desafio. No entanto, é importante observar o seguinte:

“A implantação de nudges pelo Poder Judiciário poderá estimular a efetividade do procedimento executivo, mas, para tanto, é necessário que haja instituições comprometidas a pensar nas melhores estratégias, aplicá-las em consonância a suas finalidades, e acompanhar os seus resultados. Nesse sentido, há duas possibilidades de

implementação, quais sejam a) aproveitar-se das instituições já existentes, atribuindo aos agentes públicos a função de gerenciar o processo de introdução dos nudges, como no modelo adotado pelos Estados Unidos, e b) criar instituições especialmente designadas para esse fim, com uma equipe altamente especializada, como no modelo adotado no Reino Unido. De um modo ou de outro, a equipe responsável deve atuar ativamente com os propósitos, finalidades e valores destinados a estimular a efetividade processual.”<sup>35</sup>.

Nessa medida, a utilização dos nudges pode ocorrer por meio da previsão de medidas indutivas previstas como dever do magistrado no art. 139, inciso IV, do CPC<sup>36</sup>. A primeira sugestão, coletada do texto de Dierle Nunes e Catharina Almeida, atuaria em diversos vieses (informação, inércia, força de vontade e de desconto intertemporal) é a utilização do design thinking utilizando a ferramenta Visual Law para formular um modelo de carta de citação que estimule a coparticipação do devedor. A Secretaria Municipal de Inovação e Tecnologia de São Paulo introduziu esse instrumento semelhante na notificação prévia da inscrição no CADIN (Cadastro de Inadimplentes) do Município, o que gerou um aumento de 8,4% da adimplência, ou seja, saindo de 48,46% para 52,53%<sup>37</sup>.

“(…) a Carta de Citação deveria informar de forma clara o prazo de pagamento voluntário, bem como o valor do débito no prazo de pagamento voluntário (valor atual) e o valor da dívida acrescido de encargos caso não haja o pagamento (valor futuro), enquadrando na

<sup>34</sup> NUNES, Dierle; ALMEIDA, Catharina. Medidas indutivas em sentido amplo do art. 139, IV, do CPC: O potencial do uso de nudges nos módulos processuais executivos para satisfação de obrigações por quantia certa – parte 2. Revista de Processo. vol. 324. ano 47. São Paulo: Ed. RT, fevereiro/2022. p. 146.

<sup>35</sup> NUNES, Dierle; ALMEIDA, Catharina. Medidas indutivas em sentido amplo do art. 139, IV, do CPC: O potencial do uso de nudges nos módulos processuais executivos para satisfação de obrigações por quantia certa – parte 2. Revista de Processo. vol. 324. ano 47. São Paulo: Ed. RT, fevereiro/2022. p. 147.

<sup>36</sup> “Art. 139 O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) IV- determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;”

<sup>37</sup> NUNES, Dierle; ALMEIDA, Catharina. Medidas indutivas em sentido amplo do art. 139, IV, do CPC: O potencial do uso de nudges nos módulos processuais executivos para satisfação de obrigações por quantia certa – parte 2. Revista de Processo. vol. 324. ano 47. São Paulo: Ed. RT, fevereiro/2022. p. 148-150.

forma de benefício a vantagem financeira de que o pagamento no prazo voluntário ensejará economia de determinada porcentagem da dívida. Em seguida, o documento deveria conter instrução com o passo a passo de como proceder ao pagamento (possivelmente, trazer a citação já acompanhada da respectiva guia de pagamento), pois a simplificação no procedimento é fator crucial contra a inércia dos sujeitos. Igualmente, deveria ser informada a possibilidade de depósito de 30% do débito exequendo com parcelamento do remanescente e como solicitá-lo, na forma do art. 916 do CPC<sup>38</sup>.

O texto também apresenta como sugestão estabelecer como regra-padrão a nomeação do leiloeiro como depositário, sendo a exceção somente em casos com a devida justificação perante o magistrado. Desta forma, utiliza-se do viés da aversão à perda no efeito da posse. Ao provocar esse sentimento de perda imediata estimularia atos para fim de cumprimento da execução<sup>39</sup>.

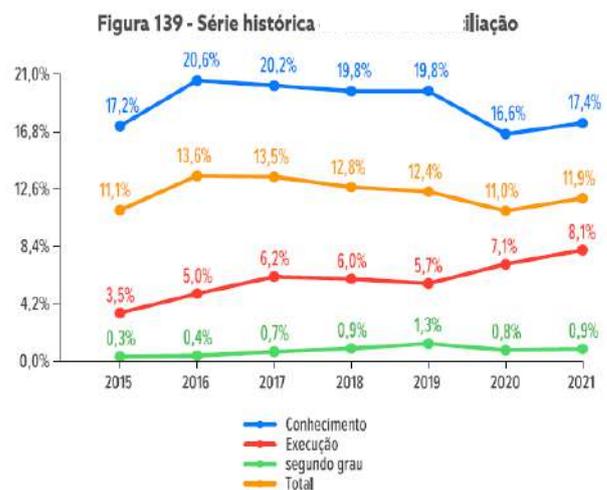
Tal efeito já é observado na prática processual nos momentos que, mesmo excepcionalmente, se localiza dinheiro ou bens em nome do devedor e realizou o bloqueio de imediato. Somente com a indisponibilidade dos bens o executado busca soluções para quitar os débitos. A dívida, por vezes, existe há muitos anos e diversas tentativas de quitação já foram realizadas sem qualquer interesse por parte do devedor pela resolução. No entanto, o pensamento dele muda quando sente a real possibilidade de perda dos bens, inclusive com apresentação de propostas, para evitar a perda e conseguir a liberação dos seus ativos até então omitidos em juízo.

Na sequência, quanto a possibilidade de adoção de medidas com base nos processos psicológicos é importante realizar uma breve reflexão

sobre a conciliação e estímulo aos métodos alternativos de solução dos conflitos.

O poder judiciário, a partir de 2006, passou a implementar um projeto de conciliação em agosto daquele ano, assim anualmente são promovidas semanas para juntar as partes e realizar acordos em fase pré-processual e processual. A resolução 125/2010 do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) criou os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCS) e os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) estruturando atendimento às conciliações. Ademais, é importante destacar que com a implementação do novo processo civil por meio do código que entrou em vigor em 2016 a audiência prévia de conciliação e mediação tornou-se obrigatória, mesmo, assim, somente houve um aumento de 4,2% no índice de conciliação<sup>40</sup>.

FIGURA 4



Os mecanismos adotados pelo poder judiciário para incentivar a conciliação e a solução dos conflitos de outras formas que não pela sentença tem demonstrado pouca influência sobre os jurisdicionados. Afinal, o índice total de conciliação obteve pouca variação (somente 0,8%) entre os anos 2015 a 2021, demonstrando a incapacidade dos instrumentos escolhidos de afetar determinantemente na escolha das pessoas.

A imposição da obrigatoriedade de realização de procedimento conciliatório ou de mediação também não obteve a mudança desejada, o que somente indica a necessidade de escolher medidas que podem

nudges nos módulos processuais executivos para satisfação de obrigações por quantia certa – parte 2. Revista de Processo. v. 324. ano 47. São Paulo: Ed. RT, fevereiro/2022. p.10.

<sup>40</sup> Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Pesquisa sobre percepção e avaliação do Poder Judiciário brasileiro; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. – Brasília: CNJ, 2023. p. 201.

<sup>38</sup> NUNES, Dierle; ALMEIDA, Catharina. Medidas indutivas em sentido amplo do art. 139, IV, do CPC: O potencial do uso de nudges nos módulos processuais executivos para satisfação de obrigações por quantia certa – parte 2. Revista de Processo. v. 324. ano 47. São Paulo: Ed. RT, fevereiro/2022. p. 148-150.

<sup>39</sup> NUNES, Dierle; ALMEIDA, Catharina. Medidas indutivas em sentido amplo do art. 139, IV, do CPC: O potencial do uso de

efetivamente influenciar nas escolhas das pessoas. Os vieses cognitivos podem atuar consistentemente na variação de percepção das chances de sucesso e nos conceitos de justo para o resultado<sup>41</sup>. A própria obrigatoriedade do ato processual pode ser aplicada como um nudge ao colocá-lo como opção padrão, ou seja, em não desejando a pessoa pode optar pela manifestação negativa desvinculada dos advogados. O posicionamento psicológico alteraria substancialmente na medida que aumentaria a aderência à mediação. Além disso, também é importante que magistrados não criem exceções com base nas suas experiências, assim evitando as heurísticas.

A obrigatoriedade de as partes escolherem pelo acordo não é o mecanismo mais adequando ao poder judiciário cumprir com seu objetivo de solução de conflito, no entanto, incentivar mais tentativas de resolução por meio de incentivos comportamentais é mais determinante. A adequada utilização de estímulos comportamentais no sistema processual é muito mais eficiente em atingir o verdadeiro acesso à Justiça<sup>42</sup>.

Os exemplos acima postos deixam evidente as vantagens e o potencial nos mecanismos de economia comportamental para atingir a eficiência na prestação do serviço jurisdicional. Obviamente que não se deve realizar nenhuma aventura jurídica e os instrumentos a serem adotados devem respeitar à limitação dos direitos fundamentais, mas tal fato não afasta a sua importância e o potencial mudança qualitativa e quantitativo para prestação jurisdicional.

## CONCLUSÃO

O poder judiciário há muitos anos se encontra em uma grande crise de eficiência na prestação de serviços jurisdicionais e resolver conflitos, suas funções basilares. O imperativo de câmbios profundos é preeminente para possibilitar a atenção as novas exigências sociais, bem como a análise e utilização adequada de todos os instrumentos capazes de gerar efetivas melhorias qualitativas e quantitativas.

O estudo do processo de tomada de decisões é primordial para que se implemente medidas capazes de produzir melhorias determinantes no caminho para eficiência da solução de conflitos. Importante entender o que influencia nas decisões tomadas pelos juízes para evitar erros e falhas para qualitativamente aproximar-se o máximo possível da imparcialidade e da justiça. Os aspectos psicológicos também podem adequar os

processos internos e a estrutural de todas as ações para que alcance as expectativas sociais e conseguir atender o anseio social por justiça e efetiva proteção de direitos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Editora: ZAHAR, 2000.

ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder*. 1. ed., Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.

BACELLAR, Roberto Portugal; LAISMANN, Mariele Zanco e GARCEL, Adriane. *Da Sociedade Hiperjudicializada às Soluções Autocompositivas*. In: GARCEL, Adriane; SOUZA NETTO, Eleonora Laurindo; ZIMIANI, Laís Silva e PINHEIRO GOTO, Lilian Cristina (Coord.). *Mediação & Conciliação: métodos adequados de solução de conflitos*. Curitiba: Editora Clássica, 2021.

HAURANI, Daniele, SOUZA NETO, José Laurindo e FOGAÇA, Andersom Ricardo. *Os Meios Consensuais de Resolução de Conflito e a Liquidez das Relações do Mundo Pós-Moderno como Concretizadores do Direito Fraternal Frente a Cultura Adversarial*. In: GARCEL, Adriane; SOUZA NETTO, Eleonora Laurindo; ZIMIANI, Laís Silva e PINHEIRO GOTO, Lilian Cristina (Coord.). *Mediação & Conciliação: métodos adequados de solução de conflitos*. Curitiba: Editora Clássica, 2021.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Pesquisa sobre percepção e avaliação do Poder Judiciário brasileiro; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento*. – Brasília: CNJ, 2023.

FERREIRA FILHO, PAULO SERGIO. *Análise econômico-comportamental do direito versus análise comportamental do direito: a necessidade do pensamento jurídico sob a teoria geral do comportamento*. *Revista Quaestio Iuris*, v. 12, nº 01. Rio de Janeiro, 2019.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. *Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança*. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, nº 2, 2018.

<sup>41</sup> ZAMBONI, Alex Alckmin de Abreu Montenegro. *Incentivos Comportamentais ao Tratamento Adequado dos Conflitos: a audiência de mediação do artigo 334 do CPC como mecanismos de formação do consenso entre as partes*, São Paulo, 2020. Tese (Doutorado- Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. p.151-153.

<sup>42</sup> ZAMBONI, Alex Alckmin de Abreu Montenegro. *Incentivos Comportamentais ao Tratamento Adequado dos Conflitos: a audiência de mediação do artigo 334 do CPC como mecanismos de formação do consenso entre as partes*, São Paulo, 2020. Tese (Doutorado- Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. p.151-153.

RAMOS, Luciane de Oliveira; CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana Luci de e SAMPAIO, Joelson de Oliveira. Relatório ICJBrasil, 2021. São Paulo: FGV Direito SP.

NUNES, Dierle; ALMEIDA, Catharina. Medidas indutivas em sentido amplo do art. 139, IV, do CPC: O potencial do uso de nudges nos módulos processuais executivos para satisfação de obrigações por quantia certa – parte 2. Revista de Processo. v. 324. ano 47. São Paulo: Ed. RT, fevereiro/2022.

ZAMBONI, Alex Alckmin de Abreu Montenegro. Incentivos Comportamentais ao Tratamento Adequado dos Conflitos: a audiência de mediação do artigo 334 do CPC como mecanismos de formação do consenso entre as partes, São Paulo, 2020. Tese (Doutorado- Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

# **TEXTOS DE OPINIÃO**

## A ALIMENTAÇÃO É UM DIREITO HUMANO UNIVERSAL – O “CELEIRO DO MUNDO” VIVE UM PARADOXO



**Lauro Roberto de Oliveira<sup>1</sup>**

No âmbito do Direito Internacional está previsto no art. 25, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), segundo o qual:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

No Brasil, tal Direito Universal é expressamente previsto no art. 6º, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) e está no rol dos chamados Direitos Sociais, sendo parte integrante dos Direitos e Garantias Individuais, que, inclusive, são

cláusula pétrea, por força do IV, do §4º, do art. 60, também da Constituição Federal.

Igualmente, a mesma Constituição Federal dispõe no art. 7º, IV, que:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

[...]

E todos estes direitos supramencionados derivam do macroprincípio da Dignidade da Pessoa Humana, que, outrossim, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF/1988).

Por outro lado, a fome é um mal social que aflige não só o Brasil, mas vários Estados Nacionais.

Conforme Kenarik Boujikian (2021) “A fome não é natural, não pode ser naturalizada e é perfeitamente evitável, por isso, cada um de nós perde um pouco da sua dignidade quando um ser humano passa fome.”.

Outrora o Brasil já esteve no chamado “Mapa da Fome” da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO) e dele foi retirado em 2014 (AGÊNCIA BRASIL, 2014).

Com a notória crise mundial, que se agravou durante a pandemia, a situação econômica da população piorou e, quase dez anos após, o país enfrenta mais uma vez esta questão, sendo que, de acordo com o Segundo Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia de Covid-19 no Brasil, entre o final de 2021 e o início de 2022, cerca de 58,7% da população brasileira possuía

<sup>1</sup> Pós-graduado em Direitos Humanos pelo CENES. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2011). Assessor Jurídico na Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

algum grau de insegurança alimentar (leve, moderada ou grave) e aproximadamente 33,1 milhões de pessoas passaram a conviver com a situação de fome (insegurança alimentar grave) (REDE PENSSAN, 2022).

A conjuntura é tão urgente que a Igreja Católica, por intermédio da Conferência dos Bispos do Brasil (CNBB), propôs no ano de 2023 a discussão sobre o assunto, quando promoveu a Campanha da Fraternidade com o tema "Fraternidade e Fome" e com o lema "Dai-lhe vós mesmo de comer! (Mt 14,16)" (CNBB, 2023), suscitando nas comunidades eclesiais discussões sobre a temática, com o intuito de que haja uma necessária tomada de consciência por parte da sociedade.

Por outro lado, como é cediço, o Brasil é um grande produtor de alimentos, sendo conhecido como o celeiro do mundo. É o que se denota das informações prestadas pela EMBRAPA (Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária) (2022) em seu sítio eletrônico, quando traz à lume números expressivos no que tange à produção de alimentos pelo Brasil no ano de 2021:

O investimento em ciência ao longo de décadas ajudou a posicionar o Brasil entre as potenciais (sic) mundiais produtoras de alimentos. Em 2021, o País registrou marcos importantes no agro: foi o maior exportador mundial de soja do planeta (91 milhões de toneladas); terceiro maior produtor de milho e feijão (105 milhões e 2,9 milhões de toneladas, respectivamente); mais de um terço da produção mundial de açúcar é gerado aqui, liderança absoluta no produto; e o maior volume de carne bovina exportada do mundo saiu daqui (2,5 milhões de toneladas).

Ou seja, está-se diante de um paradoxo: um dos maiores produtores de alimento do mundo possui quase 60% da sua população com insegurança alimentar de algum nível. E o pior, observando-se os dados, o superávit de produção se deu praticamente no mesmo espaço de tempo em que houve o agravamento da situação de fome.

A grande questão que se impõe é: por quê?

Segundo Paloma Guitarrara, (2023) "Dentre suas principais causas estão a desigualdade socioeconômica e a má distribuição de renda que caracteriza a população do país, sendo essas também as maiores causas da fome em um contexto mundial."

Desta forma, fica claro que sem que haja uma real mudança de mentalidade na população e uma verdadeira distribuição de renda, a fim de diminuir a

desigualdade socioeconômica no país, o quadro em questão não mudará.

E tal agir se dá a partir da implementação de políticas públicas que tenham por escopo garantir a segurança alimentar.

Conforme reportagem publicada no sítio da Agência Brasil de Comunicação, da autoria de Vitor Abdala (2023), o atual Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, destacou que o combate à fome seria uma das prioridades de sua gestão, sendo mencionado na mesma oportunidade que já há indicativos do implemento de ações institucionais nesta seara.

Porém, para além do Executivo, é mister que haja um verdadeiro engajamento dos demais Poderes da República, o Legislativo e o Judiciário, para que, cada um agindo dentro da sua competência constitucional, efetivamente o combate à fome se perfectibilize como medida de Estado e não de governo, bem como ocorra uma necessária tomada de consciência da população no sentido de que não é possível o "celeiro do mundo" ser também um país que possui mais de 33 milhões de cidadãos passando fome.

Somente assim o macroprincípio da Dignidade Humana se perfectibilizará.

## REFERÊNCIAS

ABDALA, Vitor. Prioridade para Lula, combate à fome foi alvo de várias ações. Agência Brasil, Brasília, 08 de abr. de 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2023-04/prioridade-para-lula-combate-fome-foi-alvo-de-varias-acoes#:~:text=Bolsa%20Fam%C3%ADlia,-Dois%20dias%20depois&text=Na%20nova%20vers%C3%A3o%20do%20programa,17%20anos%20e%20para%20gestantes>. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. Constituição (1988); Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. BOUJIKIAN, Kenarik. Escritos de Mulher. A fome e o direito à alimentação. Revista Consultor Jurídico, 13 out. 2021. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-out-13/escritos-mulher-fome-direito-alimentacao>. Acesso em: 09 jun. 2023.

CAMPOS, Ana. Cristina. Campos. Brasil reduz pela metade número de pessoas que passam fome diz FAO. Agência Brasil, Brasília, 16 de set. 2014. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2014-09/brasil-reduz-pela-metade->

n%C3%BAmero-de-pessoas-que-passam-fome-diz-FAO. Acesso em: 12 jun. 2023.

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL (CNBB). Campanha da Fraternidade. Disponível em: <https://campanhas.cnbb.org.br/campanha-da-fraternidade>. Acesso em: 1 maio 2023.

EMPRESA BRASILEIRA DE PESQUISA AGROPECUÁRIA (EMBRAPA). Ciência e tecnologia tornaram o Brasil um dos maiores produtores mundiais de alimentos, 2022. Disponível em: <https://www.embrapa.br/busca-de-noticias/-/noticia/75085849/ciencia-e-tecnologia-tornaram-o-brasil-um-dos-maiores-produtores-mundiais-de-alimentos>. Acesso em: 01 mai. 2023.  
GUITARRARA, Paloma. "Fome no Brasil"; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/brasil/fome-no-brasil.htm>. Acesso em: 15 jun. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 07 jun. 2023. REDE BRASILEIRA DE PESQUISA EM SOBERANIA E SEGURANÇA ALIMENTAR (REDE PENSSAN). 2º Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil. Disponível em <https://pesquisassan.net.br/2o-inquerito-nacional-sobre-inseguranca-alimentar-no-contexto-da-pandemia-da-covid-19-no-brasil/>. Acesso em: 07 jun. 2023.